

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

***“EL PROBLEMA DE APLICAR EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA
EXTINCIÓN DEL DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA COMBATIR
LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES, ESTO VISTO DESDE EL
DERECHO PENAL COSTARRICENSE”***

ELABORADO POR:

LIC. OSCAR E. CASTRO BONILLA

HEREDIA, COSTA RICA

AÑO

2017

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA,
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 25 de marzo del 2017

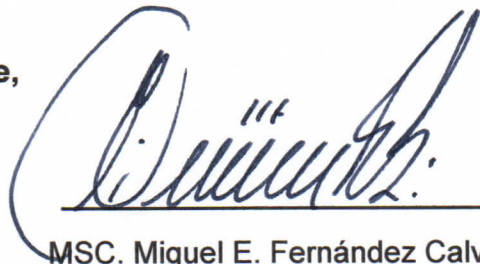
Sres.
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: ***“EL PROBLEMA DE APLICAR EL INSTITUTO JURÍDICO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES, ESTO VISTO DESDE EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE”***, elaborado por el estudiante: **Oscar Emilio Castro Bonilla**, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO PENAL**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSC. Miguel E. Fernández Calvo

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL LECTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 25 de marzo del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: ***“EL PROBLEMA DE APLICAR EL INSTITUTO JURÍDICO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES, ESTO VISTO DESDE EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE”***, elaborado por el estudiante: **Oscar Emilio Castro Bonilla**, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO PENAL**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSC. Irena Barrantes Mora

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL FILÓLOGO
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 25 de marzo del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

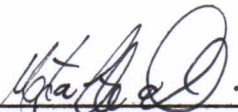
SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado ***“EL PROBLEMA DE APLICAR EL INSTITUTO JURÍDICO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES, ESTO VISTO DESDE EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE”***, elaborado por el estudiante: **Oscar Emilio Castro Bonilla**, para optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO PENAL**.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de Ustedes cordialmente,



Bach. Margarita Cascante Chinchilla.
Carné de Colegiada a COLYPRO 5318

CARTA DE AUTORIZACIÓN DEL AUTOR PARA USO DIDÁCTICO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

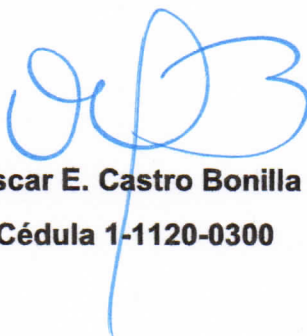
Yo, **Castro Bonilla Oscar Emilio**, Estudiante de la carrera Profesional en Derecho Penal, autor de la Tesina titulada **“EL PROBLEMA DE APLICAR EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES, ESTO VISTO DESDE EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE”**:

Autorizo a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje (CRAI), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como cualquier medio electrónico en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la ley N°6683 sobre los derechos de autor y derechos conexos en Costa Rica, permita copias, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de ella.

La presente autorización se extiende el día veinticinco de marzo del dos mil diecisiete. Asimismo declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: Que soy el autor del presente trabajo final de graduación que el contenido de dicho trabajo es obra original del suscrito y de la veracidad de los datos incluidos en el documento, eximo a la Universidad Latina, así como al tutor y lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o

apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.



Oscar E. Castro Bonilla

Cédula 1-1120-0300

Dedicatoria:

La presente memoria se la dedico, primero a Dios por ser mi luz y guía en todos los ámbitos de mi vida.

A mis padres, quienes me han inculcado que todo lo bueno se adquiere con esfuerzo y dedicación. Sin duda, me siento orgulloso de darles esa satisfacción del deber cumplido.

A la guía de mi vida, mi querida hermana Rebequita, quien me ha enseñado que el amor a la vida es la clave de la felicidad y del éxito.

Agradecimiento

En primer término, quiero agradecer a mi profesor Miguel por su valiosa ayuda en la confección de este trabajo, así como a todas las personas que me han abierto las puertas para cumplir con esta meta.

De la misma forma, quiero agradecer a mi lectora y a mi filóloga por toda la colaboración que me dieron durante la elaboración de este trabajo.

Finalmente, agradezco a todos los profesores, los cuales me han brindado su ayuda para alcanzar esta meta.

Resumen Ejecutivo

Esta investigación tiene como objetivo general identificar el impacto que tendrá en el Derecho Penal Costarricense la aplicación del instituto jurídico de extinción del dominio; asimismo, proponer recomendaciones para el combate del lavado de dinero producto de hechos ilícitos cometidos, en gran parte, por los grupos de crimen organizado.

Los retos, que se planteen en la presente exploración, surgen del debate con respecto a si resulta suficiente el tipo penal de legitimación de capitales y las figuras penales o procesales existentes para atacar, de manera eficiente, a los grupos de delincuencia organizada que deseen ingresar o han ingresado sus réditos producto de hechos ilícitos a la economía nacional.

En la primera parte del desarrollo, se expone el concepto de legitimación de capitales y, de la misma forma, se hace una breve sinopsis de la evolución de este concepto a lo largo de la historia dando especial relevancia a los precedentes que, para el Derecho Latinoamericano, constituyeron los casos de Pablo Escobar en Colombia y el Chapo Guzmán en México.

En el derecho comparado, se desarrollan los tres elementos básicos que compone el concepto de legitimación de capitales: colocación, disimulación e integración, los cuales son etapas esenciales y determinantes para los investigadores, fiscales, jueces y demás operadores jurídicos.

De la misma forma, se hace un análisis sucinto de las principales críticas al tipo penal de legitimación de capitales a nivel costarricense: cuestionamientos que van desde lo extenso del proceso penal local hasta la dificultad probatoria.

Posterior al análisis de los instrumentos legales existentes en Costa Rica para combatir la legitimación de capitales, se procede a analizar la figura de extinción del dominio (la cual tiene su base en el derecho colombiano), con el fin de conocer sus

precedentes históricos y doctrinales, así como el posible impacto de esta figura sobre el Derecho Costarricense, en caso de que se aprobara el Proyecto de Ley “Ley Especial de Extinción del Dominio”.

Referente al Proyecto de Ley citado, se hace un recorrido por los criterios u opiniones emitidas, tanto por los grupos que impulsan el Proyecto como de los antagónicos a este. Con respecto a los últimos mencionados, se destaca como consideraciones principales, que el proyecto resulta violatorio a principios y garantías constitucionales, entre ellos, inviolabilidad de la propiedad privada, derecho de defensa, inocencia, buena fe, razonabilidad y proporcionalidad, así mismo, se critica fuertemente que se revierta la carga de la prueba.

Finalmente, se emiten una serie de recomendaciones tanto al Proyecto de Ley como a toda la legislación costarricense, entre ellas:

- Fortalecer la política criminal en aras de establecer un equilibrio entre los mecanismos de control existentes y los de prevención, esto con el fin de que no se debilite la economía nacional. Asimismo, admitir la tesis en el tipo penal de legitimación de capitales del peligro concreto y no del peligro abstracto.
- Permitir una reforma en los plazos del proceso penal, a fin de que se acorten los plazos de definición de los procesos judiciales, especialmente cuando se trata de procesos donde participa la delincuencia organizada.
- Plantear una reforma parcial del artículo 45 de la Constitución Política, con la finalidad de introducir en el texto actual, una excepción al principio de inviolabilidad de la propiedad privada, esto en los casos de bienes adquiridos producto de hechos delictivos.

- Reabrir la discusión sobre el levantamiento del velo societario, a fin de atacar de manera más eficiente a los grupos criminales que utilizan sociedades para encubrir sus actos delictivos.
- Evaluar la posibilidad de evolucionar a la responsabilidad jurídica de la persona jurídica, esto tomando como referencia la experiencia española y lo que en doctrina se ha desarrollado por parte del derecho penal económico.

Tabla de Contenido

| | N° Página |
|--|-----------|
| Aprobación por parte del Tutor del Trabajo Final de Graduación..... | II |
| Aprobación por parte de la Lectora del Trabajo Final de Graduación..... | III |
| Aprobación por parte de la Filóloga del Trabajo Final de Graduación..... | IV |
| Autorización del Autor para uso didáctico del Trabajo Final de Graduación..... | V |
| Dedicatoria..... | VII |
| Agradecimiento..... | VIII |
| Resumen Ejecutivo..... | IX |
| Tabla de Contenido..... | XII |

CAPITULO I.

PROBLEMA Y PROPÓSITO

| | |
|---|---|
| 1.1. Estado actual de la investigación..... | 1 |
| 1.2. Planteamiento del problema..... | 2 |
| 1.3. Justificación..... | 4 |
| 1.4. Objetivo general y específicos..... | 6 |
| a) Objetivo general..... | 6 |
| b) Objetivos específicos..... | 6 |

CAPÍTULO II.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.1. La Legitimación de Capitales en Costa Rica y en el Derecho Comparado

| | |
|---|---|
| 2.1.1. En cuanto al concepto de legitimación de capitales y su aspecto histórico..... | 7 |
|---|---|

| | |
|---|----|
| 2.1.2. Instrumentos jurídicos con los que cuenta Costa Rica para el combate de Legitimación de Capitales y aspectos más importantes de la legislación penal..... | 12 |
| 2.2. Análisis del Proyecto de Ley de Extinción del Dominio planteado como una fórmula independiente para combatir la legitimación de capitales en Costa Rica..... | 18 |
| 2.2.1. Algunas consideraciones sobre la extinción del dominio en el derecho comparado..... | 18 |
| 2.2.2. En cuanto al contenido del Proyecto de Ley N°19.571 "Ley Especial de Extinción del Dominio"..... | 23 |
| 2.2.3. Principales argumentos señalados por los críticos del Proyecto de Ley | 36 |

**CAPÍTULO III.
METODOLOGÍA**

| | |
|--|----|
| 3.1. Enfoque metodológico | 40 |
| 3.2. Descripción del contexto o estudio, y a dónde se lleva a cabo el estudio..... | 40 |
| 3.3. Las características de los participantes y las fuentes de información..... | 40 |

**CAPÍTULO IV.
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

| | |
|--|----|
| 4.1. Análisis de la información..... | 42 |
| 4.2. Interpretación de resultados..... | 44 |

**CAPÍTULO V.
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

| | |
|------------------------|----|
| 5.1. Conclusiones..... | 49 |
|------------------------|----|

| | |
|---------------------------|-----------|
| 5.2. Recomendaciones..... | 50 |
| Bibliografía..... | 52 |

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y PROPÓSITO

1.1. Estado actual de la investigación

Actualmente, existe una discusión entre tratadistas, jueces, fiscales, operadores jurídicos y la ciudadanía sobre si el país cuenta con una adecuada estructura administrativa, policial y judicial para el combate de las actividades de los grupos criminales organizados, que buscan ingresar sus réditos, producto de toda serie de delitos, a la economía nacional.

Esta discusión nace de una serie de acontecimientos suscitados en Costa Rica en la última década: por un lado, la guerra atroz perpetrada por los grupos narco con respecto al mercado local de drogas y estupefacientes, así como, casos relacionados con nacionales, a nivel incluso internacional, sobre delitos de lavado de dinero.

Lo anterior, es evidenciado por Fallas (2016) en su columna, el cual, tomando como base un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, señala que nuestro país ha sido incapaz de contener la creciente penetración del lavado de dinero, debido a condiciones, las cuales van desde su ubicación geográfica hasta el arcaico sistema jurídico existente.

En dicho artículo, el propio Fiscal General de la República reconoce que la lucha contra el lavado se está perdiendo, por cuanto nuestro sistema penal exige la demostración previa de un delito, lo cual resulta altamente complejo por tratarse de delitos asociados con el narcotráfico, trata de personas, venta de órganos; estos incluso, se agravan más tratándose del tema probatorio, si fueron cometidos en el extranjero.

Con base en la situación planteada, se discute, actualmente en nuestra Asamblea Legislativa, un proyecto de ley que tiene por objeto crear una nueva sede *jurisdiccional que permita declarar la extinción del dominio de los bienes adquiridos por la delincuencia organizada*, autónoma de la sede penal, con la finalidad de atacar directamente el patrimonio de los grupos de delincuencia organizada.

Sin embargo, aunque existe convicción entre los distintos actores sociales, que el sistema jurídico costarricense debe replantearse y readecuarse de manera constante para que sea una herramienta ágil y eficiente contra el lavado de dinero, existen grupos opuestos al Proyecto de Ley, unos motivados por circunstancias ideológicas o políticas, y otros, por el contrario, se fundamentan en aspectos de constitucionalidad y de legalidad del proyecto. Este último aspecto es en el cual se circunscribe el presente trabajo.

En esta investigación, además de valorar de manera objetiva las debilidades del sistema penal con respecto al delito de legitimación de capitales y, por supuesto, el análisis de los pro y los contra del Proyecto de Ley de Extinción del Dominio, actualmente en discusión en la Comisión Permanente de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa, pretende ser útil para la discusión de si debemos optar por una nueva herramienta jurídica para combatir este flagelo o, si por el contrario, deberíamos apostar por fortalecer la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo vigente y de manera concomitante, la figura del comiso dispuesta en el artículo 110 del Código Penal.

1.2. Planteamiento del problema

Un tema que se encuentra en discusión en nuestro país, es si el derecho penal local resulta una herramienta eficiente para combatir el lavado de dinero, a pesar de los esfuerzos que en Costa Rica se han hecho para incorporar, en su legislación, normas que aseguren un adecuado control y seguimiento contra los grupos de delincuencia organizada.

Esto se discute por la inmensa cantidad de casos, a partir de los cuales se relaciona el tema del lavado con costarricenses a nivel internacional y por la complejidad precisamente en la demostración de los delitos principales a nivel interno. No menos importante, la forma como ha penetrado el narcotráfico en la economía y en la sociedad costarricense, invita a discutir no solo el tema del proceso penal como un

todo, sino de manera complementaria, si deberíamos adherir a nuestro sistema jurídico herramientas valiosas partiendo de la experiencia de otros países.

Así la situación, se discute, en la Asamblea Legislativa, el tema de la extinción del dominio como un insumo complementario a la lucha contra el lavado de dinero en Costa Rica, evidentemente separado del Derecho Penal. Sin embargo, sobre este tema existen posiciones encontradas con respecto a la efectividad y la viabilidad del proyecto, dejando de lado las posiciones ideológicas propias de los partidos políticos, cuyos impulsores, principalmente manifiestan que la extinción del dominio es necesaria para atacar directamente el patrimonio de los grupos de delincuencia organizada (objetivo en el cual centran su valoración, pues consideran que es la mejor de las formas para atacar la delincuencia organizada, como por ejemplo los grupos narco).

Por otra parte, existen grupos antagonistas del proyecto, quienes consideran que el sistema penal costarricense posee una figura para atacar el patrimonio de estos grupos (comiso), además, que el proyecto, como fue redactado, posee roces de constitucionalidad, especialmente con los principios de buena fe, inocencia, inviolabilidad de la propiedad privada, entre otros.

En consecuencia, los problemas que se plantean en la presente investigación son los siguientes:

- a- ¿Resulta suficiente el tipo penal de legitimación de capitales y las figuras penales o procesales existentes para atacar de manera directiva y clara los grupos de delincuencia organizada que deseen ingresar en la economía nacional sus réditos producto de delitos?
- b- En caso que llegue a aprobarse el Proyecto de Extinción del Dominio en nuestro país, ¿qué cambios sustanciales podría originar dicho instrumento legal para el Derecho Penal y, en forma general, para el ordenamiento jurídico costarricense?

1.3. Justificación

Costa Rica no escapa del altercado y preocupación, en todas las esferas sociales y políticas, con respecto al tema del lavado de dinero o legitimación de capitales, estimulado en Latinoamérica; pues, efectivamente, dicha realidad ha penetrado en todos los ámbitos sociales y económicos de nuestros países.

Para nadie es un secreto que las consecuencias del lavado, no solo repercute en el sentido social, con respecto al tema de la desigualdad y pobreza; sino que también afecta en la economía interna, dado que genera distorsiones económicas influyentes directamente en el PIB (Producto Interno Bruto). Aunado a esto, el tema del lavado causa indignación y desconfianza en los mercados internacionales. Sobre este último punto, Esquivel (2012), señala:

“Entre las implicaciones económicas del lavado de dinero en América Latina tenemos inestabilidad, pérdida de control y distorsiones económicas, lo cual dificulta la implementación de políticas económicas por parte de las autoridades. Además, y como segundo punto perjudicial, están la integridad financiera y el riesgo de reputación que sufre cada país.

El ingreso o la desaparición repentina de sumas de dinero colocadas en el sistema financiero nacional pueden provocar fuertes problemas de liquidez o “corridas bancarias”, como pasó en Costa Rica hace unos años con un banco. En este caso, un rumor hizo que sus contracorrientistas asumieran que existía peligro en la institución financiera y corrieran a retirar fondos.

Una situación similar pero causada por un lavador que ha logrado ingresar en el sistema podría no solo dañar la reputación de la empresa sino, además, causar una reacción en cadena que puede afectar a muchas compañías “inocentes”.

Como tercer punto, el lavado de dinero puede afectar los recursos del gobierno. Está demostrado que existe una fuerte conexión entre aquel y la evasión tributaria, sin embargo, no todos los países lo castigan de la misma forma ni lo persiguen como delito de lavado.” (Páginas 32-33)

De lo manifestado anteriormente, se extrae que el lavado posee consecuencias directas a la economía de los países; afecta, desde su posición, los mercados internacionales hasta las metas que estos países quieran implementar en pro del

desarrollo; esto último, ocasionado por la distorsión de la realidad económica que produce la legitimación de capitales.

En este contexto, el tema del lavado merece un profundo análisis y discusión; primero, con respecto a si el ordenamiento jurídico existente entre ellos, el tipo penal de Legitimación de Capitales y las figuras penales o procesales existentes resultan aptas para el ataque de estos grupos.

Hay conciencia a nivel nacional e internacional en cuanto que el combate contra el lavado de dinero requiere varios frentes para ser eficiente. Por esto, resulta importante, para efectos académicos, doctrinales y jurisprudenciales, discutir si es necesario implementar herramientas del derecho comparado como la extinción del dominio, las cuales permitan combatir -de manera eficiente y directa- a los grupos criminales en su patrimonio. Esto se considera así, porque la eficacia en el combate del lavado no se mide, necesariamente, con la aplicación de penas privativas de libertad, aspecto que ha sido ampliamente discutido por los garantistas y abolicionistas del derecho penal, sino en la ofensiva directa a los réditos obtenidos producto de sus acciones delictivas.

En resumidas cuentas, este tema permite sentar la discusión sobre si el derecho penal costarricense debería evolucionar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando en cuenta los precedentes que existen con respecto a la creación de sociedades anónimas, con la finalidad de asegurar patrimonios adquiridos de manera ilícita, incluso, en este momento se discute -a nivel del país- el tema del levantamiento al velo corporativo.

1.4. Objetivos generales y específicos

a) Objetivo general

Identificar el impacto que tendrá en el Derecho Penal Costarricense la aplicación del instituto jurídico de extinción del dominio y proponer soluciones al combate contra la legitimación de capitales en Costa Rica.

b) Objetivos específicos

1. Analizar en el derecho comparado sobre la naturaleza jurídica de la extinción del dominio.
2. Examinar las acciones concretas realizadas por el Estado Costarricense, a fin de combatir la infiltración del crimen organizado y la legitimación de capitales.
3. Identificar las formas en que los grupos criminales han introducido en la economía nacional los réditos de sus acciones delictivas.
4. Analizar los criterios de los Impulsores y Antagonistas de los Proyectos de Ley presentados con el objeto de extinguir el dominio.

CAPÍTULO II

Fundamentación teórica

2.1. LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES EN COSTA RICA Y EN EL DERECHO COMPARADO

2.1.1. En cuanto al concepto de legitimación de capitales y su aspecto histórico

Se define la legitimación de capitales como la operación por la cual el patrimonio adquirido de hechos ilícitos graves es ocultado, sustituido o transformado para luego incluirlo en los sistemas financieros legales, de manera que no se dude su origen.

A propósito, Bonilla (2009), propone un concepto de legitimación de capitales, señalando que es la actividad jurídicamente independiente mediante la cual, por medio de un proceso transaccional amparado a la ley, se legalizan los réditos obtenidos de una actividad ilícita; de esta manera, se logra mezclar ese haber patrimonial en el flujo económico normal, lo cual causa consecuencias negativas a la estructura económica. (Página 19)

Ahora bien, desde un punto de vista histórico, algunos autores y tratadistas ubican los conceptos de lavado de dinero o legitimación de capitales (que para fines de esta investigación resultan sinónimos) desde la Edad Media, cuando el tema de la usura pasó a ser considerada como un delito.

Otros señalan que estos conceptos nacieron en virtud de las técnicas utilizadas por los piratas para ingresar al sector comercial y económico los tesoros robados en Europa a mediados del Siglo XVI y hasta finales del Siglo XVIII.

Hay quienes, incluso, señalan que el lavado de dinero tiene como antecedente las Guerras de Opio del Siglo XX, cuando China y Gran Bretaña mantuvieron una cruenta guerra producto de la introducción -en China- de opio cultivado en la India y comercializado por una empresa británica en las Indias Orientales.

Adicionalmente, existe una tesis considerada por algunos como una leyenda urbana, la cual se encuentra en ciertas reseñas históricas como un hecho verdadero. Se indica que el concepto de legitimación de capitales viene de la época de Al Capone,

Gánster Norteamericano del Siglo XX, el cual utilizaba una cadena de lavanderías ubicadas en toda la ciudad de Chicago para maquillar o encubrir los ingresos obtenidos de delitos como secuestro, extorsión, fraude, prostitución y juego.

En todo caso, sin precisar con exactitud a partir de cuándo la sociedad empieza a establecer un concepto de lavado de dinero, estudiosos en el tema concuerdan que la base de la terminología de legitimación de capitales resulta del narcotráfico, basados en su forma de operación. Desde la experiencia latinoamericana, se habla de lavado desde los años 70, pero su verdadera ebullición se dio en la época moderna con los casos del Chapo Guzmán y Pablo Escobar Gaviria. En cuanto a este último, nótese que en la revista FORBES se le consideró como uno de los hombres más poderosos del mundo, basados en el patrimonio adquirido gracias a los delitos cometidos, entre ellos, el narcotráfico y la extorsión.

El tema de Escobar en Colombia sirve como un valioso precedente para determinar el poder del narcotráfico en la sociedad y la relación que el delito de narcotráfico tiene con otros de especial relevancia para el Derecho Penal, como el secuestro, sicariato, extorsión, trata de personas y, evidentemente, la legitimación de capitales.

Basta con analizar a estudiosos sobre el tema de Escobar, incluso, se evidencian casos donde los narcotraficantes utilizaban deportes como el fútbol para lavar dinero y convencer a las masas de unirse a sus grupos mafiosos. Con respecto a este tema, QUITIÁN (2007) narró sobre la relación de Escobar en el financiamiento del fútbol colombiano señalando lo siguiente:

“...el climax de la influencia del negocio de narcóticos en el deporte colombiano se palpó en 1988 cuando el juez Armando Pérez fue secuestrado y apareció, al cabo de 20 horas, con un mensaje de sus captores que advertían que «si los árbitros mantenían una conducta parcializada, algunos de ellos podrían ser 'borrados'» (Ruiz & Ruiz Jr., 1999: 96). Ante esa cruda amenaza el gobierno nacional, a través de su Ministro de Educación, Manuel Francisco Becerra Barney, empezó a presionar a la Dimayor y sus abonados, los clubes, para que cumplieran con lo establecido por la ley en cuanto a la rendición y depuración de cuentas financieras y en torno a la exigencia de garantías mínimas (laborales, de patrocinio, de logística de los partidos, etc., etc.) para el buen desarrollo del espectáculo.

Se optó por aceptarle la renuncia al presidente del ente de clubes colombianos (León Londoño Tamayo) y se eligió a un dirigente destacado por su pulcritud empresarial (Álex Gorayeb) a quien le tocó la desdicha de suspender el torneo nacional a raíz del asesinato del árbitro Alvaro Ortega en Medellín luego de un derby entre el equipo de los amores del Cartel de Cali: el América, versus el preferido por la organización de Escobar: el Atlético Nacional. El partido terminó en tablas por lo que, según el diario El Colombiano (16/11/1989), «fue desempatado a tiros». Ese año, en el que el América de Cali punteaba, el título fue declarado desierto". (Páginas 171-172)

Adentrándonos a los primeros antecedentes históricos normativos relacionados con el blanqueo de capitales, estudiosos señalan que el tema de la regularización contra el lavado surge de la legislación, doctrina y jurisprudencia norteamericana. Al respecto, Castillo (2012, páginas 30-31) indica que la primera ley norteamericana, en la cual se trató el lavado de dinero, fue la Currency and Foreign Transaction Act de 1970. Se estableció que las instituciones financieras estaban obligadas a reportar sobre las transacciones financieras, con el fin de contrarrestar la intención de los grupos criminales de introducir sus réditos en la economía.

Asimismo, regulaciones como el llamado Club de Paris (1980), mediante el que se creó las Regulaciones Bancarias y Prácticas Supervisoras (Grupo de Basilea), establecieron pautas de funcionamiento para las entidades bancarias y así evitar la intervención involuntaria de los bancos en la intermediación financiera del lavado de activos. En esta declaración, se recomienda a los bancos y entidades financieras tomar medidas como identificación de clientes titulares de las cuentas, o bien, las llamadas cajas de seguridad.

En 1988, el Organismo de Naciones Unidas aprobó la llamada Convención de Viena, la cual contiene una lista de las posibles acciones de legitimación de capitales y, por consiguiente, los Estados que se adhieran a dicho convenio prometen introducir en su derecho interno las respectivas sanciones al delito de legitimación de capitales provenientes del delito de tráfico de drogas, así como otra serie de infracciones. Este acontecimiento resulta relevante para el derecho costarricense dado que, el 25 de abril de 1989, Costa Rica incorporó en su derecho interno regulación relativa a este tema.

La consecuencia inmediata de la incorporación en el derecho local del Convenio Internacional contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas fue incorporar consecuencias civiles a autores o cómplices de los delitos de tráfico de drogas. En ese momento, ya el país había sufrido consecuencias directas del narcotráfico en la política y economía; por ejemplo, la presunta financiación de campañas políticas por parte del narcotraficante Caro Quintero, de ingrata memoria.

Dicho instrumento jurídico permitió ampliar el ámbito de aplicación de la norma, con el objeto de introducir delitos de evasión fiscal, corrupción, prostitución, trata de personas, venta de órganos, entre otros, los cuales, incluso, tienen relación directa con el tema del narcotráfico en muchos casos.

En 1990, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) emite 40 recomendaciones sobre la tipología que puede presentarse en el blanqueo de capitales, desarrolla los tres principios básicos por analizarse en el tipo penal de legitimación de capitales. Los elementos son:

- a) **Etapa de colocación:** Etapa inicial. El lavador ingresa fondos al sistema financiero mediante toda clase de transacciones como convertir dinero en mercancías, compra de deudas, lotería, depósitos de dinero en cuentas bancarias, usos de casas de cambio.
- b) **Disimulación:** Los fondos se convierten en beneficios difíciles de localizar; por ejemplo: la obtención de certificados de depósitos, cheques de viaje, órdenes de pago, letras de cambio, transferencias electrónicas, reventa de bienes y valores.
- c) **Integración:** El lavador coloca el dinero obtenido del ilícito en la economía, por medio de la compra y venta de bienes inmuebles, uso de bancos extranjeros, asociaciones comerciales, cuadros de alto valor, compra de joyas.

Lo anteriormente mencionado sirve para identificar, de manera clara, los momentos y las situaciones en que puede presentarse un delito de lavado de dinero,

inclusive, si fue consumado o no. De la misma forma, ejemplifica que este tipo de delitos se caracterizan por ser dinámicos y altamente sofisticados en muchos casos.

No obstante, a pesar de los esfuerzos realizados en Costa Rica por acoplarse a los lineamientos en contra de la legitimación de capitales y al cumplimiento por parte del Estado con sus obligaciones al introducir en la legislación interna normas, mediante las cuales se combata el lavado de dinero producto de actividades ilícitas, el crimen organizado -por su grado de sofisticación e influencia en los grupos de decisión- parece que han ganado la batalla de introducir sus ganancias en la economía nacional, tal y como ha sucedido en los demás países latinoamericanos.

Para ilustrar lo señalado anteriormente, basta con analizar casos como el del señor Minor Vargas, empresario costarricense e inversionista en equipos de fútbol, el cual fue capturado en el Aeropuerto John F. Kennedy y condenado por la justicia estadounidense por delitos de estafa y fraude mediante su empresa PCI que ofrecía bonos de reaseguro, una delicada y compleja organización que estafaba a personas cercanas a la jubilación ofreciendo una serie de beneficios.

Se presume, en este momento, que los dineros obtenidos del delito de estafa fueron traducidos en importante adquisición de bienes muebles e inmuebles en Costa Rica, entre ellos, compra de automóviles, financiación y compra de equipos de fútbol, venta de canchas sintéticas, entre otros.

En otro caso, inclusive de mayor trascendencia, nuestro país fue sede del mayor lavado de dinero de la historia. Se reveló que la empresa Liberty (con oficinas en el país) brindaba facilidades para la transferencia de dineros producto de hechos ilícitos en todo el mundo. La justicia estadounidense comprobó la legitimación de capitales producto de delitos de fraude con tarjetas de crédito e inversiones, piratería informática, pornografía infantil y tráfico de estupefacientes. Esto dio una ganancia aproximada de \$6.000 millones de dólares. (La Nación, 29 de mayo del 2013)

De igual manera, además de casos tan complejos como los señalados anteriormente, la delincuencia organizada ha empleado métodos para el blanqueo de

capitales, que -según fuentes del Organismo de Investigación Judicial- van desde la compra de billetes ganadores de lotería nacional hasta la compra de una numeración completa del 0 al 99 de todos los números de tiempos siempre y cuando estén autorizados por la Junta de Protección Social de San José.

2.1.2. Instrumentos jurídicos con los que cuenta Costa Rica para el combate de Legitimación de Capitales y aspectos más importantes de la legislación penal

Convenios internacionales a los cuales Costa Rica se ha adherido

- a. Convención de las Naciones Unidas en contra del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Esta se refiere a la llamada Convención de Viena aprobada mediante Ley N°7198 del 25 de setiembre de 1990.
- b. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001. Esta se refiere a la Convención de Palermo aprobada por Ley de la República N°8302.
- c. Convención para la Eliminación del Financiamiento al Terrorismo de las Naciones Unidas de 1999, aprobada mediante Ley N°8257 del 23 de Octubre del 2002.
- d. Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada mediante Ley N 7953, del 21 de febrero del 2000.
- e. Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados de 1997, aprobado mediante Ley N°8042, del 21 de noviembre del 2000.

De la misma forma, relacionado con el delito de legitimación de capitales, la Ley N° 8204 de 26 de diciembre del 2001 "Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas" dispone lo siguiente en su artículo 69:

“Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.

La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas. (Así reformado por el artículo 2°, punto 1., aparte b) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).

El hecho podrá ser juzgado en Costa Rica, sin importar el lugar donde haya sido cometido. (Así adicionado por el artículo 2°, punto 2., aparte c) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).”

Entre las particularidades de este tipo penal encontramos, en primer término, el tema del bien jurídico tutelado, pues parece existir divergencia en cuanto que el bien que se afecta es uno solo; no obstante, otra parte lo considera un delito con posible afectación a varios bienes jurídicos. En todo caso, la postura se inclina a que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia.

En segundo término, existe la discusión en torno a si este delito se trata de un delito autónomo o dependiente del delito precedente, por cuanto, si bien se encuentra de manera independiente como tipo penal se requiere que los dineros por lavar sean de origen ilícito; es decir, deben estar relacionados con los delitos de narcotráfico y

otro delito grave establecido en el tipo. No obstante, la tesis preponderante es que se sitúe como un delito independiente del principal, el cual podría ser tráfico de drogas.

Si se tratase de un delito autónomo, sin relación con el delito precedente, podríamos encontrarnos ante dificultades de carácter probatorio, pues solo con prueba indiciaria se puede probar la comisión del delito. Sin embargo, a pesar de estas dificultades, predomina la tesis predominante de que para la existencia de un delito de legitimación basta con demostrar, de manera razonable, el origen ilícito de los bienes y no la declaración mediante sentencia judicial del delito principal.

Esto es señalado por el Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial, en Sentencia N°01191, de las trece horas veinticinco minutos, del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis, cuando indicó:

"En primer término, debe tenerse claro que la jurisprudencia nacional ha reiterado, en forma casi unánime, que la acreditación del delito de legitimación de capitales no tiene como presupuesto una sentencia que señale a alguien como responsable del delito precedente (véase en ese sentido el v. 1595-15 de la Sala III, de las 9:20 hrs del 18 de diciembre del 2015). Por otro lado, también se ha sostenido que la demostración del delito precedente puede hacerse mediante prueba indiciaria, dentro del mismo proceso por legitimación (véase el mismo voto recién citado, así como el 1105-04, de las 12:25 hrs del 10 de setiembre del 2004 y el 1103-06, de las 11:05 hrs del 30 de octubre del 2006, todos de la Sala III). En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, el que además ha externado que, conforme al principio de accesoriedad limitada, no es indispensable acreditar todos los extremos del delito accesorio, "es decir, corroborar quienes eran los sujetos que ejercían la actividad del narcotráfico, así como los nombres de las personas que entregan el dinero para ser transportada (sic)" y recalcó: "no es un delito accesorio [el del legitimación] en el sentido de que se deba probar en forma concreta ese delito principal, sino que es suficiente que se logre determinar, en una forma razonable, lógica y consecuente, pues de que el capital proviene en términos generales, de esta actividad delictiva" (voto 332-11 de las 15:50 hrs del 19 de agosto del 2011). Se menciona lo anterior ya que el tribunal de juicio, en el voto anulado, estableció un vínculo inescindible entre la demostración del delito de narcotráfico acusado y la del de legitimación de capitales, al punto que la absolutoria por el primero lo conducía a la absolutoria por el otro. Sin embargo, si se acepta la jurisprudencia referida, que como se dijo es mayoritaria, el delito de legitimación simplemente requeriría que se demostrara, razonablemente, el

origen ilegal del dinero (proveniente del narcotráfico, claro está), pero no la acreditación concreta del tráfico de estupefacientes.”

Sobre este tema, anteriormente, la Sala Tercera, en Sentencia N°1595, de las nueve horas con veinte minutos del dieciocho de diciembre del dos mil quince, con respecto al caso Pascall, había señalado la irrelevancia de que exista una sentencia contra el delito precedente para que se consuma el delito de legitimación de capitales; sin embargo, llama la atención, que si se utiliza una sentencia, como en este caso, no solo se encuentra en firme, sino que sirve como base para demostrar el carácter ilícito de los bienes adquiridos. Al respecto, indica:

“...a partir de la prueba documental debidamente incorporada al proceso, y en particular, la que se extrae de la asistencia judicial con Estados Unidos, es posible concluir que para el momento en que realizó el juicio por legitimación de capitales en esta causa, la situación judicial de Morrison era la siguiente: A) Contaba con condena firme materialmente, por el delito de tenencia de arma prohibida (ver f. 1192 vto. de la sentencia del ad quem, en el que se hace referencia al hecho probado número 7), y B) Se restableció en su contra la condena por el delito de evasión de impuestos de cigarrillos, dictada por un jurado en mayo de 2008. Esta última condena, al momento de realizarse el debate, se encontraba firme en cuanto a la imputación de cargos, pero aún debía hacerse una nueva audiencia para la imposición de la pena. (fs. 1192 vto. -1193 fte.). C) “...sentencia absolutoria firme de Morrison por los delitos de extorsión, homicidio, incendio, etc...” (f. 1193 fte.). Con respecto a estos últimos ilícitos, es menester aclarar que, aunque se mencione los delitos de extorsión y otros como antecedentes fácticos en la sentencia, principalmente por referencia de la testigo Dianne Leonardo (f. 1195 fte. y vto.), dichas imputaciones no pueden ser utilizadas en nuestro país para establecer los hechos precedentes de la legitimación de capitales, pues el jurado posee una absolutoria firme del jurado por dichos cargos, la cual se mantuvo, y el Ministerio Público no ha alegado que un yerro de la justicia estadounidense, al dictar dicha absolutoria. Más bien las sentencias dictadas en la causa judicial contra Morrison en los Estados Unidos, se aportan como prueba sobre el delito precedente, y en tal razón a ella debemos atenernos en dicho extremo. Aunque el sistema norteamericano permita al juez considerar ciertas conductas por las que absolvió el jurado, a la hora de fijar la pena, tal situación se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de lo que establece el primer párrafo del artículo 39 de nuestra Constitución Política: “...A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...” (el subrayado es

suplido). La misma garantía se encuentra prevista en el numeral 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Proceder en contrario, implicaría, por lo tanto, desconocer el principio de cosa juzgada (el ad quem remite, en este punto, al folio 904 del legajo de prueba número 3, aportado por la defensa, cuya traducción oficial consta a folio 113). Por supuesto que, acorde con los precedentes de esta Sala, la existencia de una sentencia que señale a alguien como responsable del delito previo, no es un requisito ineludible para que se configure la legitimación de capitales. En múltiples oportunidades, se ha señalado que el origen delictivo de los recursos puede acreditarse dentro del mismo proceso seguido para la legitimación, a través de prueba indiciaria. Pero este asunto se diferencia del grueso de las causas, porque se siguió un proceso judicial y se dictó sentencia, la que el propio ente fiscal aporta como prueba sobre el hecho precedente, y por, ello, debemos atenernos a ella sobre los hechos puntuales por los que Morrison fue condenado en dicho país.”

Asimismo, como tercera consideración, se encuentra el tema de la ejecución del delito, pues nos encontramos ante un delito doloso, cuya ejecución se da cuando se ponen en marcha las acciones que establece el tipo penal. No obstante, no es necesario que se llegue a demostrar si invirtió, adquirió bienes o servicios, sino que los dineros obtenidos con motivo de la acción delictiva grave fueron incrustados en la economía con el consecuente perjuicio para el bien jurídico tutelado.

Así lo indica el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, en Sentencia N°132, de las nueve horas quince minutos del cinco de febrero del dos mil dieciséis:

“...el tipo penal de legitimación de capitales no requiere para su configuración la determinación precisa de la forma en que fueron empleados por el sujeto activo el dinero o bienes materiales obtenidos con motivo de la actividad delictiva, como podría ser si los utilizó para comprar bienes de consumo, si los invirtió en compañías o acciones, entre otros. Lo relevante a efectos de apreciar la tipicidad es si esos dineros o bienes obtenidos con motivo de la acción delictiva grave, fueron introducidos en la economía con el consecuente perjuicio para el bien jurídico tutelado. En el presente caso, es claro que ese objetivo lo logró el acusado Chacón Céspedes al retirar los dineros de la cuenta de Esteban Camareno que, gracias a la acción de blanqueo constituido por los depósitos, lograron el objetivo de aparentar ser dinero lícito por haber sido retirado incluso de un banco estatal. Tales acciones evidentemente tenían el propósito de dar apariencia de legitimidad a las ganancias obtenidas por el acusado en la venta de drogas. Nótese como la entidad bancaria de manera independiente ya había advertido que

la denominación y estado de los billetes, sumada a la frecuencia de los depósitos, resultaba irregular y se aprestaba a cancelar la cuenta de Camareno y a notificar a las autoridades correspondientes para su investigación, de manera es evidente que si el el acusado hubiera empleado ese mismo dinero efectivo en el comercio hubiera levantado aún más sospechas, por lo que depositarlo en un banco fue la manera que ideo, con resultado negativo, para ocultar el origen de su capital ya que, una vez depositado lo podía retirar ya en una denominación mucho mayor que no levantaría sospechas. Tan efectiva fue la acción de blanqueo, que el acusado logró disfrutar plenamente de dichos dineros, pues nunca se recuperaron los más de 30 millones de colones que fueron depositados entre Ana Yanueth y Pedro Miguel en la cuenta de Camareno en el Banco de Costa Rica, en cuyo caso, también debe desestimarse el reclamo pues a diferencia de lo argumentado por la quejosa, el fallo cuestionado si estableció apropiadamente la forma en que el acusado logró introducir en la economía dinero efectivo proveniente de la venta de droga.”

Para efectos de la investigación, resulta importante ahondar si la forma como se encuentra estructurado el tipo penal y la jurisprudencia entorno a este tema, aunado a la normativa existente para el control financiero de los bancos estatales y privados, resulta suficiente para la lucha contra el lavado de dinero.

Entre las críticas hechas al sistema jurídico costarricense relativas al tema del lavado de dinero, se encuentran las siguientes:

- a- Los plazos para la terminación de un proceso judicial de esta índole son muy extensos, lo que contribuye a que el Estado no pueda utilizar los bienes de manera inmediata y en buen estado de conservación.
- b- Asimismo, lo complejo que resulta recabar todo el elemento probatorio para demostrar no solo el delito de lavado, sino también, delitos como el narcotráfico o trata de personas. Es decir, se inicia una investigación de atrás para adelante.
- c- Finalmente, no existe uniformidad en cuanto al bien jurídico tutelado del delito de legitimación de capitales.

2.2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO PLANTEADO COMO UNA FÓRMULA JURÍDICA INDEPENDIENTE PARA COMBATIR LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES EN COSTA RICA

2.2.1. Algunas consideraciones sobre la extinción del dominio en el derecho comparado

La extinción del dominio o comiso sin condena es la acción de secuestro y confiscación de bienes o derechos, principales o accesorios, independientemente de la o las personas que lo tenga en su poder, producto de un hecho ilícito.

El origen de la extinción del dominio nos refiere, ineludiblemente, al narcotráfico, especialmente a Colombia, tomando en cuenta como precedente principal los bienes adquiridos por el zar de la droga Pablo Escobar Gaviria.

De la misma manera, históricamente, además del caso de Escobar, existe una serie de personajes, quienes influyeron sobre el derecho internacional para modelar normas que permitan a los estados combatir, esencialmente, el patrimonio de los grupos criminales, como sucede en los con los cárteles mexicanos, en este caso, por supuesto, resalta la figura del Chapo Guzmán.

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinal, resulta importante señalar que la extinción del dominio tiene su base jurídica en el derecho agrario – ambiental, por cuanto se desatiende la función social de la propiedad por la falta de explotación económica.

Por lo anterior, se tuvo que generar cambios verdaderamente importantes en el sistema jurídico colombiano, incluso a nivel constitucional, modificando para ello los enfoques absolutistas de la propiedad y, a partir de esos cambios, el Estado modificó su idea de inviolabilidad de la propiedad privada, entendiendo para ello, que no se podía ni se debía reconocer ese derecho constitucional a un sujeto, el cual lo adquirió producto de un ilícito, en perjuicio de la economía y la estabilidad social.

Valero (2009), en su artículo, señala que el precepto constitucional que a la fecha gobierna el tema de la extinción del dominio, yace en el artículo 34 de la misma norma ubicada en el título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, a partir del cual se concluye lo siguiente:

“Que por regla general está proscrita la confiscación de bienes, o en otras palabras, que el Estado no podrá privar a nadie de sus bienes sin que medie la respectiva indemnización.

Que excepcionalmente, y solamente en tratándose de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, ocasionándole perjuicio al erario público, o con grave deterioro de la moral social, amén de los provenientes indirectamente del delito o “utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la comisión del mismo”, se podrá declarar la extinguido el dominio mediante sentencia judicial.

Este contexto normativo da la certeza de que ningún bien obtenido lícita y regularmente y sin relación alguna con el delito podrá serle arrebatado por el Estado a sus titulares, por lo menos no sin previa indemnización (como en el caso de la expropiación). Tal limitante cobija, ¡cómo no!, al restante ordenamiento legal (primacía de la Constitución), luego las normas penales -léase el comiso en el Código de Procedimiento Penal- y la ley de extinción del dominio, no pueden ser la excepción.” (Página 77)

De igual forma, Cárdenas (2013) manifestó:

“En la Ley de extinción de dominio de bienes ilícitos de Colombia, se amparó a la Constitución Política que permitió llevar a cabo la implementación de la ley, la cual llega a demostrarse por los siguientes artículos constitucionales que prohíben la confiscación y vulnerabilidad de los derechos a la propiedad siempre y cuando estos hayan sido adquiridos de manera ilícita. En su artículo 34, indica que: **“Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social” (el resaltado no es del original)**. Como se puede analizar dentro del artículo en cuestión, se ha incorporado la figura en cuanto a limitación constitucional de poder poseer bienes que han ingresado al patrimonio de cualquier persona de una manera ilícita y obsérvese que no indica el proveniente de un hecho punible (delito).”

También, la Constitución colombiana ha superado el óbice de que la propiedad privada es inviolable en cuanto al derecho constitucional. Su artículo 58 indica:

“ARTÍCULO 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se figura consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”.

En este artículo, se protege la propiedad privada, siempre y cuando se ampare a los ordenamientos legales del país.

Por lo anterior, los artículos 34 y 58 de la Constitución guardan el debido respeto por los derechos de los ciudadanos que poseen bienes de manera lícita, en contraposición con los que poseen de manera ilícita dichos bienes, y peor aún que provengan de delitos graves o cualquier otra actividad delictiva. Por ello, la economía de un país debe ser respaldada con productividad real y legítima, sino se convertiría en un país que su mayor productividad se provendría de dinero “negro” o como se le conoce blanqueo de capitales, y no sería una economía de producción. Por este motivo, un Estado debe procurar trabajo estable a los ciudadanos para que su macroeconomía sea duradera y legal. (Páginas 63-65)

Como puede observarse, a partir del cambio constitucional suscitado en Colombia en el año 2002, se integró -en su sistema normativo y jurisprudencial- la extinción del dominio, el cual tiene la finalidad de perseguir los bienes de los cuales se sospecha que su titular no puede demostrar el ingreso lícito. Dicha figura jurídica, se fundamenta en 4 ejes esenciales:

- Efectividad de la convivencia social
- Derecho de la propiedad

- Obligaciones de cada ciudadano
- Libertad en la actividad económica

Ahora bien, la extinción del dominio, al igual que la regulación del delito de legitimación de capitales, tiene como precedentes normativos la Convención de Viena de 1998, convenio sobre el blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito (Estrasburgo 1990) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo (2000), indicadas en páginas atrás.

Dicho instrumento presenta las siguientes características:

- Es jurisdiccionalmente distinto y autónomo del Derecho Penal. Algunos autores señalan que se trata de una rama del derecho civil o administrativo, aunque su origen, como se dijo anteriormente, sea agrario.
- Va dirigido a derechos reales, es decir, se puede accionar contra el poseedor de un bien.
- El término ilicitud no se refiere, estrictamente, a la declaración mediante sentencia de un delito.
- Termina con una sentencia declarativa y no de condena, es decir, se declara que el bien pasa a manos del Estado por su origen o destino ilícito.
- Es de aplicación retroactiva. Es decir, aunque la ley haya sido promulgada posterior al ingreso del bien en el patrimonio de la persona, esto no impide que el Estado pueda declarar la extinción del dominio del bien.
- Es un derecho que no prescribe. Para el derecho comparado, ningún derecho puede sanearse cuando se trata de un bien adquirido de manera ilícita o ilegal.

- Utiliza la figura de prueba dinámica, es decir, en muchos casos el poseedor del bien es quien debe demostrar su carácter lícito.
- Son susceptibles de extinción de dominio bienes de significado económico.

Para los países que han adoptado este instrumento jurídico en sus legislaciones, desde la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, por medio de su programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (LAPLAC) generó una ley modelo. Dicho compendio es un instrumento complementario novedoso y una respuesta contra el crimen organizado, el cual se enfoca a la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza de la actividad criminal.

La Ley Modelo define en su artículo 2°, que la extinción del dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere la ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación ni compensación alguna. Su característica es de carácter real, por cuanto se dirige contra bienes y se declara a través de un proceso autónomo, independiente de cualquier tipo de proceso.

Incluso, tal y como se indicó en líneas atrás, la extinción del dominio tiene sus bases en el derecho agrario y ambiental, en cuanto que se desatiende la función social de la propiedad debido a la falta de explotación económica, por lo que es formal y sustancialmente diferente de la confiscación (negocio jurídico impuesto por el Estado por razones de utilidad e interés público) y la expropiación (acto jurídico que implica la cesación del derecho adquirido lícitamente con una compensación).

En ese sentido, la extinción del dominio es una figura distinta al comiso, el cual está regulado en nuestro ordenamiento en el artículo 110 del Código Penal de Costa Rica. En este, se señala que el delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de los objetos o valores provenientes de su

realización o que constituyan, para el agente, un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.

No obstante, la norma también presenta algunos elementos que se requiere distinguirlos con la figura de extinción del dominio, teniendo presente, obvio, que el comiso es un instrumento del derecho penal, el cual urge una sentencia que declare la presencia de un delito (aunque exista una tendencia a que dicha situación no es necesaria). Sin embargo, se diferencia claramente, del tema de la extinción del dominio, porque este último no necesita comprobar el establecimiento de un delito.

Como puede observarse, la confiscación es la pérdida total del patrimonio de un condenado a favor del Estado. Así, este último se deja el patrimonio afectado en su totalidad, lo cual es independiente de si proviene o no de un delito. Por ende, se debe aclarar que la confiscación es el género y el comiso es la especie.

2.2.2. En cuanto al contenido del Proyecto de Ley N° 19.571 “Ley Especial de Extinción del Dominio”

Se discute en la corriente legislativa, específicamente en la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa, el Proyecto de Ley N° 19.571, “Ley Especial de Extinción del Dominio”, presentado por el legislador Antonio Álvarez Desanti, el cual surge como una nueva propuesta al proyecto presentado en el gobierno de Laura Chinchilla bajo el N° de proyecto 18.964.

El Proyecto pretende establecer un nuevo instrumento jurídico para combatir el crimen organizado en Costa Rica, mediante el establecimiento de un proceso autónomo del proceso penal, que permita al Estado, de manera más eficiente, combatir a los grupos criminales en su patrimonio, extinguiendo el dominio a favor del Estado de bienes y derechos obtenidos de manera ilícita.

Apunta el legislador Álvarez, en el proyecto, que la extinción del dominio reafirma la aplicación y reconocimiento de los derechos constitucionales, en el entendido de que los bienes y derechos adquiridos con capital ilícito o criminal no adquirieron legitimidad para gozar de protección legal. Al respecto, señala que la propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho protegido por la Constitución, sin embargo, esto no sucede con bienes adquiridos por un ilícito.

Dicha tesis, parece ser apoyada por la Procuraduría General de la República en Opinión Jurídica 107- J del 21 de Setiembre del 2015, donde señala que el proyecto de ley no violentaría el Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada y, más bien, atribuye -como una forma de control social del Estado- el requerimiento de valorar y, de algún modo, supervisar la procedencia de los bienes adquiridos.

En este sentido, conviene advertir que, bajo la Constitución, el derecho de propiedad, en principio, puede soportar este tipo de regulación, pues se ha admitido que la ley regula las formas de adquisición y extinción de la propiedad, amén de establecer deberes negativos y positivos. Al respecto, puede citarse la Resolución de la Sala Constitucional N° 7137-2007 de las 16:47 horas del 23 de mayo de 2007:

“Empero, no se trata de un derecho absoluto, como todo derecho reconocido o que resulta de la Constitución, pues cada uno de ellos está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio y sobre esto no puede haber discusión alguna, siempre, claro está, que se respete su contenido esencial. Es aceptado hoy, que la propiedad privada, con todos sus atributos, admite igualmente la de su función social, aunque de acuerdo con la transcripción hecha, no fue así reconocida en la Constitución, sino el de interés social. El Estado puede utilizar no solo los bienes y cosas que componen el dominio público o su dominio privado, sino, también, los que pertenecen a los particulares, imponiéndoles obligaciones negativas o deberes positivos o limitaciones, pero siempre dentro de lo preceptuado por la Constitución y las leyes, lo que incluye las compensaciones o indemnizaciones a que hubiere lugar.” (Ver también N° 4587-97 de las 15:45 horas del 5 de agosto de 1997).

En todo caso, resulta de interés destacar, a modo de referencia, que en el caso N° 12.386/1986, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que este tipo de figuras no es inconsistente con el derecho de propiedad siempre sea proporcional y razonable. Al respecto, conviene citar lo comentado por GREENBERG, citado por la Procuraduría en la Opinión Jurídica 107-J (antes indicada):

“Ya desde 1986, la Comisión Europea de los Derechos Humanos declaró que el decomiso de activos NCB era consistente con la presunción de inocencia y los derechos fundamentales de la propiedad. Sin embargo, la comisión ha declarado que cualquier recuperación de activos debe estar abierta a cuestionamiento en la corte y ser razonable y proporcionada.” GREENBERG et al. Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas. Banco Mundial. Washington, 2009.

Respecto al tema de extinción del dominio, la Sala Constitucional, dada la consulta realizada por el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda con la finalidad de que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 20, 21 y 22 de la Ley número 8754 del veintidós de julio del dos mil nueve, Ley contra la Delincuencia Organizada, y del Acuerdo de Corte Plena tomado en Sesión número 18-10 del catorce de junio del dos mil diez; señaló en Voto N°18.946, del 2 de Diciembre del 2015, lo siguiente:

“...Sobre la infracción al artículo 28 de la Constitución Política

Señala la jueza consultante que las normas cuestionadas lesionan lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, porque el hecho de que una persona tenga un patrimonio del que se ignore su procedencia, no necesariamente ocasiona una lesión al orden público o perjudica a terceros, ya que sin una debida demostración de la existencia de algún ilícito, no se produce la afectación de esos bienes jurídicos. Sostiene que el sistema de libertad es una garantía de que ni siquiera la ley puede invadir la esfera intangible de libertad, autonomía e intimidad, cuya intervención debe ser restrictiva. Las normas impugnadas establecen la pérdida del dominio sobre los bienes tanto de funcionarios públicos como de personas de derecho privado físicas o jurídicas. Esa pérdida del dominio opera en los casos en que se da un incremento de capital, sin que se acredite una causa lícita. Existe un interés del Estado en que el patrimonio de toda persona haya sido obtenido en forma lícita y no como producto de acciones contrarias al ordenamiento jurídico. El patrimonio obtenido ilegítimamente carece de la protección estatal porque atenta contra los valores y principios

que constituyen la base misma del Estado de derecho. El crimen organizado en sus diferentes expresiones: corrupción, tráfico de drogas, tráfico de personas, armas, legitimación de capitales, terrorismo, etc.; utiliza formas cada día más especializadas y sofisticadas para evadir la acción de la justicia y sobre todo, para mantener el poderío económico que le caracteriza. Por ello, se justifica que el Estado legisle de una forma que, sin lesionar los derechos y garantías fundamentales, pueda hacer frente a estos flagelos de una forma eficiente. Cuando se trata de dineros y bienes en general provenientes de la corrupción, se está ante una afectación a diversos bienes jurídicos de gran importancia para la colectividad. La corrupción produce degradación y desconfianza en las instituciones públicas, afecta la administración financiera pública, la gobernabilidad del sector financiero, debilita las inversiones privadas y la prestación de servicios sociales, como los programas de salud y educación de un país, generando efectos adversos sobre todo en las clases menos favorecidas. El narcotráfico por su parte, destruye los cimientos de una sociedad, no solo al afectar la salud de la población y provocar un incremento de la violencia (homicidios, sicariato, delitos contra la propiedad, etc.) sino además porque la legitimación del dinero proveniente de este, debilita la integridad de los mercados financieros, produce la pérdida del control de la política económica, afecta las monedas y tasas de interés, ocasiona la pérdida de rentas públicas, distorsiona la economía y produce inestabilidad en general. Esto y más puede decirse de los demás ilícitos perpetrados por la criminalidad organizada. Costa Rica suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), cuyo objetivo es el de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional y la ratificó por ley número 8302 del doce de setiembre del dos mil dos. Asimismo ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, por ley número 8557 de veintinueve de noviembre del dos mil seis, así como, la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada por Costa Rica en Caracas, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, y ratificada mediante Ley número 7670 de diecisiete de abril de mil novecientos noventa y siete. El adquirir esos compromisos internacionales y la necesidad de adecuar la legislación interna para dotar de mejores y más eficientes herramientas a las autoridades para enfrentarse al fenómeno complejo de la criminalidad organizada, dio origen a la Ley contra la Delincuencia Organizada. Las normas que se examinan en esta consulta forman parte de esa ley, a pesar de que su aplicación se da fuera del contexto del proceso penal. Lo que las mismas pretenden es otorgar un instrumento al Estado para incautar aquellos patrimonios que no tengan justificación acerca de su procedencia lícita y promover así una desarticulación de las redes delictivas. Esto por cuanto, dentro de los procesos penales, el comiso de los objetos y bienes producto de hechos ilícitos, reviste mayores exigencias y depende de la existencia de una sentencia condenatoria, que no siempre se puede lograr. Las Convenciones señaladas contienen normas donde se contempla esa posibilidad del

comiso sin delito o como se le conoce en la doctrina y en algunas otras legislaciones: "el decomiso sin condena", "decomiso civil", "decomiso in rem" o "decomiso objetivo". Dichas normas son el artículo 12 inciso 7) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), que señala: "Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas." E igualmente el artículo 31 inciso 8) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que indica: "Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a su decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos." Así como el artículo 54 inciso c) de la misma: " Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: [...] c) 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." Por su parte, como bien informa la Procuraduría General de la República, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que constituye una iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, promueve una Ley Modelo sobre Extinción de Dominio. Esta ley, en su introducción señala que se trata de una herramienta práctica que pretende facilitar la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo. Concibe la extinción de dominio como: "un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países." Refiere que por su naturaleza y alcance, constituye un mecanismo novedoso y una respuesta contra el crimen organizado, ya que, se enfoca exclusivamente, en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal. Diversos países en el mundo tienen normas que establecen también la pérdida del patrimonio sin causa lícita, en forma autónoma del proceso penal, entre ellos: Estados Unidos, Sudáfrica, Irlanda, Reino Unido, Albania, Colombia, Canadá, Liechtenstein, Eslovenia, Suiza, Tailandia, Filipinas, Australia e Israel. Por otra parte, el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales (GAFI) que es un organismo intergubernamental que tiene como propósito el desarrollo y la promoción de políticas, en los niveles nacional e internacional, para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, creado en 1989 por los países que integran el G7 (Alemania, Canadá, EE.UU., Francia, Italia, Japón y

Reino Unido); estableció las Cuarenta Recomendaciones que son estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Costa Rica forma parte del GAFISUD, que es un organismo regional del GAFI, constituido los países de América del Sur y México, creada en el año 2000, en Cartagena de Indias, Colombia, que se adhirió a las Cuarenta Recomendaciones. En la recomendación 4 se señala:

“4. Decomiso y medidas provisionales *

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos 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.” (El resaltado no es del original).

En cuanto a la legislación interna, el artículo 19 del Código Civil refiere que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho. Por su parte, el artículo 20 de ese Código es contundente al señalar que “Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la ley...”. Asimismo, el artículo 21 de ese mismo Cuerpo Normativo dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe y el numeral 22 señala que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial

de éste. De todo lo expuesto se colige que no lleva razón la jueza consultante en el sentido de que las normas consultadas infringen el artículo 28 de la Constitución Política. El Estado tutela un sistema armónico de valores, principios y normas en que se funda la organización política y jurídica. Dentro de la concepción de un Estado social y democrático de derecho, donde se protegen valores tales como la justicia, la vida, la igualdad, la libertad y otros, no resulta válido tutelar o cohonestar formas de adquisición del dominio que lesionen precisamente esos valores. Los títulos ilegítimos generan solo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que puede declararse extinta por la acción del Estado. Conforme se indicó, el incremento de un capital sin causa lícita sí ocasiona un perjuicio de grandes dimensiones al orden público. Las actividades ilícitas, en especial las manifestaciones de criminalidad organizada, afectan gravemente los derechos fundamentales y constituyen una amenaza para el desarrollo sostenible y la convivencia pacífica. De ahí que se estime razonable la creación de esta herramienta (comiso sin condena) para fortalecer la lucha contra la delincuencia, otorgando al Estado un instrumento legal para incautar bienes sobre los que no se demuestre una forma de obtención lícita.”

De lo transcrito, se desprende, para los fines de la presente investigación, lo siguiente:

- a) Entre las debilidades del proceso penal, a diferencia del proyecto en discusión, el comiso de los objetos y bienes producto de hechos ilícitos, genera mayores exigencias y depende de la existencia de una sentencia condenatoria que no siempre llega a darse.
- b) El Derecho Internacional ha hecho un llamado vehemente a que todos los países consideren la incorporación de instrumentos jurídicos como la extinción del dominio sin que se requiera una condena penal o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes.
- c) La extinción del dominio no resultaría violatoria a los Principios de Buena Fe ni de Inocencia, pues este instrumento -en ningún momento- suprime la obligación del Estado de recabar los elementos de convicción que le permitan promover que se aplique la extinción del dominio.

d) No resultaría violatorio el proyecto, que se discute, en su relación con el Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada, precisamente, porque este principio constitucional protege únicamente a derechos adquiridos de manera lícita y no de manera ilícita.

A continuación, se hace un resumen del articulado que contiene el proyecto de ley en discusión:

- El artículo 2° del proyecto define el concepto de extinción del dominio como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado de los bienes y derechos producto de o destinados a las actividades ilícitas referidas en la presente ley.
- De la misma forma, crea una nueva jurisdicción de carácter real, de contenido patrimonial y se tramita a través de un procedimiento autónomo de cualquier otro juicio o proceso judicial, distinto e independiente de la persecución y responsabilidad penal.
- Asimismo, el artículo 25° señala que para la procedencia de la extinción de dominio, en ningún caso se requerirá una sentencia judicial previa que declare la existencia de un delito o la responsabilidad penal del afectado. Tampoco se requerirá demostrar la existencia de un delito para configurar las causales de extinción de dominio.
- Incorpora la idea de que no se encuentran contemplados dentro del Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada, los capitales y bienes obtenidos o destinados a actividades ilícitas, ni los bienes que formen parte de un incremento de capital injustificado relacionado con actividades ilícitas, en relación con los cuales procede la extinción de dominio regulada en la presente ley.

- Establece la llamada carga dinámica de la prueba. En este sentido, el Ministerio Público tiene la carga de identificar, recolectar y aportar los medios de prueba que respalden, fundadamente, su pretensión de extinción de dominio, así como aquellas que permitan desestimar un proceder acorde con la buena fe exenta de culpa por parte del afectado.

No obstante, el afectado deberá demostrar el origen lícito de su crecimiento patrimonial o, de lo contrario, procederá la extinción de dominio, acreditada por el Ministerio Público, sobre los bienes que no se puedan relacionar con una causa lícita.

Con respecto a este punto, en el Informe AL-DEST- ITS-026-2016, del 02 de febrero del 2016, emitido por el Área de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, a propósito del presente Proyecto de Ley, se señala, en palabras del Magistrado Chinchilla, que se habla de carga dinámica de la prueba cuando existe una compensación de cargas en el proceso. Manifiesta que todo aquel que se declare buen poseedor o buen propietario, tendrá la obligación de demostrar su situación: es una carga que tiene la persona. No resulta tan cierto, según él mismo afirma, que con eso se puede presumir que no es necesaria la equiparación de actividades propiamente probatorias, porque esta carga de la prueba ese caracteriza por ser dinámica. Cada uno debe probar lo suyo, pero siempre el Ministerio Público está obligado, la misma ley lo dice, aún y cuando no se logre extraer o probar por parte del sujeto su buena fe o su origen totalmente lícito.

- El artículo 13° establece la forma de acreditación de la buena fe exenta de culpa, siempre y cuando se haya acreditado y concluido que el titular tiene interés legítimo respecto a los bienes, productos, derechos o instrumentos, o bien, desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente.

También en los casos cuando el titular no adquirió derecho alguno a los bienes, productos, derechos o instrumentos, en circunstancias las cuales, razonablemente,

llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar la posible pérdida por extinción de dominio, asimismo, si el titular hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos, derechos o instrumentos.

De igual manera, el titular de un derecho real que -sin mediar negligencia, imprudencia o impericia- haya otorgado un crédito o facilitara productos o instrumentos financieros o bursátiles, cumpliendo con las debidas diligencias exigidas por la normativa vigente en esta materia; o bien, acciones, cuotas o derechos que representen, total o parcialmente, el capital de una persona o estructura jurídica, desconocida, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos que conforman el activo societario o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente.

- Lo resuelto en esta instancia, de conformidad con lo que establece el artículo 18°, tiene efecto de cosa juzgada.

- Se aplica el Principio de Retroactividad de la Ley, dado que no puede interpretarse que existe derecho patrimonial adquirido o situación jurídica consolidada si provienen de un acto ilícito o criminal. El artículo 28 señala que la fase de investigación patrimonial de los hechos, los cuales puedan configurar alguna causal de extinción de dominio previstas en esta ley, tendrá carácter retrospectivo por un plazo de diez años a partir de la vigencia de la presente ley.

- El artículo 21° señala como causales de extinción del dominio, sea que se acredite una o varias, las siguientes causales: bienes producto directo o indirecto de actividades ilícitas, instrumentos y/o medios de actividades ilícitas, objeto material de actividades ilícitas (salvo que la ley disponga su destrucción o su entrega a las víctimas de un delito para efectos de su reparación o restablecimiento de derecho), que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas, de origen lícito

utilizados, material o jurídicamente, para ocultar bienes procedentes de actividades ilícitas.

Asimismo, bienes de origen lícito mezclados material o jurídicamente con bienes procedentes de actividades ilícitas.

En el caso de empresas comerciales, si lo ilícito es el aporte de uno o varios accionistas, la extinción de dominio procederá contra esa parte accionaria sin afectar la operación de la empresa.

De igual manera, bienes los cuales constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan pruebas que a criterio del juez determinen que no se tiene una justificación sobre la licitud del crecimiento patrimonial.

Nótese que, incluso, en el campo normativo, se encuentran los bienes o activos que, dentro de una investigación penal, se hayan vinculado con actividades ilícitas, sin haberse dictado su comiso o aquellos bienes o activos ubicados en Costa Rica, vinculados con una persona condenada en otro país por actividades ilícitas.

- Incluye dentro de su campo normativo, la imposibilidad de que, por causa de muerte, no se pueda extinguir el dominio de los bienes.
- El artículo 23° del proyecto establece que en caso de no ser posible la localización, identificación, decomiso, aseguramiento o embargo preventivo de los bienes por presumirse su ocultamiento o desviación, el Ministerio Público remitirá todas las diligencias a la sede penal para su trámite correspondiente.
- Establece un plazo de prescripción de 20 años, lo cual es en sustancia- un cambio significativo en comparación con los demás bienes jurídicos que tutela el derecho costarricense.

- Crea una Fiscalía de Extinción de Dominio, encargada de la fase investigativa del proceso.
- Le otorga la competencia para la investigación de los asuntos de extinción del dominio al Organismo de Investigación Judicial, la cual deberá contar con una sección especializada.
- Establece, en su artículo 35°, que todas las unidades del Instituto Costarricense sobre Drogas tendrán competencia para colaborar en los procesos de extinción de dominio, en ejercicio de sus funciones y atribuciones dadas por su ley de creación.
- Crea un Juzgado de Garantías de Extinción del Dominio, con competencia nacional, el cual estará a cargo de ejercer el control jurisdiccional de la fase investigativa.
- Crea un Juzgado de conocimiento en extinción de dominio, ubicado en la ciudad de San José, con competencia nacional, el cual estará a cargo de la fase de juzgamiento. Le corresponderá resolver, en alzada, las resoluciones declaradas impugnables y dictadas por el juzgado de garantías en extinción de dominio.
- Crea un Tribunal de Apelación en Extinción de Dominio, el cual resolverá los recursos interpuestos por las partes, contra la resolución de fondo dictada por el juzgado de conocimiento en extinción de dominio.
- Permite decretar medidas de aseguramiento, según lo establecido por el numeral 61°, donde se indica que si no se hubiere hecho con anterioridad, el Juzgado de Conocimiento en extinción de dominio decretará -de oficio o a petición del Ministerio Público, en la misma resolución de admisión a trámite- las medidas de aseguramiento necesarias para la ejecución de la sentencia, las que se ordenarán y ejecutarán antes de ser notificada la resolución de admisión del requerimiento de extinción de dominio a la parte interesada.

- Permite el Juzgamiento en Ausencia, una vez cumplida la notificación sin que uno o algunos de los afectados comparezcan a cumplir la citación a audiencia preliminar. El Juzgado de Conocimiento en Extinción de Dominio ordenará la continuación del proceso en ausencia.

- Entre los efectos que tiene la sentencia de extinción del dominio se encuentran los siguientes:

- En caso de que el juez estime que se probaron una o varias de las causales de extinción de dominio y los requisitos previstos en esta ley, en la sentencia declarará la extinción de dominio de los derechos reales, principales o accesorios. La sentencia firme que declare la extinción de dominio, además de valer como título legítimo y ejecutivo, tendrá por efecto que los respectivos bienes se transfieran a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas para que proceda de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos.

El juez podrá establecer -en casos de excepción, cuando se afecte a niños, adultos mayores o personas con discapacidad, lo cual crea una situación de vulnerabilidad social mayor- que la extinción de dominio del inmueble destinado a domicilio familiar quede sujeta a un régimen especial. En estos casos, el juez podrá permitir que continúen viviendo en el inmueble teniendo el usufructo por el plazo que considere conveniente y otorgando la nuda propiedad al estado o utilizar la figura jurídica que garantice evitar un problema social mayor. Lo resuelto sobre este extremo no produce los efectos de la cosa juzgada y podrá ser variado por el juez cuando se modifiquen las circunstancias justificadoras de la medida.

- Hay posibilidad de recurrir el proceso de extinción del dominio, de conformidad con lo que establece el artículo 74, en los siguientes supuestos:

1. Contra la sentencia que ponga fin al proceso de extinción de dominio dictada por el Tribunal de Apelación, procederá el recurso casación.

2. Contra las resoluciones que establezcan medidas de aseguramiento, ordenen la reserva de investigación a los afectados, ordenen la devolución de bienes, rechacen pruebas, no admita el requerimiento de extinción de dominio, declaren una nulidad absoluta y contra la sentencia dictada por el juez de conocimiento en extinción de dominio, procederá el recurso de apelación.

3. Contra las providencias, las cuales rechacen una solicitud de nulidad relativa y otros autos que no pongan fin al proceso, solo cabrá el recurso de revocatoria.

- Existe la posibilidad de interponer recurso extraordinario de casación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación, que confirmen total o parcialmente, o bien resuelva, en definitiva, la sentencia dictada por el Juzgado de Conocimiento. La Sala Tercera será la competente para tramitar el recurso, y ella sólo podrá casar la sentencia impugnada cuando:

1) Se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por el Tribunal de Apelación de este con precedentes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

2) La sentencia que no observe o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal.

2.2.3. Principales argumentos señalados por los críticos del Proyecto de Ley

Uno de los mayores detractores del Proyecto de Ley de Extinción del Dominio ha sido la Defensa Pública, la cual ha manifestado -en distintos foros- su oposición férrea a los textos presentados hasta el momento en la corriente legislativa.

Al respecto, en el año 2014, la directora de la Defensa Pública, Marta Iris Muñoz, compareció acompañada por el subdirector, Alejandro Rojas, y su equipo de apoyo

Yanela Álvarez, Gary Bonilla y Juan Carlos Salas, ante la Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, presidida por el diputado Edgardo Araya Pineda, (<http://www.poderjudicial.go.cr/defensapublica/index.php/noticias/136-proyecto-de-ley-18964-denominado-ley-de-extincion-de-dominio>) manifestando su total oposición al proyecto al considerar que lesiona derechos constitucionales e instrumentos internacionales. En dicha comparecencia, criticó que el proyecto por cuanto no es materia penal y en consonancia -se trata de no utilizar principios penales- sino de materia sancionatoria e, incluso, se delega la investigación al Ministerio Público.

Asimismo, considera que el proyecto resulta inconstitucional, pues atenta contra el principio de inviolabilidad de la propiedad privada, principio de buena fe y derecho de defensa, entre otros.

De igual manera, referente al proyecto anterior, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica presentó criterio de oposición al proyecto señalando que no hay razón de establecer una nueva ley cuando en el derecho penal existe una figura como el Comiso.

De la misma forma, el Lic. Juan Carlos Salas Castro, en representación de la Defensa Pública, en la Conferencia celebrada el 10 de marzo del 2016, Implicaciones del Proyecto de Ley de Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico costarricense (<https://www.youtube.com/watch?v=FIyNOGdvpnw>) reiteró que la nueva propuesta resulta violatoria a los principios de buena fe, de la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 8ª y la seguridad jurídica, este último fundamentado en que no es posible dar efecto retroactivo a una norma sino es con la intención de beneficiar.

Los cuestionamientos se pueden resumir de la siguiente manera:

En primer término, consideran los detractores que el proyecto resulta violatorio del Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada consagrado en el artículo 45° constitucional, el cual señala:

“Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”

Asimismo, consideran que el proyecto es violatorio al principio constitucional de Irretroactividad de la ley dispuesto el artículo 34 Constitucional, pues se le está dando carácter retroactivo a una norma en perjuicio, violentado, para ello, lo señalado en los artículos 8 y 9 establecidos por la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Señalan que el proyecto en estudio resulta violatorio del Derecho de Defensa y a la no incriminación, pues nunca se establece en su cuerpo normativo la asignación por parte del Estado de un patrocinio letrado asignado a la persona que es investigada y no cuenta con recursos para pagar un abogado. Además, la información establecida en este proceso puede ser utilizada en otros procesos, sobretodo en el penal, afectando el derecho a no auto incriminarse.

Se violentan, además, los Principios de Inocencia y de Buena Fe, pues se establece una presunción a favor de quien ostente el poder sancionatorio (Estado), es decir, ya no basta con tener lícitamente un bien, sino que –además– debe justificar su origen y, en el caso de no demostrarlo en un corto plazo, lo puede llegar a perder. Esto es contrario a la disposición del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece la duda a favor del ser humano y no de la administración.

Consideran que en el proyecto se revierte la carga de la prueba, pues pasa a manos del dueño del bien demostrar el carácter lícito de adquisición de ese bien.

Cuestionan el tema en cuanto que la extinción del dominio no tenga relación del derecho penal, sin embargo, utilizan figuras propias del derecho penal con una concepción e ideas distintas, por ejemplo, la creación de una Fiscalía de Extinción del Dominio (Ministerio Público), la participación del Organismo de Investigación Judicial y la participación de la Sala Tercera (encargada de resolver los casos relacionados con el derecho penal) en la resolución de los Recursos de Casación.

Igualmente, cuestionan que se utilice el término ilicitud y se exprese que no tiene relación con el Derecho Penal, pues, este término se acostumbra a relacionarlo con el concepto de delito.

Finalmente, señalan que es irracional y desproporcionado dar como plazo de prescripción 20 años, cuando el plazo máximo que existe en el derecho penal para la persecución de delitos contra la vida es de 10 años; esto es un ejemplo de derecho que por excelencia está por encima de cualquier otro.

CAPÍTULO III

Metodología

3.1. Enfoque metodológico

El presente trabajo de investigación está enfocado en una metodología cualitativa, toda vez que se utilizaron para su desarrollo distintas fuentes de información tales como la jurisprudencia; libros, los cuales fueron fuentes con respecto a la forma cómo se trata la extinción del dominio en el derecho comparado, así como doctrina y legislación de nuestro país.

La investigación cualitativa tiene como objeto describir cualidades, en este caso, sobre la génesis de la extinción del dominio y su posible impacto en el derecho penal costarricense, por cuanto no es un instrumento jurídico debidamente aplicado en nuestro país. Para efectos de investigación, es importante señalar que el único antecedente que existe es la presentación del Proyecto de Ley en la Asamblea Legislativa por parte del legislador Antonio Álvarez Desanti.

3.2. Descripción del contexto o estudio y dónde se lleva a cabo el estudio

La presente memoria se circunscribe al desarrollo doctrinario en el derecho comparado del instituto jurídico de la extinción del dominio, así como los proyectos de ley presentados en la corriente legislativa por el legislador Antonio Álvarez Desanti, sin dejar de lado lo normado en el Código Penal Costarricense y Constitución Política, así como la jurisprudencia costarricense.

3.3. Características de los participantes y fuentes de información

Tal y como fue detallado en la presente memoria, se utilizaron las siguientes fuentes de información:

- a) Doctrina Nacional y Derecho Comparado
- b) Proyectos de Ley N°18 964 y N°19.571, relativos a la extinción del dominio.

- c) Constitución Política
- d) Código Penal Costarricense
- e) Código Procesal Penal Costarricense
- f) Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
- g) Jurisprudencia de los Tribunales de Casación Penal y Apelaciones.
- h) Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- i) Informes técnicos de la Asamblea Legislativa.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Análisis de la información

En primer término, se analizaron doctrina y la jurisprudencia relacionada con el tema de legitimación de capitales, con la finalidad de establecer toda su integración histórica conceptual y a fin de determinar el avance, fortalezas y debilidades de la estructura del delito de legitimación de capitales, para- posteriormente- concluir con respecto a si existe o no necesidad de apostar por herramientas complementarias para la lucha contra el lavado de dinero.

En la primera parte de la presente investigación, se exploraron algunos casos investigados actualmente nacional e internacionalmente: unos tienen relación con Costa Rica y otros fueron resueltos en el derecho penal local. Se explora con la finalidad de determinar no solo el grado de tecnificación y modernización alcanzado por los grupos criminales, sino, básicamente, la complejidad probatoria que para los efectos tiene este tipo de proceso penal.

A partir del análisis del tipo penal, jurisprudencia nacional y criterios de algunos expertos en la materia, se estableció de manera clara y concisa cuáles son las riquezas y debilidades de nuestro sistema penal en relación con el tema de legitimación de capitales, para –posteriormente- determinar cuáles aspectos podrían fortalecerse, tanto en el tipo penal como en el derecho costarricense en general. Sobre este tema, expertos concuerdan en que si, bien es cierto, nuestro país ha hecho esfuerzos para acoplarse a las medidas adoptadas en distintos países para luchar contra el lavado (en todos sus extractos), el tipo penal obliga a un esfuerzo probatorio extremo, el cual dificulta la demostración de los hechos y la aplicación, cuando sea procedente, de la medida sancionatoria que establece el delito.

En segundo término, se procedió al análisis exhaustivo en lo referente al derecho comparado, de la figura de extinción del dominio, con el fin de conocer sus precedentes históricos y el origen doctrinal de este instrumento, Para los efectos necesarios, se valoraron algunas opiniones de autores sobre este tema, así como, lo

dispuesto en la Constitución Colombiana, especialmente en el debate de si la extinción del dominio resulta contrario al Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada.

Asimismo, se requirió analizar la evolución que tuvieron los proyectos de ley presentados en la corriente legislativa sobre la extinción del dominio, con la finalidad de determinar los aspectos en qué los proponentes y los antagonistas no concuerdan y, así, establecer un criterio más uniforme al respecto. Como fuentes, además de los informes legislativos de carácter técnico emitidos por la Asamblea Legislativa, se valoraron algunos comentarios, que se encuentran en periódicos de circulación nacional, brindados por especialistas, así como Simposios realizados en el Colegio de Abogados a propósito de este tema.

Sobre este particular, se observa que referente al proyecto actualizado de extinción del dominio, existen dos frentes: uno, que lo impulsa, parece tener el apoyo de la Procuraduría General de la República, Ministerio Público, de la Judicatura e inclusive, un sector de la Sala Constitucional y Sala Tercera; por otra parte, un grupo antagonista que se encuentra representado por algunos autores y académicos de connotada experiencia, la Defensa Pública y el Colegio de Abogados.

Entre los principales argumentos brindados por los opositores del proyecto, se manifiesta que, a pesar de ser autónomo del Derecho Penal, utiliza figuras procesales de esta rama del derecho, al utilizar figuras como el Ministerio Público, Organismo de Investigación Judicial y Sala Tercera. Sobre este aspecto, consideran que la figura penal establece la figura de comiso, la cual protege todas las garantías constitucionales y el debido proceso.

En cuanto al tema constitucional, consideran que el Proyecto de Ley puede resultar violatorio a principios y garantías constitucionales, entre ellos, la Inviolabilidad de la Propiedad Privada, Derecho de Defensa, Principio de Inocencia, Principio de Buena Fe, Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, Seguridad Jurídica. Asimismo, critican el tema de la prueba dinámica, pues señalan que el proyecto revierte la carga de la prueba a manos del dueño o poseedor del bien.

Finalmente, consideran que el proyecto es violatorio también a la Convención Americana de los Derechos Humanos, específicamente, a los artículos 8 y 9. Sustentan su argumento en que el proyecto da retroactividad a la norma sin sopesar los años transcurridos y sin establecer que no es posible la retroactividad de la ley para perjudicar.

4.2. Interpretación de resultados

Una vez analizadas todas las fuentes compiladas- entre ellas, libros, códigos, jurisprudencia, proyectos de ley presentados y el derecho comparado- se visualiza, en primer término, que en nuestro país, si bien se han hecho valiosos esfuerzos para combatir el lavado de dinero, existe un rezago en esta materia; por un lado, a consecuencia del dinamismo y el grado de profesionalización adquirida por los grupos criminales, por otro, debido a lo complejo que resulta el proceso probatorio en un proceso penal.

Aunque diversos tratadistas señalaron que el tipo penal, como está constituido, cubre todos los ámbitos posibles para atacar los grupos criminales y que, evidentemente, el país legisló en su oportunidad a fin de combatir este flagelo, para efectos de la investigación resulta evidente que el tipo penal exige una comprobación alto compleja, lo cual ocasiona que el proceso de investigación se pueda diluir en el tiempo.

Por otra parte, existe claridad, en lo referente a la forma como operan los grupos criminales a nivel nacional e internacional para legitimar capitales. El grado de innovación tecnológica de estos grupos sumado a su relación con grupos importantes de poder, provoca una seria desigualdad e impunidad a nivel global, aunado a la mora judicial y a los plazos que duran tanto las investigaciones como el proceso penal en nuestro país.

Asimismo, una vez analizada la información obtenida expuesta con detalle en los proyectos de ley presentados a la corriente legislativa, críticas y opiniones acerca de este tema, así como lo indicado por la Sala Constitucional, se considera que el Proyecto resulta innovador para el sistema jurídico costarricense y un valioso

complemento al Derecho Penal Local. Inclusive, abre campo a la discusión desde la perspectiva constitucional acerca del tema de la protección a la propiedad privada y la buena fe.

De igual forma, el concepto de carga dinámica de la prueba permite abrir la disputa sobre la complejidad probatoria vista en los procesos penales.

Cómo parte de los objetivos de la investigación era determinar la implicación que el Proyecto de Ley de extinción del dominio tendría Derecho Penal, esto resultó de gran aprovechamiento, pues utiliza figuras orientadas a la determinación de un hecho punible, por costumbre, para que sigan un proceso distinto, donde no le correspondería, en muchos momentos, probar la ilicitud de la adquisición de los bienes.

Al respecto, evidentemente, habría que modificar los siguientes cuerpos normativos para la implementación y eficacia del proyecto de ley:

a- Los artículos 1), 2), 4), 8), 29) y 31) de la Ley N° 7442 Orgánica del Ministerio Público, de 25 de octubre de 1994, modificada totalmente por la Ley N° 7728 de Reorganización Judicial de 15 de diciembre de 1997. Están relacionados especialmente con la creación de una unidad en el propio Ministerio Público denominada Fiscalía de Extinción del Dominio.

b- La Ley Orgánica del Poder Judicial en el inciso 2) del artículo 3 y, además, agregar un inciso 4) al artículo 56 de la Ley N° 7333 Orgánica del Poder Judicial de 5 de mayo de 1993 y sus reformas para que en adelante se lean de la siguiente forma:

“Artículo 3.- *Administran la justicia:* [...]

2) Juzgados de primera instancia, penales y de extinción de dominio. [...] El resto permanece igual. [...]” “Artículo 56.- La Sala Tercera conocerá: [...] 4) De los recursos de casación que le lleguen a su conocimiento de la materia de extinción de dominio, como tercera instancia.”

c- Modifica la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en el artículo 1, para que en adelante se lea de la siguiente forma: "Artículo 1.- Créase el Organismo de Investigación Judicial dependiente de la Corte Suprema de Justicia, con jurisdicción en toda la República. Tendrá su sede en la ciudad de San José, pero se podrán establecer las delegaciones provinciales o regionales que se estimen convenientes, a juicio de la Corte. Será auxiliar de los tribunales penales y del Ministerio Público en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables. Será competente para la investigación de los asuntos por extinción de dominio, en los términos que se indican en la Ley Especial de Extinción de Dominio. Será, asimismo, cuerpo de consulta de los demás tribunales del país."

d- Deroga los artículos 18, 19, 20, 21 y 22 del capítulo IV denominado Capitales Emergentes de la Ley N° 8754 Contra la Delincuencia Organizada de 22 de julio de 2009, los cuales señalan:

"ARTÍCULO 18.- Levantamiento del secreto bancario

En toda investigación por delincuencia organizada procederá el levantamiento del secreto bancario de los imputados o de las personas físicas o jurídicas vinculados a la investigación. La orden será emitida por el juez, a requerimiento del Ministerio Público.

Si, con ocasión de los hechos ilícitos contemplados en la presente Ley, se inicia una investigación por parte del Ministerio Público o de la Unidad de Análisis Financiero del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), toda entidad financiera o toda entidad parte de un grupo financiero tendrá la obligación de resguardar toda la información, los documentos, los valores y los dineros que puedan ser utilizados como evidencia o pruebas dentro de la investigación o en un proceso judicial. En cuanto a los dineros o valores que se mantengan depositados o en custodia, deberá proceder a su congelamiento o al depósito en el Banco Central de Costa Rica e informar a las autoridades de las acciones realizadas. Las obligaciones anteriores nacen a partir del momento en que las entidades reciban, de las autoridades, un aviso formal de la existencia de una investigación o de un proceso penal judicial, o de que las entidades interpongan la denuncia correspondiente, y finalizan, cuando se notifique, oficialmente, la terminación del proceso, desestimación, archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria firme.

En el caso de las investigaciones desarrolladas por la Unidad de Análisis Financiero del ICD, en el mismo acto de notificación a las entidades

financieras o aparte de un grupo financiero sobre la existencia de dicha investigación, la Unidad mencionada deberá poner a conocimiento del Ministerio Público el proceso en desarrollo, a fin de que en el plazo perentorio de cinco días naturales valore solicitar al juez competente la medida cautelar correspondiente. Cumplido el plazo señalado, sin que medie orden del juez competente para reiterar la medida cautelar, las entidades financieras levantarán las acciones preventivas adoptadas.

ARTÍCULO 19.- Anticipo jurisdiccional de prueba

Sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, sobre el anticipo jurisdiccional de prueba, en los casos de delincuencia organizada procederá la prueba anticipada siempre que exista indicio suficiente para estimar que existe peligro para la vida, la integridad física o el patrimonio de alguna persona, o de los allegados a esta, que vaya a suministrar información comprometedora de la responsabilidad de los sospechosos, de los imputados o de la organización delictiva.

ARTÍCULO 20.- Causa del patrimonio

La Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el ICD o el Ministerio Público podrán denunciar, ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, acerca del incremento de capital sin causa lícita aparente, con una retrospectiva hasta de diez años, de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, física o jurídica.

Recibida la denuncia, el Juzgado dará audiencia al interesado por el término de veinte días hábiles para contestar y evacuar la prueba; en la misma resolución ordenará, como medida cautelar, el secuestro de bienes, su inmovilización registral y de toda clase de productos financieros. Contra la medida cautelar solo cabrá recurso de apelación sin efecto suspensivo, el cual deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas ante el Tribunal Colegiado Contencioso Administrativo, que resolverá sin más trámite y con prioridad sobre cualquier otro asunto.

ARTÍCULO 21.- Sentencia y recursos

El Juzgado resolverá en sentencia lo que en derecho corresponda, al vencimiento del plazo establecido en el artículo 20 de esta Ley.

Contra lo resuelto podrán interponer recurso de apelación el denunciante y el interesado, en forma motivada dentro de los tres días siguientes a la notificación. Presentado el recurso, se elevarán las actuaciones ante el Tribunal Colegiado Contencioso Administrativo, que resolverá sin más trámite y con prioridad sobre cualquier otro asunto. Contra la decisión de segunda instancia no cabrá recurso alguno.”

Sobre el tema de ilicitud, resulta oportuno señalar que este término, en caso de la aprobación del proyecto, deja de ser un concepto relacionado con delito, pues -como se expresó anteriormente- la ilicitud está relacionada con todas las ramas del derecho y no necesariamente con el derecho penal.

De manera conexa, respecto a la relación o impacto que la extinción del dominio tiene para el derecho penal, además de lo manifestado anteriormente, el propio Proyecto de Ley señala que para los casos no previstos en el Ordenamiento Jurídico, en lo relativo a la investigación preparatoria, se deberá aplicar el Código Procesal Penal.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

- a)** El tema de comprobación de elemento probatorio en un proceso penal dirigido a atacar el tipo penal regulado en el artículo 69 de la Ley N° 8204 de 26 de diciembre del 2001 “Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas es uno de los principales escollos para atacar el lavado de dinero en Costa Rica. Esta afirmación se basa en la complejidad de la investigación en este tipo de procesos, la dilación excesiva del proceso penal y el grado de tecnificación, que han alcanzado los grupos criminales.
- b)** Existe conciencia en la comunidad nacional de que el tema del lavado de dinero debe atacarse, principalmente, en los patrimonios; por esta razón, el instrumento jurídico de extinción del dominio puede llegar a ser una herramienta útil para atacar este flagelo, por lo tanto, merece ser considerado y analizado con detenimiento.
- c)** Si bien el Proyecto de Ley de Extinción del Dominio, que se discute, ha obtenido -durante el tiempo- actualizaciones para mejorarlo, los antagonistas sostienen que el proyecto es contrario a principios constitucionales como el de Inviolabilidad de La Propiedad Privada, Derecho de Defensa, Principio de Inocencia, Principio de Seguridad Jurídica, Principio de Buena Fe, entre otros. Asimismo, consideran que no existen razones para incorporarlo en el país, toda vez que ya existen suficientes armas para combatir el lavado en el derecho penal.
- d)** Finalmente, si bien la estructura del instrumento jurídico de extinción del dominio en el derecho comparado y el proyecto -que se discute en la Asamblea Legislativa, señala expresamente que se trata de una herramienta autónoma y separada del Proceso Penal- está claro que utiliza figuras o actores propios del derecho penal o del derecho sancionador por excelencia, tales como el Ministerio Público y el Organismo

de Investigación Judicial. Asimismo, en caso de aprobarse, podría crear algún tipo de confusión con la figura de comiso establecida en el artículo 110 del Código Penal.

5.2. RECOMENDACIONES

a) En el ámbito penal, fortalecer la política criminal para que exista un correcto y adecuado equilibrio entre los mecanismos de control existentes y los de prevención, con el fin de que no se debilite la economía nacional. Asimismo, admitir la tesis, en el tipo penal de legitimación de capitales, del peligro concreto y no del peligro abstracto.

b) Permitir una reforma en los plazos del proceso penal, a fin de que se acorten los plazos de definición de los procesos judiciales, especialmente cuando se trata de procesos, en los cuales participa la delincuencia organizada.

c) Respecto al proyecto de extinción del dominio que se discute, se considera necesario proponer una reforma constitucional al artículo 45 de la Constitución (en cuando la Inviolabilidad de la Propiedad Privada) tomando en cuenta, como precedente, el cambio que este instrumento plantea en el derecho costarricense y el caso de Colombia, el cual con la finalidad de evitar interpretaciones o criterios, estableció en la Constitución como una particularidad a este principio, la extinción del dominio.

Para el suscrito, si bien pareciera que la Sala comparte en este momento que la extinción del dominio no resulta violatorio a este principio, dicha consideración puede cambiar en el tiempo, tomando en cuenta la forma como analiza la Sala Constitucional cada caso en concreto.

d) Valorar la posibilidad de reabrir la discusión sobre el levantamiento del velo societario, a fin de atacar a los grupos criminales que utilizan sociedades para encubrir sus métodos.

e) Valorar la posibilidad de discutir la incorporación de la responsabilidad jurídica de la persona jurídica en el Derecho Penal, tomando como referencia la experiencia española y lo que en doctrina se ha desarrollado por parte del derecho penal económico sobre este tema.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Fallas, Gustavo (2016, Marzo) EE. UU.: "Costa Rica es incapaz de reprimir el lavado de dinero". Periódico La Nación. Obtenido desde http://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/EE-UU-Costa-Rica-reprimir_0_1550044992.html)
- Esquivel Favareto, Juan Carlos. La Legitimación de Capitales: efectos en el derecho comercial costarricense. / Juan Carlos Esquivel Favareto. Primera Edición. San José, Costa Rica. Juritexto. Abril 2012. Páginas 32-33
- Bonilla Garro, Gary. Análisis sobre la aplicabilidad del delito de legitimación de capitales provenientes del Narcotráfico en Costa Rica y Bien Jurídico. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Sede Universitaria Rodrigo Facio. 2009
- Quitián Roldán, David Eduardo. El narcotráfico en área de penal. Reflexiones sobre goles y carteles de la droga en Colombia. Source: Caravelle (1988-), No. 89, Le sport en Amérique latine (décembre 2007), pp. 157-182 Published by: Presses Universitaires du Midi Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/40854375>
- Castillo González, Francisco. El Delito de Legitimación de Capitales. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2012. Páginas 30-31.
- Arguedas, Carlos. (2013, Mayo 29) "Desde Costa Rica se gestó el mayor lavado de dinero del orbe". La Nación. Obtenido desde (http://www.nacion.com/sucesos/Costa-Rica-mayor-lavado-dinero_0_13)
- Valero Montenegro, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. ISSN 1909-5759 * Número 6 * Enero-Junio * 2009 * p. 71-89

- Cárdenas Chinchilla, Carlos Eduardo. Persecución penal del patrimonio ilícito y criminal: pérdida de derechos sobre bienes originales o utilizados de actividades ilícitas y delictivas (extinción del dominio) / Primera Edición, Setiembre 2013. Páginas 63-65
- Ley Modelo de Extinción del Dominio. Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe – LAPLAC. 2011
- Proyecto de Ley N° 18964 “Ley de Extinción del dominio”
- Proyecto de Ley N° 19571 “Ley Especial de Extinción del Dominio”.
- Opinión Jurídica 107-OJ del 21 de Setiembre del 2015, emitida por la Procuraduría General de la República.

JURISPRUDENCIA

- **Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial.** Voto N° 1191, de las trece horas veinticinco minutos del diecinueve de agosto del dos mil dieciséis, RECURSO DE APELACIÓN interpuesto en la presente causa seguida contra ANDRÉS CAMILO RAMÍREZ SÁNCHEZ y ALEXIS VEGA JIMÉNEZ, a quién se les atribuye los delitos de tráfico internacional de drogas, legitimación de capitales y acopio de armas prohibidas, cometido en perjuicio de la salud pública, administración de justicia y la seguridad común.
- **Sala Tercera.** Voto N°1595, de las nueve horas y veinte minutos del dieciocho de diciembre del dos mil quince. Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra Carlos Gerardo Howden Pascall, por el delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico, cometido en perjuicio de La Administración de Justicia.

- **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial Alajuela, San Ramón.** Voto N°132, Recurso de Apelación contra sentencia número 117-2014, de las nueve horas del cinco de marzo de dos mil catorce, del Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela.

- **Sala Constitucional.** Voto N° 7137, de las dieciséis horas y cuarenta y siete minutos del veintitrés de mayo del dos mil siete. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 33 inciso 15) de la Ley 7111 que es Ley de Presupuesto Ordinario, Fiscal y por programas para el año 1989, publicada en el alcance No. 41 a La Gaceta No. 246 de 27 de Diciembre de 1988, y por conexión o consecuencia el Decreto 32825-MINAE publicado en La Gaceta No. 242 del 15 de Diciembre de 2005, artículos 2, y el 54 de la Ley No. 7575, que es Ley Forestal y por conexión o consecuencia los artículos 15 y 16 de la Ley de Vida Silvestre No. 7317 cuando son aplicados dentro de fincas particulares que no están sometidas voluntariamente al Régimen Forestal.

- **Sala Constitucional.** Voto N° 18. 946 de las once horas y dos minutos del dos de diciembre del dos mil quince. Consulta judicial facultativa sobre la constitucionalidad de los artículos 20, 21 y 22 de la Ley número 8754 del veintidós de julio del dos mil nueve, Ley contra la Delincuencia Organizada, y del acuerdo de Corte Plena tomado en sesión número 18-10 del catorce de junio del dos mil diez

VIDEOS

- **Asamblea Legislativa de Costa Rica. 2014.** Comparecencia de la Directora de la Defensa Pública Marta Iris Muñoz ante la Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, presidida por el diputado Edgardo Araya Pineda. Obtenido desde (<http://www.poder-judicial.go.cr/defensapublica/index.php/noticias/136-proyecto-de-ley-18964-denominado-ley-de-extincion-de-dominio>)

- Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. 2016. Conferencia "Implicaciones del Proyecto de Ley de Extinción de Dominio en el ordenamiento

jurídico costarricense". Obtenido desde
(<https://www.youtube.com/watch?v=FlyNOGdvpnw>)

MATERIA CONSTITUCIONAL Y CONVENIOS INTERNACIONALES

- Constitución Política de la República de Costa Rica, del 19 de noviembre de 1949.
- Constitución Política de la República de Colombia. 1991
- Convención de las Naciones Unidas en contra del Tráfico Ilícito de Drogas y Substancias Psicotrópicas de 1988. Esta se refiere a la llamada Convención de Viena aprobada mediante Ley N°7198 del 25 de setiembre de 1990.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001. Esta se refiere a la Convención de Palermo aprobada por Ley de la República N°8302.
- Convención para la Eliminación del Financiamiento al Terrorismo de las Naciones Unidas de 1999, aprobada mediante Ley N°8257 del 23 de Octubre del 2002.
- Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada mediante Ley N 7953, del 21 de febrero del 2000.
- Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados de 1997, aprobado mediante Ley N°8042, del 21 de noviembre del 2000.

LEYES

- Código Penal de Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas. 2015. Art.110

- Código Procesal Penal de Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas. 2015.
- Ley Contra la Delincuencia Organizada. Ley N° 8754 de 22 de julio de 2009.
- Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. Ley N° 7425 de 9 de agosto de 1994.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993 y sus reformas.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. Ley N° 7442 de 25 de octubre de 1994, modificada totalmente por la Ley N° 7728 de Reorganización Judicial de 15 de diciembre de 1997.
- Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Ley N° 8204 del 26 de diciembre de 2001 y sus reformas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. Martínez Bastida Eduardo. Comentarios a la Ley de Extinción del Dominio para el Distrito Federal, Segunda Edición. México. Raúl Juárez Carro Editorial. 2010
2. Sandoval Ramos, Andrea. La dificultad probatoria en el delito de legitimación de capitales y el Proyecto de Ley de Extinción del dominio como solución de esto. Propuesta a un nuevo modelo. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. Sede Universitaria Rodrigo Facio. 2015.

3. Sorja Wolfand y otro. La Guerra del Narcotráfico y la Iniciativa de Mérida. Piedras Angulares en la búsqueda de la legitimidad. Foro Internacional. Vol. 151. N°4 2011. Pp 669-714. <http://www.jstor.org/stable/41337568>

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- **Sala Constitucional.** Voto N° 8683-2002 de las 10:01 horas del 6 de setiembre del 2002, en respuesta a la Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad concerniente al "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional".

- **Sala Constitucional.** Voto N° 8687-2002 de las 10:05 horas del 6 de setiembre del 2002, en respuesta a la Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad concerniente al " Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional".

- **Sala Constitucional.** Voto N° 7250-2013 de las 9:05 horas del 31 de mayo de 2013. Se evacuan las consultas judiciales de constitucionalidad acumuladas en el sentido que los artículos 20, 21 y 22 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada no lesionan los ordinales 35 y 49 de la Constitución Política.

- **Sala Constitucional.** Voto N° 8941-2013 de las 14:30 horas del 3 de julio de 2013. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 58 de la Ley sobre Estupeficientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento del Terrorismo, número 7786 del 30 de abril de 1998, acción rechazada por el fondo.