

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
UNIDAD DE POSGRADOS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN AÑO 2019
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONOMICO



TEMA

“LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y SU EFICACIA EN LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL SALVADOR”.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL TITULO DE MAESTRO EN DERECHO
PENAL ECONOMICO

PRESENTA

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA.

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO.
DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2020.

TRIBUNAL CALIFICADOR:

**DR. SAUL ERNESTO MORALES
PRESIDENTE**

**DR. GILBERTO RAMIREZ MELARA
SECRETARIO**

**DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO
VOCAL**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO

RECTOR

DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA QUINTANILLA

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

MSC. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL

SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

DECANA

DR. EDGARDO HERRERA MEDRANO PACHECO

VICE DECANO

DR. JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ

DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADOS

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO

DOCENTE ASESOR

INDICE:

	Pág.
Introducción	
Abreviaturas y siglas	

CAPITULO I.

LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO COMO INSTRUMENTO DE LA POLITICA CRIMINAL.

Resumen del Capítulo I	1
1. De la política criminal	2
1.1 De la política criminal como instrumento de combate al ilícito	7
1.2 De la política criminal como instrumento de combate al ilícito penal	9
1.3 De la política criminal como instrumento de combate al delito	10
2. La política criminal como instrumento de combate a los delitos económicos	13
2.1 De las medidas preventivas al delito	21
2.1.1 De las medidas preventivas contra los delitos económicos	22
2.2 De las medidas punitivas al delito	34
2.2.1 De las medidas punitivas contra los delitos económicos	34
3. La acción de extinción del dominio como una expresión de la política criminal contra el delito económico y un modo de adquirir la propiedad	35
3.1 Definiciones de acción de extinción de dominio	40
3.2 Objeto y Naturaleza de la acción de extinción de dominio	41
3.3 Características de la acción de extinción de dominio	44
3.4 Supuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio	46
3.5 Del proceso de la acción de extinción de dominio	54
3.5.1 El proceso de extinción de dominio en el Derecho salvadoreño	55
3.5.2 El proceso de extinción de dominio en el Derecho comparado	57
3.6 Análisis comparado de la acción de extinción de dominio con otras formas públicas de adquirir el dominio de las cosas	59

3.6.1 Con el decomiso	60
3.6.2 Con el comiso	61
3.6.3 Con la expropiación	63
3.6.4 Con la confiscación	64
3.6.5 Con la prescripción adquisitiva	65
3.6.6 Con la acción de enriquecimiento sin causa	66

CAPITULO II.

DE LA CORRUPCION Y DE LAS DIVERSAS FORMAS DE COMBATIRLA

Resumen del Capítulo II	68
2. De la corrupción en general	68
2.1. Elementos y clases de Corrupción	71
2.1.2 De la corrupción privada	73
2.1.2 De la corrupción pública	77
2.1.3 De los efectos de la corrupción	78
2.2 De las medidas preventivas contra la corrupción	80
2.3. De las medidas correctivas a la corrupción	90
2.4 De las medidas punitivas contra la corrupción	93
2.4.1 Tipificación de los delitos de corrupción	95
2.4.1.1 Delitos especiales en contra de la corrupción	96
2.4.1.2 Delitos que indirectamente combate la corrupción	103
2.4.2. Sancionar penalmente a las personas jurídicas	117
2.4.3. Penalidades accesorias por delitos de corrupción	123

CAPITULO III.
**DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL Y EN EL PROCESO ESPECIAL DE EXTINCION
DE DOMINIO DE BIENES CONSIDERADOS DE ORIGEN O DESTINACION ILICITA EN
PARTICULAR.**

Resumen del Capítulo III
126

3.1 De las medidas cautelares en general	127
3.1.1. Objeto y naturaleza de las medidas cautelares	133
3.1.2. Clasificación y tipología de las medidas cautelares	134
3.1.3. Caracteres teóricos, legales y jurisprudenciales de las medidas cautelares	139
3.1.4. Presupuestos normativos, teóricos y jurisprudenciales de procedencia de las medidas cautelares	141
3.1.5. De los efectos de las medidas cautelares	145
3.2 De las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico salvadoreño	147
3.3. De las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio en El Salvador	155
3.3.1 De los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares en extinción de dominio y de su procedimiento	158
3.3.2 De la administración de bienes o derechos sujetos a tutela cautelar en extinción de dominio	160
3.4 De los daños y perjuicios generales causados por las medidas cautelares	169
3.4.1 De los daños y perjuicios a terceros de buena fe exentos de culpa causados por las medidas cautelares	171
3.4.2 De los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo en casos de desestimación de la acción de extinción de dominio	173
3.4.3 Tipos de daños y perjuicios causados por las medidas cautelares	174
3.4.3.1 De los daños y perjuicios patrimoniales	175
3.4.3.2 De los daños y perjuicios morales	175
3.5 De los mecanismos para determinar los daños y perjuicios sufridos	176
3.6 Del resarcimiento a los daños y perjuicios	176

3.7 De los mecanismos de resarcimiento a los daños y perjuicios por la incautación cautelar de bienes en el proceso de extinción de dominio	178
---	-----

CAPITULO IV.

EFICACIA EN LA GESTION, ADOPCION Y EJECUCION DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL EJERCICIO DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO Y DE LA DE DETERMINACION DE RESPONSABILIDAD ANTE LA DESESTIMACION DE LA ACCION.

Resumen del Capítulo IV	181
4. De la eficacia en general	182
4.1 Eficacia institucional en la gestión, adopción, ejecución y fiscalización de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio	182
4.1.1 Eficacia de la FGR en la gestión y adopción de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio	183
4.1.2 Eficacia de la PNC en la ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio	186
4.1.3 Eficacia del órgano judicial en la adopción y control de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio	187
4.1.4 Eficacia del CONAB en la ejecución o administración de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio	191
4.2 Eficacia normativa en la gestión, adopción, ejecución y control de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio	194
4.2.1 En la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de bienes de origen o destinación ilícita y su Reglamento	195
4.2.2. En las resoluciones administrativas y judiciales	198
4.3 De la responsabilidad del Estado y de los funcionarios	199
4.3.1 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad del Estado	203
4.3.2 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad objetiva del Estado ante el ejercicio lícito de la acción de extinción de dominio desestimada	211
4.3.3 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios ante el ejercicio ilícito de la acción de extinción de dominio desestimada	213

4.3.3.1 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario ante el ejercicio ilícito de la acción de extinción de dominio	215
4.3.3.2 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario por la comisión de daños morales por el ejercicio lícito de la acción cautelar de la incautación de bienes en el proceso de extinción de dominio	217
4.3.3.3 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario por la comisión de daños patrimoniales por el ejercicio ilícito de la acción cautelar de la incautación de bienes en el proceso de extinción de dominio	218
4.4. De la extinción de la acción en general	218
4.4.1 De la extinción de la acción en los delitos en general	220
4.4.2 De la extinción de la acción penal en los delitos de corrupción	221
Conclusiones	225
Índice bibliográfico	227

INTRODUCCION.

El presente trabajo de investigación, y que se presenta, a fin de obtener el grado de maestro en Derecho penal económico; lo he denominado "*La aplicación de medidas cautelares en el ejercicio de la acción de extinción de dominio y su eficacia en la extinción de la acción en los delitos de corrupción en El Salvador*"; la que se decide realizar, teniendo en cuenta el problema jurídico económico causado por la complejización de la criminalización, y que de igual manera el Estado, orientado por la criminología, ha erigido dentro de su política criminal, nuevos mecanismos de combate a la criminalidad organizada.

Como expresión de las diversas acciones político criminales, y ante la necesidad de combatir eficazmente las nuevas modalidades de la criminalidad, se habilitó la acción de extinción de dominio; para cuyo ejercicio se creó la jurisdicción especializada de extinción de dominio, como una herramienta de la política criminal en contra de los delitos económicos, particularmente en contra de los delitos de corrupción; y dentro del proceso que en el ejercicio de esta acción se sigue, se habilitan las medidas cautelares, las que sin duda lesionan derechos y por tanto, generan perjuicios en contra de quien se han dictado.

No obstante, lo anterior, y sobre la base de la vigencia del Estado constitucional de Derecho, ha debido la Ley especial de creación de la acción de extinción de dominio, abordar quien habría de ser responsable por los perjuicios que causare la adopción de las medidas cautelares, ante una eventual desestimación de la acción de extinción; y al no desarrollarlo, ha parecido apropiado analizar esta omisión, como uno de los ejes de la investigación.

Por lo anterior, se planteó como problema de investigación "Cuál es la eficacia de las medidas cautelares adoptadas en el proceso especial de extinción de dominio en la extinción de la acción en los delitos de corrupción en El Salvador", y que además comprenderá, analizar la eventual responsabilidad de los funcionarios que intervienen en ellas, ante una eventual desestimación de la acción de extinción de dominio.

Se estableció como objetivo general de la investigación "determinar la eficacia normativa e institucional de las medidas cautelares adoptadas en el ejercicio de la acción especial de extinción de dominio en el combate a los delitos de corrupción en El Salvador y de si existen o no mecanismos de tutela y parámetros de determinación de responsabilidad ante una eventual desestimación de la acción."

Al ser ya, varios los años de funcionamiento de la jurisdicción especializada de extinción de dominio, ante la que se han tramitado múltiples procesos, dentro de los cuales, y casi en su mayoría se han dictado medidas cautelares, específicamente la incautación de los bienes; se analizara en qué medida la adopción de medidas cautelares en esta jurisdicción, son realmente tales y si han sido o no eficaces en el combate a los delitos económicos en general, y al de corrupción en particular.

Con el propósito anterior, se desarrolla una investigación jurídico dogmática, para la cual se utilizan instrumentos normativos nacionales e internacionales, proyectos de ley; jurisprudencia de tribunales, doctrina de expositores nacionales y extranjeros, principalmente penalistas y administrativistas que han desarrollado la dogmática jurídica relacionada con la investigación.

Como se dijo antes, se realizó una investigación jurídico dogmática, pero también en esta se aborda el problema investigado desde una perspectiva multidimensional del Derecho; puesto que no solo se investigó la dimensión jurídica, sino también su impacto en la actividad económica de los sujetos que la soportan, la trascendencia de esta en la política criminal del Estado y la percepción ciudadana de la misma y particularmente de la comunidad jurídica acerca de la eficacia de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio y su eficacia en el combate a la corrupción.

Se utilizó como método de la investigación, el dogmático, con énfasis en el modelo jurídico-descriptivo: que consiste en aplicar "de manera pura" el método analítico a un tema jurídico, es decir, descompusimos en tantas partes cómo fue posible el problema investigado, esto implicó que el tema, fuese bien delimitado.

Se hizo la investigación siguiendo un enfoque mixto, cuantitativo y cualitativo, puesto que se midieron datos, montos, cantidades, número de expedientes, etc.; pero también se analizaron las actitudes de los sujetos activos y pasivos involucrados en el ejercicio de la acción cautelar de dominio.

En la realización de la investigación, se tuvo problemas de acceso a información, como la contenida en el libro de entradas, acceso a expedientes fenecidos o en trámite en la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, en donde arbitrariamente, negaron el acceso a expedientes de apelación, aduciendo que contiene información reservada; y debimos acudir al Instituto de acceso a la información pública para obtenerla.

El contenido de la investigación, se presenta en cuatro capítulos; así: en el capítulo I, se plantea la noción conceptual básica de la criminología y de la política criminal; la influencia de estas en la teoría de la dogmática penal, especialmente en lo relativo a la prevención, tipificación y sanción del ilícito penal en general y del delito económico en particular. Además, se plantea, como la acción de extinción de dominio es una forma de expresión de la política criminal en contra de la criminalidad económica, y otras formas complejas del delito, como la delincuencia organizada, nacional y transnacional, a fin de reducir en esta su capacidad económica, y que, por tanto, ha debido el Estado, flexibilizar algunas de las tradicionales garantías del debido proceso.

También en este capítulo, se plantea un breve análisis de la acción de extinción de dominio, sus nociones conceptuales, caracteres, supuestos de procedencia, etc.; se presenta en términos genéricos, el proceso que se sigue en el ejercicio de la acción en El Salvador y se compara con el seguido en otros países; y finalmente, se muestra un análisis comparado de esta acción con otros modos públicos de adquirir el dominio de las cosas. Se deja constancia, de que, y sin perjuicio a que

casi la totalidad de autores consultados sostienen que la acción de extinción de dominio no es una sanción sino una consecuencia patrimonial, originada en la adquisición o destinación ilícita de los bienes; que no se comparte al cien por cien tal afirmación, ya que la expresada consecuencia, es materialmente, en algunos casos, una sanción accesoria, y por qué además, en la mayoría de los instrumentos internacionales consultados, esta acción estaría contenida en el comiso, excepcionalmente el denominado comiso sin condena.

Luego, en el capítulo II, se desarrolla la noción conceptual básica de la corrupción, su manifestación en lo público y en lo privado, vista principalmente como un ilícito penal, manifestada en una multiplicidad de actos directa e indirectamente relacionados con ella. Se muestran los múltiples efectos que esta genera en lo social, económico, político y jurídico; sobre los cuales, se propone que se considere calificarlo como delito de lesa humanidad, a fin de que no prescriba y pueda deducirse al corrupto, responsabilidad penal internacional en todo tiempo.

Se desarrollan los diversos esfuerzos internacionales universales, regional americano y nacionales; orientados a prevenir, detectar, investigar y sancionar la corrupción; aplicando para tal propósito, medidas preventivas, correctivas y punitivas a la corrupción. Destaca, la posibilidad de acudir al Derecho administrativo sancionador, como un instrumento de prevención y combate a esta.

Por último, en el capítulo II, se desarrolla la posibilidad de penalizar a las personas jurídicas privadas, como una opción para combatir eficazmente este flagelo socio jurídico económico; se presentan las posturas en favor y en contra de esta opción, y el fortalecimiento de las penas accesorias, con el fin de disuadir, prevenir y sancionar este problema de corrupción.

Ya en el capítulo III, se desarrolla la noción conceptual referida a las medidas cautelares; se presentan diversas definiciones, su objeto, naturaleza y clasificación; luego se plantean los presupuestos procesales básicos y especiales de procedencia. Sin perjuicio a que les rige el principio de universalidad, solo se plantean algunas –las más comunes- de las medidas cautelares que, según nuestro ordenamiento jurídico se pueden adoptar, especialmente en el Derecho penal, administrativo y civil, atendiendo la naturaleza de la presente investigación; después, se muestran las medidas cautelares que, de forma específica, se adoptan en el proceso de extinción de dominio.

Se muestra como algunas de tales medidas no cumplen los caracteres de esta, y que, por lo tanto, no son medidas cautelares sino verdaderas formas anticipadas de adquirir el dominio de las cosas por parte del Consejo Nacional de Administración de Bienes, en adelante CONAB o Consejo, y, por tanto, violatorias al debido proceso.

Se muestra la influencia que para la adopción de las diversas medidas que se plantean, ejerce el ordenamiento jurídico internacional, universal y regional; la que se puede inferir de los considerandos de las leyes emitidas. También, se abordan los eventuales daños y perjuicios, morales y materiales que pueden causar las medidas cautelares, ya sean estas de naturaleza personal o real; por lo que se hace un esfuerzo, para dejar constancia que el Estado y/o sus funcionarios, eventualmente podrían

ser demandados a fin de que respondan por los daños y perjuicios causados, especialmente ante el supuesto de desestimación parcial o total de la acción de extinción de dominio. Con el propósito de que, quien se considere afectado por la adopción de las medidas precautorias, se plantean además diversos mecanismos resarcitorios, tanto a nivel nacional como internacional.

Después, en el capítulo IV, se hace un análisis acerca de la eficacia institucional y normativa en la gestión, adopción, administración y fiscalización de las medidas cautelares del proceso de extinción de dominio; a fin de mostrar si las instituciones relacionadas con estas y las normas jurídicas contentivas, están o no logrando los fines o propósitos con las que se establecieron y adoptan.

Luego, se hace un análisis de la eventual responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, ante la posibilidad de causar daños y perjuicios con la gestión, adopción, administración y fiscalización de las medidas cautelares sobre los bienes o derechos de sus titulares; especialmente, ante una probable desestimación de la acción de extinción y su consecuente devolución del bien en el buen estado en que hubiere sido incautado, más los frutos o beneficios que su administración haya generado; o en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Se analizan los supuestos de responsabilidad objetiva y subsidiaria del Estado, y los supuestos de responsabilidad subjetiva y directa de los funcionarios, cada uno, según su intervención en las medidas cautelares adoptadas en el proceso de extinción.

Luego, se hace un análisis documental y dogmático, de la aplicación de las causas de extinción de la acción penal, especialmente en los delitos de corrupción que se han analizado en capítulos anteriores; y de que aun en el supuesto de absolución en estos delitos, y atendiendo la autonomía de la acción de extinción de dominio, se ven expuestos a enfrentar un proceso de extinción de dominio.

Concluida la estructura capitular, se deja constancia de unas conclusiones recomendativas, y finalmente; se presenta la bibliografía básica usada en la investigación, entre la que destacan libros especializados, artículos de revistas científicas, resoluciones judiciales de tribunales nacionales y extranjeros, tratados y leyes relacionadas al problema investigado, etc.; las que se han clasificado en atención al Manual de estilo, sugerido en su realización.

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

Para efectos de esta investigación, se usarán las siguientes abreviaturas y siglas.

- Cn. Constitución de la República de El Salvador
- CNUCC: Convención de las Naciones Unidas la Corrupción
- CICC: Convención Interamericana Contra la Corrupción
- CNUCOT: Convención de la Naciones Unidas Contra el Crimen Organizado Transnacional
- CADDHH: Convención Americana de Derechos Humanos
- CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil
- C.Pr.Pn.: Código Procesal Penal
- C.Pn.: Código Penal
- C.C.: Código Civil
- LEDAB: Ley especial de extinción de dominio de bienes de origen o destinación ilícita.
- LOFGR: Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República
- LOPNC: Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil.
- LPA: Ley de Procedimientos Administrativos
- LACAP: Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
- RLEDAB: Reglamento de la ley especial de extinción de dominio de bienes de origen o destinación ilícita.
- ONU: Organización de la Naciones Unidas
- N.N.U.U.: Naciones Unidas
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
- OEA: Organización de los Estados Americanos
- GAFI: Grupo de Acción Financiera Internacional
- CIDDDHH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CONAB: Consejo Nacional de Administración de Bienes
- CSJ: Corte Suprema de Justicia
- AP: Administración Pública

- FGR: Fiscalía General de la República
- PNC: Policía Nacional Civil
- UIF: Unidad de Investigación Financiera
- UFI: Unidad Financiera Institucional
- ROS: Reporte de Operaciones Sospechosas
- RAS: Reporte de Actividades Sospechosas
- DDHH: Derechos Humanos
- D.L.: Decreto Legislativo
- D.O.: Diario Oficial
- Lit.: Literal
- ss: Siguietes
- Art.: Artículo
- No.: Número
- Inc.: Inciso

CAPITULO I.

LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO COMO INSTRUMENTO DE LA POLITICA CRIMINAL.

Sumario: 1. De la política criminal. 1.1. De la política criminal como instrumento de combate al ilícito, 1.2 De la política criminal como instrumento de combate al ilícito penal, 1.3 De la política criminal como instrumento de combate al delito, 2. De la política criminal como instrumento de combate a los delitos económicos, 2.1 De las medidas preventivas al delito, 2.1.1 De las medidas preventivas contra los delitos económicos, 2.2 De las medidas punitivas al delito, 2.2.1 De las medidas punitivas contra los delitos económicos, 3. De la acción de extinción del dominio como una expresión de la política criminal contra el delito económico y un modo de adquirir la propiedad, 3.1 Definiciones de acción de extinción de dominio, 3.2 Objeto y Naturaleza de la acción de extinción de dominio, 3.3 Características de la acción de extinción de dominio, 3.4 Supuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio, 3.5 Del proceso de la acción de extinción de dominio, 3.5.1 El proceso de extinción de dominio en el Derecho salvadoreño, 3.5.2 El proceso de extinción de dominio en el Derecho comparado, 3.6 Análisis comparado de la acción de extinción de dominio con otras formas públicas de adquirir el dominio de las cosas, 3.6.1 Con el decomiso, 3.6.2 Con el comiso, 3.6.3 Con la expropiación, 3.6.4 Con la confiscación, 3.6.5 Con la prescripción adquisitiva, 3.6.6 Con la acción de enriquecimiento sin causa.

Resumen.

En el presente capítulo, se plantea la noción conceptual básica de la criminología y la política criminal; la influencia de esta en teoría de la dogmática penal, especialmente en lo relativo a la prevención, tipificación y sanción del ilícito penal en general y del delito económico en particular. Se muestra, como la acción de extinción de dominio es una forma de expresión de la política criminal en contra de la criminalidad económica y otras formas complejas del delito, como la delincuencia organizada, nacional y transnacional; a fin de reducir en esta su capacidad económica, y que, por tanto, ha debido el Estado, flexibilizar algunas de las tradicionales garantías del debido proceso.

Además, se hace un análisis de la acción de extinción de dominio, sus nociones conceptuales, caracteres, supuestos de procedencia, etc.; se plantea a grandes rasgos el proceso que se sigue en el ejercicio de la acción en El Salvador y se compara con el seguido en otros países; y finalmente, se presenta un análisis comparado de esta acción con otros modos públicos de adquirir el dominio de las cosas.

Se deja constancia, de que, y sin perjuicio a que casi la totalidad de autores consultados sostienen que la acción de extinción de dominio no es una sanción sino una consecuencia patrimonial, originada en la adquisición o destinación ilícita de los bienes; que no se comparte al cien por cien tal afirmación, ya que la expresada consecuencia, es materialmente, en algunos casos, una sanción accesoria, y por qué además, en la mayoría de los instrumentos internacionales consultados, esta acción estaría contenida en el comiso, excepcionalmente el denominado comiso sin condena.

1. De la política criminal.

Expreso la Comisión Interamericana de Derechos humanos que, “Las obligaciones positivas asumidas por los Estados miembros exigen políticas públicas sobre seguridad ciudadana que contemplen prioritariamente el funcionamiento de una estructura institucional eficiente que garantice a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la prevención y el control de la violencia y el delito”¹.

El Estado, por medio de sus instituciones de combate directo e indirecto al delito, previo a determinar que conductas considerara punibles o delictivas, que reproches o sanciones impondrá a estas conductas, que instrumentos utilizara para prevenir, perseguirlas, o sancionarlas, etc.; acude a la política criminal para tomar tales decisiones, por ello es que se considera importante hacer un análisis teórico de la misma.

Dos son los enfoques de política criminal, el primero la considera ciencia, el segundo una expresión de la política; este último enfoque me permito suscribir, pues creo que no es una ciencia sino un instrumento de control social, que se expresa en este caso, por medio del Derecho. Esta tiene que ver con algunos conceptos básicos: el conflicto, el poder, la violencia y el Estado; expresados todos en la sociedad.

El Estado mismo, ejerce violencia, para calmar otros conflictos que considera intolerables para la sociedad; y es precisamente a ese conflicto al que se le llama delito o infracción. Así, la política criminal se encarga de organizar los conceptos antes apuntados, y los agrupa en dos: uno referido al fenómeno criminal y el otro, referido a la respuesta que habrá que darle al fenómeno²; es en este último grupo, en donde se puede ubicar la acción de extinción de dominio.

Es entonces, la política criminal la que decide a que llamar ilícito, penal o administrativo y cuales habrían de ser sus reproches; según los múltiples criterios o valores que la sociedad haya decidido tutelar; con lo que se puede afirmar, que los conceptos de ilícito y sus consecuencias, no pueden ni

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. Washington, D.C. 31 de diciembre 2009, párr. 7, p. X.

² Así lo deja ver el jurista argentino Alberto Binder, quien además propone tres modelos básicos de política criminal: uno autoritario, otro liberal y un igualitario; según se dé preeminencia al principio de autoridad, de libertad o de igualdad, respectivamente. Para el expresado jurista, también se puede hablar de política criminal democrática, si concurren los siguientes indicadores: Uso del poder penal solo a casos realmente graves, el reconocimiento de límites absolutos al ejercicio del poder penal, la transparencia en el ejercicio de ese poder, la máxima judicialización del expresado poder penal, el control de las instituciones encargadas de ejercerlo, la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de las instituciones que ejercen el poder penal, y el trato humanitario a los privados de libertad. **Alberto Martin Binder**, Política criminal, Derecho penal y sociedad democrática; conferencia dictada en el 1er. Congreso de ciencias penales, Derecho constitucional y derechos humanos, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, septiembre de 1992.

deben ser estáticos. También se puede definir³ como la ciencia que estudia el fenómeno delictual y ciertas áreas de la desviación social, etiológicamente y con proyección profiláctica.

El Estado moderno, o por lo menos el que pretenda ser eficaz en el combate a la criminalidad, debe de abandonar la vieja iconografía de la justicia, que la presupone ciega o por lo menos no queriendo ver a la sociedad, por temor a contaminarse o promiscuirse; pues se siente cómoda en un sistema de administración de justicia profiláctico apostándole, por tanto, a la perfectibilidad de la ley y a la pulcritud aséptica de los operadores del sistema⁴.

La criminología moderna, centra su interés investigativo en la propia conducta delictiva, en la víctima y en el control social formal, buscando los factores que conducen a la criminalidad y el tratamiento que a esta se le otorga⁵.

Para ser eficiente el Estado en el combate al ilícito, debe de ver y comprender la realidad de los actores; debe de saber o conocer los fenómenos que pretende regular, valorar, analizar y juzgar; dar un salto de calidad en el sistema de justicia, y esa visión sin duda, se la da entre otras ciencias, la política criminal; que se encargara de plantear los objetivos de todo el sistema penal y cada uno de los subsistemas de este, deben de ser coherentes con él.

El salto cualitativo que se debe de dar, debe de incluir modificaciones importantes en instituciones, en las leyes, e incluso cuestionarse la legitimidad de algunas de ellas o de la misma jurisprudencia de los más altos tribunales, puesto que su legitimidad no debe de medirse solo en relación a su origen, sino también, teniendo en cuenta sus efectos; para luego tomar las decisiones que sean más pertinentes para ser eficaz en el sistema de justicia, en el combate a la criminalidad.

Para ser eficaz, se necesita entonces de una política criminal integral y holística, ósea, que responda al fenómeno delictivo con la toda la capacidad técnico científica y con fuerza de los agentes del orden; pero también, con medidas de situación y con programas de prevención social y situacional⁶. Por eficacia del sistema, no se debe de entender la erradicación de lo ilícito, bastaría con mantener la ilicitud dentro de los parámetros socialmente tolerables⁷.

³ **Juan Manuel Mayorca**, Criminología, 3ª. Edición, Caracas, 1981, p. 35.

⁴ En similares palabras, se ha expresado **José Carlos Chinchilla Coto**, Las tensiones socio jurídicas que en el siglo XXI amenazan la legitimidad de la administración de justicia; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VII, Numero 3, 2011, p. 11.

⁵ **Armando Antonio Serrano** y otros, Manual de Derecho procesal penal, 1ª. edición de PNUD/El Salvador, 1998, p. 48.

⁶ Similar concepto expresa **Jaime Edwin Martínez Ventura**, en Maras y crimen organizado: relación y diferencias; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VII, Numero 2, 2010, p. 14. Se comparte lo anterior, porque la persona no solo tiene vida biológica, sino social, cultural, familiar, religiosa, política, etc.; por tanto, el sistema educativo debe ser tenido en cuenta como parte de la política criminal, para que transmita adecuadamente los valores, los que sin duda no pueden imponerse por actos de autoridad, sino en un ambiente de auténtica libertad.

⁷ Esto es congruente con lo que expresa el actual Magistrado de la Sala de lo Constitucional, el Lic. Sánchez Escobar, cuando afirma que el crimen –delito- es un fenómeno que ha acompañado la historia del ser humano; el que además

Sostiene Oscar Fernández⁸, que la problemática de la criminalidad es un asunto complejo, y que, por tanto, debe ser abordado desde la política criminal de una forma sistemática, coherente, multifactorial y bien definida; sin pretender erradicarla, pues sería utópico, ya que lo ilícito es consustancial con la sociedad; del orden social mismo, de los protagonistas del conflicto social denominado delito: imputado y víctima. La política criminal entonces, debe centrarse en ese conflicto de orden social y en sus actores.

Debe entenderse la política criminal como el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal; o el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal hacia determinados objetivos. Por lo que, la acción de extinción de dominio es un instrumento en contra de la criminalidad transnacional económica, con el afán de privarla de los beneficios patrimoniales del ilícito.

Expreso la Fundación salvadoreña para el desarrollo económico y social, FUSADES⁹; que la acción de extinción de dominio está regulada mediante leyes especiales en varios países de Latinoamérica, por lo que, si bien es novedosa en El Salvador, ya tiene un recorrido en otros ordenamientos jurídicos. Colombia, que es pionera en este tema, dictó su primera ley en 1996, la cual sustituyó en 2002; Perú la aprobó en 2008 y la modificó en 2012; Guatemala la dictó en 2010¹⁰; Honduras lo hizo en 2010; México también ha tenido una normativa federal y diversas leyes estatales sobre el tema.

califica de ser un fenómeno psicológico, político, social, cultural, educativo y jurídico. **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, Los aspectos criminológicos de la victimización; Revista Jurídica, año 6, número 1, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, El Salvador, 2006, p. 2.

⁸ **Oscar Fernández**, Crisis del Derecho penal burgués: un enfoque crítico del Estado de Derecho; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VII, Numero 2, 2010, p. 36.

⁹ **FUSADES**, Elementos necesarios para una adecuada Ley de extinción de dominio, Boletín de estudios legales, No. 149, El Salvador, mayo 2013, p. 1. Lo que sin duda pone de manifiesto el compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones supranacionales y dar seguridad a sus ciudadanos; pero también, se ha propiciado una regulación asimétrica de la acción de extinción de dominio, pues no coinciden sus concepciones, enfoques y alcances. Así lo expresa, **Jaime Edwin Martínez Ventura**, Armonización de la legislación contra el crimen organizado en C.A., publicado en el Anuario de seguridad regional de América latina y el Caribe, 2011, p. 245.

¹⁰ Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Guatemala firmaron el Acuerdo –Convenio- relativo a la creación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), el 12 de diciembre de 2006, el cual, tras la Opinión Consultiva favorable de la Corte de Constitucionalidad en mayo de 2007, fue ratificado por el Congreso de la República el 01 de agosto de 2007. Comisión que ha sido vista como una novedosa herramienta de cooperación en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, diseñada para perseguir penalmente a redes criminales y de corrupción que anidan en las instituciones estatales. Comisión que fue ampliamente respaldada por la sociedad civil. Edgar Gutiérrez, Guatemala fuera de control: la CICIG y la lucha contra la impunidad; Revista Nueva sociedad, No. 263, Argentina, 2016, p.81. En palabras de Carlos Calderón, esta Comisión fue establecida para combatir una especie de criminalidad organizada, que tiene tentáculos dentro del Estado y una estructura que le provee impunidad; Comisión que se instala como un experimento del Derecho penal internacional, con funciones de Fiscalía internacionalizada, que realiza investigación y persecución penal dentro del marco del sistema jurídico local. **Carlos Abraham Calderón Paz**, Derechos humanos versus impunidad: una aproximación al funcionamiento y alcances de la CICIG; 1ª. Edición, Guatemala, 2017, p. 11. En El Salvador, el 20 de agosto de 2019, el Partido Demócrata Cristiano, presentó un ante proyecto de ley de creación de la Comisión Internacional contra la corrupción e impunidad en El Salvador; anteproyecto que, a la fecha, no se ha discutido en el pleno legislativo. Por su parte, en los medios escritos de

En El Salvador, desde 2006 se planteó el primer proyecto de Ley para la extinción de dominio –*que sometía el conocimiento a los jueces de lo civil de la localidad donde estuviere el bien, y proponía incluso el recurso de casación*–, luego hubo un segundo proyecto en 2008, un tercero en 2012; hasta lograr su aprobación en noviembre de 2013¹¹, ley que a la fecha ha sufrido dos reformas¹², –el segundo fue parcialmente declarado inconstitucional–; en 2014, se aprobó el Reglamento de la ley¹³.

Acción que desde sus inicios se vio como un nuevo instrumento de combate al ilícito –principalmente al crimen–, especialmente aquellos que constituían agrupaciones ilícitas para delinquir, persiguiendo su poder económico¹⁴ de manera independiente a la persecución penal de sus integrantes, es decir, no es necesario que exista una sentencia penal para poder debilitar patrimonialmente a las agrupaciones delictivas o crimen organizado¹⁵.

comunicación, se está difundiendo la noticia que el ejecutivo está negociando en el seno de la OEA una CICIES, bajo el auspicio de tal organización y sin que sea necesario el aval legislativo; lo que, sin duda, tendría serios visos de legitimidad e inconstitucionalidad.

¹¹ Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, D.L. 534 del 13 de noviembre de 2013, publicado en el D.O. 223, Tomo 401 del 28 de noviembre de 2013; reformado en abril de 2016, según D.L. 355, publicado en el D.O. 87, Tomo 411, del 12 de mayo de 2016. El nombre que inicialmente se le dio, era Ley especial de pérdida de dominio sobre bienes de origen o destinación ilícita y de la administración y destino de bienes incautados y decomisados

¹² La primera de las reformas, tuvo lugar por D.L. No. 355 de fecha 28 de abril de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 87, Tomo 411 de fecha 12 de mayo de 2016 y se refería a las medidas cautelares pre procesales; la segunda por D.L. 734 del 18 de julio de 2017; publicado en el D.O. No. 137, Tomo 416 del 24 de julio de 2017 y se referían entre otros temas a la prescripción, a hacerla depender del resultado del proceso penal –restándole autonomía–, a darle a la resolución de archivo dictado por la FGR calidad de cosa juzgada, etc.; La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por medio de resolución en el proceso de inconstitucionalidad N° 146-2014/107-2017, publicada en el D.O. N° 103, Tomo N° 419, del 6 de junio 2018, declara que los arts. 1 y 3 del D.L. 734, contravienen los arts. 1 y 144 Cn. por violación al valor justicia del cual deriva la prohibición de adquisición ilícita de los bienes; el art 4 del D. L. 734, por violación al art. 3 Cn., porque establece una exigencia adicional para los empleados y funcionarios públicos que no gozan los particulares; el art. 5 del D. L. 734, por violación a los arts. 2 y 103 Cn., porque la acción de extinción de dominio es imprescriptible; y el art. 9 del D.L. 734, por la contravención de los arts. 86, 172 y 193 Cn., porque viola los principios de independencia de los Órganos fundamentales y exclusividad de la jurisdicción.

¹³ Reglamento de la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de bienes de origen o destinación ilícita; Decreto ejecutivo No. 72, del 28 de mayo de 2014, publicado en el D.O. número 98, del 30 de mayo de 2014.

¹⁴ Esta finalidad se desprende del considerando V del proyecto de Ley especial de pérdida de dominio sobre bienes de origen o destinación ilícita y de la administración y destino de bienes incautados y decomisados, de 2012, que decía: “ Que es vital establecer una herramienta jurídica, autónoma e independiente de cualquier otro proceso, **dirigida a afectar patrimonialmente a la delincuencia en cualquiera de sus modalidades, por medio de la pérdida del dominio** sobre los bienes ilícitamente obtenidos o destinados a actividades ilícitas, teniendo además la posibilidad de declarar la titularidad sobre dichos bienes a favor del Estado, sin condena penal previa, ni contraprestación alguna.” Así lo afirma **Camilo Antonio Velado Escobar**, en La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: Breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencia de sus principales instituciones; XI Primer certamen de investigación jurídica, publicado por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, El Salvador, 2017, p. 118.

¹⁵ Una de las afirmaciones que se pueden hacer sobre el crimen organizado, es que existen desde el amanecer de la sociedad, cuando se dio inicio a la imposición de la sanción de la proscripción o destierro, al proscrito o desterrado, se le privaba de su patrimonio y apoyo familiar; por lo que, se organizaron en formas de bandas, para subsistir y/o defenderse, pero luego transitaron a delinquir; las que pronto mutaron y se constituyeron para hacer dinero, es en esencia una estructura o empresa económica compleja, que normalmente se ha diversificado en lo local y en lo transnacional. Entre

En cada país, las normativas referidas a la acción de extinción de dominio, tienen sus variantes, pero conservan elementos comunes: Es una nueva herramienta legal de combate al crimen organizado que se ha regulado específicamente solo en ciertos países con problemas muy serios de este tipo, habilitan el sistema de la carga dinámica de la prueba en el proceso de extinción -en virtud del cual, el pretensor de la extinción y el titular o poseedor, deben de aportar los insumos probatorios suficientes, para hacer valer sus pretensiones-; tutelan a los terceros de buena fe, etc.

Se cree que, en El Salvador, la acción de extinción de dominio responde a una política criminal de excepción¹⁶, pues se justifica a partir de la razón del Estado. Por ello es que es el titular o poseedor, quien debe de probar la lícita adquisición o utilización de los bienes, sustituyéndose con esto la presunción de inocencia con la denominada presunción de buena fe. Esto, a juicio del suscrito, hace que la desapropiación este fundada en la llamada responsabilidad objetiva; en la que el nexo causal del ilícito con el ánimo o voluntad del infractor, no es determinante.

El Estado, con visión estratégica y procurando el alcance de sus fines, genera políticas públicas, económicas, educativas, fiscales, monetarias, ambientales, etc.; algunas de ellas de gestión particular o mixta, y otras de exclusiva gestión estatal, como la política criminal¹⁷; dentro de la que se encuentran algunos instrumentos como el proceso penal mismo, y más dentro de este último, los conceptos de acción penal y pena. Así que, sin duda la acción de extinción de dominio, es un instrumento de la política criminal, que se tramita dentro de un proceso –autónomo dice la ley-, a fin de determinar si se

los elementos teóricos del crimen organizado encontramos: Aspecto económico, uno político y otro teleológico. También se puede afirmar, que su capacidad de permear diferentes estructuras de poder; la clandestinidad desde la que opera y la rentabilidad de sus actividades; para el caso de C.A., se suma su flexibilidad, ejercicio extremo de violencia, su mutabilidad y movilidad transnacional; lo que plantea al Estado un reto para superarlo. El Inciso 2 de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, lo define como aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos. Ver las Naciones Unidas y la prevención del delito, publicada por el Departamento de información pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 1; y a **Ana Yancy Espinoza y otro**, El crimen organizado en América Central: actualización mapeo 2009-2010; publicado en el Anuario de seguridad regional de América latina y el Caribe, 2011; p. 193.

¹⁶ En palabras del magistrado Sánchez Escobar, es aquella en donde la intervención penal autoritaria y de amplio espectro, se sustenta en el carácter ejemplarizante de la pena, acudiendo a una dosimetría punitiva desproporcional; en nombre de la seguridad del Estado y de la sociedad, se implementan mecanismos de combate al ilícito, que eliminan o limitan garantías democráticas fundamentales, con el argumento de que estas solo favorecen a la criminalidad. **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa; Revista Ventana jurídica, No. 11, año VII, Volumen I; Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2014, p. 50.

¹⁷ Así lo afirma **Alberto Martín Binder**, Tensiones político criminales en el proceso penal, Monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, 1ª. Edición, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016, p. 238. Para quien la política criminal es entendida como el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal; citado por **Ricardo Alberto Miranda Miranda**, De la teoría de la pena estatal a los principales problemas de política criminal que se suscitan en torno a la pena de prisión en El Salvador, VII Certamen de investigación jurídica, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, El Salvador, 2013, p. 180.

declara o no la extinción del dominio; luego, se determinara, si también es o no, una pena o una consecuencia a la transgresión normativa.

1.1 De la política criminal como instrumento de combate al ilícito.

Si ya se ha planteado que la política criminal es una expresión de las políticas públicas, se mostrara ahora de cómo esta política criminal se vuelve un verdadero instrumento de combate al ilícito, tanto penal, administrativo o civil. El ilícito penal se divide en delitos y faltas, según la trascendencia social del comportamiento y del bien jurídico afectado. Por pertinencia a la investigación, nos ocuparemos solo de los denominados delitos, ya que es común notar que las faltas, están siendo absorbidas por el Derecho administrativo sancionador.

Se partirá de aceptar que el triángulo policía-justicia penal-cárcel, ha demostrado ser impotente¹⁸; se invierte una buena parte del presupuesto general de la nación y la criminalidad no disminuye, por ello, es necesario repensar las estrategias del combate al crimen.

Señaló Carl Schmitt en 1927, en su obra “La categoría del político”, que la esfera de la política coincide con la esfera de amigo-enemigo; con base en esta definición el campo de origen y de aplicación de la política evidencia ante todo el antagonismo y su función consistirá en las actividades para agregar y defender a los amigos y desagregar y combatir a los enemigos¹⁹; así, la política asume el rasgo característico del conflicto, puesto que cualquier divergencia de intereses puede en algún momento transformarse en rivalidad o antagonismo entre personas o grupos sociales.

En palabras del jurista, Francisco Muñoz Conde²⁰, la política criminal representa el conjunto de directrices y decisiones sobre la criminalidad y su control, adoptadas sobre la base del conocimiento del fenómeno criminal, que determinan la creación de instrumentos jurídicos para prevenirla, controlarla y reprimirla, la cual inicia con la principal labor del Órgano legislativo, en tanto es el responsable de crear las normas jurídicas que respondan a los fenómenos criminológicos identificados.

Inicialmente, se le considero el arte legislativo, lo que servirá para diferenciarla ya del Derecho penal; en tal sentido, la política criminal sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos o ciudadanos.

¹⁸ Afirmación que hace **Oscar Fernández**, óp. Cit., p. 36; afirmación que resulta congruente con Michel Foucault, cuando dijo que “La prisión es un instrumento de reclutamiento para el ejército de delincuentes, fracasada porque fabrica delincuentes”, citado por **Ricardo Alberto Miranda Miranda**, óp. Cit. p. 125.

¹⁹ Citado por **Iñaki Rivera Beiras** y otros, Política criminal y sistema penal; Antropos editorial, Barcelona, 2005, p.22

²⁰ Citado por **Miriam Geraldine Aldana Revelo**, El proceso de extinción de dominio en El Salvador, Edición de la Unidad Técnica Ejecutiva del sector justicia, 2019, p. 12.

Como es sabido, los ilícitos son de diversas naturalezas, penales, civiles, administrativos, municipales, tributarios, aduaneros, etc.; y es de interés de la criminología, comprender las causas individuales y sociales que llevan al sujeto a infringir la norma, de la naturaleza que esta sea. De manera especial y más generalizada, interesan los postulados criminológicos que tienden a explicar el ilícito penal. Partiendo de la anterior afirmación, se puede decir que sería viable hablar de una política criminal de la Administración pública, en el marco del ejercicio de su potestad sancionadora y disciplinaria.

Expresa Nerio Martínez, que la política criminal es además el termómetro que sirve, para que la sociedad distinga la vocación política del Estado²¹, sea esta autoritaria²² o la de un Estado democrático de Derecho²³; en el primer caso, principalmente se acudirá a la pena para procurar eficiencia; en el otro caso, se evitara que la pena sea vista como un fin en sí misma²⁴.

Se asumirá la política criminal como el estudio y planificación de las reacciones del grupo social ante los comportamientos definidos como delitos, especialmente cuando proceden de las autoridades oficiales; o aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado, para caracterizar un conflicto social como criminal, debiendo por tanto el Estado intervenir en los conflictos sociales en general y en la solución de conflictos sociales en particular. Es, en resumen, el ejercicio del poder del Estado y de la sociedad, para elevar a crimen un comportamiento social determinado.

²¹ **José Norberto Nerio Martínez**, Introducción a las teorías de la pena, Revista Jurídica, año 6, número 1, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, 200, p. 102. Idea que es compartida por el Dr. Pastor, cuando dice que según el tipo de Estado en el que se esté, así será la política criminal que se habrá de implementar. **Disraely Omar Pastor**, Constitución y política criminal, Revista Derecho de la Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VI, número 1, 2006, p. 64.

²² Política criminal autoritaria o inquisitiva, en donde la investigación extra judicial es formal, en la que el juez instructor es además de investigador, decisor; expresada en formulas procesales, aun en la mente de los operadores de justicia, en la que la víctima no es importante, el imputado es solo formalmente un presunto inocente. **José David Campos Ventura**, La investigación del delito: una aproximación desde la perspectiva del Estado de Derecho; Revista Derecho, Época IV, No. 1, de la Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, 1995, p. 89.

²³ La política criminal en un Estado de Derecho no puede ser otra más que integral, con una clara orientación democrática y garantista, limitada a los preceptos constitucionales y orientada a la búsqueda constante del debido proceso. En esta, la víctima se vuelve importante, el juez ya no investiga solo decide, etc. **José David Campos Ventura**, óp. Cit. p. 89. Es decir, que la política criminal integral debe de procurar ser eficaz en la protección de los intereses sociales y que tal protección, implique el respeto a las garantías de aquellos a quienes se les impute lesionarlos. Dicho de otra manera, que la política criminal debe de proponer herramientas que respeten los derechos subjetivos de las partes y de la sociedad.

²⁴ Se debe de tener en cuenta que la pena ha sido ampliamente estudiada, se le ha considerado un medio de expiación, una retribución, un mecanismo de disuasión, un medio de rehabilitador, etc. Sin duda, hay concierto en aceptar, que es insuficiente para alcanzar plenamente la justicia. Lo anterior se puede afirmar, al leer a **Iván Meini**, la pena: función y presupuestos; Revista Ventana jurídica, No. 11, año VII, Volumen 1 de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2014, p. 213. Es pertinente reflexionar acerca de la naturaleza dada a la acción de extinción de dominio, cuando se afirma que es una consecuencia patrimonial, producto del origen o utilización ilícita de los bienes; en esencia, es una pena y, por tanto, su imposición debe de estar revestida de todas las garantías del debido proceso y no matizadas, como lo están en la LEDAB

Es una expresión de las políticas públicas del Estado, que puede ser nacional o transnacional, que contiene instrumentos, programas, herramientas y demás; no profundizaremos en esta, por no ser el principal objeto de esta investigación.

1.2 De la política criminal como instrumento de combate al ilícito penal

Para Franz Von Liszt²⁵, propone que el Derecho penal y la política criminal marchen juntos; afirma que esta última tiene un fundamento de carácter antropológico y sociológico, y que es el contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos penales; o el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito.

Sostiene Claus Roxin²⁶, que el pensamiento sistemático, a fin de comprender mejor el fenómeno criminal, debe ser sustituido, por un pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica. Los problemas político criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito. Se advierte que esta tiene dos grandes contenidos, uno al que se le puede llamar política social y otro, política criminal; la primera se orienta a evitar o prevenir la comisión de los ilícitos, la segunda se activa una vez ha ocurrido el ilícito, ocupándose del infractor o delincuente, de la víctima, etc.

Posteriormente, se ha sostenido que la política criminal debía comprender una doble esencia: como articulación de medios para combatir el crimen después que éste haya sido perpetrado; pero también, debía incluir la tarea de crítica y reforma de las leyes vigentes.

El Derecho penal, como ciencia jurídica y social, es orientado por la política criminal, en el que está plantea que, la sola necesidad preventiva, no puede conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad; pero que la sola culpabilidad no es suficiente para legitimar la imposición de una pena; si esta no es necesaria desde el punto de vista preventivo. La Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que, al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder

²⁵ Citado por **Disraely Omar Pastor**, óp. Cit. p. 66. En similares términos, lo cita **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, Fundamentos del Derecho penal, Fundamentos de Derecho penal; Revista Ensayos para la capacitación penal, Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2003, p. 13.

²⁶ **Claus Roxin**, Política Criminal y Sistema del Derecho penal, 2ª. Edición, 1ª. Re impresión, Editorial Hammurabi, Argentina, 2002, p. 20.

la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del Estado "Leviatán²⁷".

La culpabilidad y la necesidad de una pena, deben de servir de fundamento a la responsabilidad penal. Los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación, son los que llevarán a la determinación de las conductas que serán o no consideradas delito, en atención a la relevancia que la sociedad les asigne.

El positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. El Derecho penal es, en sentido propio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrenta con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema; por su parte, la política criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho penal, está situada fuera de lo jurídico. Abandona la represión y transita a la prevención; y por ello se define como la reacción organizada y deliberada, de la colectividad contra las actividades delictuosas, desviadas o antisociales.

Dos son los métodos, fundamentalmente distintos de los que se sirve el legislador alternativamente para tipificar conductas delictivas. El primero consiste en la descripción más precisa posible de acciones, constituyendo así, los llamados delitos de acción; el segundo método le sirve el legislador, allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeña; llamados delitos de infracción del deber. La función político-criminal de la anti juridicidad considera que es la solución social de conflictos.²⁸ Incluye la política criminal instituciones, recursos, planes, proyectos, programas y estrategias orientadas a detectar, prevenir, perseguir y sancionar hechos considerados ilícitos.

1.3 De la política criminal como instrumento de combate al delito

El Magistrado Carlos Sánchez²⁹, sostiene que la relación entre el Derecho penal, instrumento de combate al delito; y la política criminal, es innegable, tienen una relación de coexistencia necesaria respecto del fenómeno delictivo; el Derecho penal no puede pretender escapar a la realidad social de

²⁷ Ese gran Leviatán que llamamos República o Estado (en latín civitas) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido; y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero; los magistrados y otros funcionarios de la judicatura y ejecución, nexos artificiales; la recompensa y el castigo (mediante los cuales cada nexo y cada miembro vinculado a la sede de la soberanía es inducido a ejecutar su deber) son los nervios que hacen lo mismo en el cuerpo natural; la riqueza y la abundancia de todos los miembros particulares constituyen su potencia; la *salus populi* (la salvación del pueblo) son sus negocios; los consejeros, que informan sobre cuantas cosas precisa conocer, son la memoria; la equidad y las leyes, una razón y una voluntad artificiales; la concordia, es la salud; la sedición, la enfermedad; la guerra civil, la muerte. **Carl Smith**, *Leviatán: En la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Editorial Stuhart, y Cía., Argentina, 2002, p.1.

²⁸ **Claus Roxin**, óp. Cit. p. 20

²⁹ **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, *Fundamentos de Derecho penal*, óp. cit. p. 9.

que el delito no se reduce al fenómeno jurídico, y que la solución de dichos conflictos sociales, es mejor entendida si al análisis de la teoría del delito, se le incorporan los datos empíricos que la política criminal y la criminología permiten conocer.

Comprender la multi causalidad o causación del delito no tiene por qué ser difícil, y esta comprensión ayuda en la tarea rutinaria de prevención que realizan la policía y otros agentes; esto es lo que hace la criminología, procura descubrir las motivaciones del delincuente, y según la motivación, propone formas de combatirlo. Es decir que, es importante conocer el comportamiento individual del sujeto en relación a su entorno físico, pero también es relevante tener en cuenta las características del escenario social que ayudan o no a convertir las inclinaciones delictivas en acción.

Varias son las teorías criminológicas que procuran explicar las causas y el comportamiento delictivo, así la teoría de la oportunidad, que se desdobra en varias, como la del enfoque de la actividad rutinaria, que requiere de un potencial delincuente, un objetivo o víctima apropiada y la ausencia de un vigilante adecuado; o la del patrón delictivo, que analiza cómo se mueven en el tiempo y espacio los sujetos y las cosas involucradas en un delito, apoyada por la denominada criminología ambiental.

También está la teoría de la perspectiva de la elección racional, que fija su atención en la toma de decisión del delincuente, parte del supuesto que el delito es una conducta intencional, que le generara beneficios directos e indirectos. Teniendo en cuenta que los delitos tienen diversas motivaciones, esta teoría tiene que hacer clasificaciones específicas de los delitos; procura mirar el mundo, desde la perspectiva del infractor, se centra en el modus operandi de este; teoría que se debe de tener en cuenta para explicar el delito económico, al que volveremos más adelante.

La criminología, sostiene que los índices de delincuencia relativamente bajos se observan siempre allí donde convergen el Derecho formal y las normas sociales y donde el control de la delincuencia ejercida por las instancias estatales es respaldado por órganos de control social, como la familia, la comuna y el vecindario. Ahí, donde ambos aspectos divergen, el individuo tiene dificultades para orientarse y crece el margen para que se desarrollen conductas transgresoras³⁰.

Con el afán de enfrentar eficazmente la criminalidad, en El Salvador han tenido lugar varias reformas sustanciales el sistema jurídico penal salvadoreño; a finales de la década de los 80 se puso al frente de estas reformas a la Comisión Revisora de la legislación salvadoreña, quien inicio formulando un diagnóstico del estado de aplicación de la justicia y de las instituciones encargadas de esta actividad y concluye a inicios de la década de los 90, que el sistema de justicia en el país estaba en crisis³¹.

³⁰ Así lo expresa **Martin Prats**, *Corrupción, Estado de Derecho y control de la sociedad civil*; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002, p. 95.

³¹ Parfraseando al maestro Campos Ventura, se dirá que esta crisis la reconocen principalmente los legisladores, y plantean como solución una profunda reforma o transformación del sistema de justicia penal; pero no saben cómo encarar el desafío y se dejan seducir por las campañas de ley y el orden, concluyendo solo con el endurecimiento de leyes sustantivas y adjetivas, so pretexto de la defensa del orden social. **José David Campos Ventura**, óp. Cit., p. 80. Con razón, Feuerbach definió la política criminal como la sabiduría legisladora del Estado o la ciencia política de legislar. Citado por **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, *Fundamentos del Derecho penal*, óp. Cit. P. 15.

Como uno, de los varios productos del esfuerzo por mejorar el sistema, en 1996, se presentan los nuevos Códigos penal³² y procesal penal³³, respectivamente³⁴; con los que dio inicio una transformación al sistema de justicia penal.

Luego y ante las cada vez más complejas y violentas formas de criminalidad, se consideró necesario dar respuesta con instrumentos punitivos de la política criminal, por ello se adoptaron varias medidas, destacando la adopción de legislaciones prohibitivas de pandillas³⁵ y de otras formas de organización criminal, como la ley antimaras, ley especial contra actos de terrorismo³⁶, ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja³⁷, ley especial contra la trata de personas³⁸, entre otras; se implementó la política de mano dura, súper dura, y recientemente el plan El Salvador seguro.

Todos los instrumentos normativos antes mencionados, se han promulgado sin tener una base empírica seria; no se han hecho estudios desde la criminología o de la política criminal; que les pudiesen proveer las adecuadas respuestas a los fenómenos criminales que se han pretendido

³² El Código penal de El Salvador, emitido por D.L. 1030 del 26 de abril de 1997 y publicado en el D.O. No. 105, Tomo 355 del 10 de junio de 1997; ha sufrido a diciembre de 2016, más de SESENTA Y CUATRO REFORMAS, lo que sin duda pone de manifiesto, es desacierto de este como instrumento para combatir eficazmente la criminalidad.

³³ Código que fue sustituido por el actual Código procesal penal, aprobado por D.L. 733 del 16 de enero de 2009, publicado en el D.O. No. 20, Tomo 382 del 30 de enero de 2009; el que ha diciembre de 2016, ha sufrido 10 reformas. Lo que también pone de manifiesto, que ni siquiera los dos más grandes instrumentos normativos punitivos, estaban en armonía entre sí, pues respondían a tendencias jurídicas diferentes.

³⁴ Lo anterior lo afirma el Magistrado **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, en Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador; Revista Ventana jurídica, No. 8, año IV, volumen 2; Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2008, p. 38 y ss.

³⁵ Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal; D.L. No. 458 del 1 de septiembre de 2010, publicada en el D.O. No. 169, Tomo 388 del 10 de septiembre de 2010.

³⁶ Ley especial contra actos de terrorismo, D.L. No. 108 del 21 de septiembre de 2006 publicado en el D.O. No. 193, tomo No. 373, del 7 de octubre de 2006; reformada por D.L. No. 348 publicado en el D.O. No. 81, tomo 411 del 3 de mayo de 2016. Expresa de Souza Costa, citando a Celso Mello; que el terrorismo tiene como características: la imprevisibilidad y la arbitrariedad, las víctimas no tienen medio de evitarlos y amoral, ya que sus actos no tienen ninguna razón ni argumentos humanitarios. **Rodrigo de Souza Costa**, Terrorismo: un abordaje crítico, Revista de ciencias jurídicas de la Universidad de Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, año I, No. 1, 2002, p. 177.

³⁷ Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, D.L. número 190 del 20 de diciembre de 2006, publicado en el D.O. No. 13, Tomo No. 374, del 15 de enero de 2007. En este tipo de criminalidad no deben solo de considerarse las modalidades violentas, sino también las denominadas de cuello blanco, ósea, las relacionadas con el poder político y como consecuencia, hacen de los actos de corrupción su delito preferente. Así, lo expresa el Magistrado **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, citando a Julio Virgolini, en "La participación delictiva en la criminalidad organizada", Revista Venta jurídica, No. 10, año VI, volumen 1, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2013, p. 14. Opinión que se comparte, ya que algunas de estas organizaciones, se constituyen para alcanzar fines económicos, y al ser más extensivo en el concepto de crimen organizado, se es más eficaz en su combate. Para dar la respuesta a la criminalidad que persigue fines económicos, es que ha surgido el llamado Derecho penal económico. Ya en 1996, por medio del D.L. No. 668, del 19 de marzo; publicado en el D.O. No. 58, Tomo 330 se había emitido la Ley Transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado; de la que por sentencia de inconstitucionalidad dictada el 14 de febrero de 1997 por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, se declararon inconstitucionales los arts. 2, 4, 6, 12, 14 Ord. 1º, 15 y 22; con lo que sin duda se le restó eficiencia.

³⁸ Ley especial contra la trata de personas, D.L. No. 824 del 16 de octubre de 2014; publicado en el D.O. No. 213, Tomo 405 del 14 de noviembre de 2014.

combatir. Sin duda, estos nuevos instrumentos normativos, han sido una reacción al cada vez más complejo crimen.

Se ha estado moviendo entre la creencia o ilusión de la represión como solución al delito, perdiéndole la fe al reduccionismo penal, y olvidándonos de la utopía abolicionista del ilícito. Se ha optado por el Derecho penal del enemigo³⁹, alejándose del Derecho penal mínimo o garantista.

La formulación e implementación de políticas de seguridad más efectivas, enfrenta retos de distinta índole, desde la interrelación de los problemas, las limitaciones presupuestarias; hasta la debilidad institucional y la politización -partidaria- del tema de la seguridad ciudadana.

2. De la política criminal como instrumento de combate a los delitos económicos

Sin pretender desarrollar los tópicos fundamentales de lo que ahora se llama Derecho penal económico, se considera importante y con el solo afán de facilitar la comprensión de este tipo de criminalidad, plantear alguna noción conceptual, que permita asimilar la política criminal que se orienta a esta tipología de delincuencia.

El primer concepto que se debe fijar es Constitución económica, misma que está constituida por los principios y disposiciones constitucionales referidas y/o vinculadas directamente con la actividad económica nacional; es decir, las normas relativas a el Derecho de los consumidores, el Derecho de competencia y la libertad económica⁴⁰. Sería adecuado adicionar las relativas a la potestad emisora de moneda, contratación, pública o privada, etc.

Las normas económicas pueden: ordenar la vida económica, encauzar la producción y distribución de bienes –y servicios- indispensables para la satisfacción de necesidades humanas básicas, e informar la dirección del proceso económico en general, orientándolo hacia metas de interés general –función social de la propiedad-.

³⁹ En palabras de Cabello, este Derecho penal del enemigo, es caracterizado por un adelanto punitivo en el trato al imputado, tipificación generalizada de delitos y endurecimiento de penas, practicas agresivas en la investigación del delito, como cateos o allanamientos, intervenciones de comunicaciones, incomunicación entre los privados de libertad, etc. **Mario David Ruiz Cabello**, Extinción de dominio: una herramienta del Derecho civil ante la ineficacia del Derecho penal; publicado en Revista Alegatos, No. 77, México, 2011, p. 107. Opuesto al garantismo penal o Derecho penal mínimo, en donde el Derecho establece una amplia gama de instrumentos para la defensa de los derechos individuales o colectivos, frente a su eventual agresión por parte de otros individuos o del mismo poder estatal. Instrumentos que son las garantías, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de sus derechos y minimizar sus amenazas. Ver a **Marina Gascón Abellán**, Interpretación y argumentación jurídica, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003, p. 13.

⁴⁰ Así lo ha afirmado la Sala de lo Constitucional, en su sentencia de inconstitucionalidad, dictada el 10 de abril de 2013, ref. número 9-2010; relativa al servicio de transporte de pasajeros, en tricimotos; regulado en el art. 7 de la Ley de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial. En la que declaro que no existen las inconstitucionalidades alegadas, por las supuestas vulneraciones al derecho de los consumidores, al derecho de competencia y a la libertad económica, consagrados en los artículos 101 inc. 2°, 110 inc. 2° y 102 Cn.

No se debe de omitir el tener en cuenta que la Constitución salvadoreña recibe influencia tanto del constitucionalismo liberal como del social, lo que nos lleva a considerar el liberalismo económico y el intervencionismo. El liberalismo económico, se fundamenta en el respeto absoluto a la propiedad privada y de libre cambio, de la libre empresa; ha dado lugar a la formación del capitalismo y sus naturales consecuencias, por eso, liberalismo y capitalismo son términos sinónimos. El socialismo económico está basado en el materialismo-dialéctico, doctrina filosófica, política y económica; cuya máxima expresión se encuentra en el comunismo; la propiedad comunitaria o estatal, los medios de producción están en dominio del Estado, lo que no permite la existencia del libre cambio y libre empresa.

Otro concepto que se debe delimitar, es el de libertad económica, misma que debe de entenderse como la facultad de toda persona, de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a mantener o incrementar su patrimonio; libertad que tiene varias dimensiones o manifestaciones: El libre acceso al mercado, que a su vez tiene como manifestaciones principales la libre concurrencia a un potencial mercado y la libre competencia; el libre ejercicio de la empresa o libertad de empresa⁴¹ y la libre cesación de ese ejercicio; sometida en todo caso a otros principios y directivas constitucionales, la libertad en comento ya no es reconocida según el interés individual, sino según la utilidad social⁴².

Según el Art. 101 y ss. Cn., el orden económico nacional debe responder a principios de justicia social, como consecuencia, el Estado promueve el desarrollo económico y social, mediante: La racional utilización de los recursos, la defensa de los consumidores de bienes o servicios, la libertad económica: Contratación/empresarial, etc.; la propiedad privada en función social, lo que significa que no se tutela la propiedad ilícita e ilegítima, de ahí la acción de extinción de dominio y/o expropiación; y el respeto a los intereses difusos y colectivos, etc.

El interés de la política criminal y del Derecho penal por los ahora denominados delitos económicos, no es nueva; ya en 1872, tuvo lugar en Londres el primer congreso internacional sobre prevención y represión del delito, en el que expertos discutieron diversos temas como la administración inadecuada

⁴¹ Es una expresión de la libertad económica, y tiene por función la protección de la empresa, es decir, de la forma de organización productiva que propicia las condiciones para el intercambio o circulación de bienes o servicios en el mercado, cuyo límite radica en el interés social. Faculta a ciudadanos a afectar o destinar bienes a la realización de actividades económicas, con el objeto de producir e intercambiar bienes y servicios, conforme a las pautas y modelos de organización típicos del mundo económico contemporáneo y de obtener un beneficio o una ganancia. Se manifiesta en la libertad de crear empresas, de gestionarlas o hacerlas funcionar según su planificación, dirección, organización y administración; y cesarlas cuando lo consideren pertinente. Así lo sostiene la Sala de lo constitucional en sentencias de amparo No. 584-2008, 206-2008 y 408-2009; dictadas 3 de diciembre de 2010, 3 de mayo de 2011, y el 21 de octubre de 2011, respectivamente.

⁴² Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en el Romano IV, números 4 y 5 de su sentencia de amparo número 408-2009, del 21 de octubre de 2011; y lo ha reiterado en la sentencia de amparo contra ley, específicamente contra los art. 28 inc. 2 y 31-A de la Ley general de ordenación y promoción de la pesca y acuicultura; clasificado al No. 137/2012, dictada el 26 de junio de 2014.

de las prisiones, la extradición, las posibles medidas sustitutivas a la detención, el tratamiento de los jóvenes delincuentes y en lo pertinente, “los medios para reprimir a los capitalistas delincuentes”⁴³.

Es obvio que la persona que delinque, está motivada por razones diferentes; conocer tales motivaciones, vuelve eficaz la norma que los combate. Así, habrá quienes delinquen circunstancialmente, otros de forma habitual; algunos movidos por motivos personales, familiares o sociales; otros para obtener beneficios económicos, directos o indirectos. Por lo anterior es que el Derecho penal general, ha dado a luz al que ahora llamamos Derecho penal económico.

Disciplina que como se advertirá con solo leer su nominación, involucra dos saberes, la economía y el Derecho penal; la economía, según Pérez del Valle,⁴⁴ es el estudio de los métodos para la satisfacción de las necesidades humanas, a través del empleo de los bienes escasos. La que sin duda para que prospere o se desarrolle, requiere de la protección de sus elementales bienes; y es aquí, donde entra el Derecho penal.

Una noción conceptual básica de Derecho penal económico es el conjunto de normas y principios que protegen la regulación jurídica del intervencionismo estatal, en la economía u orden económico nacional. Una noción conceptual más completa⁴⁵ lo define como el conjunto de normas –y principios- jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional mediante la protección de mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Se puede advertir de las anteriores definiciones, que no son lo mismo los delitos económicos con delitos patrimoniales.

Lo anterior era importante dejarlo planteado, ya que la denominada criminalidad económica tiene rasgos característicos diferentes de la clásica criminalidad, tales como: la nueva noción de bien jurídico protegido, es un bien jurídico social y supra individual; son considerados delitos especiales, pues exigen en el sujeto activo una cualidad especial; de cuello blanco, se suponen cometidos por personas que ocupan cierto estatus; de peligro o de sola amenaza; intratable con las penas tradicionales⁴⁶, la pena debe de ir más allá de la coerción estatal y del ánimo de resocialización, pues supuestamente no la necesitan, por lo que las penas se deben de orientar al patrimonio o a los bienes instrumento u objeto del delito. En este último apartado, es donde bien cabe volver a analizar si la acción de extinción de dominio, es o no una pena de este nuevo Derecho penal económico.

⁴³ Las Naciones Unidas y la prevención del delito, publicación del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 3.

⁴⁴ Citado por **Delmer Edmundo Rodríguez Cruz**, Conceptualización del Derecho penal económico, Monográfico: Debate sobre el sistema penal y penitenciario, 1ª. Edición, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016, p. 74.

⁴⁵ Según **Adán Nieto Martín y otro**, Derecho penal económico, Textos de apoyo No. 5, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2009, p. 4.

⁴⁶ Características, según **Delmer Edmundo Rodríguez Cruz**, óp. Cit. P. 80 y 81.

Aceptando que la criminalidad económica es una forma de crimen organizado⁴⁷, que suele utilizar a la empresa como medio para delinquir; los delitos típicos o clásicos del Derecho penal, las reglas de imputación, la determinación de responsabilidades, etc.; en el marco de la criminalidad económica, no son capaces de dar respuesta adecuada para combatir esta modalidad del delito.

Se debe de partir que el Derecho penal por sí solo, no es respuesta eficaz contra el delito económico, sería una visión simplista de la realidad, se debe de echar mano de otras disciplinas e instituciones de estas. Por ello incluso, es que la acción de extinción de dominio se ha ubicado en el Derecho civil⁴⁸, como expresión del comiso civil; en el Derecho penal, por el comiso regulado en esta como pena accesoria; e incluso en el Derecho administrativo, como una forma de expropiación. Afirmaciones que finalmente son verdades a medias, dada la naturaleza autónoma que el legislador da a esta acción.

Luego de tener en cuenta el alcance limitado de las reiteradas reformas legislativas⁴⁹, especialmente en el ejercicio del ius puniendi del Estado, y notar que estas han sido insuficientes; se ha debido transitar hacia nuevas figuras de combate al crimen, especialmente al delito económico, por ello es que en la última década, se ha puesto de manifiesto el interés del Estado en debilitar o suprimir el poder económico alcanzado por medio del delito, reconociendo que en este, está la fuerza de tales delincuentes.

Es decir, que ante las deficiencias del sistema penal para combatir nuevas y más complejas formas de delinquir, se demanda un repensar o una reorientación de la política criminal; puesto que el tradicional o clásico actuar del Estado contra la criminalidad organizada, enfrentaba problemas de efectividad, ya que buscaba las respuestas a la nueva modalidad de crimen, desde una perspectiva normativa punitiva; lo que hizo necesario revisar las realidades sociales para buscar respuestas en los escenarios que realmente proponía la delincuencia, como lo son los circuitos productivos y económicos; es así que se reconoce la importancia de enfrentar la delincuencia a través de un enfoque patrimonial.

⁴⁷ **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, La participación delictiva en la criminalidad organizada, óp. Cit. P. 16, y citando a Carlos Herrero, expresa que, en el pensamiento penal, la criminalidad organizada adopta los siguientes prototipos: Organizaciones mafiosas, organizaciones criminales sensiblemente mafiosas, organizaciones criminales funcionalmente mafiosas, y organizaciones criminales ambiguamente constituidas que fundamentalmente persiguen fines económicos.

⁴⁸ Así los sostiene **Mario David Ruiz Cabello**, óp. Cit. p. 79 y ss. En la que muestra al Derecho civil en una visión protectora de la sociedad frente al crimen organizado. Muestra al Derecho penal tutelando bienes cuyo origen se encuentra en el Derecho civil; el cómo ambas disciplinas van de la mano en la búsqueda del respeto al derecho de las personas, en su patrimonio, sea este moral o pecuniario.

⁴⁹ En opinión del Magistrado Sánchez Escobar, se ha caído en el denominado Derecho penal simbólico, aumentando penas desproporcionadamente a las expectativas de vida del imputado, asimilando la pena en algunos casos de la tentativa del delito al delito consumado. **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador, óp. Cit. p. 45. Con lo que estoy totalmente de acuerdo, y agregaría que además de simbólico, es un Derecho penal reactivo, mágico o ilusorio; producto de una política criminal de espectáculo, que busca sobre todo réditos políticos, que suele expresarse con acciones simbólicas del Estado, acompañados de campañas de difusión, para generar una falsa sensación de seguridad o de justicia.

El materialismo individual o colectivo del delincuente, los hace fuertes frente a las bajas y problemas de comunicación que sufren frente al actuar del sistema de justicia penal; pero no frente a la pérdida de sus bienes o patrimonio delictivamente amasado, ya que es el ánimo de lucro el que los mueve a delinquir y las formas tradicionales del Derecho penal, han mostrado ser insuficientes para combatirlos.

Por tanto, sostiene Choclan Montalvo, que la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada, y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, que contemporáneamente son expresión de manera frecuente del crimen organizado. Por lo que, puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal⁵⁰. La pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas.

Es oportuno decir que, con el ánimo de evitar que el infractor de la norma penal sólo sea sancionado punitivamente y no patrimonialmente; la política criminal ha debido interesarse en las víctimas, que no queden ignoradas o desamparadas en los procesos penales; que se persiga con eficacia y eficiencia la riqueza ilícitamente adquirida y por tanto, no se permita que el Estado legitime la adquisición de derechos por vía del delito, y por ende, no se incumpla con las obligaciones que emanan de la función social de la propiedad.

Sin duda, la política criminal ha debido repensar como combatir eficazmente las nuevas formas de criminalidad, el rol del proceso penal en las modernas formas de delinquir; la función del bien en el proceso penal, funciones que se podrían resumir así: como evidencia física o elemento material probatorio, como objeto material del delito, como medio o instrumento de reparación, con fines de comiso -sanción o pena accesoria-, y como cosa susceptible de inicio de la acción de extinción de dominio⁵¹; lo anterior es sin perjuicio a que un mismo bien, puede ser utilizado para varios fines -sin

⁵⁰ **José Antonio Choclan Montalvo**, Sobre las tendencias de orientación de la política criminal a la consideración de los aspectos patrimoniales de los delitos, Universidad de la Rioja, España, 2000, p. 332.

⁵¹ Funciones que le son dadas a los bienes en el proceso penal por **Patricia Jacqueline Feria Bello y otros**, Bienes en el proceso penal, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Científicas y Ciencias Forenses; Colombia, 2009; p. 12. A la acción de extinción de dominio la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro le atribuye que una de las finalidades esenciales de la extinción de dominio, es neutralizar la capacidad económica que tienen las organizaciones criminales; y que precisamente el origen ilícito de los bienes, en cualesquiera de las manifestaciones de las causales de extinción, se vincula en sentido general a una ilicitud de carácter criminal, es decir, la fuente de ilicitud que da origen a los bienes, o que su utilización por destinación, es de carácter criminal, sin que ello se entienda como un delito en el sentido estricto del término en materia penal; y es que, debe indicarse aquí un aspecto importante respecto del carácter de fuente de origen de hechos ilícitos, la Ley de extinción de dominio, si determina que los bienes deben proceder de una fuente de ilicitud delictiva –art. 5 LEDAB– **pero eso no implica**, que para establecer el carácter de hecho ilícito, actividad ilícita, origen ilícito, tenga que probarse como una especie de condición de pre judicialidad, un delito en su sentido pleno, en materia de extinción de dominio, la ilicitud, aunque se vincula como fuente de origen de actividades delictiva, no supone la necesidad de acreditar un delito concreto y específico, sobre el cual haya recaído sentencia condenatoria firme; **el concepto de ilícito o de ilicitud es de mayor amplitud (...)**. Sentencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, dictada a las quince horas y cincuenta y

perjuicio a que puede ser el objeto material del ilícito o un medio para su comisión; supuestos que habilitan el ejercicio de la acción en cuestión- .

Según investigadores del Banco mundial⁵², el robo –entiéndase corrupción- de bienes públicos de países en desarrollo es un gravísimo problema con impacto catastrófico en el desarrollo. Estos robos –actos de corrupción- desvían valiosos recursos públicos destinados a reducir la pobreza extrema y fortalecer la frágil infraestructura que suele prevalecer en estos países. Si bien es imposible determinar la magnitud exacta del producto de la corrupción que circula en la economía mundial, las estimaciones ponen de manifiesto la gravedad y extensión del problema. Se estima que los países en desarrollo pierden de US\$ 20 a US\$ 40 mil millones cada año debido a la corrupción.

Pero la anterior estimación no refleja los costos de la corrupción para la sociedad⁵³ y el impacto devastador de estos delitos en países víctimas. El robo –adquisición ilícita o enriquecimiento sin causa- de bienes por funcionarios corruptos, frecuentemente a los más altos niveles de gobierno, debilita la confianza en las instituciones públicas, perjudica el clima de inversión privada, y despoja de fondos disponibles para inversiones básicas en medidas de alivio de la pobreza, tales como salud pública, educación e infraestructura.

Afirma el jurista colombiano Gilmar Giovanni Santander Abril, que en Colombia y antes de la extinción de dominio, la situación no era extraña a la que aún viven la mayoría de países del mundo frente a esta materia, pues como bien se resalta en un estudio de las Naciones Unidas sobre la estimación de los flujos financieros del narcotráfico y otros delitos asociados al crimen organizado transnacional, al calcular las utilidades de la criminalidad, las cifras obtenidas deberían ser motivo de preocupación para la seguridad nacional de cualquier Estado, pues calcula los ingresos del crimen organizado entre un 2.3 al 5.5 del PIB Mundial, dato que si bien es alarmante, no es tan grave como el relacionado con la efectividad en la persecución de los patrimonios ilícitos, pues el dato que mayor alarma debería

dos minutos, del día treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, dentro del recurso de apelación número INC-APEL-7-EXT-DOM-2016.

⁵² **Kevin M Sthephenson** y otros, Barreras para la recuperación de activos, publicación del Banco internacional de reconstrucción y fomento/Banco mundial, Washington, 2014, p. 15.

⁵³ En el que debe de considerarse el costo desperdicio, entendido como aquellas pérdidas que la sociedad debe de pagar en concepto de hacer las cosas correctas y/o por hacer incorrectamente las cosas correctas; dentro del que se encuentra el costo potencial o proyectado sobre datos de muestra. Vianney González López, Los costos de la corrupción en la estructura costo-país; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002, p. 112. Para El Salvador, se estima que, en 2006, el costo de la violencia ascendió a \$2,010 millones, aproximadamente; equivalentes al 10.8 del PIB. **Sonja Wolf**, Las políticas de seguridad en México y el triángulo norte de Centroamérica: militares, mano dura y treguas, 1a ed., Tegucigalpa, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Instituto Universitario en Democracia Paz y Seguridad, 2016, p. 61.

despertar, es aquel que señala que tan sólo menos del 1% de esas ganancias ilícitas (el cero punto uno), logra ser recuperado o incautado por las autoridades⁵⁴.

La internacionalización del delito y su complejización, llaman la atención de la criminología, convirtiéndose en el centro de atención de la política criminal, como herramienta de aquella; dando paso a lo que se puede llamar política criminal internacional, especialmente para hacerle frente a aquellos delitos transnacionales o de trascendencia internacional; llevando a los Estados a flexibilizar el concepto de soberanía, y a procurar nuevas formas de cooperación para el combate al crimen, y coinciden en que la captación del patrimonio del ilícito, es crucial para combatir esta modalidad de delincuencia organizada⁵⁵; cortándole al delincuente el incentivo económico, directo e indirecto que tendría para delinquir.

La ONU, desde su creación, en 1948 ha decidido que la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia figuren entre sus esferas de interés e incluso el Consejo Económico y Social de esta, decidió que las Naciones Unidas debían asumir una función directiva en el establecimiento de políticas de justicia penal en el mundo. Luego, en 1975 y teniendo en cuenta las particularidades o diferencias de las regiones del mundo y de los Estados que lo componen; se creó el Instituto Latino Americano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente⁵⁶ -ILANUD-; el que sin duda ha sido el encargado de la elaboración y seguimiento de las políticas y planes de prevención y en contra de la criminalidad en la región.

En relación a la prevención del delito y justicia penal, en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional, por medio de la AG, en la resolución 40/32, ha dicho que “la prevención del delito, como fenómeno mundial no debe de limitarse a la delincuencia común, sino considerar también aquellos actos que son especialmente nocivos, por ej. los delitos económicos, contra el medio

⁵⁴ **Gilmar Giovanni Santander Abril**, Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas; Tesis de Maestría en Derecho penal, de la Universidad Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca; Bogotá, 2018, p. 29.

⁵⁵ Sin perjuicio a que, en esta modalidad de delincuencia organizada, y con el afán de llevar a la justicia a quienes de ella participan, el Derecho adjetivo debe de acudir a diferentes técnicas o herramientas de investigación, como la infiltración policial, el testigo encubierto, testigo criteriado o arrepentido, operaciones encubiertas o controladas, intervenciones telefónicas, etc. Ver **Juan Selles Ferreiro**, Tratamiento procesal de la delincuencia organizada, 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2006, p 1 y ss.

⁵⁶ El Instituto Latino Americano de las Naciones Unidas contra la prevención del delito y tratamiento del delincuente, fue fundado el 11 de junio de 1975 en San José de Costa Rica, es un organismo especializado de Naciones Unidas en las áreas de prevención del delito y la justicia penal. Su mandato abarca todos los países de América Latina y el Caribe y tiene su sede en San José de Costa Rica.

ambiente, tráfico ilícito de drogas, el terrorismo⁵⁷, el apartheid y otros delitos de gravedad similar.”⁵⁸ Principio que literalmente expresa, que es viable aplicarlo para combatir la corrupción.

El apareamiento, evolución y desarrollo de la criminalidad transnacional o transfronteriza, y que delinque en detrimento de los Estados individualmente considerados o como parte de la comunidad internacional; ha hecho que los Estados flexibilicen el concepto de soberanía y adopten nuevas formas de cooperación para el combate al crimen transnacional o endurecido las existentes. En el marco del combate a los delitos de trascendencia internacional, se ha dado paso a la nueva disciplina llamada Derecho internacional penal o penal internacional, en donde los Estados han dado paso a los Organismos internacionales como sujetos que impulsen su desarrollo y aplicación.

Este Derecho internacional penal vio sus primeras manifestaciones, cuando la comunidad internacional reconoció la responsabilidad criminal, por la comisión de cierta clase de crímenes, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad⁵⁹; aunque inicialmente se les haya enmarcado en el denominado Derecho internacional humanitario, por medio de los tribunales penales especiales que al efecto fueron constituidos⁶⁰. Más recientemente, los Estados han fortalecido la cooperación para el combate a la piratería en alta mar. Lo anterior, nos ubicó en el concepto de universalización de la justicia, y motivo importantes instrumentos internacionales en donde los Estados dieron creación a Organismos internacionales y a mecanismos de cooperación, en temas de extradición, ubicación, incautación y devolución de personas y bienes.

⁵⁷ Según **Athanasios Hristoulas**, es a partir de los ataques terroristas perpetrados contra los EE.UU. en 2001, la agenda de la política internacional de los Estados se ha trasladado al tema de la seguridad nacional e internacional; por lo que las relaciones internacionales se han orientado a la defensa del territorio, de sus bienes y personas; se está revitalizando el concepto de soberanía nacional, y se ha reiterado que es el Estado la mejor forma de organización diseñada para defenderse a sí misma de las amenazas o ataques a su seguridad. **Athanasios Hristoulas**, El terrorismo y los cambios en el sistema internacional; Revista mexicana de Derecho público, del Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002, p. 259. Es decir que, la tipificación o endurecimiento de las penas a los delitos que pongan en peligro la seguridad del Estado, responden a una política criminal fundada en la doctrina de la seguridad de aquel; debiendo de tenerse en cuenta que en estos delitos de terrorismo, el enemigo normalmente no es otro Estado sino una red internacional de individuos criminales bien financiados y bien escondidos, con bases o centros de operaciones en varios países; por lo que no pueden ser atacados con los clásicos instrumentos del Derecho penal.

⁵⁸ De terrorismo y Derecho penal, Grupo latino americano de estudios sobre Derecho penal internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015, p. 765. En palabras del papa Juan Pablo II, expresadas en la encíclica de la realidad social, los actos de terrorismo no pueden ser justificados, causan un clima de terror e inseguridad, muchas veces están acompañados de la toma de rehenes; entiendo el terrorismo como la voluntad o intención de matar sin ningún tipo de discriminación. Frago, ubica el terrorismo en la dictadura Jacobina francesa, que tuvo lugar del 5 de septiembre de 1794 a julio de 1794, con Robespierre, quien gobernó haciendo gala de prácticas de terror. Le atribuye al Estado la práctica del terrorismo. **Fragoso Heleno Claudio**, en Terrorismo y criminalidad política, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 14. Traducción libre.

⁵⁹ Actualmente, hay un sector minoritario de juristas que están analizando los elementos de estos delitos a fin de proponer que se incluya en estos el delito de corrupción, por los efectos adversos y generalizados que causa en la sociedad.

⁶⁰ Así lo afirma **Berta Feder**, en la irrupción de la materia penal en el Derecho internacional; Jornadas de Derecho Internacional, revista publicadas por la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, Uruguay, 1999, p. 252.

La piedra angular de la política criminal, contentiva de prácticas duraderas y exitosas, especialmente en la recuperación de bienes o activos adquiridos o destinados ilícitamente, es la adopción de una política y estrategia clara, integral, sostenida y concertada. Los responsables de formular y ejecutar políticas, deben de definir objetivos y metas, identificar todas las herramientas disponibles, tales como leyes y regulaciones, así como procesos o acciones, movilizar la experticia y los recursos necesarios, y para que las partes interesadas deban rendir cuentas.

Si la corrupción es un delito que, para su realización, requiere de una estructura delincencial compleja u organizada; no cabe duda que combatirla requiere de la utilización de nuevos instrumentos para la investigación procesal penal de la delincuencia organizada, tales como la infiltración policial como técnica de investigación y el agente encubierto⁶¹ como instrumento o medio probatorio, el arrepentido y testigo protegido, las intervenciones telefónicas, extradición, ordenes regionales de detención, etc.

En una relación de poder, y teniendo en cuenta que la política criminal es expresión de este; se debe de recordar que, en una relación de poder, y atendiendo el medio que el sujeto activo utiliza para condicionar el comportamiento del sujeto pasivo, se suelen distinguir tres expresiones claras del poder: económico, ideológico y político. Es en aras a tutelar el primero, que se crean los ahora denominados delitos económicos.

Sostiene Marcus Felson⁶², que los bienes de consumo producidos en masa, pasan por un ciclo vital de cuatro etapas: Etapa de innovación, de crecimiento, de mercado de masas y la etapa de la saturación. En la etapa de innovación, el producto es vendido a un grupo especial de consumidores; por lo que suele ser caro, difícil de usar, relativamente pesado y poco manejable; a su juicio, eso explica por qué en esta, no son muy aptos para el robo.

En la etapa de crecimiento, los productos se vuelven más fáciles de usar, más baratos, más ligeros y su transporte es menos engorroso. Mucha gente sabe cómo usarlos y quiere uno y, por consiguiente, los robos se incrementan. En la etapa de mercado de masas, el producto se convierte en más atractivo todavía; se venden muchas unidades y el robo deviene endémico. En la etapa de saturación, la mayoría de la gente que realmente quiere el producto ya lo tiene y los robos bajan. El planteamiento anterior, nos ayuda a entender el comportamiento del delincuente y los delitos, cometidos en el contexto del mercado.

Queda en la conciencia social el equivocado mensaje de que la delincuencia sí es una alternativa de vida, donde la amenaza de la pena del Derecho penal ya no cumple ningún fin desestimulante o desincentivante al delito; por ello es necesario erigir nuevos mecanismos que combatan la expresada rentabilidad.

⁶¹ A este medio de prueba se refiere el art. 45 de la Ley especial contra actos de terrorismo, al que también le da cabida el art. 5 de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja.

⁶² **Marcus Felson y otro**; La ocasión hace al ladrón. teoría práctica para la prevención del delito; publicación de la Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2008, p. 219.

Para evitar que los activos ilícitos sean aprovechados, la política criminal ha debido crear nuevas figuras que ataquen la rentabilidad del delito y/o reformular los mecanismos tradicionales de combate al delito, especialmente al de naturaleza económica, dentro de los que destaca la acción de extinción de dominio⁶³; mecanismos que sin duda han sido cuestionados e incluso calificados de contrariar el texto constitucional y/o a instrumentos internacionales de derechos humanos; critica que solo ha sido posible superar, si se asume que el Estado no tiene obligación de tutelar derechos patrimoniales mal habidos.

Reitero la Sala de lo Constitucional de la CSJ, que el lavado de dinero y activos, la corrupción, el crimen organizado, los actos de terrorismo, las agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, el tráfico de armas, el tráfico y trata de personas, los delitos relacionados con drogas, delitos informáticos y delitos relativos a la Hacienda pública, son realidades que deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y erradicadas; y sin duda, esta acción cumple con tal propósito.

Es de interés de la política criminal, enviarle a la sociedad por medio de los instrumentos o lineamientos de combate al crimen, el mensaje que no es cierto que el delito paga, que no pueden ni deben existir delitos sin castigo; que nadie puede sacar provecho de su propio dolo o culpa, que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas o que el delito no puede ser fuente de derechos. A nivel constitucional, la imposibilidad de obtener provecho por hechos ilícitos está expresamente contenida en el art. 240 inciso 1, que impone a los funcionarios públicos o municipales que se hubieren enriquecido sin justa causa y en detrimento de estas, la obligación de restituir lo que hubieren adquirido ilícitamente.

Para así fortalecer o reafirmar valores ético sociales del trabajo y el desarrollo de la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza; el valor del orden social justo y de la justicia en razones de equidad; el respeto del derecho de igualdad; retomar el significado y alcance de los principios de responsabilidad, solidaridad, equidad y justicia económica; y así concluir que el acceso y protección al derecho de propiedad está circunscrita a aquella que ha sido lícitamente obtenida, y por tanto, que combatan la errada posición del derecho de propiedad de bienes ilícitamente obtenidos o destinados y que por tanto; siendo la riqueza ilícita un problema de política criminal, es deber del Estado combatir esta última.

En resumen, parafraseando a Elena Pijoan⁶⁴, es adecuado decir que la criminología proporciona conocimientos que sirven para conocer las causas del ilícito, prevenirlos, bien sea creando o modificando leyes con tal propósito; definir que conductas criminalizar y que penas se deben de imponer, como alcanzar protección a las víctimas del crimen y como lograr la reinserción del infractor. Permite formular una adecuada política criminal, entendida esta como las decisiones valorativas sobre

⁶³ **Miriam Geraldine Aldana Revelo**, El proceso de extinción de dominio en El Salvador, Edición de la Unidad Técnica Ejecutiva del sector justicia, 2019, p. 56; en este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de inconstitucionalidad número 146/2014/107/2017, dictada el 18 de mayo de 2018.

⁶⁴ **Elena Larrauri Pijoan y otros**, Monografía de ciencias penales, Cap. I Nociones de criminología y política criminal; 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, p. 13 y ss.

como las instituciones del Estado, responden al problema de la criminalidad y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal. Muestra una relación muy estrecha y privilegiada con el Derecho penal, la criminología se presenta como la ciencia empírica, que usa métodos cuantitativos y cualitativos; y, el Derecho pena se muestra como la ciencia normativa que procura regular los hechos que, para tal fin, propone la criminología.

2.1 De las medidas preventivas al delito

Es mejor prevenir que sancionar, pues sin duda, tiene menores costos económicos, sociales y políticos; se logra por medio de diversos instrumentos, algunos son elaborados específicamente con esos fines, otros lo logran como efecto colateral. Previendo se logra evitar los naturales sufrimientos de la víctima, los costos del eventual enjuiciamiento.

La pena misma tiene una finalidad preventiva, ejemplarizante o disuasoria; con ella se pretende evitar que el infractor vuelva a delinquir, que los demás individuos al ver la ejecución de la pena, se vean influenciados a no delinquir.

Implica interiorizar en la persona, la convicción de hacer lo correcto, lo justo; esto sin duda está relacionado con la promoción de valores de convivencia. Si la ocasión hace al infractor, implica que se debe de eliminar la ocasión a fin de que la persona no infrinja la norma. Lo anterior está relacionado con medidas que debe de tomar el ciudadano individual y colectivamente considerado; no exponerse innecesariamente al ilícito, no auto ponerse en peligro.

Si los comportamientos ilícitos tienen causas o motivaciones personales, sociales, políticas y hasta de Estado; conviene tenerlas en cuenta para ser eficaces en su combate. Las diversas estructuras vivas de la sociedad juegan un rol importante en la labor de prevención al delito, la familia, la escuela, la iglesia⁶⁵, etc.; tienen una función preventiva al delito. Para efectos de la investigación, plantearemos aquellas medidas preventivas, producto de la gestión de las instituciones relacionadas con el sistema penal salvadoreño.

2.1.1 De las medidas preventivas contra los delitos económicos

Son delitos económicos los comportamientos ilícitos que lesionan la confianza en el orden económico/financiero/monetario con carácter general o en algunas de sus instituciones en particular, y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de ese orden económico. La

⁶⁵ En El Salvador, la población cree más -62.20%- en la Iglesia –católica y evangélica- que en las instituciones públicas que combaten el delito; así lo afirma Liliana Rincón y otro, El Salvador, el país más violento en América latina, publicado en Atlas de la violencia en América latina, 1ª. Edición, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2018, p. 133.

delincuencia económica, genera daños financieros al sistema, daños económicos, fiscales, administrativos, y morales; además corrompen a los servidores públicos.

Se caracterizan por tener apariencia de licitud, ausencia de afectividad social del delito, son de realización compleja, novedosa y continuada; suelen ser transnacionales. Se considera que son delitos de gente inteligente, expertos en los negocios, conocedoras de las leyes y reglamentos y de las artimañas para eludir sanciones, influyentes por su poder corruptor, y que tiene relaciones mundanas, políticas y con funcionarios; lo que dio lugar a acuñar el denominado delito de cuello blanco. Están tipificados en el Código penal y en leyes especiales

En el marco de la tutela judicial efectiva, y teniendo en cuenta que estas medidas se pueden adoptar tanto en sede administrativa como jurisdiccional, antes o durante el diligenciamiento del proceso de extinción de dominio; habré de referirme solo a las administrativas y pre judiciales, puesto que, de la teoría de estas, de la tipología de judiciales o procesales, me ocupare un par de capítulos más adelante.

La Asamblea Legislativa, al rendir su informe dentro del proceso de inconstitucionalidad clasificado 146-2014⁶⁶, dijo que en el marco del proceso de extinción de dominio existen instituciones facultadas para emitir medidas cautelares, producto de la potestad sancionadora de la AP. Medidas que no implican la privación de un derecho, sino una limitación provisional o precautoria que pretende evitar el inútil dispendio jurisdiccional.

Sin perjuicio a tener pleno conocimiento que las medidas cautelares se pueden dictar, antes, durante o aun después del juicio; se debe dejar claro que acá no abordaremos las medidas cautelares como instrumento de persecución del ilícito, con fines de aseguramiento de la eventual resolución judicial declarativa de la extinción, sino de aquellas medidas orientadas a prevenir la comisión de los ilícitos.

Teniendo en cuenta que la AP, debe de aplicar la LPA, debo de decir que el art. 78 de esta ley, habilita a la Administración a adoptar medidas provisionales y siendo que las Instituciones que adoptan estas medidas son parte de la AP, deben de tener en cuenta lo previsto en el artículo antes citado. Entre algunas medidas cautelares que se pueden adoptar, se tienen:

La anotación preventiva en los registros públicos, es una medida precautoria; que inmoviliza el tráfico comercial de los derechos que recaigan sobre bienes muebles e inmuebles; esto sin duda requiere, que los registros públicos sean eficientes, transparentes y accesibles. Esto es importante, ya que el Artículo 55 de la UNCAC, exige que los Estados de origen proporcionen una descripción de los bienes a ser restringidos o confiscados, incluyendo la ubicación y el valor estimado de los bienes, así como una declaración de los hechos que fundamentan la solicitud.

⁶⁶ Sentencia de inconstitucionalidad dictada por la Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado 146-2014/107-2017, óp. Cit. p. 5.

a) Declaración patrimonial en la Sección de probidad de la Corte Suprema de Justicia

Dice la ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos⁶⁷, en su Art. 3: “Dentro de los sesenta días siguientes a que tomen posesión de sus cargos, los funcionarios y empleados públicos que esta Ley determina, deberán rendir por escrito declaración jurada del estado de su patrimonio, ante la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección de Probidad. También deberán declarar el estado de su patrimonio, en la forma indicada, dentro de los sesenta días siguientes a partir de la fecha en que cesen en el ejercicio de sus respectivos cargos.

Cuando el funcionario o empleado público radique o ejerza funciones en el interior de la República, podrá presentar su declaración ante el Juzgado de Primera Instancia con jurisdicción en materia Civil en el lugar donde radique o ejerza y en caso de existir más de uno de estos Tribunales en el que se designe con el número primero. Dicho Tribunal deberá remitirla a la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia dentro del plazo de tres días a partir de la fecha en que la haya recibido.”

Y de forma concreta y sin duda, como un mecanismo de combate a la corrupción, presume el enriquecimiento ilícito; pues específicamente en el Art. 7 se dispone: “Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta: 1o.- Sus condiciones personales; 2o.- La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3o.- La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento.”

Según el art. 3 ya mencionado, es la Sección de probidad de la Corte Suprema de Justicia, la Unidad encargada de recibir de los funcionarios públicos antes y después de ejercer un cargo público, la declaración jurada de patrimonio, que según el art. 4 deben de presentar⁶⁸; quien una vez las recibe, analiza y si estima que existen indicios de enriquecimiento ilícito, elabora y remite informe al pleno de

⁶⁷ Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, D.L. 2833 del 8 de mayo de 1959, publicado en el D.O. No. 87 del 24 de abril de 1959. La Sección de probidad es una estructura de la Corte Suprema de Justicia, desarrollada en los arts. 113 y 114 de la Ley orgánica judicial. Su antecedente inmediato era el Decreto 69 del 11 de febrero de 1949 del Consejo Revolucionario de Gobierno, que erigía la Ley del Tribunal de probidad, con competencia para juzgar a funcionarios, empleados o particulares que se hubieren enriquecido sin justa causa, que estuvo vigente hasta noviembre de 1950, asumiendo su competencia el Juzgado de hacienda.

⁶⁸ Esta declaración, forma parte de las medidas a las que se refiere el art. III No. 4 de la Convención Interamericana contra la corrupción; suscrita en Caracas, en 1996, ratificada por D.L. N° 351, del 9 de julio de 1998, publicado en el D.O. N° 150, Tomo 340, del 17 de agosto de 1998.

la Corte, para que sea esta, quien a su vez apruebe o no si tales indicios son o no suficientes para remitir el caso a juicio civil de determinación de responsabilidad ante la Cámara de lo Civil correspondiente⁶⁹ e incluso, podrá la Corte emitir medidas cautelares pre judiciales.

Es la Cámara en cuestión, quien en definitiva resuelve si existe o no el enriquecimiento ilícito o sin causa, pero en la tramitación del proceso, a petición de la representación fiscal, se suelen adoptar medidas cautelares tendentes a asegurar la ejecución de una eventual resolución de determinación de responsabilidad.

Esta obligación, se retomó en la Ley de probidad de 2015⁷⁰, pero que, por haber sido declarada inconstitucional, omitiremos desarrollar. En similares términos, está prevista la obligación de presentar la declaración jurada patrimonial, en el art. 35 del ante proyecto de ley integral de probidad⁷¹ que está actualmente analizando la Corte Suprema de Justicia.

b) Auditorias de la Unidad Institucional Financiera de la Fiscalía General de la Republica

A esta medida se refiere el inciso ultimo del Art. 9-A de la Ley contra el lavado de dinero y activos, misma que puede ser aleatoria o dirigida, cuando existan indicios sobre actuaciones irregulares, con el propósito de comprobar si los agentes obligados, están o no dando cumplimiento a sus obligaciones anti lavado. La práctica de esta, requiere sin duda de la concurrencia de un equipo multi disciplinario, que realice la expresada auditoría; expertos en la llamada inteligencia financiera.

Del resultado de esta, puede o no haber lugar al ejercicio de una acción penal o administrativa, según el caso; o a una simple reconvención o prevención al agente económico auditado, para que adopte o ejecute las practicas que le permitan detectar, investigar, prevenir o sancionar conductas contrarias a sus obligaciones.

Si se practica en el ejercicio de la acción penal o administrativa sancionatoria, esta auditoria deja de ser una medida preventiva y se convierte en una herramienta financiera investigación; con la que sin duda se procurara descubrir la verdad de los hechos que se discutan en el proceso. Significa que, estará sujeta al control del juez y de las partes; el primero autorizara los puntos de pericia y las partes controlaran que se haga en respeto a los límites que el funcionario judicial la haya autorizado.

⁶⁹ Así lo reitera la Corte Suprema de Justicia en el apartado I.1 de la resolución del 14 de diciembre de 2017, en incidente de conflicto de competencia número 215-COM-2017, suscitado entre la Cámara segunda de lo civil de la primera sección del centro y el Juzgado especializado de extinción de dominio.

⁷⁰ Ley de probidad, D.L. No. 225 del 16 de diciembre de 2015, publicado en el D.O. No. 237, publicado el 23 de diciembre de 2015, y declarada inconstitucional en razón de haberse dictado sin que mediare moción o iniciativa de la CSJ, por referirse a organización del Órgano judicial, jurisdicción y competencia de los tribunales; por sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, de las catorce horas con once minutos del día nueve de febrero de dos mil dieciocho; en proceso acumulado de inconstitucionalidad marcado con el número 6-2016/2-2016, dictada el 9 de febrero de 2018.

⁷¹ Anteproyecto de Ley integral de probidad, Corte Suprema de Justicia, 2019.

En este último caso, se aportaría en el proceso penal o administrativo, en la fase probatoria, a menos que, a título que haya gestionado como prueba anticipada; en cuyo caso, se incorporaría por su lectura en la audiencia de prueba.

c) Auditorias de la Corte de Cuentas de la Republica

Según Alfonso Bonilla⁷², la auditoria gubernamental es la actividad o control que el organismo contralor ejerce sobre las actividades, tanto financieras como administrativas del Gobierno; observando la legalidad, eficiencia, economía, efectividad y transparencia de la gestión del Estado.

Son parte de los denominados controles públicos, las que se pueden realizar durante o después de determinado ejercicio fiscal, o sobre determinados proyectos; a ellas están sujetos todos los entes públicos nacionales, municipales e institucionales; y los privados que manejan o administran fondos públicos. Auditorias que de forma clásica se extienden solo al aspecto económico, sin importar los resultados de la gestión; dejando de lado auditar la eficiencia de la gestión, pero ahora y sobre la base de una gestión por resultados, si sería pertinente auditar resultados: eficiencia y eficacia de la gestión, de si es o no una buena administración⁷³.

Para fines de esta investigación, centrare el interés en las auditorías al presupuesto público y a la obligación de rendir cuentas de aquellos que manejan fondos de este. De hecho, el presupuesto en sí, es ya un instrumento preventivo al delito; en él se expresan los objetivos económicos y sociales de que un país pretende alcanzar.

Expresa la Dra. Ivanega, que el presupuesto es un acto contable, jurídico y económico; que tiene las siguientes características: es contentivo de una autorización legislativa del Órgano legislativo, para realizar gastos por cuenta y a cargo del Estado; es limitativo de los conceptos y montos a gastar, es una limitación cuantitativa y cualificativa de los gastos a efectuar en el ejercicio fiscal; tiene un periodo de vigencia y ejecución, el que tradicionalmente es anual; es constitutivo de una estimación de ingresos y gastos públicos a percibir y/o realizar en el ejercicio financiero, lo que le da carácter de incierto⁷⁴.

Sigue diciendo Miriam Ivanega⁷⁵, que el presupuesto está sujeto al denominado ciclo presupuestario, dentro del cual están las siguientes fases: elaboración del ante proyecto, a cargo de las instituciones

⁷² **Alfonso Bonilla Hernández**, Fundamentos y práctica de la auditoria gubernamental; publicación de la Asociación Probidad y Konrad Adenauer Stiftung, Ley de Corte de cuentas y control de la corrupción en el Salvador; 1995, p. 47.

⁷³ La reciente Ley de procedimientos administrativos, aprobada por D.L. No. 856, publicado en el D.O. No. 30, Tomo 418 del 13 de febrero de 2018 y vigente desde el 14 de febrero de 2019; en su art. 3 No. 4, presenta el principio de eficacia como uno de los varios principios que deben de regir el funcionamiento de la AP, y el art. 16 No. 1 de esta, reconoce a los administrados o ciudadanos el derecho a la buena administración; por lo anterior, es que se cree que bien se puede auditar la eficiencia y eficacia de la gestión pública.

⁷⁴ **Miriam Mabel Ivanega**, Control público, editorial Astrea, Argentina, 2016, p. 35 y ss.

⁷⁵ **Miriam Mabel Ivanega**, Control público, óp. Cit. p. 39 y ss.

de la AP; la elaboración del proyecto por parte del Ministerio de hacienda, por medio de la Dirección general de presupuesto; la aprobación, a cargo de la Asamblea legislativa y su promulgación a cargo del Órgano ejecutivo; su ejecución a cargo de cada una de las instituciones públicas, y su auditoria o control, a cargo de la misma AP por medio de sus unidades de auditorías internas y por la Corte de Cuentas de la Republica⁷⁶. Ciclo en el que sin duda se advierte la plena vigencia del principio de la división de poderes, el que por sí mismo, es también un mecanismo de control.

Es entonces el control, la fase de interés a esta investigación, este tiene una finalidad técnico legal, que se vincula a la comprobación sistemática de la regularidad del cumplimiento de actos de gestión y el adecuado manejo de fondos públicos. El control entonces se cierne importante en los ingresos, para conocer la disponibilidad; pero fundamentalmente se centra en el gasto y es sobre este, que se debe de rendir cuentas. La rendición de cuentas significa el deber o sujeción a reportar, explicar o justificar el uso o manejo de los fondos o recursos públicos; y eventualmente responder por tal manejo.

Las auditorias entonces son el instrumento por medio del cual se pretende determinar si una institución o un funcionario, está o no realizando la gestión del gasto público conforme a los parámetros que para tal fin se han fijado en el presupuesto respectivo. La realidad social, muestra el continuo conflicto entre cantidad y calidad del gasto público; sin perjuicio a que no hay un consenso para dirimir tal controversia⁷⁷.

De los resultados de las auditorias⁷⁸, internas o externas; podrán surgir inconsistencias o reparos, hallazgos u observaciones; los que podrán o no trascender a los denominados juicios de cuentas, que se tramitan en las Cámaras de primera y segunda instancia de la Corte de Cuentas de la Republica y de los que puede surgir cualquier tipo de responsabilidad⁷⁹ para el funcionario que maneja fondos públicos.

Se puede cerrar este apartado diciendo que el control o auditorías internas suelen ser ineficaces, pues las Unidades que las realizan están vinculadas jerárquicamente a la institución que fiscalizan y, por tanto, con muy poca autonomía funcional; por su parte, el control a posteriori, suele llegar tarde al acto o hecho que pretende evitar; el control previo y externo es el más relevante para prevenir delitos; el posterior, sirve para la persecución e investigación de estos⁸⁰.

⁷⁶ Art. 1.- La Corte de Cuentas de la República, que en esta Ley podrá denominarse "La Corte", es el organismo encargado de fiscalizar, en su doble aspecto administrativo y jurisdiccional, la Hacienda Pública en general y la ejecución del Presupuesto en particular, así como de la gestión económica de las entidades a que se refiere la atribución cuarta del Artículo 195 y los incisos 4 y 5 del Artículo 207 de la Constitución de la República. Ley de Corte de Cuentas, D.L. No. 438, publicado en el D.O. No. 176 del 26 de septiembre de 1995.

⁷⁷ Art. 29 y ss de la Ley de la Corte de cuentas de la Republica.

⁷⁸ Art. 47 y ss, 66 y ss y 13 y ss de la Ley de la Corte de cuentas de la Republica; respectivamente.

⁷⁹ Según la Ley de la Corte de Cuentas de la Republica, arts. 54, 55, 56 y 57; la responsabilidad seria administrativa o patrimonial, directa, principal, solidaria o subsidiaria; pero sin duda, si los hechos encajan en otros sistemas de deducción de responsabilidad, se tramitarían sin que se entiendan contrarias el principio de no dos veces lo mismo.

⁸⁰ Art. 23 de la Ley de Corte de cuentas, expresa: Serán parte del Sistema – Sistema Nacional de Control y Auditoria de la Gestión Pública:- 1) El control interno, responsabilidad gerencial de cada una de las entidades señaladas en el artículo

Finalmente se dirá, que esta auditoría, en los mismos supuestos de las auditorías de la UFI; es una herramienta de investigación; y que además de las auditorías de Corte de cuentas, hay otras figuras o técnicas de control público; tales como: la vigilancia, la autorización, la aprobación, la avocación, la suspensión de gestión, inspección, monitoreo, intervenciones administrativas, etc.

d) La inmovilización de cuentas bancarias

Mecanismo que es símil del embargo preventivo o decomiso; pero que, por recaer en una cuenta bancaria, se le llama inmovilización de producto financiero, que es uno de los efectos que produce su embargo o anotación preventiva⁸¹. El art. 5 inciso uno de la Ley de proscripción de maras, se refiere a este mecanismo cautelar, que lo puede ordenar el fiscal, el juez y se puede extender a los promotores, creadores, organizadores, dirigentes, miembros, colaboradores, financistas o beneficiarios –terceros- de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones ilícitas.

Embargo preventivo o decomiso de bienes o derechos, ambos son definidos en el art. 2 lit. f y g, respectivamente, de la CNUCC, así: la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente; y, la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente; respectivamente. Vuelve a referirse a estos, a partir del art. 31 y ss.

e) Intervención a las comunicaciones

En el año dos mil diez, se crea la Ley especial para la intervención de las telecomunicaciones⁸²; en la que se plantea la necesidad de utilizar la técnica de investigación de las intervenciones telefónicas⁸³,

3 de esta Ley. 2) El control externo de otras entidades y organismos, en materia de su competencia. 3) El control externo posterior que corresponde a la Corte y sus controles preventivos.

⁸¹ La Corte Suprema de Justicia, en ocasión de conocer el informe de la Sección de probidad y estimando que existían suficientes indicios de enriquecimiento ilícito por parte del señor Reynaldo Antonio López Cardoza y su esposa; en resolución del 6 de octubre de 2015, para garantizar el efectivo cumplimiento de sus resoluciones, ordeno la anotación preventiva en diversos inmuebles propiedad de tales señores y **la inmovilización de sus cuentas bancarias**. Medidas que producen el efecto de suspender el poder dispositivo del bien o recurso. La Cámara segunda de lo civil de la primera sección del centro, luego de sustanciar el proceso civil por enriquecimiento ilícito, en sentencia del 20 de marzo de 2017, declaro no ha lugar tal enriquecimiento ilícito en el señor López Cardoza, pero condeno a su señora esposa, ordenándole restituir al Estado el monto al que fue condenada y los bienes y cuentas que habían sido anotados e inmovilizados preventivamente, fueron puesto a disposición del Juzgado especializado de extinción de dominio.

⁸² Ley especial para la intervención de las telecomunicaciones, D.L. 285, del 18 de febrero de 2010; publicado en el D.O. No. 51, Tomo 386, del 15 de marzo de 2010.

⁸³ Las que según sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada en proceso de inconstitucionalidad 22/2007 acumulado, el 24 de agosto de 2015, relativo a la inconstitucionalidad alegada contra la Ley especial contra actos de terrorismo; dijo que en el ámbito de la persecución del delito, debe de respetar por lo menos los siguientes supuestos: a) que la posibilidad de limitación al respeto de la intimidad personal y familiar debe encontrarse

para el combate a la criminalidad grave, organizada y transnacional; con el afán de equilibrar el derecho al secreto de las comunicaciones con la investigación de delito; debiendo, por tanto, ejercerse de forma controlada, razonada, temporal, necesaria y proporcional.

Según el art. 5⁸⁴ de la Ley especial, procede en cuanto se esté investigando un expreso catálogo de delitos que ahí se enumeran; de los que y solo para fines de esta investigación se mencionan: La extorsión⁸⁵, ahora tipificado y sancionado en la ley especial contra el delito de extorsión; el cohecho, en sus diversas modalidades, los delitos previstos en la ley de lavado de dinero y activos⁸⁶, en la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas⁸⁷, en la ley especial contra actos de terrorismo, crimen organizado o de realización compleja, etc.

Intervención que está sujeta a la observancia de un procedimiento judicial, desde la solicitud y sus requisitos, la ejecución de la intervención y la utilización de la información recabada en la intervención; es sin duda, una medida cautelar adjetiva; y, además, según el art. 33 de la Ley, a la fiscalización de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos.

Finalmente, y en lo que a esta medida cautelar se refiere, diré que, según el art. 34 y ss, la utilización ilegal de la misma, generara responsabilidad penal a quien haga uso ilegal de la misma y le asistirá el derecho a ser indemnizado a quien resulte afectado por la utilización ilegal de esta medida.

f) Reportes de operaciones sospechosas.

Por reporte de operaciones sospechosas -ROS-, se entiende el informe presentado por una institución financiera, de seguros u otro sujeto obligado sobre una transacción o actividad sospechosa o potencialmente sospechosa. El reporte o informe se presenta ante la UIF del país, también es conocido

prevista en una ley formal –considerando IV de la LEIT; b) que tal injerencia sea necesaria de acuerdo a determinados fines constitucionales y en los casos que en realidad lo ameriten –art. 2 letra b LEIT–; c) que pueda ser autorizada por el órgano jurisdiccional mediante resolución motivada –art. 2 letra a LEIT–, y d) que exista un control fiscal y judicial antes, durante y de forma posterior a la cesación de la injerencia –arts. 7, 8, 15 y 16 LEIT.

⁸⁴ No obstante, lo dispuesto en este art. 5, se debe de tener en cuenta que según el art. 22 de la misma Ley especial para las intervenciones de las telecomunicaciones, si durante la intervención telefónica se descubre la comisión de delitos conexos a estos; la prueba así obtenida, se valorara conforme a las reglas de la sana crítica.

⁸⁵ Ley especial contra el delito de extorsión, D.L. No. 953, publicado en el D.O. No. 56, Tomo 406, del 23 de marzo de 2015; ley en la que y a partir del art. 12, contiene regulaciones especiales que deben de observar los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones, tales como la suspensión del servicio en el interior de los centros penitenciarios, la suspensión temporal del servicio, etc.

⁸⁶ Ley contra el lavado de dinero y activos, D.L. No. 498 del 2 de diciembre de 1998; publicado en el D.O. No. 240, Tomo 341 del 23 de diciembre de 1998; reformada por D.L. 104, publicado en el D.O. 173, Tomo 408 del 23 de septiembre de 2015.

⁸⁷ Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, D.L. 153 del 2 de octubre de 2003; publicado en el D.O. No. 208, Tomo 361 del 7 de noviembre de 2003.

como reporte de actividad sospechosa o RAS. El art. 58 de la CNUCC, da lugar a este tipo de mecanismo, producto de la denominada inteligencia financiera, nacional e internacional.

Según el art. 9-A de la Ley contra el lavado de dinero y activos, estos reportes deben de ser remitidos por escrito o por cualquier medio electrónico, a la Unidad de Investigación Financiera de la FGR⁸⁸, en el plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde el momento en el que según el análisis que considere la concurrencia de irregularidades, inconsistencias o no relacionados con el giro normal del cliente; análisis que debe de hacerse dentro quince días hábiles de realizada la o las transacciones sospechosas. Obligación que se extiende aun cuando se trate de una mera tentativa de operación sospechosa.

En el art. 5 inciso 4 de la Ley de proscripción de maras, las instituciones financieras tienen la obligación de informar a la FGR de la existencia de bienes, valores, productos o servicios vinculados con las personas integrantes o beneficiarias de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales; cuando estas hayan sido sometidas a proceso judicial o condena; similar obligación impone el art. 44 de la Ley especial contra actos de terrorismo, a las personas naturales o jurídicas, para que reporten a la FGR o a la PNC, acerca de la introducción al territorio nacional o la existencia de armas de las mencionadas en la ley, y que puedan significar una amenaza grave a la salud o a la seguridad nacional.

g) Levantamiento del secreto bancario, financiero o comercial.

El secreto en general, forma parte del derecho a la privacidad e intimidad personal, que se proyecta en el llamado deber de lealtad o secreto profesional, conyugal, confesional, etc.; por tanto, solo se puede restringir o suprimir por ley y fundada en decisión, a fin de colaborar con la justicia⁸⁹. Derecho que como se ha dicho antes, y al igual que todos, no es absoluto.

En los Arts. 31 No. 7, 40 46 No. 8 de la CNUCC y XIV de la CICC⁹⁰, los Estados parte asumieron el compromiso de superar o salvar los obstáculos que hubiere, a fin de habilitar en el marco de las investigaciones penales, el acceso a la información bancaria a que hubiere lugar. La limitación de ilícitos penales que habilitan el levantamiento, puede verse como un obstáculo en el caso de la acción de extinción de dominio, que no es penal; lo que, sin duda, se podrá superar acudiendo a la mayoría de las causales que la habilitan, que están referidas al producto o instrumento del delito.

Algunos Estados o jurisdicciones manejan el secreto bancario otorgando a los fiscales la posibilidad de obtener información sobre la existencia de una cuenta, pero requiriendo que el fiscal obtenga una

⁸⁸ Cuya estructura, organización y competencias; están determinadas del art. 70 y ss de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Republica.

⁸⁹ Así lo sostiene **Israel Creimer**, El derecho al secreto bancario; Revista Uruguay de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002, p. 100.

⁹⁰ A estos mecanismos, se refiere la Sala de lo constitucional, en la p. 40 de la sentencia de inconstitucionalidad 146-2014, antes mencionada.

orden judicial para obtener información adicional sobre el contenido y las transacciones de la cuenta. En otras jurisdicciones, los bancos no pueden divulgar información alguna sobre una cuenta bancaria a un fiscal sin aprobación judicial.

El secreto bancario no debe proteger contra investigaciones sobre una conducta que tanto la jurisdicción de origen como la jurisdicción solicitada han tipificado como delito. En estos casos, la jurisdicción debe proveer la información solicitada sobre actividades de una cuenta bancaria con arreglo a convenios multilaterales, tratados bilaterales o legislación interna sobre asistencia legal mutua. En similares termino se expresa el art. 277 del Código procesal penal de El Salvador⁹¹.

El Artículo 46 número 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, establece que los Estados Parte no podrán negarse a prestar asistencia legal mutua amparándose en el secreto bancario. El Artículo 40 de la CNUCC dispone que cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario; y el Artículo 31 estipula que los Estados Parte no se negarán a embargar preventivamente, incautar o decomisar bienes amparándose en el secreto bancario.

Mandatos de colaboración obligatoria entre personas públicas y privadas, naturales o jurídicas que tengan o pudieran tener información relevante en un proceso de investigación ético, fiscal o jurisdiccional; que, para el caso, está regulada a partir del art. 49 de la LEDAB.

Medidas reconocidas tanto en Convenios, específicamente en el Art. 5.1 número 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; 12 número 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 31 numero7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Art. 3 No. 1 de la Convención inter americana contra la corrupción; en leyes, como el art. 111 de la Ley de Ética gubernamental, art. 232 inc. 4º. de la Ley de bancos, 36 de la Ley orgánica de la Súper intendencia del sistema financiero, 28 inc. 5º. del Código tributario, 35 inc. 3º. de la Ley de mercado de valores, 18 y 84 de la Ley orgánica de la Fiscalía general de la Republica, 37 incisos 3 y 5 de la Ley especial contra actos de terrorismo, arts. 16 y 24 de la Ley contra el lavado de dinero de activos; art. 61 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, Art. 277 del Código procesal penal, y en lo pertinente, el art. 98 de la LEDAB reitera que en materia de extinción de dominio, este no tendrá efecto; etc.

Las anteriores obligaciones no dejan de ser un doble discurso, puesto que, por un lado, el sistema económico nacional e internacional, abogan por una amplia desregulación como un estímulo a la

⁹¹ Código procesal penal, D.L. 733 del 16 de enero de 2009; publicado en el D.O. No. 20, Tomo 382 del 30 de enero de 2009.

inversión; y por otro imponen la carga de control de la delincuencia económica, específicamente de la que usa al sistema bancario para delinquir.

h) Del establecimiento de autoridades centrales o de los oficiales de enlace de probidad pública.

En el marco de la sociedad internacional, y aun manteniéndose el modelo de sociedad Estados soberanos yuxtapuestos, se encuentran expresiones de una sociedad de cooperación e igualmente de una sociedad organizada; por ello, y en lo que al tema corresponde, son cada vez más, las Organizaciones internacionales, los tratados y convenios multilaterales que contienen disposiciones de asistencia legal mutua, los que requieren que los Estados parte, designen una autoridad central⁹², la que sin duda debe de ser un funcionario de alto nivel y con competencia en materia de combate al delito; la que, sin duda, viene a ser una alternativa a la vía diplomática. Con ella se pueden comunicar las autoridades fiscales o jurisdiccionales, a fin de obtener la información, documentación o demás, en el diligenciamiento de investigaciones penales. Dentro de sus funciones debe de estar el fomento de la cooperación internacional⁹³.

Afirma Elizabeth Villalta, que la cooperación jurídica internacional encuentra su fundamento en la lucha contra el crimen organizado y los Estados deben cooperar con la finalidad de evitar que uno de los Estados se convierta en un área de impunidad para los delincuentes por el hecho de encontrarse en su territorio cuando están acusados por otro Estado. La asistencia judicial internacional precisa de una mayor rapidez en la persecución y el enjuiciamiento de los autores de los delitos tipificados en los textos penales de los distintos cuerpos legislativos internacionales.

Sigue diciendo que, en cuanto al ámbito penal, la lucha contra todas las formas de criminalidad demanda la necesidad de contar con herramientas jurídicas que fortalezcan la cooperación judicial internacional, con el fin de facilitar la asistencia legal mutua en materia de investigaciones, procesamientos y diligencias judiciales, dado el crecimiento de la delincuencia organizada

⁹² El art. XVIII de la CICC y los arts. 36 y 46, número 13 de la CNUCC, exigen que los Estados Parte designen una autoridad central. La Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC ha destacado en varias ocasiones tanto en la importancia de establecer autoridades centrales con puntos focales como la necesidad de los puntos focales de cooperar estrechamente para facilitar el intercambio rápido de información. La Organización internacional de policía criminal -INTERPOL- ha puesto en marcha una base de datos de puntos focales, para fortalecer la coordinación de los organismos garantes del cumplimiento de la ley que están investigando y juzgando a individuos y organizaciones involucradas en el saqueo ilegal de recursos públicos. La base de datos proporciona la lista STAR -Iniciativa para la recuperación de los activos robados- de contactos de los puntos focales que pueden responder a solicitudes urgentes de asistencia de países extranjeros las 24 horas, 7 días a la semana; el sitio es http://www.worldbank.org/publicsector/star_site/law_enforcement.html.

⁹³ Cooperación que debe de estar sujeta a los siguientes principios: complementariedad, mutua confianza, en favor de la comisión o rogatoria, del consenso en la ejecución, de ejecución conforme a la legislación de origen, de eficacia en la asistencia, de garantía, de proporcionalidad; entre otros. **Juan Selles Ferreiro**, óp. Cit. P. 64 y ss.

transnacional, la cual ha perfeccionado sus técnicas de una manera cada vez más sofisticada para evadir la justicia.

También expresa que la cooperación puede consistir en una gran cantidad de medidas como el intercambio de información, actuaciones judiciales, localización e identificación de personas y bienes, traba de embargos, secuestro o decomiso de bienes; entre otros⁹⁴.

Los Estados, también deben utilizar magistrados de enlace y agregados policiales y aduaneros para promover la cooperación entre autoridades centrales y contactos directos entre fiscales competentes, jueces, oficiales de enlace de la UIF y la policía. Estos contactos coinciden con la CNUCCC que requiere que los Estados cooperen, entre otros, considerando la designación de oficiales de enlace para mejorar la coordinación entre autoridades. Oficiales que pueden ser nacionales e internacionales, según la competencia de las instituciones u organizaciones que se pretendan enlazar o mantener comunicadas; estos sin duda, fortalecerán la confianza institucional, componente básico, para ser eficiente en sus competencias.

El Art. 14 de la Ley contra el lavado de dinero y activos, impone la obligación a las instituciones financieras, de seguros y demás, reguladas por ella; de establecer una oficialía de cumplimiento, la que debe de estar a cargo de un oficial nombrado por la Junta Directiva u Órgano competente del sujeto obligado; oficina que debe de gozar de independencia para el cumplimiento de sus fines.

2.2 De las medidas punitivas al delito

Generalmente, el Ius puniendi del Estado, a través del Derecho penal reacciona contra el delito aumentando las penas ya existentes, ya sean principales o accesorias; sin decirlo así, también instituye mecanismos adjetivos que impulsan de oficio el proceso penal, que faciliten la investigación, animando a quien estuviere procesado a que colabore con la investigación a cambio de rebaja de penas o atenuaciones especiales; o que dificulten o impidan las salidas alternas al proceso, o inhibiendo beneficios procesales o penitenciarios a los que el procesado pueda optar.

Ejemplo de lo anterior, son las atenuaciones que propone el art. 55 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas; las prohibiciones que en el Art. 331 del C.Pr.Pn. se establecen y que impiden la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar menos gravosa; o la establecida en el art. 71 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena y como consecuencia, la suspensión condicionada del procedimiento que franquea los arts. 24 y ss del C.Pr.Pn.

⁹⁴ **Ana Elizabeth Villalta Vizcarra**, *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Penal*, consulta hecha en el Sistema Virtual de la ECJ del CNJ, www.cnj.gob.sv, el 10 de octubre de 2019.

2.2.1 De las medidas punitivas contra los delitos económicos

Para la tipificación y sanción de este tipo de delitos y teniendo la complejidad de estos, se suele utilizar la técnica de las leyes penales en blanco; se les encuentra tipificados en el Código penal y en leyes penales especiales. Participan de estos, aquellos delitos tradicionales o comunes que impactan en el ejercicio económico de determinados agentes económicos, y que, por lo dinámico del mismo, se acude a esta técnica legislativa punitiva.

En términos generales se puede afirmar, que son delitos económicos, los delitos relativos a la formación de precios y abastecimiento de materias primas o mercaderías; los comportamientos lesivos de los mercados cambiario, bursátil y bancario, dirigidos a conmover o distorsionar el funcionamiento del mercado; los delitos cometidos en torno de la inversión de capitales extranjeros.

De forma específica, se puede afirmar que ingresan en esta área los delitos relativos a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; art. 233 y ss; los delitos contra la Hacienda pública, tributos y aduanas, Art. 249 y ss; los que lesionan el orden económico y que provienen del campo asignado a los delitos contra el patrimonio, art. 228 y ss; los delitos en contra de la seguridad social, aquellos que lesionan el patrimonio del Estado y/o de los demás entes públicos, art. 223 Cn. y 249 y ss; los delitos en contra el urbanismo y el medio ambiente, 255 y ss C.Pn.

3. De la acción de extinción del dominio como una expresión de la política criminal contra el delito económico y un modo de adquirir la propiedad.

La respuesta general del Estado a la conflictividad social, ya no debe únicamente ser el Derecho penal; la práctica lo ha demostrado, nos hemos llenado de penas ejemplarizantes, de nuevos delitos, de reformas y contra reformas penales, etc. y la sociedad sigue convulsionada; es hora de mirar nuevos instrumentos con los cuales se combata eficientemente tal conflictividad. Hay quienes afirman que esta herramienta de combate al crimen, es una expresión del denominado Derecho penal del enemigo, en atención a la flexibilización de las garantías del debido proceso en su tramitación.

La extinción de dominio parte de la idea de que la impunidad, no es solo la ausencia de castigo o sanción a un delito por la vía penal; sino también, lo es la ineficacia de un sistema jurídico o la negligencia o permisividad de las autoridades de permitir que la riqueza y las ganancias generadas con las actividades ilícitas se puedan consolidar e integrar en los circuitos económicos, enviando el pésimo mensaje al subconsciente social de que delinquir —sí paga o que el crimen —sí vale la pena.

De ahí la necesidad de que las autoridades⁹⁵ de justicia desarrollen nuevos institutos como la extinción de dominio, institutos que deben ser considerados permanentemente como elementos indispensables de una política criminal efectiva para reducir esas nuevas manifestaciones de impunidad. La acción

⁹⁵ La Asamblea Legislativa, en el traslado conferido en el proceso de inconstitucionalidad número 146-2014, dijo que el fundamento de la acción de extinción de dominio es combatir la delincuencia organizada y transnacional.

de extinción de dominio es uno de los principales instrumentos del Estado para enfrentar el enriquecimiento ilícito o sin causa, producto de ilícitos penales, civiles o administrativos; su desarrollo social y jurídico no ha sido pacífico ni totalmente efectivo.

En similares términos, se ha expresado la Sala de lo constitucional, cuando en su sentencia de inconstitucionalidad 146-2014 dijo que la acción de extinción de dominio es parte de una política criminal legítima y necesaria para contrarrestar el potencial económico de grupos criminales organizados, actividades delictivas rentables y la obtención de cuantiosas fortunas mediante el ejercicio indebido de la función pública; acción que se justifica, en el marco de una política criminal armónica con los valores previstos en la Cn.

La Fiscalía General de la República, al contestar el traslado corrido por la Sala de lo Constitucional en proceso de inconstitucionalidad incoado en contra de la LEDAB, expresó que “el fundamento de la extinción de dominio es combatir la delincuencia organizada y transnacional, pues en un Estado de Derecho no se puede reconocer titularidad sobre los bienes derivados de actividades ilícitas. En esencia, sostuvo que quien posee tales bienes nunca ha tenido ningún derecho de propiedad sobre los mismos, y este es solo un derecho aparente pues de ninguna manera tal tipo de dominio puede ser reconocido en un Estado que promueve la adquisición de bienes conforme a la ley.⁹⁶”

Y es que la extinción de dominio, forma parte de la política de persecución penal de la FGR; el art. 23 inciso sexto de esta⁹⁷, señala: *“La Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio procederá conforme a sus atribuciones en los siguientes supuestos: a) Cuando independientemente de su valor, existan bienes inmuebles provenientes o destinados para la comisión de actividades ilícitas conforme lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita. b) Cuando existan bienes muebles, incluyendo dinero en efectivo, provenientes, utilizados o destinados para la comisión de actividades ilícitas conforme lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita; siempre que tengan un valor estimado igual o superior a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América. c) Cuando los vehículos destinados para transporte en cualquiera de sus clasificaciones representen un valor económico estimado igual o superior a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América o no exceda los diez años de uso contados a partir de su fecha de su fabricación, siempre que se encuentre en aparente buen estado de funcionamiento. d) Cuando en el proceso penal se hubiere emitido sentencia o cualquier otra resolución que pusiere fin al proceso y en la misma no se haya decidido sobre el comiso o devolución del dinero o bienes incautados, decomisados, secuestrados o retenidos”.*

⁹⁶ Sentencia de inconstitucionalidad, Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada a las doce horas y treinta minutos del 28 de mayo de 2018, en proceso acumulado, clasificado bajo el número 146-2014/107-2017, p.7.

⁹⁷ Política de persecución penal de la Fiscalía General de la República, promulgada mediante Decreto de la FGR, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; publicado en el Diario Oficial No.172, Tomo No. 416, del dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete.

Se puede sostener, que, con la adopción de la acción de extinción del dominio, el legislador de 2013, pretendía convertirla en un instrumento jurídico eficaz para moralizar las costumbres, desestimular la cultura del dinero fácil, apoyar las acciones estatales e implementar procesos judiciales encaminados a reprimir delitos, tales como el enriquecimiento ilícito como fuente mediata o inmediata de la propiedad.

Esta figura sui géneris se creó, con el fin específico de combatir determinados delitos, que, por su gravedad o perjuicio social, le justifican; tales como el narcotráfico y el enriquecimiento ilícito, así que, tratándose de una acción real, requiere para su ejecución investigaciones de características penales. En resumen, la acción de extinción de dominio es una figura jurídica legal que persigue fines constitucionales.

Se puede afirmar, que uno de los derechos que mayormente se ven impactados por el ejercicio de esta acción, es el derecho de y a la propiedad; pero nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad.

El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 2, es el adquirido de manera lícita, ajustada o compatible a las exigencias del ordenamiento jurídico o de la ley⁹⁸, para cada uno de los modos de adquirir el dominio, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Toda garantía a los derechos subjetivos se encuentra el requisito de su legítima y lícita adquisición; como consecuencia, la adquisición de bienes con origen ilícito es un supuesto de causa ilícita, ya que los actos que la preceden constituyen actos prohibidos por la Constitución y la ley y no puede por tanto la persona, pretender la protección del Estado.

Desde hace ya varias décadas, se ha definido dominio o propiedad⁹⁹ como “el derecho real que importa un poder exclusivo y perfecto, limitado por el interés social y a él subordinado, que abarca el máximo de facultades y en cuya virtud su titular puede poseer, usar, gozar y disponer material o jurídicamente de una cosa singular, determinada y actual en provecho propio, pero sin menoscabo del bien común.”

⁹⁸ Esta afirmación, es congruente con lo dicho en el considerando IV de la Ley especial de extinción de dominio de bienes de origen o destinación ilícita: “que la única vía que existe en El Salvador para la construcción del patrimonio y la riqueza es la del trabajo honesto y con estricto apego a las leyes de la República; en consecuencia, los derechos no gozarán de protección constitucional ni legal, cuando se trate de bienes de interés económico, de origen o destinación ilícita. Por lo que se vuelve trascendente tener en cuenta lo previsto en el Código civil, relativo a la causa y objeto ilícito, arts. 745 y ss, 1316 Ord. 4º., 1338.” En este mismo sentido se ha expresado la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, en sentencia definitiva número 127-SD/Ext.Dom.- 2015.

⁹⁹ **Alberto Molinario**, Derecho patrimonial y derecho real; citado por Camilo Antonio Velado Escobar, La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencial de sus principales instituciones; XI Certamen de investigación jurídica, publicado por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 1ª. Edición, El Salvador, 2017, p. 72.

Implica que este derecho de propiedad no es absoluto, por tanto, puede ser objeto de restricciones o limitaciones¹⁰⁰; las que bien pueden estar fundadas en razones particulares, de interés social o de interés público¹⁰¹ y, por tanto, establecidas en el Derecho administrativo y como consecuencia, sujetas al control contencioso administrativo; las que por sí solas no justifican un derecho de indemnización, pues no son sino una carga general, impuesta a todas las propiedades. Pero si la restricción llega a desmembrar el derecho de propiedad, a desintegrarlo, entonces se hace ineludible una reparación integral del patrimonio y debe ser autorizada por una ley en sentido formal.

Derecho de propiedad que habilita a gozar y disponer libremente de los bienes, servirse o aprovecharse de los servicios o beneficios que generan, recoger sus frutos que se derivan de su explotación, disponer con libertad de los bienes o de sus beneficios; tiene una dimensión objetiva y una subjetiva. Sin duda, hay que tener en cuenta la función social que se debe de cumplir con esta propiedad, es decir, no solo habrá de servir a los intereses individuales de su titular sino a los colectivos, permitiendo una interacción de orden social¹⁰².

En el Derecho positivo, la palabra "bien" tiene dos acepciones: Una amplia, donde bienes es igual a cosas, más objetos inmateriales susceptibles de valor; bienes propiamente dichos, que son los derechos; y una restringida, bienes igual a objetos inmateriales susceptibles de valor, es decir, derechos patrimoniales¹⁰³; concepto que no hay que confundir con patrimonio, este último es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales.

Por bienes y para fines de esta investigación, se entenderán todas aquellas cosas que sean susceptibles de valoración económica o sobre las cuales puede recaer derecho de dominio, sean corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles; así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

Entre los límites materiales u objetivos están la dignidad humana, la justicia, la libertad, la igualdad, seguridad jurídica y el bien común¹⁰⁴; los que se convierten en límites implícitos que deben de

¹⁰⁰ En palabras de la Corte Inter americana de derechos humanos, estas restricciones deben de ser legales y proporcionales a la Convención Americana de derechos humanos, específicamente al art. 21; Sentencia del 6 de mayo de 2008, en el caso Acevedo Buendía y otros versus Perú. Acerca de las limitaciones a la propiedad, dice la Sala Constitucional de la CSJ, en sentencia 146-2014/107-2017, p. 12; que el derecho de propiedad tiene una dimensión subjetiva y una objetiva, y es dentro de esta última dimensión que la función social se justifica y se convierte en uno de los límites constitucionales a este derecho.

¹⁰¹ **Marina Mariani de Vidal**, Derechos reales, Tomo 2, 7ª. Edición actualizada, Víctor P de Zavalía S.A., Buenos Aires, 2004, p.12.

¹⁰² En similares términos se ha expresado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de amparo, dictada en el proceso ref. 462-2011, dictada el 14 de agosto de 2013; en la que, además, lo caracteriza de pleno, exclusivo, perpetuo, autónomo, irrevocable y real; pero reconoce que tiene límites, y que uno de estos, es la función social.

¹⁰³ **Marina Mariani de Vidal**, Derechos reales, Tomo 1, 7ª. Edición actualizada, Víctor P de Zavalía S.A., Buenos Aires, 2004, p.10.

¹⁰⁴ Así lo sostuvo la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de inconstitucionalidad referencia número 52-2003Ac, dictada el 1 de abril de 2004; referida a la Ley antimaras, del 9 de octubre de 2003; y que fuera declarada inconstitucional parcialmente, por *penalizar conductas que no dañan o ponen en peligro bienes jurídicos*

observarse por el legislador al momento de regular acerca del derecho de propiedad o por los titulares de esta, al momento de disponer de los bienes sobre los cuales se ejerce.

El trabajo, la libertad de contratación, la libertad económica y de empresa; son algunas de las vías lícitas para la adquisición de bienes o riquezas; es decir, que en la adquisición de los bienes debe mediar una causa y objeto lícito, un justo título; por ello, es que el legislador ha tipificado los delitos u otros mecanismos, para combatir el enriquecimiento ilícito o sin causa.

Sostiene Velado Escobar¹⁰⁵, que uno de los límites a la propiedad es la acción de extinción de dominio; que, en virtud de ella, los bienes derivados de actividades ilícitas no pueden ser objeto de una legítima apropiación, y que conforme a la ley puede declararse extinguido el dominio que sobre ellos se ejerce o se pretende ejercer.

La acción extinción del dominio, denominada decomiso en el art. 31 de la CNUCC¹⁰⁶, reconocida tácitamente en la Constitución¹⁰⁷ y prevista expresamente en la ley, fija límites materiales al proceso de adquisición de los bienes y simultáneamente otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y obvio el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos.

La acción de extinción de dominio surge¹⁰⁸ como reacción de la sociedad contra el crimen organizado y demás formas complejas de criminalidad, a fin de privar al delincuente del beneficio económico ilícitamente obtenido, con lo que además de lograr que no disfrute tales beneficios, también se logra que no use esa capacidad económica, para incrementar su poder delictivo.

fundamentales o instrumentales, por la violación al principio de culpabilidad, por la violación al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, por la violación al derecho de igualdad; entre otros motivos.

¹⁰⁵ **Camilo Antonio Velado Escobar**, óp. Cit., p. 73.

¹⁰⁶ Convención que, internacionaliza la lucha de los Estados contra los actos de corrupción, prevé la más amplia asistencia recíproca para la investigación y juzgamiento de estos, y la más amplia cooperación técnica e intercambio de experiencia para combatir la corrupción. Así lo afirma **Ricardo Pérez Manrique**, Convención interamericana contra la corrupción: desafíos para el poder judicial, ponencia del seminario El poder judicial frente a la corrupción, Montevideo, Uruguay, 1998. Dicha Convención, aunque no es propiamente de derechos humanos, tiene una importante vinculación sustancial con estos; ya que ese flagelo, lesiona directamente derechos humanos fundamentales. Lo anterior se señala, para dejar claro que los tratados directamente pasan a formar parte del ordenamiento jurídico salvadoreño y por tanto son de obligatorio cumplimiento sin que se requiera de otras normas de implementación; la que incluso podría posicionarse por encima de la Cn.; es conveniente ver el Art. 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

¹⁰⁷ Específicamente en los art. 2, 11, 103 y 106 Constitución de la Republica de El Salvador de 1983; pues varios son los principios rectores las que le dan cobertura, dejando de ver a la Cn. en su sentido más formal y abstracto, desvinculada de los valores materiales, y pasando a entenderla y a reconocerle la plena fuerza normativa que despliega.

¹⁰⁸ Aunque se pueden citar como antecedentes salvadoreños, el Decreto legislativo No. 7 del 20 de diciembre de 1948, por medio del cual se inmovilizaban bienes del derrocado presidente Salvador Castaneda Castro y varios de sus funcionarios; debido a la supuesta corrupción con la que se habían adquirido y fue solo después, por medio de resolución del Tribunal de Hacienda que se decidió levantar la inmovilización y devolver los bienes a sus titulares, que de haberse comprobado, seguro hubieran pasado a propiedad del Estado.

Varios son los modos de adquirir el dominio de las cosas, la doctrina clásica, separa los modos privados¹⁰⁹ de los públicos¹¹⁰; en los primeros reina el principio de libre e igual disposición de los bienes y de voluntad de las partes; en los segundos, se elimina o disminuye la libertad de disposición de los titulares, imponiéndose el Estado frente a los particulares. La extinción de dominio, encaja dentro de los modos públicos de adquirir el dominio de las cosas ajenas.

La adquisición de bienes está condicionada a la observancia de las normas que la regulan, sean estas constitutivas o regulatorias; las primeras se refieren a las condiciones necesarias para la existencia o producción de situaciones jurídicas determinadas; las segundas contienen mandatos que deben de atender u observar sus destinatarios, en este caso concreto, los titulares o poseedores de bienes o derechos. De lo antes dicho se desprende, que la adquisición de bienes se produce si se cumplen las normas constitutivas; pero la tenencia, uso o destinación estará sujeta a las normas de regulación.

Puede entonces afirmarse, que la LEDAB contiene tanto normas constitutivas como regulatorias del derecho de propiedad; pues algunas de ellas se refieren al modo de adquisición de este, llamándole origen ilícito; y otras se refieren a la utilización o destinación de los bienes, habilitando la extinción en los supuestos de adquisición u origen ilícito o sean destinados a actividades ilícitas.

Es claro que los derechos patrimoniales no son absolutos, lejos ha quedado esa concepción romanista y bonapartista de estos; no se puede hacer con ellos lo que bien le parezca al titular; la propiedad tiene una función social, por ello es que el Derecho en si no protege derechos a priori, sino funciones que se han de ejercitar por sus titulares o poseedores, a consecuencia de la división social del trabajo, pero nunca en contra del Estado o de la sociedad.

Así, se puede decir que los bienes destinados a la subsistencia de la actividad criminal, no cumplen la función social del derecho de propiedad; y que este, solo se puede ejercer cuando se contribuye al bienestar público o social.

3.1 Definiciones de acción de extinción de dominio.

Previo a mostrar algunas definiciones, es necesario decir que como no se puede extinguir lo que no existe, se debe de partir de la existencia de un derecho de propiedad cuestionado de legalidad, en su origen o su destinación; y es este cuestionamiento el objeto del debate en esta acción, para con ella hacer cesar los efectos del dominio que ostenta la persona contra quien se dirige la acción de extinción.

¹⁰⁹ Entre los que se encuentran la compra venta pura y simple, el suministro, la dación en pago, la permuta, etc.

¹¹⁰ Entre los que se encuentran el comiso, civil o penal, art. 127 C.Pn.; la expropiación, prevista en el Art. 106 Cn. y desarrollada en la ley de expropiación y ocupación de bienes por el Estado, del art. 138 y ss del Código Municipal, y en otras leyes; -expropiación que no debe de ser confundida con la llamada expropiación regulatoria- La confiscación – prohibida en El Salvador-, la adjudicación, el comiso, y últimamente, la extinción de dominio.

La ley modelo sobre extinción de dominio¹¹¹, la define en su artículo 2, como “es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.”

La legislación colombiana define la extinción de dominio como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado¹¹². Sostiene Feria Bello, que es una acción real, autónoma e independiente de la acción penal, dirigida contra los bienes obtenidos en perjuicio de la moral social, el tesoro nacional o como consecuencia del enriquecimiento ilícito¹¹³.

La Corte Constitucional colombiana¹¹⁴, la ha definido como una institución autónoma, de stirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente, pasan al Estado sin lugar a compensación retribución ni indemnización alguna.

La LEDAB, en el art. 8, la define así: “La acción de extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a que se refiere la presente ley, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.” El art. 1 del Proyecto de ley de extinción de dominio la definió como la pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna a su titular¹¹⁵.

¹¹¹ Ley modelo de extinción de dominio, dada en el marco del programa de asistencia legal de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito para América Latina y el Caribe, abril de 2011.

¹¹² Artículo 15 de la Ley 1708 –Código de extinción de dominio colombiano- del año 2014.

¹¹³ **Patricia Jacqueline Feria Bello** y otros, óp. Cit. p. 29.

¹¹⁴ Corte constitucional de Colombia, sentencia definitiva de inconstitucionalidad número C-374-97, dictada el 13 de agosto de 1997.

¹¹⁵ Comentarios al Proyecto de ley para la extinción de dominio, Boletín de estudios legales No. 72, departamento de estudios legales, Fusades, diciembre, 2006, p. 1.

3.2 Objeto y Naturaleza de la acción de extinción de dominio.

Esta figura de reciente data¹¹⁶ en El Salvador, constituida en la Ley, implica que, aunque en apariencia una propiedad mueble o inmueble en zonas rurales o urbanas, está en propiedad o posesión de personas, realmente nunca llegó a consolidarse en su propiedad, porque se adquirió ilícitamente, por enriquecimiento ilícito o se adquirió con grave deterioro a la moral social, o se adquirió con lesión del patrimonio estatal. Esas figuras están enmarcadas dentro del concepto de extinción de dominio porque precisamente, lo que quiso el legislador fue reaccionar contra esa propiedad mal habida, adquirida por personas que habían cometido crímenes, delitos, acciones completamente injustas contra la sociedad.

Varias son las posturas que pretenden explicar la naturaleza de la extinción de dominio, unas sostienen que es una sanción penal o patrimonial¹¹⁷, derivada del comiso penal y de la confiscación¹¹⁸; otros afirman que es una acción, o bien de naturaleza civil¹¹⁹ o pública¹²⁰, administrativa¹²¹ o

¹¹⁶ Aunque tiene sus raíces en el Derecho romano, en donde la confiscación se estableció como pena accesoria al penado por determinados delitos; o en el Derecho anglosajón, a quienes se les imponía la pena de proscripción, se les adicionada la confiscación de sus bienes. Ver **Mario David Ruiz Cabello**, óp. cit. p. 86.

¹¹⁷ Así lo expreso la Corte constitucional colombiana en la sentencia dictada en el proceso clasificado como C-740-2003, cuando dijo: "La naturaleza de la institución –extinción de dominio- prevista en el artículo 34, inciso 2, de la Carta Política **no se convierte en penal** por tal circunstancia, pues uno es el motivo que da lugar al ejercicio de la acción y otro es el efecto de la sentencia, que en esta materia no consiste en una pena sino en la declaración judicial de que por los hechos pasados — fundados en el delito— no pueden en el futuro invocarse por quien pasaba por propietario, para defender un "derecho" suyo que ni antes ni después estuvo amparado por la Constitución. Y ello sin que la **sanción patrimonial** de que se trata dependa de la suerte del proceso penal ni de la responsabilidad de esa índole por el delito en cuestión."

¹¹⁸ **Jenner Alonso Tobar Torres**, Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia; Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, 2013, p. 24; así lo sostuvo el magistrado de la Corte constitucional colombiana en su voto disidente contenido en la sentencia número C-374-1997, cuando dijo: "Se trata de una típica sanción penal que, como tal, no puede ser aplicada a conductas anteriores a la ley que la contempla, so pena de cambiar el control normativo de la conducta por un control brutal, que nada tiene que ver con el Estado de derecho que nuestra Constitución consagra." Y es que el Estado de Derecho debe ser fuerte, pero esa fuerza debe ser justa.

¹¹⁹ Opinión que se puede sostener en la sentencia de la Corte constitucional colombiana número C-1096-2003; cuando dijo: "La naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio es patrimonial, vale decir, más civil que penal, por lo cual se debe acudir al código de procedimiento penal y al código de procedimiento civil. Por ello, el principio de inocencia tan pregonado por quienes quieren fungir de garantistas no es aplicable aquí ya que dicho concepto si bien es aplicable en el ámbito penal, es claro que no estamos frente a un proceso penal, pues nos movemos en el contexto de los bienes. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ya han indicado que no se requiere de una sentencia condenatoria para proceder al adelantamiento de la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito, y con mayor razón frente al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta improcedente hablar del principio de presunción de inocencia." Lo anterior, se puede robustecer relacionándolo con la aplicación supletoria del Derecho común en lo que no prevea la LEDAB, y por estar vinculado con los vicios de ilicitud que pueden afectar los modos de adquirir el dominio de las cosas.

¹²⁰ Naturaleza que se puede sostener, si se considera que el tipo de relación jurídica procesal que se establece en el proceso de extinción de dominio, no trata de dirimir un problema civil entre particulares, sino que establece una pretensión de carácter público entre el Estado y un ciudadano; y porque, además, la pretensión que se ejerce es de naturaleza pública, está sustentada en el orden público del Estado, para evitar que la propiedad tenga un origen o destinación ilícita.

¹²¹ Haciéndola depender de la existencia de un acto de la Administración para el inicio del procedimiento, sujetándolo al control contencioso administrativo y vinculándola además con las semejanzas de la expropiación, y con el patrimonio del Estado; encontrándose elementos en común entre la extinción de dominio y el Derecho administrativo, tales como los fines e ideal de justicia que ambos persiguen.

constitucional¹²²; que es un procedimiento o instrumento de combate a la criminalidad con el que se concreta la pretensión de extinción; hay quienes sostienen que es una verdadera institución jurídica sustantiva¹²³, con sus propias características¹²⁴; la postura más aceptada convenientemente, es que la acción de extinción de dominio es una consecuencia jurídica patrimonial¹²⁵ que recae sobre el bien o derivados, por adquirirse o destinarse a actividades ilícitas. Se le atribuye una naturaleza tri partita, civil, penal y administrativa se le considera un híbrido jurídico.

Es una institución jurídica que trasciende lo punible, alcanza lo ilícito, que es más amplio que el primero; desborda el marco del poder punitivo del Estado y se relaciona estrechamente con el régimen del derecho constitucional de propiedad. Por actividad ilícita, se debe de entender toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación, por deteriorar la moral social.

En lo que al objeto respecta, liminarmente y de manera general, se puede afirmar que es la propiedad privada, a fin de extinguirla cuando ha sido ilícitamente adquirida o destinada. De forma específica, el objeto de esta acción es el bien o derecho económicamente relevante, sobre el cual recae la pretensión de extinción de dominio, el cual, no se limita a los bienes como tal, sino que se extiende a los derechos que de ellos emanan u otros derechos inmateriales o patrimoniales que son susceptibles de valoración económica. Los bienes sobre los cuales recae la acción, son todos aquellos bienes que están dentro del comercio, pero ilegales en cuanto al proceso de adquisición o destinación de los mismos; no se trata de bienes que sean de ilegítima tenencia.

También se puede extender a otro tipo de derechos como aquellos derivados de la posesión de un bien, los derechos de créditos¹²⁶, los derechos a futuro e incluso, los derechos personalísimos, entre otros; por ello, es incorrecto reducir el objeto de esta acción a la extinción del dominio. Esta acción se

¹²² La Corte constitucional colombiana es de esta opinión, al afirmar en su sentencia número C-516-2015 que: “La acción de extinción de dominio presenta las siguientes características: (i) **es de rango constitucional**; (ii) es pública, en la medida en que fue concebida para la defensa intereses superiores del Estado, como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social; y (iii) es de naturaleza judicial, dado mediante su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, correspondiendo a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley.”; en similares términos se había expresado la misma Corte, cuando dijo: “En nuestro ordenamiento la acción de extinción de dominio se caracteriza principalmente, por ser una acción de rango constitucional al igual que otras, como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático. A su vez, la extinción de dominio se diferencia de otros mecanismos que constituyen limitaciones al derecho de propiedad, como la expropiación o el decomiso de bienes incautados dentro de un proceso penal; en la sentencia número C-958/2014.

¹²³ Se le señalan como partes sustanciales, los fines que persigue, la legitimación para su ejercicio, las causales de procedencia, el objeto que persigue, sus nexos de relación, los componentes subjetivos, exención de culpa;

¹²⁴ El Art. 9 de la LEDAB dice que: “La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita.”

¹²⁵ Sentencia definitiva de la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, número 123-SD-ext.Dom.-2015.

¹²⁶ Como consecuencia se debe de declarar extinguido el crédito personal o hipotecario que se había constituido con el procesado, declarar la nueva titularidad al Estado por medio del CONAB y subrogarse en las obligaciones para que, a partir de ahí, el deudor cumpla con las obligaciones pactadas.

dirige en contra de los bienes que por su vinculación con actividades ilícitas de procedencia, destinación o sustitución no pueden ser objeto de tutela o amparo por las leyes del Estado.

No sería correcto afirmar que el objeto de esta acción, es todo tipo de bienes, pues hay bienes que no pueden ser susceptibles de esta acción, a saber: Bienes de uso público, bienes fiscales, los bienes de propiedad de representaciones diplomáticas de gobierno extranjero protegidos por el Derecho internacional, los bienes objeto de delitos contra la propiedad intelectual o industrial, respecto de los cuales procede la destrucción, los bienes que no cumplen normas de calidad o que no pueden cumplir una función social, sobre los cuales procede la destrucción; bienes que deben ser objeto de restablecimiento de los derechos de víctimas, bienes que constituyen el objeto material del delito sobre los cuales la ley prevé su destrucción; etc.

La consecuencia jurídica práctica de la acción de extinción de dominio, es la transferencia de la propiedad del bien, derecho u otras; a favor del Estado sin ninguna contra prestación, indemnización o compensación. El objeto del proceso de extinción de dominio, difiere del de la acción; del primero es la pretensión procesal en favor del Estado, de la acción, es el bien sobre el cual recae la pretensión.

3.3 Características de la acción de extinción de dominio.

A algunas de sus características se refiere el inciso dos del art. 2 de la Ley modelo de extinción de dominio, y la califica de real, jurisdiccional y autónoma; en similares términos se expresa el art. 9 de la LEDAB: “La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita.¹²⁷”

Es una acción autónoma¹²⁸ e independiente de los procesos civiles, penales o administrativos; no se enmarca dentro del ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que lo que se pretende no es determinar la responsabilidad penal del individuo, pues esta se adelanta con autonomía de la acción

¹²⁷ Estas mismas características da la Sala de casación penal de la Corte Suprema, Bogotá, el 6 de septiembre de 2017; en el proceso clasificado al número 13969-2017; cuando dijo la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas, acción de naturaleza constitucional, pública, directa y de carácter real, autónoma de la acción penal e, independiente de toda declaración de responsabilidad; p.13.

¹²⁸ Esta característica está sustentada en el Art. 10 de la LEDAB, que dice: “Art. 10.- La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso. Las resoluciones adoptadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción, salvo el supuesto de cosa juzgada en los términos de esta ley.” Lo anterior implica que la figura pueda dentro del sistema u ordenamiento jurídico, pueda mantenerse y hacerse valer; la capacidad de tener una estructura que pueda regularse por sí misma y pueda soportar variaciones o cambios y se encuentra exenta de influencias externas. Se debe de entender autónoma en lo científico y legislativo, en el primer aspecto es debido a que tiene un objeto propio, principios propios o similares, figuras e instituciones jurídicas propias y regulación y protección de ciertos derechos. E incluso tiene varios métodos de estudio. La legislativa, es porque tiene una ley especial que la desarrolla; y además jurisdiccional, pues tiene una jurisdicción especializada. Véase a **Ricardo Alberto Langlois Calderón**, Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio y diferencias con el Derecho civil, penal y administrativo; X Certamen de investigación jurídica, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, El Salvador, 2016, p. 191.

de extinción de dominio, ni se procura aplicar una pena contra la persona; con ella se procura la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad, obtenido en contravención a los postulados de legítima propiedad, en perjuicio del patrimonio público o social.

Es una acción pública, que se ejerce por y a favor del Estado o de otras instituciones públicas; como un mecanismo de lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada.

La finalidad de esta acción radica en destruir el velo de aparente legalidad que recae sobre el derecho de dominio de un bien, derecho que por su origen ilegal nunca ha nacido, pero que goza de apariencia de legitimidad y de legalidad. Se puede afirmar que es de naturaleza instrumental, por medio de ella se pretende combatir a la criminalidad y a las actividades relacionadas.

Es una acción de naturaleza real, en tanto que no persigue a la persona, sino a la cosa misma, a los bienes que provienen de actividades delictivas o que se han empleado como medios o instrumentos para la realización de las mismas y que tienen un valor económico; es una consecuencia económica de los actos ilícitos atribuidos a la persona; la consecuencia jurídica de la extinción del derecho de dominio depende en gran parte de circunstancias ilícitas que afectan o son predicables del bien mismo y no de las actividades u omisiones ilícitas que se le puedan atribuir a la persona titular o poseedora.

Real o patrimonial, puesto que implica la pérdida de la titularidad de bienes y derechos, aunque no está motivada por intereses patrimoniales de particulares, sino que responde a un interés superior del Estado, consistente en desvirtuar la existencia de un derecho de propiedad ilícitamente adquirido, y que en consecuencia no puede gozar de la protección jurídica del Estado; es una institución basada en el interés público, no particular.¹²⁹

Ha dicho la Cámara primera de lo penal que “Los bienes utilizados como medios o instrumentos de actividades ilícitas en el sentido anterior, no gozan de protección constitucional, puesto que el derecho en ninguna de sus fuentes puede legitimar lo que tiene origen ilícito o ha sido destinado intencionalmente o con grave descuido para actividades de esa naturaleza.”¹³⁰

Es una acción pública, judicial y directa. Pública por cuanto obedece a intereses superiores del Estado como lo es la protección al patrimonio público, el tesoro público y la moral social; judicial en tanto que solo será declarada por un juez de extinción de dominio¹³¹, previo el debido proceso; con esta medida

¹²⁹ Dice el art. 15 del Código de Extinción de dominio colombiano que: La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado. La Sala de lo constitucional en la sentencia antes mencionada, 146-2014/107-2017 afirma que, una consecuencia jurídica patrimonial, que se ejerce contra las personas naturales o jurídicas que pretenden afirmar la adquisición o destinación legítima de los bienes.

¹³⁰ Incidente de Apelación No. 7/Ext.dom. /2016 (1) de las quince horas 52 minutos del 31 de mayo de dos mil dieciséis.

¹³¹ Por D.L. 714 del 13 de junio de 2014, publicado en el D.O. 109, tomo 403, del 13 de junio de 2014; se crearon los juzgados especializados de extinción de dominio, de primera y segunda instancia; decreto en el que además se dio de forma transitoria competencia a la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro para que conozca en alzada de las resoluciones dictadas en primera instancia por los juzgados especializados de primera.

se busca desvirtuar la legitimidad del derecho de dominio sobre unos bienes, y en consecuencia, su ejercicio debe gozar de todas las garantías judiciales; concluye el proceso con una sentencia declarativa en favor del Estado; directa porque su procedencia se supedita únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social¹³².

Es retrospectiva¹³³, en tanto que con ella se busca prevenir que el patrimonio de origen “mal habido” o ilícito, pueda ser saneado y sea a final de cuentas, legal; la adquisición ilícita de bienes, tiene efectos permanentes, y, por tanto, no se sana con el transcurso del tiempo. Entonces, es la retrospección de la acción extintiva de dominio hacia situaciones jurídicas pasadas no consolidadas; no se refiere a aquellas situaciones *válidamente constituidas y consolidados al amparo de una determinada legislación. Con el reconocimiento de los derechos adquiridos se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, para garantizar la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del derecho, efecto sin duda del principio de seguridad jurídica. Ósea que, los bienes que se obtienen por conductas ilícitas, por origen, destinación o sustitución, permanecen en tal ilicitud, el transcurso del tiempo no puede sanearlos; esto se desprende de la lectura del art. 12 de la LEDAB.*

También se le atribuye la característica de la transnacionalidad, misma que es congruente con la problemática criminal que la motiva, razón por la cual, su eficacia está relacionada con cooperación internacional¹³⁴, no solo para perseguir los delitos relacionados con las actividades ilícitas de origen a la acción, sino que además, fomenta la cooperación y asistencia judicial recíproca que debe existir entre los Estados para adelantar acciones de identificación, localización y persecución de bienes ilícitos; para luego ejercer en ellos la acción de extinción.

Finalmente, se le caracteriza por ser una acción complementaria; es uno de los varios o múltiples instrumentos de la política criminal, con los que se combate la criminalidad económica, nacional o transnacional.

En resumen, se puede decir que la acción de extinción de dominio es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, instrumental, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido.

De lo anterior, se puede concluir que no puede asimilarse de lleno a una acción penal o civil, pese a que tenga elementos de contacto con una y otra; por el objeto sobre el cual recae, el bien y el derecho de dominio se aproxima al campo civil; por sus causas y su finalidad, persigue los bienes obtenidos

¹³² Jenner Alonso Tobar Torres, Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia; Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, 2013, p. 8.

¹³³ Característica que tiene su asidero legal en el inciso 2 del art. 6 de la LEDAB, misma que suele confundirse con la imprescriptibilidad.

¹³⁴ Con razón, el art. 4 del Código procesal penal expresa que los jueces y magistrados, solo estarán sometidos a la Cn., al Derecho internacional vigente; esto cabida a que el 27 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, reitere este compromiso de cooperación como herramienta de combate al delito.

por enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social; tiene puntos de encuentro con lo penal.

3.4 Supuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio.

Como supuesto cardinal, y en atención al art. 5 de la LEDAB, se debe de dejar planteado, que los presupuestos que habilitan el ejercicio de la acción de extinción de dominio, es el origen o la destinación ilícita, pero no cualquier ilicitud, sino aquella ilicitud penal, y más específicamente la relacionada o conexas con los delitos lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la hacienda pública y todas aquellas actividades ilícitas que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva, o a través de grupos delictivos organizados o estructurados.

Las normas que habilitan los supuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio, parten del reconocimiento de la existencia de distintas causales que no solo responden a una naturaleza jurídica, sino que tienen fundamentos de legitimación diferentes, por lo cual se podrían agrupar de una parte las causales de origen, de otra, las causales de destinación ilícita, y finalmente, las procesales. En todo caso, es labor del fiscal alegar y probar fehacientemente al juez de la causa, y este último deberá de razonar suficientemente la existencia de los presupuestos de la acción de extinción. La ley, presume el incremento patrimonial no justificado, en el caso de los delitos relativos a organizaciones terroristas y crimen organizado; a contrario sensu, en los otros supuestos, es deber de la FGR probarlo.

Así mismo, es dable distinguir entre las causales con relación directa con la actividad ilícita de aquellas que no guardan una relación directa como tal, es decir, aquellas que recaen sobre bienes lícitos utilizados para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, o bienes lícitos de valor equivalente al de bienes ilícitos.

Jorge Pardo, sostiene que las causales responden a un criterio de literalidad, orientado por el principio de legalidad, al considerar que: “Así mismo, debe tenerse en cuenta que la extinción de dominio se rige por el principio de la taxatividad, en el entendido de que si bien a esta no le son aplicables las garantías del proceso penal como se ha venido indicando, pero no es ajena a la observancia del debido proceso como derecho fundamental de rango constitucional, por lo tanto le es predicable el principio de legalidad, en el sentido de que la declaratoria extintiva únicamente procede por las causales y las actividades ilícitas previstas en la ley.¹³⁵”

¹³⁵ Pardo Ardila, Jorge Enrique, La extinción de dominio, partes y tercería; Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2013, p. 66.

No se puede desconocer el origen convencional de la acción¹³⁶ y de las causales de extinción de dominio, pues es posible constatar que todas las causales de extinción de dominio presentan su inspiración o su origen en alguna de las formas de comiso recomendadas en el artículo 5º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; o en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; o el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Se puede identificar que, en la evolución histórica de la extinción de dominio, han predominado dos tipos de causales, que, para efecto de la investigación, se les denominará: Sustantivas o básicas, en las que básicamente encajan las de origen o destinación ilícita; y adjetivas o procesales¹³⁷.

Dentro de las causales de origen, pertenece las sub causales ser bienes producto directo o indirecto de actividad ilícita; los bienes objeto de la actividad ilícita, los bienes objeto de transformación o conversión, los bienes que representan un incremento patrimonial injustificado, bienes que constituyen rentas, frutos, ganancias y beneficios y bienes equivalentes. Acá, lo trascendente es determinar la licitud o ilicitud del título de dominio u origen del derecho de propiedad.

Dentro de la causal de destinación ilícita, se enmarcan las sub causales de los bienes utilizados como medio o instrumentos de la actividad ilícita, bienes destinados a actividades ilícitas, bienes objeto de ocultamiento y bienes objeto de mezcla. En estas sub modalidades, se requiere atribuir al titular o poseedor, el ejercicio de una conducta ilícita penal, a lo menos contraria a la buena fe.

En lo que a la actividad ilícita se refiere, merece la pena tener en cuenta que esta podría ser dolosa, culposa o una mera inobservancia del deber de saber o debida diligencia; consumada o tentativa, activa u omisiva, penal, administrativa o civil; etc.

Dentro de las causales adjetivas o procesales, se pueden adscribir todas aquellas que se sustentan en la valoración de una circunstancia o supuesto de orden procesal relacionada con la afectación de un bien, sin confrontar el bien con relación a su origen o destinación. Ósea, que, estas causales hacen descansar la procedencia de la extinción en un proceso previo. La mayoría de legislaciones que regulan la extinción de dominio, no las contemplan como supuestos de procedencia; pero si, la de El Salvador, en el literales e, e i de la LEDAB.

¹³⁶ En el número 8 del art. 31 de la CNUCC, sin duda encuentra cabida esta acción, cuando dice: “Los Estados partes podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen ilícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a 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.”; el que sin duda debe de verse en relación los arts. 34 y 54 lit. c, de la misma Convención; en similares términos se expresa el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo; el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; entre otras.

¹³⁷ Por estar relacionada a las resultas o decisiones adoptadas en otro proceso o por no haberse dicho nada en este; por lo que se deberá de acreditar en el proceso de extinción, el haberse omitido pronunciamiento en el proceso de origen o que no fue discutido en aquel el origen o destinación ilícita del bien de que se trate. Así se comprende de lo dicho por **Miriam Geraldine Aldana Revelo**, El proceso de extinción de dominio en El Salvador, Edición de la Unidad Técnica Ejecutiva del sector justicia, 2019, p. 96.

De la lectura de la Ley especial de extinción de dominio de bienes de origen o destinación ilícita, se puede inicialmente decir que esta acción procede por dos supuestos esenciales: que los bienes se hayan adquirido o se destinen a una causa ilícita; es decir, que su titular o poseedor los haya adquirido sin justa causa o los destine para fines ilícitos.

En casi todas las causales, es un eje transversal el origen o la destinación a actividades ilícitas, por lo que es fundamental plantear que se entiende por estas.

Por actividades ilícitas se puede entender cualesquiera de las actividades que contravengan el ordenamiento jurídico salvadoreño, tales como delitos, infracciones administrativas, aduaneras, tributarias, civiles, mercantiles, que, desde luego, se enmarquen o colinden con los presupuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio.

En ese orden, no puede alegarse que una actividad, por no ser delito, no se le puede predicar su ilicitud, puesto que su concepción es más amplia, por lo que su sentido lato permite entender que cualquier conculcación a las leyes nacionales implican la consumación de una actividad ilícita. El origen ilícito, está vinculado a los bienes obtenidos o derivados, directa o indirectamente de actividades ilícitas.

El art. 6¹³⁸ de la Ley especial de extinción de dominio de bienes de origen o destinación ilícita, establece los supuestos de procedencia, así:

a) Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto¹³⁹ material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero;

Los bienes instrumento de la actividad ilícita, son aquellos con los que se comete la ilicitud; y, por tanto, pueden o no pertenecer al infractor; en el caso de pertenecer al delincuente, es perfectamente ejercitable la acción de extinción; si pertenece a otra persona, se podría caer en el supuesto de destinación ilícita, siempre y cuando el titular tuviere conocimiento de esta utilización.

¹³⁸ Sin perjuicio a que, en leyes especiales, se están habilitando otros supuestos; como es el previsto en el art. 11 de la Ley especial contra el delito de extorsión; D.L. 953, del 18 de marzo de 2015; publicado en el D.O. No. 56, Tomo 406, del 23 de marzo de 2015; en el art. 4 de la Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, D.L. 458 del 1 de septiembre de 2010, publicado en el D.O. No. 169, tomo 388 del 10 de septiembre de 2010; e incluso en el Anteproyecto de la Ley integral de probidad de 2019, que está discutiendo la Corte Suprema de Justicia, del art. 77 y ss., está proponiendo el enriquecimiento sin causa, como otra causal e incluso, un proceso ligeramente diferente, erigiendo una etapa administrativa a cargo de la misma CSJ y una jurisdiccional, que iniciaría con una demanda y estaría a cargo de la Cámara especializada –que a la fecha sigue sin ser constituida- y de lo resuelto por ella, conocería en recurso de apelación la Sala de lo civil de la CSJ; y sujetaría el ejercicio de la acción al plazo de diez años, vencidos los cuales, prescribiría.

¹³⁹ Así lo reitero la Cámara primera de lo Penal de la primera sección del centro, en el incidente de apelación 164-SD-EXT-DOM-2015, en la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2015, consideración Número 7. Además, se debe tener presente, que la acción de extinción de dominio no solo **se dirige al origen ilícito de los bienes** por no haberse establecido su procedencia legal, sino porque los mismos **fueron el objeto material directo** de una actividad delictiva por parte de la demandada, al haber intentado introducirlos al país sin pagar los aranceles establecidos legalmente tratando de evadir los controles aduaneros, lo cual llevó a la perjudicada a incurrir en ilícito establecido en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, tal como consta dentro del expediente.

Los bienes que sirven de instrumentos del delito son aquellos que se pueden instrumentalizar para cumplir o preparar un fin ilícito, es decir, manipular de tal manera que contribuyan de forma efectiva en la realización del fin ilícito propuesto; el art. 60 de la Ley especial contra la trata de personas, regula un supuesto de utilización de bienes para la comisión del delito, y, por tanto, sería procedente esta acción contra tales bienes.

El bien producto del delito, es aquel que ha sido obtenido mediante la comisión del ilícito, que ingresa al patrimonio del delincuente o de un tercero, y que puede ser destinado como patrimonio común o de explotación.

Los bienes objeto del delito, son aquellos tutelados por el Derecho y sobre los cuales ha recaído directamente la conducta delictiva; obvio que no todos los bienes jurídicos tutelados por el Derecho podrían ser objeto de extinción, puesto que algunos de ellos no pueden pasar a integrar el patrimonio de alguien.

Son bienes directamente obtenidos de actividades ilícitas, los bienes que –en flagrancia- son descubiertos que son producto de alguna actividad ilegal, verbigracia, ganancia de una transacción de droga.

Los bienes indirectamente obtenidos de actividades ilícitas, son aquellos cuyo origen se deriva de alguna actividad prohibida por la ley, pero para arribar a dicha conclusión, se requiere de un juicio de inferencias, sobre la base de premisas probatorias válidas y suficientes, para colegir dicha obtención ilícita.

b) Cuando se trate de bienes que provengan directa o indirectamente de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas.

Dos son los verbos rectores en esta causa, transformar y convertir. Transformar es hacer cambiar de forma algo o transmutar algo en otra cosa, su función radica especialmente en que ese cambio de forma permite alejarse de su origen ilícito, adquiriendo el bien una nueva identidad que impide su reconocimiento o conexión con la actividad ilícita que lo genera, pero manteniendo con esta una relación directa de causalidad. Esta transformación puede ser material o jurídica.

La conversión, es la sustitución de una cosa por otra de igual significación, por ello también es conocida como una forma de comiso por sustitución.

c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial¹⁴⁰ no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

Esta causal es la hipótesis del enriquecimiento ilícito, se convierte en una medida de contingencia ante la expansión del fenómeno del enriquecimiento ilícito; es decir, el que registran ciertas personas cuyo

¹⁴⁰ **Luis Guillermo Velásquez**, en su libro Bienes; define el patrimonio como una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva. Editorial Temis, Duodécima edición, Colombia, 2010.

patrimonio crecía súbitamente, sin una aparente justa causa. Es este último calificativo el que será objeto de la controversia en el proceso donde se pretenda la extinción, se deberá establecer que el incremento patrimonial no guarda relación con ninguna actividad honesta o lícita que justifique el incremento.

Esta causal mira el patrimonio en su conjunto y no un bien en particular, como consecuencia, a través de métodos de investigación económica, patrimonial, financiera o contable, según el caso, se deben de verificar los elementos mínimos que permitan su reconocimiento y/o, se determine la cuantía del incremento no justificado o si la totalidad del mismo.

En la sentencia de inconstitucionalidad 146-2014, la Sala de lo Constitucional de la CSJ ha dicho que esta causal queda subsumida en el art. 240 Cn., y por tanto se debe de promover primero la acción de enriquecimiento ilícito que regula la norma constitucional, y que será procedente solo contra servidores públicos nacionales o municipales, independientemente que hayan o no administrado fondos públicos; y que solo excepcionalmente, procedería en contra de estos servidores públicos, la acción de extinción de dominio¹⁴¹.

d) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que han sido mezclados con bienes de origen ilícito.

La destinación ilícita, es la actividad realizada sobre bienes lícitamente adquiridos, sin embargo, su utilización está orientada a propiciar la comisión de actividades ilícitas, lo que conlleva a que, por efecto derivado, se deba demostrar que el titular del bien desconocía que su propiedad iba a ser destinada para dicha actividad, salvo en los casos en el que el mismo titular ha participado —en flagrancia en la actividad ilícita—.

Un caso evidente de destinación ilícita, es el previsto en el art. 37 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, requiriendo solo de parte del dueño del bien, el conocimiento de la actividad ilícita que tendría lugar en su inmueble; disposición que remite a los arts. 67 y 70 de la misma Ley, que disponen que estos bienes serán incautados y pasaran a la FGR, lo que sin duda debe de verse en relación a lo que dispone la Ley de extinción en el art. 74 y ss, pues pareciera que regula tal destino, de forma distinta; contradicción que en todo caso, debe de ser resuelta haciendo un análisis de jerarquía normativa, atendiendo principalmente la naturaleza de las leyes y el tiempo de promulgación de las mismas.

¹⁴¹ En similares términos se pronunció la Sala de lo civil de la CSJ, en el incidente de apelación clasificado 12-APC-2017, resolución dictada el 18 de mayo de 2018; cuando en el romano III, número 8 dijo: “Esta Sala considera, que si al sujeto principal, Reynaldo Antonio López Cardoza, dada su calidad de funcionario público, y sobre quien gira el estudio entorno al aumento del capital por aplicación de la presunción, tal como lo establece el art. 240 inc. 2 Cn, no se le debe aplicar la misma, *debido a la falta de acreditación de administración de bienes estatales*, por conexión de ese motivo, **tampoco se le debe aplicar a su cónyuge**, pues la condición determinante de la legitimación no se configura para el primero, y por consiguiente, carece de mérito determinar en este proceso el caudal patrimonial de la demandada, quien no está legitimada pasivamente para ocupar dicha posición procesal.”; en la que sí es contradictoria es en cuanto a que en su opinión, la acción del enriquecimiento ilícito exige como presupuesto, que el funcionario contra quien se dirija, maneje o haya manejado fondos públicos.

e) *Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.*

Las causas de extinción del dominio, se las suele clasificar en absolutas y relativas; absolutas serían aquellas que implican la extinción del dominio no sólo para el propietario, sino también para cualquiera, porque hacen a la cosa objeto del derecho en sí misma; relativas serían aquellas en las cuales el derecho se extingue para el propietario porque lo adquiere otra persona. El "abandono", convierte al bien en res nullius, y encaja dentro de las causales absolutas o relativas, ya que, si bien es cierto que el derecho se extingue para el propietario, la cosa queda sin titular, y es posible que otro adquiere el dominio de ella, en este caso, el Estado¹⁴², incorporándose al dominio privado o fiscal.

Se puede afirmar, que se parte de una presunción tácita de que los bienes sobre los cuales recae la acción, han sido incautados u ocupados por ser producto, medio o instrumento de algún delito de competencia de la jurisdicción de orden público, y atribuída la consecuencia jurídica de la extinción de dominio por el transcurso del tiempo y por la inactividad del interesado en mocionar su recuperación.

El diligenciamiento de esta causal, transita por lo que se podría llamar procedimiento especial de extinción de dominio; pues implica modificación en varios actos de comunicación y de legitimación pasiva, a fin de garantizar el derecho de defensa, se designa curador a fin de que ejerza defensa del titular o poseedor desconocido.¹⁴³

f) *Cuando se trate de bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a los bienes que se encuentran considerados dentro de los presupuestos de los literales anteriores y no haya sido posible su localización, incautación o aplicación de cualquier otra medida cautelar;*

Las personas que adquieren bienes por medios ilícitos buscarán deshacerse de ellos para obtener otros con apariencia lícita, o bien pueden tener y administrar una inmensa fortuna a través de testaferreros sin que el delincuente tenga la propiedad formal o legal de los productos de su ilegítimo actuar¹⁴⁴.

Si se prueba que hubo enriquecimiento ilegal, pero el responsable se ocultó los bienes, la extinción de dominio se habrá de dirigir sobre los bienes equivalentes; sin duda, respetando el principio de proporcionalidad. Dice el art. 4 lit. d de la LEDAB que *son bienes por valor equivalente aquellos de*

¹⁴² **Marina Mariani de Vidal**, Derechos reales, Tomo 2, 7ª. Edición actualizada, Víctor P de Zavalia S.A., Buenos Aires, 2004, p. 36.

¹⁴³ **Miriam Geraldine Aldana Revelo**, el proceso de extinción de dominio en El Salvador; Edición de la Unidad Técnica Ejecutiva del sector justicia, El Salvador, 2019, p. 127; planteamiento que es congruente con lo dispuesto en los arts. 43 y 91 de la LEDAB.

¹⁴⁴ **Luis Hernando Valero Montenegro**, Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de Extinción del Dominio y en el comiso penal. Revista Vía Iuris. N° 6. Enero-junio de 2009. Pág. 71-89. Estos ya son parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, al ser parte de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que establece en el art. 5: "1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o **de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto**"; en similares términos se expresa el Art. 54 No 2 lit. a de la CNUCC y el artículo 35, inc. 2 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo.

procedencia lícita y valor similar, cuya extinción de dominio se declara en sustitución de bienes de procedencia o destinación ilícita que hayan sido enajenados, destruidos, ocultados, desaparecidos, alzados o que por cualquier razón resulte imposible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material a efectos de dictar sentencia siempre y cuando pertenezcan al mismo titular.

g) Cuando se trate de bienes de origen lícito pertenecientes a la persona contra quien se ejerza la acción de extinción de dominio, cuyo valor sea equivalente¹⁴⁵ a cualquiera de los bienes descritos en los literales anteriores y se haya acreditado sobre estos el derecho de un tercero de buena fe exenta de culpa, conforme a la presente ley;

Para el jurista Trilleras Matoma¹⁴⁶, se entenderá tercero exento de culpa, al que ha obrado dentro de la buena fe exenta de culpa, o buena fe creadora de derechos, que constituye una buena fe calificada, por cuanto exige no solo una conciencia recta y un comportamiento diligente sino, además, requiere

¹⁴⁵ El legislador ha partido de un supuesto fundado en la realidad: quien adquirió un bien de manera ilícita buscará muy probablemente deshacerse de él, aprovechando casi siempre la buena fe de otros, y, de todas maneras, si lo consigue, habrá logrado el provecho equivalente, que estará radicado ahora en el dinero o en otros bienes. Sobre éstos o sobre los que los sustituyan dentro de su patrimonio cabe la extinción del dominio para hacer realidad el principio según el cual la sociedad no puede premiar el delito ni la inmoralidad. La acción de extinción de dominio en el constitucionalismo colombiano, sentencia dictada en el proceso C-374-97, por el Tribunal constitucional del Colombia, el 13 de agosto de mil novecientos noventa y siete; p. 13. Este supuesto está estrechamente relacionado con el ánimo de combatir el lavado de dinero y activos, para que proceda en este supuesto la acción, debe de tratarse de bienes fungibles; e incluso y aun de forma indirecta, al habilitar este supuesto, se está protegiendo al tercero que de buena fe ha adquirido el bien.

¹⁴⁶ **Alfonso Trilleras Matoma**, la acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano; citado por **Ricardo Alberto Langlois Calderón**, óp. Cit., p. 215. Según Juan Duran, la buena fe tiene un componente interno y uno externo, el primero es la conciencia de haber adquirido el dominio de las cosas por medios legítimos, y el segundo, es que tal conciencia realmente haya usado los medios legítimos o permitidos por la ley. Juan Guillermo Duran, reflexiones sobre la buena fe en el Derecho, Universidad de La Sabana, vol. 2, Colombia, 1988, p.59. Por su parte, la Cámara primera de lo penal ha dicho: “Así, el legislador ha recogido la figura doctrinaria de la tercera excluyente, la cual es aplicable a aquellos supuestos en los cuales los terceros sostienen intereses diversos a los defendidos por actor y demandado.... Visto lo anterior, es posible concluir que cuando una persona alegue un derecho sobre uno de los bienes sometidos a la acción de extinción de dominio, distinto de los que se reconocen directamente al afectado, es dable que sea considerado como tercero dentro del proceso de extinción de dominio; encontrándose pendiente aún, de acuerdo a los elementos probatorios que para tal efecto se presenten, su declaratoria como tercero de buena fe exenta de culpa (...). En ese sentido, el legislador ha reconocido que en favor de los terceros intervinientes en el proceso opera una presunción de que los actos por ellos realizados sobre o en relación a los bienes objeto de la pretensión de extinción de dominio han sido efectuados de buena fe; corresponde entonces por una parte al tercero de buena fe acreditar los presupuestos de la misma, y si los establece según la carga dinámica de la prueba que le incumbe; corresponde ergo a la parte actora procesal el ofrecimiento de los elementos probatorios correspondientes para desvirtuar esa presunción. Es necesario determinar que esta presunción, establecida por ley en favor de los terceros, no puede verse disminuida valiéndose de otras presunciones de naturaleza opuesta, es decir que la presunción de buena fe exenta de culpa contenida en el Art. 11 LEDAB no puede ser destruida valiéndose de otra presunción; siendo necesaria la debida acreditación a través de los elementos probatorios correspondientes para sostener fáctica y jurídicamente tal presunción.” Sentencia, dictada por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, a las doce horas y veinte minutos, del día veintiuno de diciembre de dos mil quince, dentro del recurso de apelación número INC-APEL-225-EXT-D-2015.

que, quien invoca, haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario.

Implica que el tercero de buena fe exento de culpa, debe de cumplir dos elementos: una conciencia recta y un comportamiento diligente. Lo primero implica obrar con certeza de actuar dentro de los parámetros de la legalidad y de la moral, y lo segundo es tener una actitud de precaución y ánimo de evitar riesgos al momento de celebrar el o los negocios jurídicos.

h) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirectamente en actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del delito;

Esta causal es expresión de la naturaleza real de la acción, que persigue el o los bienes en manos de quien estuvieren; y porque el titular, pretenda ocultar la vinculación ilícita de los bienes originarios; a fin de siempre evitar el aprovechamiento ilícito de la acción.

i) Cuando los bienes y recursos investigados hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

En similares términos, se había expresado ya la ley modelo de extinción de dominio, en su art. 6¹⁴⁷; los que, sin duda, son similares a los que plantea el legislador salvadoreño; supuestos que no analizaremos por no ser ese el objeto de esta investigación.

Producto de enriquecimiento ilícito, en perjuicio de la Hacienda pública o con grave deterioro de la moral social. El art. 2º inciso 4 de la Ley contra el lavado de dinero y activos, contiene un caso que bien encaja en esta causa de extinción.

3.5 Del proceso de la acción de extinción de dominio

Previo al inicio del proceso de extinción de dominio, se debe evaluar la viabilidad de administración del bien, el interés para la justicia, el valor económico y estado o grado de deterioro, debido a que el

¹⁴⁷ El art. 6 de la Ley modelo de extinción de dominio señala como supuestos de procedencia los siguientes: a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas, b. Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas, c. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas, d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas; e. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia, f. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia, g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas, h. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes, i. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material; y j. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien.

bien va a pasar al patrimonio del Estado con fines de rehabilitación, inversión social o lucha contra el crimen organizado¹⁴⁸.

Dice la Sala de lo constitucional de la CSJ¹⁴⁹, que el proceso que se sigue para el ejercicio de la acción de extinción de dominio, tiene las siguientes características esenciales: la acción que da origen al proceso es jurisdiccional y finaliza con una sentencia declarativa, el proceso es patrimonial; es de naturaleza autónoma, no está subordinado al resultado de ningún otro proceso a que hubiere lugar; la sentencia no surte efecto contra terceros de buena fe; y, el proceso está regido por los principios, derechos y garantías constitucionales adecuadas a su carácter sui generis.

El proceso de extinción de dominio se orienta a retirar la propiedad de bienes ilícitamente obtenidos o destinados, es una acción de arraigo legal, con fines de proteger principios constitucionales. Este proceso no debe de ser confundido con el proceso que se sigue por enriquecimiento ilícito, ambos tienen marcadas diferencias; por ej. el de enriquecimiento ilícito es de naturaleza constitucional, el de extinción de dominio es una acción de rango legal que persigue fines constitucionales; el primero tiene supremacía constitucional, el segundo es legal; el enriquecimiento está dirigido a funcionarios y empleados públicos, el de extinción de dominio a cualquier persona –incluidos los servidores públicos; el de enriquecimiento ilícito parte del supuesto perjuicio a la Hacienda pública nacional o municipal, la acción de extinción no está referida o vinculada a perjuicio en las arcas del Estado.

El enriquecimiento ilícito pretende la restitución de bienes, la extinción de dominio busca se declare la pérdida del dominio de los bienes de origen o destinación ilícita; el proceso de enriquecimiento descansa en la presunción del ilícito enriquecimiento, el de extinción en la presunción de buena fe exenta de culpa; en el de enriquecimiento se ejerce una persecución personal, en el de extinción una patrimonial; y finalmente, en el proceso de enriquecimiento se tienen solo diez años contados desde que el servidor público deja el cargo para ejercer la acción, en el de extinción de dominio, hay imprescriptibilidad.

El funcionamiento del proceso por el que transita la acción de extinción de dominio, no parece tener problemas de eficiencia con la que se producen fallos de extinción de dominio, sino, la eficiencia en el manejo estatal de los bienes que han sido objeto de la acción; a esto volveré más adelante.

3.5.1 El proceso de extinción de dominio en el Derecho salvadoreño

El inicio del proceso de extinción de dominio está previsto desde el art. 25 de la LEDAB, el que a decir del art. 26 está constituido de dos etapas, una inicial o de investigación y otra adjetiva o de juicio; la primera podrá iniciarse de oficio, denuncia o aviso y, está a cargo de la Fiscalía General de la

¹⁴⁸ Patricia Jacqueline Feria Bello y otros, óp. Cit. p. 70.

¹⁴⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 146-2014/107-2017, dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mayo de 2018, p.25. Características que son más de la acción de extinción de dominio, que del proceso mismo.

Republica a través de la Unidad especial de extinción de dominio, con quien colabora la PNC y que termina una vez es presentada la solicitud de extinción al tribunal especializado.

En la etapa inicial, a tenor del art. 27, se deberán de identificar, localizar y ubicar los bienes sobre los cuales podría recaer la acción, por encontrarse en un presupuesto de extinción de dominio; localizar a posibles afectados en sus derechos sobre los bienes que se encuentran bajo un presupuesto de extinción de dominio, o a terceros de buena fe exenta de culpa; recopilar información o elementos materiales que evidencien la concurrencia de cualquiera de los presupuestos de extinción de dominio previstos en la presente ley; acreditar el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los presupuestos para extinguir el dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio; desvirtuar la presunción de buena fe exenta de culpa, y decretar las medidas cautelares pertinentes sobre los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio y someterlas a ratificación¹⁵⁰ del juez especializado dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Concluida la fase inicial, el fiscal podrá ordenar el archivo de las diligencias, en vista de no haber encontrado suficientes indicios que le habiliten a presentar la solicitud de extinción; o de ser el caso, presentará la solicitud al juez respectivo.

La segunda etapa, está a cargo del Juez de extinción, inicia con la recepción de la solicitud de extinción, que deberá de cumplir los requisitos que fija el art. 29 de la LEDAB; una vez presentada la solicitud, el juez resolverá dándole trámite o previniendo al fiscal solicitante; admitida la solicitud, se pronunciara sobre las medidas cautelares a que hubiere lugar, ordenara dar traslado al afectado y/o a terceros si los hubiere, quien podrá pronunciarse sobre la solicitud, se señalara y realizara audiencia preparatoria, luego se señalara y celebrara audiencia de sentencia, concluida esta, pronunciara sentencia, se notificara a las partes; de ser el caso se tramitaran y resolverán los recursos de apelación y/o casación que se plantearan; proceso que finaliza una vez adquiere firmeza la resolución que al efecto dicta el funcionario judicial.

En el medio de ambas, se puede hacer constar una fase mixta, en donde el Consejo Nacional de Administración de Bienes¹⁵¹, en adelante CONAB; a título de cautela custodia o administra los bienes o derechos sobre los cuales se hubiere dictado una medida cautelar.

¹⁵⁰ **Samuel Aliven Lizama**, Ventana Jurídica No. 9; Requisitos Para Limitar Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Revista Jurídica La Ventana, publicada por el Consejo Nacional de la Judicatura y Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, año V, volumen 1, El Salvador, 2011, p .216 manifiesta: ... Las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales sólo pueden ser adoptadas o controladas por una autoridad jurisdiccional, lo cual es una exigencia del propio texto constitucional. ... La exigencia anterior corresponde a la jurisdiccionalidad de la adopción de medidas que limitan o restringen derechos fundamentales, exigencia que opera ex ante como mecanismo de autorización de la medida antes de ser ejecutada y como mecanismo **ex post o de validación posterior** de una decisión limitativa de derechos fundamentales adoptada inicialmente sin intervención judicial...".

¹⁵¹ Erigido en el Art. 60 de la LEDAB, que dice: "Créase el Consejo Nacional de Administración de Bienes, que en adelante se denominará "CONAB", como una **entidad de Derecho público**, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía en el ejercicio de sus funciones, tanto en lo técnico, administrativo y ejecución presupuestaria. Estará adscrito al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública para efectos presupuestarios. Será el

Una vez concluido el proceso de extinción de dominio, el bien pasa a la propiedad del Estado, y es el CONAB, quien decide el destino final del mismo, de entre las instituciones a las que se puede adjudicar. Se cree, que por tratarse de fondos que pasan a favor del Estado y luego se asignan a diferentes instituciones públicas, debería ser la Asamblea Legislativa la que lo decreta, por tratarse de una función presupuestaria.

3.5.2 El proceso de extinción de dominio en el Derecho comparado

En el Derecho colombiano, la ley 1708/2014 creó el Código de extinción de dominio, el cual entro en vigencia el 20 de julio de 2014; fijo los principios que se deben de seguir en el diligenciamiento del proceso, tales como: dignidad, el derecho de propiedad, el debido proceso, el principio de objetividad y transparencia, el principio de contradicción, la presunción de buena fe, la autonomía e independencia judicial, la publicidad, la doble instancia, la cosa juzgada; entre otros.

El proceso para la acción de extinción de dominio tiene dos fases: inicio y juzgamiento. En la fase inicial de investigación, la Fiscalía podrá adelantar por sí misma o a través de orden emitida a los servidores que cumplan funciones de policía, todos los actos de investigación que considere necesarios y conducentes para cumplir los fines constitucionales y legales de la acción de extinción de dominio. Es decir que, recopilara información o elementos materiales que evidencien la concurrencia de cualesquiera de los presupuestos de la acción de extinción. El afectado, por si o por medio de abogado, tiene derecho de acceso al procedimiento que se estuviere diligenciando.

En esta fase inicial, la FGR, puede: promover una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio, practicar medidas cautelares –las que sin duda están sujetas a control y/o ratificación jurisdiccional, Art. 13 inc. 2- y ejercer facultades de administración sobre los bienes afectados con tales medidas; las que luego debe de someter a control judicial.

La fase inicial puede terminar con una resolución de archivo del procedimiento, si se considera que no existe causal alguna de extinción, o con una resolución de fijación provisional de la pretensión de extinción. Una vez efectuada la resolución de fijación provisional, el afectado es comunicado y tiene derecho de ejecutar su oposición, al término del traslado, la Fiscalía deberá presentar ante el juez competente el requerimiento o solicitud de extinción de dominio o de declaratoria de improcedencia.

responsable de la administración, conservación y destinación de los bienes regulados en la presente ley, así como de establecer los procedimientos para ello. El CONAB, para el cumplimiento de sus atribuciones, contará con una Dirección Ejecutiva, como órgano administrativo encargado de ejecutar las decisiones del Consejo Directivo, y con las unidades técnicas y administrativas necesarias para su funcionamiento.” En similares términos se expresa el art. 21 del reglamento de la Ley. De la sola lectura de esta disposición, se puede afirmar, que este Consejo es una institución de la Administración pública, organizada bajo el sistema de la descentralización institucional, y que, por tanto, en lo que a la actividad administrativa se refiere, estaría sujeta a la Ley de procedimientos administrativos, art. 2; debiendo por tanto aplicar a lo menos los principios que allá se instituyen para el funcionamiento de la Administración.

Una vez el afectado es notificado de la resolución de fijación provisional, puede acogerse a sentencia anticipada¹⁵² a través de un mecanismo abreviado dispuesto para la etapa de juicio en este caso, y así podrá hacerse acreedor de una retribución de hasta un 3% del valor de los bienes que sean objeto de sentencia anticipada.

La imposición de medidas cautelares por parte de la Fiscalía¹⁵³ en la etapa inicial no es susceptible de recursos, aunque puede ser objeto de control de legalidad ante los jueces de extinción de dominio, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho. Este control de legalidad no solamente procede contra la imposición de medidas cautelares, sino también contra el archivo y los actos de investigación.

En la fase de inicio se dicta por parte del fiscal de conocimiento una resolución de sustanciación, en la que establece los hechos en que se fundamenta la misma, la identificación de bienes que se persiguen y las pruebas directas o indiciarias que permiten determinar que opera alguna de las causales establecidas en la citada legislación. El fiscal podrá decretar medidas cautelares que comprenden la suspensión del poder dispositivo, el embargo y secuestro de bienes, orden de no pago de títulos valores y sus rendimientos.

Posteriormente, y luego de comunicar a los interesados de la decisión de inicio de la acción, éstos y demás intervinientes pueden presentar objeciones y solicitar las pruebas que estimen pertinentes, conducentes y eficaces para fundar su oposición y para explicar el origen de los bienes a partir de actividades lícitas demostrables. Concluido el término probatorio y surtidos los respectivos traslados para alegar, el fiscal dicta una resolución en la que se decide frente a la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio. Dicha resolución se remite al día siguiente a los juzgados especializados de extinción de dominio.

En la etapa judicial, ya en el conocimiento del juez especializado competente, éste correrá el traslado de la resolución a los interesados e intervinientes, y vencido el término dictará la respectiva sentencia que declarará la extinción de dominio o se abstendrá de hacerlo, decisión contra la que sólo procede el recurso ordinario de apelación. La sentencia de primera instancia que niega la extinción de dominio y que no sea apelada se someterá, en todo caso, al grado jurisdiccional de consulta, e igual, cuando se decreta la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe por parte del fiscal. Intervienen en esta etapa, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las Salas de extinción de dominio de los tribunales superiores de distrito judicial y los jueces del circuito especializados en extinción de dominio.

¹⁵² En el art. 14 lit. e de la LEDAB, se muestra esta oportunidad como un derecho del afectado con el ejercicio de la acción de extinción.

¹⁵³ El art. 20 Lit. b, faculta a la FGR a dictarlas en esta etapa, y de adoptarlas, deberá de presentar la solicitud de la acción de extinción de dominio dentro del plazo que para tal efecto le fija el art. 23 inc. 3; ambos de la LEDAB. Ver art. 60 de la Ley especial contra la trata de personas, D.L No. 824, del 16 de octubre de 2014; publicado en el D.O. No. 13, Tomo 405, del 14 de noviembre de 2014; que habilita se puedan dictar aun de oficio por el juez.

La fase judicial inicia con la recepción de la demanda de extinción de dominio que le presenta la FGR, una vez recibe la demanda, la analiza y de cumplir los requisitos de procesabilidad, la admite, de ser el caso decreta medidas cautelares, emplaza al propietario o poseedor de los bienes; en su momento, abre a pruebas, periodo en el que cada una de las partes deberá de probar su teoría fáctica que hubiere alegado, sujetándola normalmente a la denominada carga estática de la prueba y excepcionalmente, a la carga dinámica de la prueba¹⁵⁴; y finalmente dicta sentencia estimatoria o desestimatoria, según el caso.

3.6 Análisis comparado de la acción de extinción de dominio con otras formas públicas de adquirir el dominio de las cosas

Expresaba el ilustre jurista Beccaria, “Las confiscaciones ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos. Que espectáculo más triste, que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de un jefe, la sumisión al cual -ordenada por las leyes- les impediría evitar aquellos, aun cuando tuviere los medios para hacerlo.”¹⁵⁵ Equivale a decir, que cuando el Estado es incapaz de facilitar al ciudadano el acceso a una vida digna; no está legitimado para perseguirlo cuando delinque con ese solo afán.

En América latina, la acción de extinción de dominio ha sido regulada mediante leyes especiales, Colombia, pionera en este tema, dictó su primera ley en 1996, la cual sustituyó en 2002; Perú la aprobó en 2008 y la modificó en 2012; Guatemala y Honduras lo hicieron en 2010; México también ha tenido una normativa federal y diversas leyes estatales sobre el tema. En cada país, las normativas tienen

¹⁵⁴ Al que le sustentan los principios de solidaridad probatoria, de facilidad de la prueba o de colaboración probatoria; supone un desplazamiento de las reglas de distribución de la prueba, hacia aquella parte que se encuentra en mejor posición profesional, técnica o fáctica para producirla. Lo que además se justifica para potenciar la igualdad material y la buena fe procesal. Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la CSJ en sentencia de amparo dicta el 8 de mayo de 2013, en proceso clasificado bajo el número 310-2013, conocido como el caso Beatriz. Dinamismo probatorio que bien puede aplicarse en el caso del art. 6 lit. c, pero no debe ser aplicado en todos los supuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio; lo anterior se afirma, siguiendo la ya tantas veces citada sentencia de inconstitucionalidad número 146-2014/107-2017, p. 28. Por su parte, la Cámara primera de lo penal ha dicho que “De todo lo afirmado entonces, habrá de considerarse que en materia de extinción de dominio, los métodos de investigación y los medios de prueba que la ley permite utilizar son **únicamente los regulados en el Código Procesal Penal**, esa es la opinión que el Tribunal expresa de aquí en adelante; lo cual se hace extensivo para la forma de ofrecimiento e incorporación de la prueba, puesto que no puede soslayarse, que en la fase inicial o de investigación, es el Ministerio fiscal, el que tiene amplias facultades en tiempo para realizar la investigación total y completa sobre los presupuestos de los bienes sujetos a la pretensión de extinción de dominio, según las causales que se puedan invocar; y por ello, cuando realiza la solicitud de extinción de dominio, ya tiene realizada toda la actividad investigativa y de prueba la cual ofrece en la solicitud de extinción. Sentencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Departamento de San Salvador, a las quince horas y cincuenta minutos, del día treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, apelación número IC-APEL-7-EXT-DOM-2016.

¹⁵⁵ **Cesare Beccaria**; De los delitos y de las penas; citado por **Patricia Vargas González**, El comiso del patrimonio criminal; Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012, p. 3.

sus variantes, pero conservan elementos comunes: Es una nueva herramienta legal de combate al crimen organizado.

La acción de extinción de dominio encuentra cobertura en el principio de que nadie puede obtener provecho de sus propios actos ilícitos, principio que encuentra sustento constitucional en el inciso 1 del art. 240; norma que da cobertura al Código civil, específicamente a los arts. 1333 que dispone “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho público salvadoreño”, 1335 que señala los casos en los que la enajenación tiene objeto ilícito, y 1553, que sanciona con nulidad absoluta los actos y contratos en los que concurra una causa u objeto ilícito, salvo el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

A juicio de la FGR, la acción de extinción de dominio no es una sanción, pero comparte ciertas características con el comiso, la incautación de bienes, el secuestro de objeto y la congelación de cuentas bancarias o activos; y que el legislador tiene un ámbito de configuración legislativa que le permite crear instrumentos adicionales para combatir la criminalidad organizada¹⁵⁶.

3.6.1 Con el decomiso

Tradicionalmente, el decomiso es una medida cautelar, así se desprende de la sola lectura de los art. 283 y 284 del C.Pr.Pn.; la CNUCC, en el art. 31 impone a cada Estado parte, la obligación de habilitar esta medida, y se advierte que la mayoría de los supuestos que lo habilitan, están referidos o relacionados a combatir la criminalidad económica; privándola, aunque sea temporalmente de los beneficios del ilícito; en el art. 55, fija la cooperación internacional de los Estados, a fin de materializarlo.

Se diferencia esta acción del decomiso, puesto que este último se adopta a título de medida cautelar; el decomiso no transfiere el dominio, la acción de extinción si, pues termina con una sentencia declarativa en favor del Estado.

Se suele hablar de decomiso ampliado y restringido, el primero es el que se extiende a los bienes o propiedades provenientes de actividades delictivas no directamente relacionadas con el delito; el segundo, solo alcanza a los bienes relacionados directamente al delito que motivo el proceso dentro del cual se dicta. A nivel internacional, se habla del decomiso por valor equivalente o sustituto; para referirse a aquellos casos en donde no es posible ubicar los bienes originarios, afectados de ilicitud, se puedan cautelar cualquier bien propiedad del supuesto infractor, bienes equivalentes¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Sentencia de inconstitucionalidad, Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada a las doce horas y treinta minutos del 28 de mayo de 2018, en proceso acumulado, clasificado bajo el número 146-2014/107-2017, p. 7.

¹⁵⁷ A este se refiere el Artículo 31 números 5 y 6 de la UNCAC establece que, cuando el producto del delito se mezcla con otros activos, todos los activos entremezclados están expuestos a decomiso hasta el valor estimado del producto del delito entremezclado; sobre los cuales, y a tenor de la LEDAB, se puede ejercer la acción de extinción de dominio. Expresa Luis Valero, que por bienes y valores equivalentes ha de entenderse aquellos que, sin ser producto directo o indirecto de la

También se habla decomiso sin condena¹⁵⁸ y con condena, aún no está claro si en estos casos sigue siendo una medida cautelar o si es un verdadero modo de adquirir el bien, para responder de las resultas civiles del delito. El primero, se vuelve importante, porque la influencia de funcionarios corruptos y otras realidades prácticas pueden impedir por completo las investigaciones penales o retrasarlas hasta después de que el funcionario haya muerto o huido a una jurisdicción que ampara al funcionario del enjuiciamiento, mientras que en ciertas jurisdicciones el funcionario corrupto puede tener inmunidad judicial.

Es necesario reiterar, que se suele confundir el decomiso con el comiso; el primero es una medida cautelar, el segundo es una consecuencia penal accesoria; el primero no transfiere el dominio de las cosas sobre las cuales recae, el segundo sí, pues es un modo público o coactivo de adquirir el dominio de las cosas. Sin perjuicio a lo anterior, hay algunas leyes especiales que asimilan el comiso con el decomiso.

3.6.2 Con el comiso

Tradicionalmente se entiende que es la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva¹⁵⁹. También se puede definir como la pérdida de los efectos provenientes del delito o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como de las ganancias obtenidas, cualesquiera sean las transformaciones que hubieren podido experimentar¹⁶⁰. Es la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular, derivada de su vinculación con un hecho anti jurídico.

El comiso, generalmente procede: Sobre bienes o recursos del penalmente responsable y que provengan o sean producto directo o indirecto del delito; sobre bienes o recursos del penalmente responsable que sean utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos como medios o instrumentos para la ejecución del mismo; sobre los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito que sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, salvo que tal conducta configure otro delito -receptación, lavado de activos- hasta el valor estimado del producto ilícito; y

conducta ilícita, o estar vinculados a la misma por haber sido utilizados como medio o instrumento, se han empleado para mezclar, encubrir o tratar de ocultar aquellos, así como los adquiridos con el producto de la venta de los haberes espuriamente obtenidos. **Luis Hernando Valero Montenegro**, Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal, Revista Vía lures, junio 2009, Fundación Universitaria los libertadores, Colombia, p. 79.

¹⁵⁸ La Convención de las naciones unidas contra la corrupción, en el Artículo 54, número 1, literal c; exige a los países considerar dicho decomiso sin condena en casos de fallecimiento, fuga o ausencia, u otros casos apropiados. La recomendación 3 de las 40+9 Recomendaciones de GAFI requiere que los países consideren permitir el decomiso sin condena. El GAFI, en la plenaria sostenida en febrero de 2010, acordó introducir como mejores prácticas, el decomiso sin condena y el reconocimiento de órdenes extranjeras de decomiso sin condena.

¹⁵⁹ **Ana Isabel, Cerezo Domínguez**; Análisis jurídico penal de la figura del comiso, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 5.

¹⁶⁰ **Francisco, Muñoz Conde**; Derecho penal, parte general, editorial Tirant lo Blanc, 8ª. Edición revisada, Valencia, 2010, p. 621.

sobre los bienes del penalmente responsable, cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo e indirecto del delito cuando de éstos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resultare procedente el comiso en los términos antes previstos.

El comiso es una consecuencia jurídica por la comisión de un delito, que implica la pérdida definitiva a favor del Estado del derecho de dominio que se tenga sobre los bienes allí previstos, supone la declaratoria de responsabilidad penal y procede sólo por su utilización en delitos dolosos¹⁶¹. Existe el denominado comiso por valor equivalente y el comiso ampliado, nacional o transfronterizo; este último requiere sin duda de la cooperación internaciones y normalmente está condicionado a reglas de reciprocidad.

La doctrina para aplicar el comiso ampliado, plantea cuatro requisitos: que haya una persona física o jurídica condenada por una infracción penal, que la condena sea por determinados delitos previamente establecidos que lo justifiquen, que los delitos hayan sido en el marco de una asociación o agrupación delictiva, y que el ilícito pueda generar un beneficio económico.

Se le puede considerar una pena accesoria, para determinados delitos, así lo establece el art. 127 del C.Pn.¹⁶²; ósea que depende de la existencia de una condena penal, en cambio la extinción de dominio, es independiente de las resultas de un proceso penal, ni siquiera depende de su existencia; es un acto declarativo en favor del Estado o una consecuencia patrimonial de carácter principal, que se ventila en un proceso especial.

El comiso no procede sin una condena penal previa, la extinción de dominio procede aun cuando haya habido una sentencia penal absolutoria. El comiso solo procede cuando los objetos o instrumentos sean propiedad del condenado o estén en su poder, sin que medie reclamos de terceros; no procede contra terceros ajenos a la acción u omisión delictiva, la extinción de dominio procede contra quien sea, siempre que se acredite que se rompió con el deber de cuidado y que existió conocimiento de las actividades ilícitas.

¹⁶¹ Así lo define **Patricia Jacqueline Ferial Bello** y otros, óp. Cit. p. 26. El Reglamento de la Fiscalía General de la Republica relativo al patrimonio especial de bienes decomisados, y en relación al art. 68 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, referido al patrimonio especial ahí creado y El Reglamento de la Unidad de investigación financiera relativo al patrimonio especial de bienes comisados de la Fiscalía General de la Republica, en relación al art. 23 de la Ley contra el lavado de dinero y activos; señalaban el procedimiento para la determinación del destino y los beneficiarios de los bienes, efectos e instrumentos cualquiera fuera su naturaleza y los dividendos o utilidades, así como las rentas e intereses integrados o por integrarse y que hubieren sido objeto de comiso y/o sanción económica por infracción a las Leyes en cuestión; los que habrá que entender derogados por la LEDAB. Reglamentos publicados en el D.O. No. 79, Tomo 375 del 3 de mayo de 2007.

¹⁶² Similar idea se extrae del inciso 4 del art. 35 de la Ley especial contra actos de terrorismo, cuando dice que “El Tribunal competente, en la sentencia definitiva –entiéndase condenatoria- declarara el comiso, según corresponda a favor del Estado y el producto de su liquidación se destinara al Fondo General de la Nación.”

Los bienes u objetos comisados, si son de licito comercio, generalmente han sido vendidos y su importe se ha usado para las resultas civiles del ilícito; o se les ha destruido e inutilizado si son de ilícita tenencia.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de Viena, de 1993¹⁶³; en el art. 1 lit. f lo define como la privación de carácter definitivo de algún bien por decisión del tribunal u otra autoridad competente; en iguales términos es definido en el art. 2 lit. g de la CNUCC, Mérida, 2003 y en el art. 2 lit. g de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo, 2008¹⁶⁴.

No se debe de concluir este apartado, sin tener en cuenta que la política criminal internacional contra la corrupción, esta también enfocada en combatir el patrimonio criminal; y de ahí la aceptación casi generalizada del comiso, en sus diversas modalidades, como una habilitación a la acción de extinción de dominio.

3.6.3 Con la expropiación

Sostenía León Duguít¹⁶⁵, que: “Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad cierta función en razón directa del puesto que ocupa en ella. Por consiguiente, el poseedor de la riqueza, por el hecho de tenerla, puede realizar cierta labor que él solo puede cumplir. Él solo puede aumentar la riqueza general, asegurar la satisfacción de las necesidades generales, al hacer valer el capital que posee.” Lo anterior se considera la base doctrinaria de la función social de la propiedad, con la que se introdujo la solidaridad en el ejercicio de los derechos y que habilita la expropiación en El Salvador y en otras latitudes, la extinción de dominio cuando de tierras rurales ociosas se refiere.

Es el acto por el cual el Estado, municipio u otro ente público con competencia expropiatoria, priva al titular de su derecho de propiedad, con un fin de utilidad pública y mediante el pago de una justa indemnización y de los perjuicios que se sigan inmediatamente de ella.

La expropiación implica el ejercicio de una potestad del Estado social de Derecho, es un acto de poder de la autoridad, que le permite, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales, quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo. Implica la conversión

¹⁶³ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ratificada por D.L. No. 655 el 14 de septiembre de 1993, publicado en el D.O. No. 198, Tomo 321 del 25 de octubre de 1993.

¹⁶⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ratificada por D.L. 164 del 16 de octubre de 2003, publicada en el D.O. 211, Tomo 361 del 12 de noviembre de 2003. **Convenciones que a dicho de la Sala de lo Constitucional de la CSJ**, en proceso de inconstitucionalidades 22-2007, en sentencia dictada el 24 de agosto de 2015, y 6-2009, en sentencia dictada el 19 de diciembre de 2012; comparten el mismo ideológico de tutela a derechos humanos fundamentales, por medio del combate de determinados comportamientos ilícitos y nocivos a los derechos humanos.

¹⁶⁵ Citado por **Jenner Alonso Tobar Torres**, Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, abril de 2014, p. 4.

de la propiedad privada en pública por motivos de interés social o de utilidad pública, por razones de equidad o por la necesidad de responder adecuadamente a los requerimientos de la guerra, pero "no se aplica a título de sanción por la conducta del propietario sino en desarrollo del principio constitucional de prevalencia del interés común sobre el particular, que debe ceder ante aquél en caso de conflicto; así se desprende, de la sola lectura de los arts. 106 y 246 Cn.

En la expropiación, se parte del reconocimiento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, se exige su indemnización o resarcimiento; mientras que, en el caso de extinción del dominio, el supuesto primordial de la indemnización desaparece, dado el vicio original que empaña el dominio, hasta el punto de provocar que el Estado lo declare extinguido desde siempre.

En la expropiación, no se discute la licitud de la titularidad, ni el origen o destino del bien; además, casi siempre el Estado debe de indemnizar al sujeto pasivo que soporta la acción expropiatoria, el soporte constitucional de la expropiación son la utilidad pública o el interés social, en cambio de la extinción de dominio, lo es la función social de la propiedad.

Para hacerle frente a la economía, cada vez más influenciada por la globalización y amparada por tratados bi o multilaterales de protección a la inversión extranjera; ha surgido la denominada expropiación regulatoria, que no es más que, la imposición de elevados gravámenes a las utilidades o restricciones a la propiedad; pero que por no transferir el bien sino solo gravar sus beneficios o tenencias y por no ser relevante para la investigación; no profundizaré en esta.

3.6.4 Con la confiscación

Sostiene el jurista colombiano, Alonso Tobar, que en la medida que la extinción de dominio se realiza sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para su titular, esta acción ha sido asimilada a la confiscación; no obstante, el elemento diferenciador entre esta y la extinción de dominio, radica en el hecho de que la última no se trata de una pena en cuya virtud se priva a la persona de un derecho que tenía;¹⁶⁶ la sentencia que se dicta en el proceso de extinción de dominio, tiene carácter declarativo, solo constata la falta de transferencia o transmisión legítima del dominio o el uso ilícito que se hace del bien sobre el que recae, si concurren o no el cumplimiento de normas constitutivas o regulativas del derecho de propiedad; en cambio, la confiscación tiene un carácter sancionatorio patrimonial o político.

Lo antes dicho significa que, con la extinción de dominio no se persigue una condena sino una sentencia declarativa acerca de la inexistencia del derecho aparente que se ostentaba, cuyos efectos necesariamente se proyectarán retroactivamente al momento de la supuesta y desvirtuada adquisición de aquel derecho de propiedad.

¹⁶⁶ Jenner Alonso Tobar Torres, óp. Cit. p. 7.

La confiscación implica el despojo absoluto de los bienes de una persona a título de sanción penal, o por motivos políticos o de otra índole; existiendo consenso internacional frente a su proscripción por tales motivos, por considerarse violatoria de los derechos humanos fundamentales; el inciso final del art. 106 Cn. expresamente la prohíbe¹⁶⁷; como una especial protección al derecho de propiedad.

Lo anterior implica, que podríamos estar en presencia de una confiscación como sanción o condena, ya sea principal o accesoria, penal o civil; bien con fines preventivos o medida de seguridad, o civiles; o una confiscación sin condena, vista como consecuencia de determinada acción u omisión, ya no vinculada al principio de culpabilidad. En todos los supuestos mencionados, el Constituyente salvadoreño la ha prohibido, por los fines espurios que se le pueden atribuir.

Además, la confiscación se podría ejercer contra cualquier bien, en cambio la acción de extinción de dominio, se puede ejercer solo sobre aquellos bienes de origen o destinación ilícita. La confiscación se asimila en los Estados absolutistas, en cambio la acción de extinción de dominio, tiene cabida en un Estado constitucional de Derecho¹⁶⁸.

El tratadista Pedro Pablo Camargo, férreo crítico de la acción de extinción de dominio, sostiene que de la manera en que el legislador implantó esta figura, es en realidad un modo de confiscación. Dicho autor asevera que, para atacar y desvirtuar los títulos aparentes, el Derecho civil consagró la figura de la acción reivindicatoria mediante la cual el propietario puede recuperar la propiedad adquirida por medios ilegales.¹⁶⁹

Finalmente, se puede decir; que, en el marco de la política criminal internacional, la confiscación sin condena, sería asimilable al comiso sin condena, ampliado o al comiso equivalente; ambos previstos como se dijo ya, en el art. 31 de la CNUCC; y la acción de extinción de dominio, estaría comprendida

¹⁶⁷ Expresa FUSADES, en su boletín de estudios legales número 149, de mayo de 2013, referido a “Elementos necesarios para una adecuada Ley de extinción de dominio, pág. 2, que. “La prohibición de confiscación como pena o a través de cualquier otro concepto, se refiere a la privación de bienes lícitos. Se trata de evitar ciertos tipos de penas que afecten la dignidad humana y por ello, el legislador constituyente quiso que quien ha adquirido bienes de forma lícita y no los use para vulnerar la ley, aunque cometa un delito, solo sea sancionado con privación de libertad o pago de multa, pero no con la pérdida de su legítima propiedad. Esa protección no es aplicable al caso de la riqueza obtenida por medios contrarios a la ley, que es la que se persigue con la acción de extinción de dominio.” La prohibición constitucional de la confiscación, está arraigada a la historia constitucional salvadoreña, viene desde la primera Cn. de 1841, que la prohibía en su art. 76, pasando así a la Cn. de 1886, en el art. 18, a la de 1950, en su art. 138 inciso 4, hasta llegar a la actual, art. 106 inc. 5.

¹⁶⁸ En similares términos se expresa Velado Escobar, cuando trata las diferencias de la acción de extinción de dominio y la confiscación. **Camilo Antonio Velado Escobar**, óp. Cit., p.95.

¹⁶⁹ Citado por **Jenner Alonso Tobar Torres**, óp. Cit. p. 15; pero que a juicio de la Corte Colombiana no tiene razón, ya que la acción reivindicatoria es una institución legal concebida como mecanismo para proteger al propietario de una cosa singular de la que no está en posesión, para que el poseedor sea condenado a restituirla; así lo ha establecido en sentencias referencias C-740-2003 y C-540-2011. En este mismo sentido opino la AL, al rendir el informe dentro del proceso de inconstitucionalidad clasificado al número 107/2017 –acumulado al 146-2014-, al pretender justificar las reformas hechas a la LEDAB, cuando dice “que el legislador en los años de vigencia de la LEDAB, muchas personas inocentes eran condenadas a lidiar con el proceso de extinción de dominio; o, se han visto condenadas a la sustracción de sus bienes de manera irracional, desproporcional y confiscatoria.”

dentro de las demás acciones que insta la Convención a los Estados, adopten, para combatir la criminalidad económica, especialmente a la corrupción.

3.6.5 Con la prescripción adquisitiva.

Esta figura encuentra cobertura en el principio de seguridad jurídica, y por ello la posesión regular e irregular ejercida en el tiempo, normalmente habilita la adquisición de la propiedad de los bienes que se han poseído; del expresado principio surge el sub principio de irretroactividad de las leyes, en virtud del cual una nueva ley no se puede aplicar a situaciones pasadas si estas están debidamente consolidadas; pero si el derecho no ha sido adquirido o la situación jurídica no se ha consolidado, la ley no debe considerarse retroactiva, lo que significa que no contraviene la prohibición de retroactividad y no se produce un efecto proscrito constitucionalmente.

Se adquiere la propiedad de las cosas por poseerla quieta y pacíficamente en el tiempo, según se tenga o no un justo título; es ordinaria si se tiene justo título y se ejerce la posesión de buena fe; o extraordinaria, aun careciendo de justo título y de buena fe, lo que existe es una posesión irregular que la habilita, art. 752, 2237 y 2246 CC.; la posesión sobre bienes de origen ilícito no cumpliría con la exigencia de adquisición de buena fe, entendiéndose por esta, la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio; o la conducta ajustada a las reglas de honestidad y rectitud que rigen las relaciones entre los particulares al efectuar un negocio jurídico.

En el caso de la prescripción extraordinaria, existe una diferencia cualitativa entre los supuestos de adquisición ilícita que permiten la extinción de dominio y los supuestos de título injusto que prevé el Código Civil; los primeros suponen una actividad ilícita, los previstos en el C.C. todos son supuestos que implican transgresiones al ordenamiento jurídico, pero en ninguno se asume la participación de quien pide la prescripción adquisitiva extraordinaria;¹⁷⁰ lo que si sucede en el caso de la extinción de dominio, se ejerce contra quien realizó la conducta ilícita.

A diferencia de lo que sucede en el campo patrimonial regulado por el Código Civil, la posesión irregular no puede alegarse como requisito habilitante para invocar la figura de la prescripción adquisitiva de bienes de origen ilícito; pues los niveles de afectación son colectivos, y quien posee los bienes que se pretenden extinguir, tiene algún nivel de participación en los supuestos de ilicitud.

En cambio, la extinción de dominio no permite la invocación de este modo de adquirir, ya se ha explicado en muchas oportunidades que la ilicitud no genera derechos, y que, por consiguiente, del delito no se derivan derechos merecedores de reconocimiento y protección jurídica. De tal suerte que, ante la inexistencia de un justo título, y sin importar en qué momento se perfeccionó el modo, es lógico que la declaratoria de extinción pueda sobrevenir en cualquier tiempo, pues el simple y puro paso del

¹⁷⁰ Así se desprende de la lectura de la sentencia de la Sala de lo constitucional de la CSJ, ref. 146-2014/107-2017, P. 16.

tiempo no constituye justo título alguno para adquirir el derecho de dominio. Menos aún si tras ese paso del tiempo, lo único que se encuentra es una actividad ilícita como fuente u origen de los bienes¹⁷¹.

Es decir, resultaría contrario a la noción de orden social justo que se permitiera que, por el puro y simple paso del tiempo, sin mediar circunstancia o actividad adicional alguna, una persona pudiera adquirir el derecho de dominio sobre un bien o derecho, proveniente de actividades ilícitas y del cual solo era dueña o poseedora, en apariencia. Por consecuencia, la prescripción no se le debería aplicar, salvo a la buena fe de los patrimonios incorporados a los afectados¹⁷².

3.6.6 Con la acción de enriquecimiento sin causa.

La acción de enriquecimiento sin causa, es de rango constitucional, previsto en el art. 240 inc. 1 Cn.; mientras que la acción de extinción de dominio es de rango legal, prevista y desarrollada en su ley especial. El enriquecimiento sin causa tiene como sujetos activos de la infracción y por tanto pasivos de la acción, a funcionarios o empleados públicos, independientemente de si administran o no fondos público; la acción de extinción de dominio, se podrá plantear contra cualquier persona titular o poseedora del bien que se pretenda. Además, la responsabilidad de quien sea encontrado responsable de enriquecerse sin justa causa, estará obligado a restituir el monto ilícitamente adquirido, y de ser el caso, será inhabilitado para el ejercicio del cargo; en cambio, en la extinción de dominio, se realizará la desapropiación patrimonial del bien adquirido o destinado a actividades ilícitas.

El ejercicio de la acción por enriquecimiento ilícito o sin causa, está condicionada a ser planteada dentro de los diez años posteriores a que el funcionario hubiere dejado el cargo, so pena de prescripción extintiva de la acción; en cambio, el ejercicio de la acción de extinción de dominio, es imprescriptible. Una última diferencia, es que la acción de enriquecimiento ilícito o sin causa, es de carácter civil y personal, se ejerce contra los funcionarios o empleados públicos; en cambio la de extinción de dominio, es de naturaleza real; ejercida sobre bienes o derechos de interés económico.

Esta acción de enriquecimiento ilícito o sin causa, y siguiendo la Ley de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos; se investiga y diligencia en fase administrativa, por la Sección de Probidad de la CSJ y el pleno de la CSJ; y decide en fase judicial, por la Cámara de lo civil, que ejerza competencia territorial en el domicilio del servidor público a quien se le atribuya tal enriquecimiento; y por la misma CSJ, en recurso de apelación. Por el contrario, la acción de extinción de dominio, se inicia, sigue y fenece; ante una jurisdicción especializada.

¹⁷¹ **Wilson Alejandro Martínez Sánchez** y otros, La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Colombia, 2015, p. 13.

¹⁷² **Carlos Eduardo, Cárdenas Chinchilla**; Persecución penal del patrimonio ilícito criminal. San José C.R., Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2013, p. 124.

También hay que decir, que este enriquecimiento ilícito, no es necesariamente coincidente con el delito de enriquecimiento ilícito que tipifica y sanciona el art. 333 C.Pn.; sin perjuicio a que del enriquecimiento sin causa que se ha desarrollado antes, se pueda iniciar acción penal en contra del funcionario o empleado público; en tanto y en cuanto que una misma acción u omisión, pueden dar lugar a varios tipos de responsabilidades. Lo anterior es importante discernirlo, puesto que, en la práctica, genera problemas de competencia.¹⁷³

Hay que decir que, este enriquecimiento sin causa o no justificado, es un supuesto de procedencia de la acción de extinción de dominio, cuando concurren elementos que razonablemente lo vincule con actividades ilícitas; así se desprende de la parte final del art. 5 LEDAB.

Existen otros medios públicos de adquirir el dominio de las cosas, como la nacionalización o estatización; pero no las abordare, porque considero que son más expresión de una política económica del gobierno en turno, influenciadas por un sistema político determinado y no son, por tanto, desde ningún punto de vista medios que se puedan usar para combatir la criminalidad económica.

Concluyo este apartado afirmando, que la adopción de la acción de extinción de dominio y la implementación de las diversas medidas en contra de la criminalidad económica en general y de la corrupción en particular; son el resultado de los compromisos internacionales asumidos en diversos Cartas y tratados internacionales marco, erigidos bajo la influencia y tutela de la denominada política criminal internacional, a fin de llevar adelante una lucha común contra los flagelos de interés internacional¹⁷⁴. En este mismo sentido se expresa la Dra. Isabel Cepeda¹⁷⁵, cuando afirma que la corrupción, tanto pública como privada; justifica hablar de política criminal internacional, que erige un frente común de acciones contra el expresado delito.

¹⁷³ Así lo ha reiterado, en resolución de trámite, del 12 de abril de 2018; y de fondo, del 18 de mayo de 2018; la Sala de lo civil de la CSJ, en el proceso clasificado como 12-APC- 2017; ya, antes lo había sostenido en el apartado I.1 de la resolución del 14 de diciembre de 2017, en el incidente de conflicto de competencia número 215-COM-2017, suscitado entre la Cámara segunda de lo civil de la primera sección del centro y el Juzgado especializado de extinción de dominio. El enriquecimiento ilícito, como delito; se desarrolla en la pág. 100 de esta investigación.

¹⁷⁴ Así lo plantea, **Teresa Manso Porto**, El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado; Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI (2011), p. 305 y ss.

¹⁷⁵ **Ana Isabel Perez Cepeda**, La política criminal internacional contra la corrupción; Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña; Universidad de Salamanca, España, 1a. edición, 2012, p. 13 y ss.

CAPITULO II.

DE LA CORRUPCION Y DE LAS DIVERSAS FORMAS DE COMBATIRLA

SUMARIO: 2. De la corrupción en general, 2.1. Elementos y Clases de Corrupción, 2.1.2 De la corrupción privada, 2.1.2 De la corrupción pública, 2.1.3 De los efectos de la corrupción, 2.2 De las medidas preventivas contra la corrupción, 2.3. De las medidas correctivas a la corrupción, 2.4 De las medidas punitivas contra la corrupción, 2.4.1 Tipificación de los delitos de corrupción, 2.4.1.1 Delitos especiales en contra de la corrupción, 2.4.1.2 Delitos que indirectamente combate la corrupción, 2.4.2. Sancionar penalmente a las personas jurídicas, 2.4.3. Penalidades accesorias por delitos de corrupción.

Resumen.

En el presente capítulo, se desarrolla la noción conceptual general acerca de la corrupción, su manifestación en lo público y en lo privado; vista principalmente como un ilícito penal, manifestada en una multiplicidad de actos directa e indirectamente relacionados con ella. Se muestran los múltiples efectos que genera la corrupción en lo social, económico, político y jurídico; sobre los cuales, se propone que se considere calificarla como delito de lesa humanidad y, por tanto, no prescriba y se pueda deducir al corrupto, responsabilidad penal internacional, como complemento o subsidio a la jurisdicción local.

También se muestran los esfuerzos internacionales universales, regional americano y nacionales; orientados a prevenir, detectar, investigar y sancionar la corrupción; aplicando para tal propósito, medidas preventivas, correctivas y punitivas a la corrupción. Destaca, la posibilidad de acudir al Derecho administrativo sancionador, como un instrumento de prevención y combate de esta.

Por último, se muestra la penalización a las personas jurídicas privadas, como una opción para combatir eficazmente este flagelo socio jurídico económico; las diversas posturas en favor y en contra de esta opción, y el fortalecimiento de las penas accesorias, con el fin de disuadir, prevenir y sancionar este problema de corrupción.

2. De la corrupción en general.

Seneca¹⁷⁶ decía, que una de las manifestaciones de la carencia de la ética, es la corrupción; que no es un fenómeno nuevo, y que es un mal de los hombres, no de los tiempos. Por su parte, Vázquez Taín, expresó que “el desarrollo de la ciencia transforma mentalidades y culturas, pero la corrupción

¹⁷⁶ Citado por **Víctor Rafael Hernández Mendible**, La prevención de la corrupción y la contratación pública; Cuadernos de Mariñán 2015, VIII Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano, Edición de la Diputación provincial de la Coruña, España, 2018, p. 67.

al servicio del poder, o la veleidad al servicio de las mayorías son tan antiguas como nuestra propia existencia y a la vez tan actuales como la nanotecnología¹⁷⁷.”

Los dos instrumentos internacionales más importantes para El Salvador, como son la Convención de las Naciones Unidas¹⁷⁸ y la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹⁷⁹, en sus respectivos preámbulos dejan ver el anhelo de “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad” y “ciertos –convencidos- de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”; anhelos que, sin duda, son obstaculizados por la corrupción.

Sin duda, lo anterior, ha sido uno de los motivos que, a la comunidad internacional, universal, regional o subregional, la ha llevado a adoptar la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción¹⁸⁰, la Convención Interamericana contra la corrupción¹⁸¹; el Convenio marco de seguridad democrática en Centroamérica¹⁸²; y la Declaración de Guatemala¹⁸³ para una zona libre de corrupción; entre otros instrumentos contra la corrupción.

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, en adelante CICC¹⁸⁴; si bien es cierto que no la define, en su art. VI enumera las conductas que son constitutivas de corrupción, tales como: Requerir o aceptar, directa o indirectamente, por parte de un funcionario público, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios; ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, a un funcionario público, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios; etc. Pero deja abierta la posibilidad de que bilateralmente se extienda su aplicación a otros actos no enumerados por ella, queriendo suplir así la limitación que en cuanto a su aplicación presenta.

¹⁷⁷ José Antonio Vázquez Tain, *Grandes juicios de la historia*; Espasa editores, Barcelona, 2018, p.12.

¹⁷⁸ Carta de la Organización de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco, el 26 de junio de 1945; ratificada por D.L. 134 del 12 de julio de 1945; publicado en el D.O. 191 del 4 de septiembre de 1945.

¹⁷⁹ Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá, en 1948; ratificada por El Salvador, por D.L. publicado en el D.O. No. 130 del 15 de junio de 1950.

¹⁸⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Mérida, en diciembre de 2003 y ratificada el por D.L. No. 325 del 25 de junio de 2004, publicado en el D.O. N° 131, Tomo N° 364, del 14 de julio de 2004.

¹⁸¹ Convención inter americana contra la corrupción, adoptada en Caracas, el 29 de marzo de 1996 y ratificada por D.L. No. 351 del 9 de julio de 1998, publicado en D.L. N° 351, del 9 de julio de 1998, publicado en el D.O. N° 150, Tomo 340, del 17 de agosto de 1998.

¹⁸² Convenio marco de seguridad democrática en centro américa, adoptado en Honduras, el 15 de diciembre de 1995 y ratificado por D.L. No. 947 del 22 de enero de 1997, publicado en el D.O. N° 31, Tomo 334, del 17 de febrero de 1997.

¹⁸³ Declaración de Guatemala para una zona libre de corrupción, dada en la Ciudad de Guatemala, por los jefes de Estado y de gobierno de los países del Sistema de Integración Centro americana, el 15 de noviembre de 2006.

¹⁸⁴ La Convención Inter americana Contra la Corrupción tiene su origen en el llamado compromiso de Santiago con la democracia y la renovación del sistema inter americano; adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 22 de mayo de 1992; sin embargo, es la primera Cumbre de las Américas, celebrada en Miami, del 9 al 11 de diciembre de 1994, cuando se encara un plan de acción en contra de la corrupción; y la misma Asamblea de la OEA, en su sexta sesión plenaria, el 7 de junio de 1995, emite la Declaración de Montrouis: Una nueva visión de la OEA, y en ella reitera su compromiso de combatir todas las modalidades de corrupción, pública y privada.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en adelante CNUCC; tampoco define este fenómeno; fija su ámbito de aplicación, se refiere a las medidas preventivas y punitivas contra la corrupción, a las medidas cautelares que se pueden adoptar en aras a prevenir o combatirla, a los mecanismos de recuperación de activos¹⁸⁵ producto de ella, a los mecanismos y organismos de aplicación, etc.

La corrupción es un fenómeno social, jurídico, político, económico, moral; que lesiona severamente a las sociedades individuales o en su conjunto; es una práctica nociva, por ello, los Estados en respuesta a los compromisos adquiridos a nivel universal y/o regional, han reaccionado de diversas maneras para detectarla, investigarla, sancionarla y erradicarla. No escapa a la corrupción, ningún estamento público ni privado; en ella se ven inmersas legisladores, jueces, gobernantes y gobernados. Es un fenómeno globalizado, no escapa de él, ningún país; es, además, de difícil definición; por ello se ha optado por definir y/o sancionar sus actos.

En todos los casos, se trata de flujos económicos indebidos, vinculados al poder público para obtener réditos, influencias o beneficios de este. Combatirla, implica hacer enormes esfuerzos por moralizar la vida pública, a través de la pedagogía social; lo que sin duda generaría confianza en las instituciones y personas que integran la sociedad¹⁸⁶. Luchar contra la corrupción, implica utilizar un variado arsenal, legislativo, social e institucional. En el primero está comprendida la tipificación delictiva y la determinación de la sanción de estas conductas.

Siguiendo a Eduardo de Urbano Castrillo¹⁸⁷, se puede afirmar que la justicia en términos generales, es el bien jurídico que se ve erosionado con la corrupción; es aquella –la justicia- el puente o vinculación entre el Derecho, la ética y la moral. Se dirá que ética es la parte de la filosofía, que trata de lo que debe de hacer el hombre para conseguir el bien; es el hábito de obrar bien y de buscar la felicidad. Tiene dos elementos, uno interno, donde se encuentra la conciencia y el sentido del deber, y el externo, es decir, el comportamiento que incide en lo público.

Por su parte, la moral es el conjunto de principios naturales, individuales o sociales; que nos llevan a considerar la expectativa personal y la apariencia frente a los demás. El Derecho, por el contrario, se expresa en normas imperativas, las que se espera sean expresión de lo justo, y se entenderá por justo lo que se ordena por la razón y el bien común.

La corrupción no es un problema solo de los países pobres y no solo sucede en el sector público, tampoco la pobreza genera la corrupción; por el contrario, la corrupción existe tanto en países

¹⁸⁵ Los que a juicio de **Kevin M. Sthefenson**; son barreras generales y cuestiones institucionales, tales como: falta de confianza mutua, de una política institucional integral de recuperación, recursos insuficientes, falta de coordinación efectiva, excesivo burocratismo en la tramitación de las solicitudes de asistencia mutua, entre otras; o barreras legales, que se traducen en la demora de la asistencia mutua. **Kevin M. Sthefenson y otros**, óp. Cit. p. 89 y ss.

¹⁸⁶ Así lo afirma **Eduardo de Urbano Castrillo**, La lucha contra la corrupción, desde la perspectiva judicial; Revista Jurídica Ventana, No. 6, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2005, p. 186.

¹⁸⁷ Eduardo de Urbano Castrillo, elementos de la ética judicial; Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2006, p. 17 y ss.

desarrollados como en lo que no lo están, tanto en lo público como en lo privado, y es esta la que genera pobreza.

Según Joseph Nay¹⁸⁸, corrupción es una conducta –u omisión- que se desvía de las obligaciones – deberes- de orden público normales debido a intereses personales –familiares o allegados- o beneficios monetarios o de orden social, o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencia con fines personales.

Según el Art. 3 literal f de la Ley de ética gubernamental, es el uso y abuso del cargo y de los bienes públicos, cometido por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero. Sin duda, por el objeto de aplicación de dicha ley, solo comprende lo que más adelante se definirá como corrupción pública.

2.1. Elementos y clases de corrupción.

Tiene un elemento moral o, mejor dicho, inmoral; la utilización o empleo, como medio integrante, de un vicio o abuso; y luego, que tal medio comisivo, recaiga sobre una actividad, administrativa, judicial, legislativa, etc.

Expresa Urbano Castrillo¹⁸⁹, que cuatro son los elementos de la corrupción: la violación o transgresión de una norma, el intercambio clandestino entre el marco político y económico, la finalidad de apropiarse de recursos de forma contraria a la ley y, la modificación de las relaciones de poder en los procesos decisionales.

Como estamos en presencia de un hecho ilícito, es necesario que consideremos los elementos que menciona la teoría del delito. Es decir, que debe de haber un elemento subjetivo, el cual puede ser un servidor público o un particular, corruptor pasivo o activo. También debe de existir el animó de obtener un beneficio ilícito, el que podrá consumarse o no.

Además, debe de existir un quebrantamiento a una norma jurídica; no obstante, puede haber casos de corrupción, sin que haya quebrantamiento a la norma. También debe de existir un daño o perjuicio, o a lo menos una tentativa, el que normalmente es en el erario público; o aún el patrimonio de una persona particular.

Para establecer algunas clasificaciones, es necesario tener en cuenta ciertos criterios que las generan y que ayudan a comprender mejor el fenómeno socio-jurídico-económico; veamos algunos.

¹⁸⁸ Citado por **Adán Nieto Martín** y otro, Derecho penal económico, óp. cit. p. 24

¹⁸⁹ **Eduardo de Urbano Castrillo**, Elementos de la ética judicial, óp. Cit. P. 189.

- a) Según se haya o no ejecutado, es consumada o tentada. En el primer caso, el hecho se perfecciona o ejecuta, ósea que se realiza el acto de corrupción, ya sea este positivo o negativo; en el segundo caso, solo se intentó y no se logró, o por lo menos el beneficio no fue alcanzado o el esperado.
- b) Según el destinatario del beneficio indebido que se procura, es directa o indirecta. Directa cuando el sujeto que la procura y a quien se le propone, reciben el beneficio esperado. Indirecta, cuando el beneficiario es una persona distinta a quien la procura, o diferente de a quien se le propone.
- c) Según haya o no mediado ofrecimiento, es oficiosa o inducida. Oficiosa es cuando el servidor público insta o se esmera por lograr el beneficio ilícito; inducida, cuando hay una persona que gestiona la realización de la conducta inadecuada, independientemente de quien sea el destinatario.
- d) Según el resultado del beneficio, es negativa o positiva. Negativa, cuando lo que se gestiona es un no hacer, ya sea en beneficio o perjuicio de otro, o en beneficio del interesado. Positiva, cuando involucra un hacer, en perjuicio o en beneficio, según sea el ánimo del corruptor o del corrupto.
- e) Según el ámbito de ejecución, es pública, privada, o mixta. Pública cuando se da en la llamada Administración pública, ya sea nacional, municipal e institucional. Más bien, la que se dan en el Gobierno del Estado e involucra servidores y fondos públicos. Privada, cuando no interviene ningún servidor público, o no involucra recursos públicos; seda estrictamente en el sector particular o empresarial. Y mixta, cuando es una combinación de ambas, intervienen servidores públicos y particulares, o están de por medio fondos del erario público y de los particulares.
- f) Según se quebrante o no una norma jurídica, se clasifica en legal e ilegal. La primera es aquella que es cometida en completa impunidad, pues goza de la protección del Estado y de sus instituciones, puesto que no quebranta ningún tipo de norma jurídica; normalmente es aceptada por la sociedad y de ahí el nombre de corrupción social. Ej. una ley injusta, que se dicta para beneficiar a determinadas personas, o la tolerancia a prácticas comerciales indebidas. La segunda, es la que, si infringe una norma, y por tanto quien la realiza, se expone a las sanciones que estas dispongan.

También puede ser expresa o tácita, activa o pasiva, económica, social, moral, familiar, laboral, religiosa; etc.

Para Aristóteles¹⁹⁰, la política es la Ética social; por tanto, si la sociedad se corrompe, es porque ha dejado de practicar las virtudes cívicas; para quien y según su doctrina de la degradación del poder, la cual se produce por la corrupción de los políticos, quienes, en vez de servir a los intereses generales, gobiernan en beneficio propio o de algunos próximos a ellos. Así, sostiene que hay corrupción social, política y delictiva; individual o colectiva.

¹⁹⁰ Citado por **Eduardo de Urbano Castrillo**, La lucha contra la corrupción, desde la perspectiva judicial, óp. Cit. P. 188.

Me permitiré proponer y teniendo en cuenta que quien practica actos de corrupción, obtiene para sí o para los suyos un beneficio traducible económicamente, una corrupción económica; a fin de mantener el vínculo con los supuestos de procedencia para el ejercicio de la acción de extinción de dominio.

Expreso Gunnar Myrdal¹⁹¹, que “en los países en desarrollo, mientras los empresarios privados no exhiben espíritu privado porque buscan la protección del Estado, los funcionarios no exhiben espíritu público porque ven su función bajo el ángulo de su interés privado. Los papeles se invierten: los privados operan en la esfera pública, mientras la esfera pública opera bajo el influjo del lucro privado.”

Es un error creer que la corrupción abarca solo a la Administración pública en su conjunto, esta es solo el reflejo de la degradación de los valores éticos y morales de la sociedad en general. Se advierte una quiebra generalizada de los valores, en lo político y en lo privado, en el político y en el ciudadano, en el administrador y en la Administración; por ello, es dable hablar de corrupción privada, pública y mixta.

2.1.1 De la corrupción privada

Afirma el jurista Hernández Mendible¹⁹², que los bienes y recursos privados, pueden ser utilizados por quienes estando en una situación de ventaja, favorable para ello, disponen de poder o dirección en una organización privada, para emplearlos en su beneficio personal, en contravención a las reglas jurídicas, de auto regulación y las éticas que deben informar la gestión privada; contraviniendo así, el denominado buen gobierno corporativo.

Uno de los mitos que se cae con el reconocimiento de la corrupción privada, es que solo tenía cabida en el sector público; sin embargo, desde hace ya varias décadas, las Naciones Unidas venía mostrando¹⁹³ su interés y preocupación por las prácticas corruptas llevadas a cabo por empresas transnacionales.

Al principio, se le conocida como corrupción en los negocios, corrupción entre particulares, o cohecho privado;¹⁹⁴ de la que luego fueron apareciendo delitos específicos de esta, tales como corrupción privada, abuso de confianza, administración desleal, apropiación indebida; etc.

¹⁹¹ Citado por **Hernan Schlageter**, Corrupción, instituciones arcaicas y posibles soluciones; publicado en Instituciones y democracia en El Salvador, edición de Konrad Adenauer Stiftung, El Salvador, 1994, p.161. En ella se proponen medidas a corto, mediano y a largo plazo para combatir la corrupción.

¹⁹² **Víctor Rafael Hernández Mendible**, óp. Cit. p. 67.

¹⁹³ Ver resolución 3514 del 15 de diciembre de 1975, en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas, expresa la citada preocupación. En ese mismo sentido, se expresa **Pablo Schiavi**, El combate a la corrupción en materia de contrataciones públicas en Iberoamérica: especial referencia al caso uruguayo; Colección monográfica contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales, Instituto nacional de administración pública, Madrid, 2017, p. 193.

¹⁹⁴ **José Zamyra Vega Gutiérrez**, El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios; Libro homenaje a Claus Roxin, Fundación internacional de ciencias penales y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú, 2018, p. 417.

En ese mismo sentido, pero en lo internacional; sostiene Ignacio Berdugo, que inicialmente se regulo como corrupción entre particulares, luego se le regulo como corrupción en los negocios, y más recientemente, se le suele llamar de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales¹⁹⁵; con esto, sin duda, se pone de manifiesto como la política criminal ha ido advirtiendo que se ha debido cambiar la tradicional tipificación de los delitos de corrupción privada, para poder así comprender las nuevas y más complejas modalidades de esta.

Dice Nieto Martin¹⁹⁶, que concierne a los particulares, a aquellas conductas por las cuales quienes quieran verse favorecidos para realizar negocios o dar servicios a empresas, recurran a actividades como el soborno o al tráfico de influencias, para poder tener acceso a los mismos en detrimento de otras empresas que no recurren a prácticas de esa especie.

La CNUCC, en el art. 12, se refiere a la corrupción en el sector privado, e insta a los Estados a “adoptar medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.”

Encaja en una relación entre particulares, y se refiere a actos relativos al ámbito privado; se le puede enmarcar en el área comercial, u otras actividades particulares; proviene generalmente del uso y abuso del poder económico, íntimamente relacionada con el poder estatal; y es que a consecuencia de los movimientos económicos liberales en la región latino americana, de privatización de la cosa pública, la desregularización de algunos mercados estratégicos, han agudizado el fenómeno; por ello su combate se orienta a proteger a las empresas y a los mercados, a los usuarios de bienes y servicios, por medio del ius puniendi del Estado, a título del Derecho penal o del administrativo sancionador, según el principio de necesidad o de mínima intervención lo requiera;

Puede ser nacional o transnacional, y lesionan o alteran las reglas básicas que regulan el mercado de bienes y servicios, pues quien participa de la corrupción, no respeta las reglas de la sana competencia; y por no ser suficiente para combatirla, las leyes de competencia o de defensa de los consumidores, se acude al Derecho penal. Sin perjuicio a que los sujetos que en ella intervienen sean particulares, a título individual o colectivo; es de interés público combatirla, generalmente por medio de la criminalidad económica o del Derecho penal económico.

Además, se puede hablar de corrupción privada pasiva y activa, la primera es en atención a que, si la persona solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales, ventajas o beneficios indebidos; y la segunda, cuando la persona promete o da una ventaja indebida a otra, en el ejercicio de

¹⁹⁵ **Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**, Corrupción y Derecho penal: Condicionantes internacionales y reformas del Código penal; Monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario; 1ª. Edición, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016, p. 120.

¹⁹⁶ **Adán Nieto Martín**, Derecho penal económico, óp. Cit. P. 24.

actividades empresariales, para que se abstenga o realice un acto de incumplimiento a sus obligaciones¹⁹⁷.

En El Salvador, y en el marco jurídico e institucional establecido, en el contexto de la aplicación de la CNUCC¹⁹⁸ se han tipificado actos que se puede afirmar, encajan en esta modalidad de corrupción; por ej. el cohecho activo, art. 335, el soborno transnacional,¹⁹⁹ Art. 335-A; el tráfico de influencias, art. 336, todos del Código penal²⁰⁰; entre otros.

Se debe de tener en cuenta, que esta modalidad de corrupción puede alcanzar a los partidos políticos, por eso es que la Ley de partidos políticos²⁰¹, en lo que al financiamiento de estos se refiere y reconociendo su sensibilidad a los actos de corrupción, les han impuesto diversos mecanismos para combatirla, como la transparencia en su financiamiento, puesto que la califica información oficiosa, y por tanto, al acceso de quien quiera conocerla; ya que su financiamiento ilegal, debe de ser delito y como consecuencia, combatirlo.

Como la democracia no tiene un precio, pero si un costo de funcionamiento; resulta trascendente para el combate a la corrupción, tener conocimiento y control del financiamiento a los partidos políticos, que es instrumento o plataforma de lanzamiento a importantes cargos públicos; por lo que está en juego el buen gobierno y la buena administración.

Sostiene Juan Guarnieri²⁰², que fiscalizar el financiamiento de los partidos políticos, es para evitar que las prácticas corruptas, pongan en riesgo el buen gobierno, la buena administración y la razón de ser de la democracia; evitar que nos gobiernen quienes no gana las elecciones, pero pagan a quienes participan en ellas.

Sigue diciendo Guarnieri, que, con la fiscalización al financiamiento partidario, se procura entonces, combatir la corrupción política, ya que socava al Estado social y democrático de Derecho, pues afecta

¹⁹⁷ Así la definen y clasifican los arts. 2 y 3 de la Unión europea, en su acción común del 22 de diciembre de 1998, adoptada en Bruselas, por el Consejo de la Unión europea.

¹⁹⁸ Así lo informo El Salvador, en el marco de la Conferencia de los Estados parte de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, celebrada en Viena, en junio de 2014.

¹⁹⁹ Delito que ha tenido como fuente el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales, de 1997, en el que se insta a los Estados miembros a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero para conseguir o conservar un contrato o un beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales; Convenio que fue promovido por la Organización para la cooperación y el desarrollo económico. Organización a la que El Salvador se incorporó en febrero de 2019.

²⁰⁰ Según transparencia internacional, la corrupción en el sector privado, tiene diversas manifestaciones: el soborno, el tráfico de influencias, el fraude, lavado de dinero, colusión, entre otros. Transparencia internacional: las personas y la corrupción: América latina y el Caribe. Barómetro global de la corrupción, 2017, disponible en <https://www.transparency.org>.

²⁰¹ Art. 24, lit. f, Ley de partidos político, D.L. No. 307 del 14 de febrero de 2013, publicado en el D.O. No. 40, el 27 de febrero de 2013.

²⁰² **Juan Pablo Pio Guarnieri**, de la relación entre el financiamiento de los partidos políticos y el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración; IX Jornadas de Derecho administrativo ibero americano 2016, Cuadernos de Mariñan; edición de la Diputación Provincial de La Coruña, España, 2018, p. 335.

la regla de las mayorías y minorías en democracia, a la teoría de la representación, a los principios de publicidad y transparencia, distrae la atención y recursos en la prevención y represión en su contra, y ocasiona delitos en cascada para encubrir las conductas corruptas originarias.

Por lo que, hay que tener control sobre los ingresos, gastos y transparencia de las organizaciones políticas; para garantizar el mejor cumplimiento del interés general y la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, razón de ser del Estado y centro de toda política pública.

Similar control se debería de tener en el deporte, ya que su organización, promoción y desarrollo, se debe de ceñir al principio de probidad y además ha sido declarado de interés social y de utilidad pública²⁰³; aunque fuera en lo que a subsidios o subvenciones se refiere.

El art. 158 y ss., la LACAP contiene, como forma de combate a la corrupción privada y en materia de sanciones contractuales a particulares, la inhabilitación temporal de hasta cinco años, por infracciones a dicha ley y sin perjuicio a una eventual responsabilidad penal.

El ante proyecto de Ley integral de probidad, a partir del art. 35²⁰⁴, se plantea, lo que, a juicio del suscrito, es una tacita obligación que pretende detectar o prevenir la denominada corrupción mixta; cuando un funcionario esté relacionado con el desempeño de actividades particulares y pueda significar un conflicto de intereses.

Es claro que la corrupción privada, cambia los incentivos, costos e interacciones de los agentes económicos y sociales, alterando la relación entre el desarrollo económico y el progreso social que busca el bienestar colectivo; una razón más, para combatirla.

Se puede entonces decir, que se combate la corrupción privada involucrando al mismo sector privado o empresarial, y al Estado; el primer sector debe adoptar códigos de ética empresarial, constituyendo un buen gobierno corporativo²⁰⁵, que cree un sistema integral de cumplimiento de competencias e

²⁰³ Arts. 2 lit. i, 3, 36 y 80 de la Ley general de los deportes en El Salvador, D.L. No. 469 del 15 de noviembre de 2007, publicada en el D.O. No. 235, del 17 de diciembre de 2007.

²⁰⁴ Art. 35. Declaración patrimonial y de intereses. 1. Los sujetos obligados deberán declarar bajo juramento todas las participaciones y actividades profesionales, laborales, económicas, gremiales o de beneficencia, sean o no remuneradas, que realice o en que participe el declarante, incluidas las realizadas en los veinticuatro meses anteriores de asumir el cargo. Asimismo, deberán declarar todos los intereses particulares que pudieren dar origen a conflictos de intereses en el ejercicio de su cargo, conforme lo indica la presente ley. 2. Se entenderá que todos los atestados y explicaciones que los sujetos obligados presentaren posteriormente, están amparados por el juramento original. 3. Las declaraciones patrimoniales y de intereses serán objeto de valoración y comprobación por parte de la Dirección de Probidad y la Corte Suprema de Justicia en pleno, respetando las garantías del debido proceso y el principio de legalidad. 4. Las declaraciones patrimoniales y de intereses serán públicas, con excepción de los datos que conforme a la Ley de Acceso a la Información Pública se consideren confidenciales o reservados.

²⁰⁵ A juicio de FUSADES, un buen gobierno corporativo, está sustentado en los siguientes principios: Garantía de eficacia en el funcionamiento del gobierno corporativo, protección de los derechos de los accionistas y de las funciones clave en el ámbito de propiedad, equidad en el tratamiento de los accionistas, reconocimiento de los derechos de creación de riqueza y del empleo, y la transparencia en la divulgación de datos referidos a procesos de legalidad y ética en los negocios;

implemente acciones tendientes a reducir los riesgos derivados del incumplimiento de las normas de conducta; y la AP, debe de reducir o simplificar los procedimientos administrativos, que suelen ser fuente de actos de corrupción, abandonando la burocracia, simplificando sus procedimientos administrativos por medio de la digitalización e innovación; además de transparentarlos y garantizar con ellos su estabilidad o seguridad jurídica²⁰⁶.

Se puede entonces concluir este apartado, que con el combate punitivo a la corrupción privada; se pretende tutelar un modelo puro de competencia, que deben observar los agentes económicos; los intereses económicos de los titulares de la empresa y los derechos de las demás personas que se relacionan con esta, y la defensa de los intereses patrimoniales de los competidores. Dicho en términos breves, son delitos pluri ofensivos²⁰⁷.

2.1.2 De la corrupción pública

Ya decía Platón²⁰⁸, en Las Leyes: “Los que sirven a la nación deben rendir sus servicios sin recibir ningún regalo. El formar un juicio y luego cumplir con él, no es tarea fácil y el camino más seguro para el hombre es el obedecer lealmente a la ley que manda. No sirvas por regalo.”

La corrupción se puede manifestar a través de un concierto o convención de voluntades, donde una de las personas que tiene algún tipo de responsabilidad o poder sobre bienes o recursos públicos, permite, tolera o acepta su uso, administración, disfrute o apropiación en contravención a la legalidad.

A ella se refiere el Art. 7 de la CNUCC, en el que afirma que cada Estado parte, “cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas”

Se concibe como el uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya o no consumado un daño al Estado u otro ente público; o,

fiscalización interna y externa, entre otros. **FUSADES**, Sector privado: agente de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción, Boletín estudios legales, El Salvador, 2019, p. iv.

²⁰⁶ En este orden de ideas, es fundamental tener en cuenta el objeto y contenido de la Ley de mejora regulatoria, que en su art. 1 dice: “Las Disposiciones de la presente Ley tienen como objeto, asegurar la calidad de las regulaciones de los sujetos obligados, para que generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad, y se eliminen exigencias y requisitos que, sin fundamento, o apartándose de las plataformas tecnológicas, afecten el clima de negocios, la competitividad, el comercio exterior y la atracción de inversiones; para lo cual, se crea el Sistema de Mejora Regulatoria.” ; por su parte, el inciso 1 del art. 25 dice: “El Organismo contará con un Registro Nacional de Trámites para la inscripción y publicación de trámites, con el objetivo de dar certeza jurídica y contribuir con la transparencia de la información, así como mejorar la interacción entre los sujetos obligados y los usuarios.” Sin duda, esta ley pretende ayudar a combatir la corrupción. Ley de mejora regulatoria, D.L. No. 202, del 12 de diciembre de 2018, publicado en el D.O. No. 5, Tomo 422, del 9 de enero de 2019.

²⁰⁷ **José Zamy Vega Gutiérrez**, óp. Cit. P. 419.

²⁰⁸ Citado por **Herman Schlageter**, óp. Cit., p. 155.

dicho de otro modo, es el uso indebido de los ámbitos oficiales para la obtención de resultados no oficiales²⁰⁹.

Se afirma que la especificidad de la corrupción pública, proviene de la situación en la que se produce; e implica dos condiciones para su apareamiento, uno, la condición de la persona susceptible de ser corrompida y dos, el comportamiento tomado en cuenta. No basta que la persona involucrada tenga la calidad de servidor público, sino que es necesario que su actuación en el acto corrupto, entre en la esfera pública. Deben de estar involucrados, el patrimonio público y la función pública.

El profesor Said²¹⁰, propone el siguiente concepto, que bien se aplica a lo que se está planteando como corrupción pública, así: El incumplimiento de una obligación institucional inherente al cargo por parte de un funcionario, para la obtención de un beneficio personal extra posicional para sí o para un tercero por él indicado, otorgado al funcionario o al tercero por un particular o empresa que lo soborna o al que el funcionario extorsiona, generalmente dirigido a obtener para el particular o empresa beneficios propios que el funcionario resulta competente para conceder o facilitar.

En palabras de Adán Nieto Martín, la corrupción pública se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público, para que gestione de acuerdo con los intereses generales; no lo utiliza correctamente- el poder-, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal²¹¹.

2.1.3 De los efectos de la corrupción

En términos generales, se puede afirmar que la corrupción, genera una multiplicidad de efectos o reacciones. Se puede hablar de efectos psicosociales, en donde unos se muestran indignados y proponen discursos moralizantes; otros en cambio, muestran tolerancia y hasta admiración, por el aparente éxito que se advierte en quien la práctica, lo a quienes consideran sujetos inteligentes²¹², lo que se ve fortalecido con el tratamiento punitivo más benigno que la norma da a este tipo de infractor.

También pone en peligro a las democracias, impide la existencia de buenos gobiernos, puesto que perjudica la credibilidad y la legitimidad del sistema político; lo que causa malestar e indiferencia social

²⁰⁹ **Mariana Malet Vázquez**, Factores que influyen sobre la corrupción, los efectos que esta provoca y propuestas para erradicarla; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de Lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002, p. 25.

²¹⁰ **José Luis Said**, corrupción y después: notas sobre contratación pública espuria; Cuadernos de Mariñan 2015, VIII Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano, Edición de la Diputación provincial de la Coruña, España, 2018, p. 213.

²¹¹ Citado por **Norberto Javier de la Mata Barranco**, Los delitos de corrupción como delito contra la Administración: el objeto de tutela penal frente a ellos; en monográfico: debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, 1ª. Edición, publicado por la Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016, p. 142.

²¹² Calificativo que, en palabras de Martín Prats, es expresión de una cultura política subyacente, que entiende a la corrupción como algo normal y natural del sistema, un mal inevitable. **Martín Prats**, óp. Cit. p. 83.

a los procesos electorales directos e indirectos, hay además una falta de colaboración ciudadana en las investigaciones criminales, etc. deslegitima internacionalmente a los gobiernos, reduce la inversión extranjera, etc. Provoca efectos negativos en la economía de los Estados, distorsionando el normal funcionamiento de los mercados, pues estos no se consiguen con méritos sino con actos de corrupción²¹³.

Como atentado a la ética, la corrupción frena el desarrollo social, el crecimiento económico y para la equidad y mejora del nivel de vida de los miembros que integran la sociedad; afecta el derecho a vivir o de vivir, no solo existir, pues la vida tiene dimensiones biológicas, culturales, económicas, sociales, etc.; en definitiva, supone un desconocimiento de la dignidad humana.

Ya específicamente, se puede afirmar que varios son los efectos que produce la corrupción, estos pueden o no recaer en el patrimonio del Estado o de los particulares; e incluso podría no generar efectos negativos en el patrimonio del Estado²¹⁴ e igual se tiene la obligación de combatirla.

a) Engendra crisis sociales. Los sectores o clases que componen a una sociedad, viven luchando debido a que muchas personas son afectadas por ella. Agudiza las luchas sociales, pues genera mucha precariedad y descontentos, que se expresan en reiteradas protestas sociales.

b) Encierra a millones de personas en el hambre y la miseria; puesto que los recursos del Estado son usados para beneficio de grupos pequeños de personas y/o empresa, y no llegan a quienes realmente los necesitan. Por ello es que muchas de las instituciones del Estado, permanecen en una precaria situación de insumos, recursos y demás, para prestar eficientemente los servicios públicos.

c) Desestabiliza el orden jurídico, moral y religioso de los pueblos; y además debilita las democracias. La democracia es un fundamento primordial del sistema interamericano y nacional de protección a derechos humanos, al punto de afirmar que sin democracia no hay derechos humanos, ni democracia sin derechos humanos.

Debilita la democracia y socava la legitimidad de los gobiernos e instituciones, por ende, la ciudadanía pierde la credibilidad en las instituciones del Estado y en sus gobernantes; tampoco cree en los procesos electorales. El ciudadano pierde la confianza en la ley y en el Estado de Derecho. Esta tan arraigada, que la sociedad tiende a creer que es normal, y por tanto no hace nada para combatirla.

d) Distorsiona el comercio y fomenta el uso abusivo de los recursos naturales. El costo de la corrupción se traslada a los consumidores de bienes y servicios; e irrespeta la protección del medio ambiente, ya que este sucumbe ante los intereses económicos.

e) Limita la libre competencia, especialmente en lo relacionado a la actividad contractual del Estado. El soborno se impone, como mecanismo de selección de los co contratante, dejando sin posibilidad a

²¹³ Mariana Malet Vázquez, óp. cit. p. 34 y ss.

²¹⁴ Así lo establece el art. XII de la Convención Interamericana contra la corrupción, suscrita en Caracas, el 29 de marzo de 1996; ratificada por D.L. 351 del 9 de julio de 1998, publicado en el D.O. N° 150, Tomo 340, del 17 de agosto de 1998.

aquellas personas que no pueden pagarlo, o que en el mejor de los casos no están dispuestos a hacerlo.

f) Contribuye al incremento del gasto público, pues muchos de los recursos son orientados a cubrir los montos que han sido desfalcados; sin perjuicio de los costos que implica el mantenimiento de las instituciones encargadas de su prevención, detección y sanción.

g) Destruye la honestidad como un valor fundamental en las personas o en los grupos sociales, a tal grado que se cree que todos de una u otra manera somos corruptos, y lo peor es que lo solemos aceptar y no nos sentimos mal por ello; o en el menor de los perjuicios, la consideramos tan normal, que no nos ofende.

Se puede concluir este apartado diciendo, que la corrupción, pública, privada o mixta; afecta los derechos humanos, individuales – principalmente el de dominio o propiedad-, sociales –esencialmente el de educación, salud, acceso a los servicios públicos de calidad-, económicos – particularmente el de libertad económica, de contratación, de empresa-, etc.; por lo que se requiere de la intervención del Estado para promover, poyar y desarrollar políticas públicas que permitan el más amplio ejercicio de los derechos económicos de las personas.

2.2 De las medidas preventivas contra la corrupción.

Si la corrupción, está debilitando las economías, especialmente la de los países en vías de desarrollo, no puede ni debe pasar inadvertida ante los formuladores de políticas públicas de desarrollo, se debe de tener en cuenta y formular en su contra mecanismos que la identifiquen, prevengan y sanciones.

La CICC, en su art. II No. 1, deja claro que uno de sus propósitos, es prevenir la corrupción; luego, el art. III, con el afán de alcanzar tal propósito, plantea una multiplicidad de mecanismos preventivos a la corrupción; por su parte, la CNUCC, de Mérida, Yucatán, México, en 2003; y que tiene por objetivo principal fortalecer las medidas para prevenir y combatir el fenómeno criminológico de la corrupción y la ilícita transferencia de capitales; en ella expresan los Estados parte, estar “preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero.”

Desde el Protocolo de Tegucigalpa de 1991, con el que se consolida el proceso de integración de la región centroamericana, se vislumbra en su art. 3 lit. b, la creación de un modelo de seguridad regional que prevenga, investigue y sancione la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de armas, etc.; por eso es que el art. 5 del Tratado marco de seguridad democrática de Centroamérica²¹⁵,

²¹⁵ Tratado marco de seguridad democrática, suscrito, como ya se dijo en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995, ratificado por medio del D.L. N° 947, del 22 de enero de 1997, publicado en el D.O. N° 31, Tomo 334, del 17 de febrero de 1997; que básicamente tiene los siguientes elementos: Estado de derecho, seguridad de las personas, seguridad regional y organización e instituciones, en temas relacionados con la democracia, los derechos humanos, el

claramente manifiesta que “La corrupción pública o privada, constituye una amenaza a la democracia y la seguridad de los habitantes y de los Estados de la región centroamericana. Las partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos para su erradicación en todos los niveles y modalidades;” tratado en el que se constituyó la Comisión de seguridad de Centroamérica.

Y es que, en el marco del proceso de integración Centroamericana, se ha construido una estrategia de seguridad en la región²¹⁶; que ha permitido identificar los problemas que más afectan a la ciudadanía centroamericana y por ende proyectar las acciones que se deben de realizar a nivel gubernamental y regional para prevenirlos y combatirlos. Estrategia que tiene como una acción prioritaria a implementar, la seguridad democrática, por tanto, la prevención y el combate a la corrupción está dentro de esta²¹⁷.

Ha dicho la Sala de lo constitucional de la CSJ, que la expresada CNUCC, “comparte el mismo sustrato ideológico que la Constitución porque, por un lado, la lucha contra la corrupción es una obligación del Estado impuesta por la norma fundamental pues es un instrumento para preservar la igualdad, el acceso a la información pública, la libertad de expresión e información, la democracia y el uso adecuado de los recursos estatales, y por otro lado, debido a que los actos de corrupción constituyen por sí mismos violaciones directas o indirectas de los derechos fundamentales.²¹⁸”

En la medida que los funcionarios tienen más poder, lo común es que tengan menos controles, por ello es que están más expuestos a corromperse, así que, el establecimiento de controles, la transparencia y publicidad de la gestión, la facilidad de denuncia y el acceso a la información pública; son verdaderas medidas preventivas a la corrupción. Medidas que deben de comprender temas como la contratación pública, el ingreso a la función pública, rendición de cuentas en la gestión de la hacienda pública, etc.

La contratación pública sin duda, mueve millones de dólares y por tanto es muy sensible a la corrupción; por ello, varios autores prestan especial interés en esta y sostienen que la transparencia, la publicidad y la igualdad, son valores básicos para una contratación pública correcta. Así, se regula

narcotráfico y la criminalidad. En el que los Estados asumen el compromiso de hacer esfuerzos por erradicar la impunidad, y es acá donde encuentra cabida la acción de extinción de dominio, que no necesita previa condena para su ejercicio; pues, reconoce que los actos de corrupción pueden procurar tal impunidad. En este mismo sentido, se expresaron los jefes de Estado y de gobierno, en la denominada Declaración de Guatemala para una región libre de corrupción, adoptada el 15 de noviembre de 2006, en la 12ª. Segunda conferencia internacional anticorrupción; cuando dijeron que esta es un obstáculo que frena los esfuerzos para el desarrollo, la gobernabilidad y el combate a la pobreza.

²¹⁶ Aprobada por la Comisión de seguridad de Centroamérica el 8 de abril de 2011 y avalada por la Reunión intersectorial de ministros de relaciones exteriores, de seguridad pública, gobernación y defensa, en mayo de 2011; por lo que se espera sea el instrumento básico que, desde una perspectiva integral, oriente las acciones coordinadas que en materia de seguridad adopten los países de la región, enmarcadas en sus propios ordenamientos jurídicos.

²¹⁷ **Werner Ovalle Ramírez**, la agenda de seguridad en Centroamérica, Colección de estudios centroamericanos, No. 4, edición de la Fundación ETEA, San Salvador, 2013, p.338.

²¹⁸ Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad, dictada el 28 de mayo de 2018, en proceso acumulado, clasificado bajo el número 146-2014/107-2017, p. 10; espíritu que sin duda se advierte de los considerandos II, IV; y del art. 1 al 6 de la Ley de acceso a la información pública.

la supervisión de los poderes públicos sobre el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas para la ejecución de los contratos; la subcontratación, de manera que afloren las empresas implicadas promoviendo la transparencia; la modificación de los contratos, para evitar que encubra realmente contrataciones nuevas; así como la resolución de los contratos.

El profesor Hernández Mendible²¹⁹, sostiene que uno de los valores del Estado social y democrático de Derecho, es la ética, y que esta justamente el origen de los controles institucionales de la lucha contra la corrupción. Por su parte, el profesor Luis Said²²⁰ afirma que, la relación entre la contratación pública y la prevención de la corrupción, exige articular diferentes practicas discursivas.

a) Facilitar el acceso a la información publica

El art. 10 de la CNUCC, insta a los Estados parte a que, conforme a los principios fundamentales de su Derecho interno, adopte las medidas necesarias para transparentar la Administración pública y puedan los ciudadanos acceder a la información pública de su interés²²¹. Expresa Miriam Ivanega²²², que una Administración pública abierta al acceso a la información pública, muestra las siguientes ventajas: un público mejor informado, participa de mejor manera en el proceso democrático; el Congreso – la Asamblea-, la prensa y el público en general, son capaces de dar seguimiento y vigilar las acciones de tal Administración; facilita la rendición de cuentas, entre otras.

Es decir, que derecho a la información es aquella potestad o atributo de toda persona de dar, recibir y buscar información²²³; este, también es un derecho fundamental, de naturaleza instrumental, pues habilita o facilita el ejercicio de otros derechos. De igual manera, el derecho de acceso a la información pública, es un derecho fundamental, está comprendido en el derecho a la información, puesto que es el atributo en virtud del cual, cualquier persona puede pedir información pública, en versión física o

²¹⁹ **Víctor Rafael Hernández Mendible**, óp. cit. p. 65.

²²⁰ **José Luis Said**, óp. Cit. p. 205.

²²¹ Ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que este derecho de acceso a la información pública, está comprendido dentro del derecho de libertad de expresión, recogido en el art. 6 inciso 1 de la Cn., 19 de la Declaración universal de derechos humanos, 19.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 13 de la Convención americana de derechos humanos; y habilita la toma de decisiones libres y bien informadas. Sentencia de amparo, referencia 607-2010, dictada el 11 de enero de 2013. Por su parte, y en lo que a la libertad de expresión se refiere, la CIDH, en el caso Fontevecchia y D' Amico vrs. Argentina, en resolución del 29 de noviembre de 2011, ha dicho que el Estado debe de facilitar que el flujo informativo y dada la importancia de la libertad de expresión en un Estado democrático, debe minimizar las restricciones a la circulación de la información, y equilibrar en la mayor medida posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.

²²² **Mirian Mabel Ivanega**, Control público, óp. Cit. p. 50.

²²³ **Mauricio Gutiérrez Castro**, Derecho de la información, 1ª. edición de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2008, p.36.

electrónica, según considere conveniente. Derecho que es de naturaleza instrumental, pues es una herramienta de lucha contra la corrupción y facilita el control ciudadano en la Administración²²⁴.

El derecho de acceso a la información pública, es un derecho humano fundamental; previsto y desarrollado en la Ley de acceso a la información pública y su reglamento²²⁵, desde donde la ciudadanía puede ejercer este derecho e instrumento de control a la función pública, el que, sin duda, es también un instrumento preventivo a la corrupción, ya que se hace efectiva la transparencia en la gestión pública y mejora la democracia²²⁶; así lo expresa el considerando II de la ley.

b) Erigir órganos contra la corrupción.

Expresa el art. 5 de la CNUCC, que cada Estado parte, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción; por su parte el art. 6 de esta, señala que como medida preventiva a la corrupción, cada Estado garantizara la existencia de un órgano encargado de prevenirla, y es en atención a este último precepto, que El Salvador creó la Sub Secretaría de transparencia y anticorrupción, presidida por el señor Marcos Enrique Rodríguez González; la que recientemente fue modificada por el actual Presidente de la República y nombrada Secretaria de participación, transparencia y anticorrupción.

Otro Órgano que bien se puede considerar combate la corrupción, es la Sección de probidad de la Corte Suprema de Justicia, establecido en el art. 3 de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos; la que más adelante, se desarrollara; ante quien deben los funcionarios públicos presentar sus declaraciones de patrimonio, al asumir y al dejar el cargo. A este mecanismo de prevención, también se refiere el art. 3 No. 4 de la CICC.

Dijo la Sala de lo Constitucional de la CSJ en la sentencia que declaró inconstitucional la Ley de probidad de 2015: “Una de las unidades que integran la organización del Órgano Judicial es la **Sección de Probidad**, que desde 1959 ha sido la instancia dentro de la CSJ encargada de aplicar la Ley sobre

²²⁴ **Federico, Morandini**; Acceso a la información pública en las contrataciones públicas, Monografía; publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, p.261.

²²⁵ Ley de acceso a la información pública, D.L. No. 534 del 2 de diciembre de 2010, publicado en el D.O. No 70 el 8 de abril de 2011; y Reglamento de la ley de acceso a la información pública, Decreto ejecutivo No. 136, del 1 de septiembre de 2011, publicado en el D.O. No. 163, Tomo 392, del 2 de septiembre de 2011 y que luego fuera declarado inconstitucional por sentencia del 5 de diciembre de 2012, por sentencia dictada en proceso ref. 13-2012; respectivamente. Así lo reconoce el legislador, cuando en los considerandos de la ley, reconocen la influencia en esta, de las Convenciones Interamericana y la de las Naciones Unidas contra la corrupción. Derecho que es de naturaleza instrumental, está vinculado con otros, como el de libertad de expresión y de pensamiento, de buscar, recibir y difundir información; y lo reafirma el art. 16 No. 3 de la Ley de procedimientos administrativos. Derecho que, en opinión consultiva número 5/85 de la Corte Interamericana de derechos humanos, tiene dos dimensiones: una individual y una colectiva.

²²⁶ Así lo sostiene la Relatoría especial para la libertad de expresión de la Convención Interamericana de derechos humanos, en su informe de 2007; opinión que comparte **Miguel Antonio Guevara Quintanilla**, en el derecho de acceso a la información pública y su relación con la cultura para la paz; 1ª. Edición, Impresora Panamericana, El Salvador, 2017, p. 83.

enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos. Su labor está históricamente vinculada a la existencia de la sanción al enriquecimiento sin justa causa de funcionarios públicos previsto en el art. 240 Cn. Al ser tal enriquecimiento una de las manifestaciones más comunes de la corrupción en el sector público, la función de la Sección de Probidad está relacionada tanto a la gestión preventiva como de control, seguimiento y vigilancia de los factores que posibilitan la existencia de corrupción en su manifestación de enriquecimiento sin justa causa, en tanto corresponde a esta entidad recibir y vigilar la dinámica patrimonial de los servidores públicos obligados a presentar declaración jurada de patrimonio en los términos que establece la ley, y así también instruir la imposición de sanciones en los casos establecidos en dicha normativa.”

Este mismo Órgano, se planteó en el 5 de la Ley de probidad de 2015 –que como se sabe, fue declarada inconstitucional-²²⁷; en ella se le elevaba a Dirección de probidad, con las funciones y atribuciones, que el art. 11 de la ley en cuestión le estableció, así: “a) Establecer y mantener actualizado el registro de los sujetos obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio; b) recibir las declaraciones juradas patrimoniales y verificar los requisitos formales que la ley establece; c) comprobar la veracidad de la información patrimonial declarada, d) valorar e investigar los datos relacionados con la infracción de las obligaciones emanadas de esta ley; e) sustanciar los procesos encaminados a imponer sanciones por el incumplimiento de esta ley, dejando dichos procesos en estado de dictarse la resolución pertinente; f) elaborar y difundir todos los instructivos, formularios y manuales que sean necesarios para facilitar la aplicación de esta ley y sus reglamentos; g) remitir informes a la Corte Suprema de Justicia en pleno en los casos pertinentes; h) proponer a la Sala de lo Civil que dé aviso al Fiscal General de la República cuando se haya encontrado indicios sobre un hecho delictivo; e i) las demás que esta ley establezca”; Ley que incluso creaba un sistema de probidad.

Actualmente, y a consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de probidad, y lo desfasado de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, se está discutiendo en el seno de la Corte Suprema de Justicia un anteproyecto denominado Ley integral de probidad; en el que se mantiene –art. 12- este Órgano –se eleva a Dirección- como mecanismo preventivo a la corrupción y se pretende erigir todo un sistema orgánico de probidad.

c) Fortalecer la ética y moral en la educación formal.

Consiente que el comportamiento corrupto de las personas, es consecuencia de una ética y moral relativizada, o bien hasta desconocida en ellas; se vuelve sin duda importante sembrar en las diversas generaciones los más elementales principios y valores ético morales y esto, se logra por medio de la

²²⁷ Ley de probidad, D.L. No. 225 del 16 de diciembre de 2015, publicado en el D.O. No. 237, publicado el 23 de diciembre de 2015; declarada inconstitucional en razón de haberse dictado sin que mediare moción de iniciativa de la CSJ, por sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, de las catorce horas con once minutos del día nueve de febrero de dos mil dieciocho; en proceso de inconstitucionalidad marcado con el número 6-2016/2-2016.

enseñanza en los distintos niveles educativos; por ello es que se cree que se deben de incorporar a los programas de estudios de todos los niveles²²⁸, la ética y la moral; con lo que además, se estaría dando cumplimiento al Art. 56 de la Ley de Ética Gubernamental;²²⁹ e incluso según el art. 49 del Reglamento de esta Ley, el tribunal podrá sugerir al Ministerio de Educación, los contenidos curriculares que en los diversos niveles educativos, habrían de desarrollarse.

d) De la promoción de la probidad pública.

La corrupción encuentra terreno fértil en una sociedad débil, por ello, ante una sociedad desmoralizada, en la que proliferan funcionarios y ciudadanos que no tienen soportes cívicos, éticos y morales fuertes, para cumplir adecuadamente con sus deberes, es imprescindible una campaña de difusión e interiorización de los valores, como la honestidad, el orden, el amor, la veracidad, la honradez, etc.; que transformen a la sociedad en una que respete los derechos de los demás y que cumpla con sus deberes.

Lo anterior, se logra promoviendo, difundiendo y haciendo respetar una articulación normativa de la ética; tales como Códigos de ética para la función tanto pública como privada, para el ejercicio de determinadas profesiones²³⁰, etc.

La probidad, según el art. 4 lit. b de la Ley de ética gubernamental, es un principio de la ética, e implica que las personas, funcionarios o no, observen una conducta honesta en el desempeño de su cargo o cumplimiento de deberes, con preminencia del interés público sobre cualquier otro. Interés que se expresa en la satisfacción regular y continua de las necesidades colectivas, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos.

Una forma de promover la probidad pública, es la institucionalización de reconocimientos públicos hechos a quienes, en el ejercicio de sus funciones, muestren apego a tal principio. El Tribunal de ética gubernamental, en la ya acostumbrada semana de la ética, suele hacer este tipo de reconocimientos, y les denomina amigos de la ética; reconocimiento que tiene cabida en el art. 17 lit. b de la Ley. Otra forma de promover la probidad pública, es la obligación que impone la LPA²³¹ a los funcionarios públicos, de motivar los actos administrativos que emitan, especialmente aquellos desfavorables o que

²²⁸ Esto es congruente con lo que hace cientos de años expuso Pitágoras: “Educa a los niños y no será necesario castigar a los hombres”, citado por **Carlos Luis Martínez Artiga**, Doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia, Revista de ciencias jurídicas Nuncius Iure, No. 11, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad modular abierta, el Salvador, 2019, p. 7.

²²⁹ Ley de ética gubernamental D.L. No. 873 del 13 de octubre de 2011; publicado en el D.O. No. 229, Tomo No. 393 del 7 de diciembre de 2011.

²³⁰ Así lo propuso el primer Congreso internacional de ética pública, celebrado en Washington, en noviembre de 1994.

²³¹ Ley de procedimientos administrativos, art. 21 y ss.

resuelvan recursos; a fin de que quien tenga interés, pueda conocer las razones de hecho y de Derecho que se tuvieron para decidir en el sentido que se decidió.

Una de las cualidades requeridas, según el jurista argentino, Rodolfo Vigo²³², es la austeridad republicana, carácter que bien se puede exigir, con más o menos rigurosidad a cualquier servidor público y ciudadanos en general, estos últimos en el marco de lo que podríamos llamar responsabilidad social.

e) Capacitación ética en el sector público.

En el marco del sector público, los cursos de inducción a la ética pública²³³, deben de ser impartidos, tanto a los nuevos funcionarios como a los actuales; haciendo énfasis en las consecuencias al incumplimiento de sus deberes éticos relacionados con el manejo²³⁴ de los recursos públicos. Es decir que, la profesionalización del sector público, es un eje importante para combatir la corrupción y se cree, que ayudaría a este esfuerzo la aprobación de una nueva ley de función pública; por ello no se comparte el rechazo que está teniendo un proyecto de esta en el sector laboral organizado.

Tratándose del sector privado, animarlos a que adopten una postura basada en principios éticos empresariales para contrarrestar el soborno como forma de selección para contratar. - Promover además en este sector la responsabilidad social corporativa. En el sector bancario, impulsar políticas orientadas a conocer a sus clientes, para evitar el lavado de dinero.

f) Facilitar la participación ciudadana en la gestión pública.

Facilitarle el acceso al ciudadano, requiere en principio, permitirle que tenga acceso a la información pública, para que, sobre la base de ella, decida responsablemente participar en el control a la gestión o interesarse en formar parte de esta.

Fomentar la cultura ciudadana, en el sentido de que sepan que pueden llamar a los políticos a rendir cuentas; a exigirles la libre información sobre los asuntos de la cosa pública, exigir que se divulguen los conceptos básicos de todo negocio público, especialmente en lo que a actividad contractual se refiera, en la fase de evaluación de las propuestas y adjudicación del contrato.

Esto sobre la base de que la corrupción afecta la calidad de la democracia, destruye la confianza hacia los gobernantes, de la ley, y del Estado mismo. Esta afecta directamente al ciudadano común, pues

²³² **Rodolfo Luis Vigo**, ética y responsabilidad judicial, 1a. edición, Rubinzal –Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 40.

²³³ A ellos se refiere el art. 47 del Reglamento de la Ley de ética gubernamental, Acuerdo No. 48, del 13 de febrero de 2013, publicado en el D.O. No. 58, Tomo 399 del 2 de abril de 2013.

²³⁴ El termino manejo de fondos o recursos públicos, es definido por el art. 16 de la Ley de probidad, que dice: “Existe intervención en el manejo de fondos públicos cuando de alguna manera se ejercen funciones de decisión, ejecución o fiscalización en el proceso de generación, desarrollo y control de todo gasto e ingreso público.”

es su dinero el que se roban o desvían, es el quien debe de involucrarse directamente en las formas de control y combate a este mal social. La anterior medida tiene sustento en el art. V, número 11 de la CICC y; en el art. 5.1 de la CNUCC.

Implica, además, la apertura en las estructuras orgánicas de las instituciones públicas, a fin de potenciar la incorporación de la sociedad civil en los órganos colegiados de la Administración pública.

g) Acudir al ius puniendi administrativo o Derecho penal administrativo.

Desde el punto de vista de la política criminal, y ante el expansionismo experimentado por el Derecho penal económico, y atendiendo el principio de mínima intervención y de última opción; vale la pena impulsar el denominado Derecho penal de segunda o tercera vía, es decir, el Derecho penal administrativo o administrativo sancionador; lo que implicaría, agotar la denominada vía administrativa o adoptar medidas alternativas para combatir cierta criminalidad económica, antes de acudir al Derecho penal.

Afirma el profesor Luis Said²³⁵, que para convertir al fenómeno social, político y económico corrupción en una categoría jurídica específica del Derecho administrativo, para abordar su consideración como un vicio que impacta sobre los actos, contratos, reglamentos; se hace preciso establecer sus caracteres y su ámbito de aplicación, para así fijar su ámbito de aplicación. Que las practicas ajenas a la eticidad y juridicidad, son entre otros, los escenarios sobre los que discurre la actividad contractual del Estado y que cuando esas prácticas ocurren, ya sea en el contexto en el que se dictan los actos o las normas para facilitar el pacto o se celebran los contratos; la corrupción puede incidir en ellos, en cuales quiera de los elementos de estos.

Sostiene Gamero Casado²³⁶, que debe tenerse en cuenta la demostrada vinculación de la actividad contractual con el fenómeno de la corrupción y, más recientemente, la instrumentalización de la contratación administrativa como medio de financiación oculta de los partidos políticos.

Por tanto, para prevenir la corrupción, es importante fortalecer el Derecho administrativo sancionador, dando cabida a la elaboración y funcionamiento de un sistema normativo dirigido a provenir los actos de corrupción, fijando rígidos deberes a los agentes económicos en el ejercicio de su actividad; detectándolos antes de la comisión, y de ser el caso, sancionándolos o derivándolos al Derecho penal.

Afirma Adriana Rizzi²³⁷, que solo teniendo en cuenta que el Derecho administrativo tiene un importante compromiso con los principios del Estado democrático de Derecho, podemos asumir que se abandone

²³⁵ **José Luis Said**, óp. Cit. p. 213.

²³⁶ **Eduardo Gamero Casado y otro**, Manual básico de Derecho administrativo, 13ª. Edición, Editorial Tecnos, 2016, Madrid, p. 779.

²³⁷ **Mónica Adriana Rizzi**, La prevención de la corrupción: instrumento indispensable para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales; VIII Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano 2015, Cuadernos de Mariñan, edición de la Diputación provincial de La Coruña, España, 2018, p. 395.

la antigua pretensión de neutralidad y objetividad científica en la toma de decisiones jurídicas, y se adopten desde el, acciones y mecanismos de prevención y combate a la corrupción, a fin de que no se vean afectadas las funciones públicas por medio de las cuales se satisface el interés público.

En el Código tributario, se encuentra una serie de mecanismos, cuya finalidad es evitar la corrupción, tales como la obligación de tener auditores, art. 131; que pueden ser internos o externos, a fin de constatar que los contribuyentes lleven los estados financieros de forma adecuada, quienes anualmente emiten un dictamen o informe fiscal, el cual lo remiten a la Dirección General de Impuestos Internos y al contribuyente.- El fedatario, art. 179, quien realmente es un agente encubierto, el cual verifica que los contribuyente emitan los comprobantes fiscales que amparen las ventas de bienes o servicios; quienes levantan un acta, que luego sirve de base para instruir un proceso administrativo tributario en contra de aquel, y sirve además prueba en el mencionado proceso.

En la ley de probidad de 2015 -declarada inconstitucional-, en su considerando IV se destacaba una de las razones de su emisión y decía: “Que existe una creciente preocupación nacional e internacional sobre **la corrupción** y la disminución de la confianza en la Administración pública, que ha provocado la revisión de los planteamientos sobre el tema de probidad y transparencia y se plantea la necesidad de actualizar y desarrollar la legislación vigente en esa materia” y ya en su art. 1 destacaba que parte del objeto de la ley, es imponer sanciones administrativas a quienes incumplan las obligaciones fijadas en ella; ley que se aplica a todos aquellos a quienes se llamaran servidores públicos.

Desarrollaba el procedimiento administrativo sancionador, a partir del art. 28; aunque lo más trascendental de esta ley, ya que el mero incumplimiento de presentación de las declaraciones, su presentación inexacta, solo se sanciona con multa; es que de si se concluye que el funcionario se ha enriquecido ilícitamente, la Sala de lo civil remitirá a la FGR, para que esta promoviera la acción penal de enriquecimiento ilícito –acción que como ya se ha dicho, no debe de confundirse con la acción constitucional del enriquecimiento sin causa que prevé el art. 240 Cn.- y/o inicie proceso de extinción de dominio.

En la Ley de la Corte de Cuentas de la Republica y en el Reglamento de la Corte de Cuentas para la determinación de responsabilidades; se establece que se puede deducir responsabilidad patrimonial, administrativa e indicios de responsabilidad penal, a aquellos servidores públicos que no cumplan con sus deberes de tales. Señala el Art. 4 del Reglamento, que los objetivos de este, entre otros son: Fomentar la buena administración de los recursos materiales de la Administración, promover la transparencia, eficiencia y efectividad y economía en la ejecución de las operaciones financieras del Estado; en el que además y según el Art. 5, cada autoridad de las instituciones, es responsable de llevar sus propios controles internos, para los fines antes expresados.

También, de la lectura del Art. 7 del Código de ética del servidor público de la Corte de cuentas de la Republica²³⁸, se reitera que los servidores públicos, están obligados a cumplir sus deberes con prontitud, honradez y rectitud, sin recibir por el desempeño de sus funciones, otros beneficios personales diferentes a la retribución acordada con la entidad.

A juicio de Miriam Ivanega²³⁹, esta responsabilidad patrimonial tiene las siguientes características: no requiere la existencia de una relación de empleo público, puesto que involucra acciones u omisiones de agentes públicos, terceros, personas jurídicas públicas o privadas, o físicas que reciban o administren fondos públicos; vincula al cuentadante con el Estado en razón de la justificación que debe de dar, mediante la rendición de cuentas; comprende una multiplicidad de deberes relativos al cuidado, administración o disposición de bienes o valores públicos.

En el art. 12 No. 4, la CNUCC, impone a los Estados el deber de denegar cualquier deducción –entiéndase fiscal o tributaria- que, respecto a gastos por soborno, pretendan deducirse los particulares u otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto; quien así lo procurare, sería responsable de infringir sus obligaciones tributarias y se expondría, por tanto, a un procedimiento sancionatorio, sin perjuicio a la responsabilidad penal a la que hubiere lugar.

En este contexto, y tal como lo plantea Ricardo Mena²⁴⁰, también se debe de decir que la Ley de procedimientos administrativos, en el art. 139 No.5, ha determinado que las personas jurídicas son responsables a título de dolo, culpa o cualquiera otro motivo, por las infracciones que cometieren; así, una persona jurídica que no cumpla con sus deberes de colaboración con las instituciones de combate a la corrupción, o que sirva de cobertura para la realización de actos de corrupción, bien podría ser sancionada.

h) Tipificación de nuevos delitos en contra de la corrupción.

Sostuvo Nieto Martin²⁴¹ que la represión a la corrupción, interesa tanto por sus efectos devastadores para el desarrollo económico o democrático o de los derechos humanos, como en su faceta en el comportamiento comercial que, por su carácter desleal, atenta contra la competencia y supone además un comportamiento contrario a las reglas más elementales de buen gobierno.

Por ser la corrupción un delito de trascendencia internacional o que se vale de estructuras transnacionales, su combate requiere que la política criminal reformule sus postulados tradicionales,

²³⁸ Código de Ética del servidor público de la Corte de Cuentas de la Republica, aprobado por el presidente de la Corte de Cuentas de la Republica, el 28 de julio de 2016.

²³⁹ **Miriam Mabel Ivanega**, Control público, óp. Cit. p. 259.

²⁴⁰ **Ricardo Mena Guerra**, Particularidades y matizaciones de los principios del Derecho administrativo sancionador; Revista del VI Congreso de Derecho administrativo en El Salvador, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2019, p. 76.

²⁴¹ **Adán Nieto Martin**, la corrupción en las transacciones comerciales internacionales; Estudios de Derecho penal, Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, 2004, p. 47.

así; propone la asimilación de funcionarios de otros países y de instituciones nacionales, a los funcionarios nacionales; nuevas vías de sanción y de mecanismos de prevención a la corrupción, y la difuminación de las fronteras entre la corrupción pública y privada.

En lo que a los delitos de corrupción se refiere, las NNUU en la Convención antes citada, en el art. 5 de esta, impone a los Estados partes, formular, aplicar o mantener en vigor, políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción; lo que ha de llevarnos a identificar si El Salvador tiene o no tales políticas, planes o programas.

En el marco del Derecho penal, sustantivo y adjetivo y con miras a la prevención del delito, ha incorporado el principio de justicia universal, han debido tipificarse nuevos delitos, ha endurecido las penas, ha incorporado mecanismos de cooperación internacional²⁴² como la extradición²⁴³, ha calificado de imprescriptibles determinadas conductas, ha flexibilizado algunos medios de prueba, ha instituido la carga de la prueba como generalidad en estos delitos, ha constituido Órganos especializados para la investigación, persecución y juzgamiento, etc. Veamos algunos de estos.

Como se está en presencia de un hecho ilícito, es necesario que se consideren los elementos que menciona la teoría del delito; es decir, que debe de haber un elemento subjetivo, el cual puede ser un servidor público o un particular; cabe decir que puede ser activo o pasivo. También debe de existir el ánimo de obtener un beneficio ilícito, el que podrá consumarse o no.

Además, debe de existir un quebrantamiento a una norma jurídica; no obstante, puede haber casos de corrupción, sin que haya quebrantamiento a la norma. También debe de existir un perjuicio o daño, el que normalmente es en el erario público; o aún el patrimonio de una persona particular.

2.3. De las medidas correctivas a la corrupción

Estas medidas sin duda, procuran corregir o disminuir el perjuicio causado por el o los actos de corrupción en el bien jurídico protegido; entre las que se encuentran la asistencia legal mutua, la devolución o restitución de bienes o activos, etc. Es decir que, son mecanismos reactivos, una vez detectada la acción u omisión corrupta, se deben de adoptar medidas que se orienten a corregir la

²⁴² Cooperación que, al revisar diversos instrumentos internacionales, se le denomina cooperación jurídica, cooperación internacional, auxilio judicial, asistencia judicial, etc.; la que se materializa por medio del exhorto internacional, carta rogatoria, comisión rogatoria, solicitud de asistencia judicial, solicitud de cooperación judicial, etc. Cooperación que puede implicar intercambio de información, **restitución de objetos obtenidos por medios ilícitos**, traslado temporal o definitivo de detenidos o condenados, entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación, etc. **Juan Selles Ferreiro**, óp. Cit. p. 57 y 64.

²⁴³ Antes de la reforma constitucional del año 2000, la extradición respecto de nacionales estaba prohibida; al reformarse la Cn. por medio del D.L. No. 56 del 6 de julio de 2000, publicado en el D.O. No. 128, tomo 348, del 10 de julio de 2000, pero con el fin de restringir el ámbito de aplicación de la extradición, se incorporaron los principios de doble incriminación y el de especialidad.

acción u omisión identificada y de ser posible, volver al estado en que se encontraba antes de la acción u omisión o en su caso, resarcir o restituir el perjuicio causado con estos.

a) Asistencia legal internacional mutua.

En el contexto de la globalización²⁴⁴, y el replanteamiento de importantes conceptos del Derecho internacional, público o privado; los Estados se ven en la necesidad de relacionarse mutuamente, por diversas razones, económicas, políticas, sociales, jurídicas; etc. y en aplicación a los principios de cooperación y colaboración internacional, erigen múltiples mecanismos a fin de alcanzar los fines e intereses que ellos se proponen.

Uno de los fenómenos globalizados, sin duda es la corrupción y la delincuencia que gira en torno a ella; por lo que la Comunidad internacional estrecha lazos para combatirla; teniendo en cuenta el propósito de mantenimiento de la paz y seguridad internacional.

Como la corrupción es un comportamiento organizado, normalmente las ventajas patrimoniales se ubican en el extranjero; por lo cual para la prueba del comportamiento y del beneficio, se necesita que los Estados se presten asistencia mutua, que se suele expresar en la facilitación de información o en la adopción de medidas cautelares o precautorias.

En el entendido que los delitos transnacionales²⁴⁵, requieren de acciones conjuntas de los Estados o de la comunidad internacional, se asume a título de reciprocidad o convencional²⁴⁶, el compromiso de darse mutua asistencia o cooperación en el combate a tales delitos. Asistencia que puede estar prevista de forma bilateral, regional, o universal; según el Convenio o instrumento internacional en el que se haya pactado. Son expresiones de esta cooperación, la extradición²⁴⁷, asistencia judicial o policial, el cumplimiento de sentencias o provisiones extranjeras, intercambio de información, etc.

²⁴⁴ La globalización puede definirse como el conjunto de procesos entrelazados, que causan transformaciones o que inciden en los mercados, las leyes, la política, y la sociedad, como producto de la cada vez más creciente interdependencia entre los Estados en todos los ámbitos, e impulsados por el irrefrenable desarrollo tecnológico. Fenómeno social que, entre otros efectos, ha generado la superación del principio de territorialidad del juzgamiento de delitos o crímenes cuya persecución interesa a toda la humanidad; es decir, ha replanteado el principio de territorialidad penal.

²⁴⁵ Se debe de entender por delito transnacional cuando se comete en más de un Estado, o se comete en uno solo pero su preparación, planificación, dirección o control se realiza desde otro; se comete dentro de un solo Estado, pero implica la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un país; cuando se comete en un solo Estado, pero tiene efectos importantes en otro; o si las víctimas, los testigos, **el producto**, los instrumentos o las pruebas se encuentran en otro Estado diferente de donde sucedió el delito. Definición tomada de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Art. 3 Inciso 2 convención de Palermo, citada por La Organización Internacional para las migraciones, gestión fronteriza integral, Modulo VI, relativo a la protección de personas ante el crimen organizado transnacional, Perú, 2012, p. 21.

²⁴⁶ El art. 47 de la Ley especial contra actos de terrorismo, es ilustrativa a esta afirmación; y el art. 54 y ss de la LEDAB.

²⁴⁷ La que, sin duda, en su momento fue eficaz, pero ahora y y dada la exigencia de muchas formalidades, que redundan en la dilación de esta, se cuestiona si es un mecanismo de cooperación de combate al crimen, especialmente al crimen organizado.

Los Convenios internacionales contra la corrupción, inciden en la política criminal internacional en la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas y en la utilización de la confiscación y el comiso como mecanismos para quitarle la rentabilidad al acto de corrupción; fines que sin duda no se podrían alcanzar, si los Estados no cooperan entre sí.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en adelante CNUCC; y la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, en adelante CNUCOT; con el afán de lograr la recuperación de activos, en los Capítulos IV y V de la CNUCC y el Artículo 18 de la CNUCOT, respectivamente, requieren que los Estados Miembros cooperen en la lucha contra la delincuencia y se asistan mutuamente para recuperar el producto y los instrumentos de conducta delictiva. Ambos Convenios establecen tipos específicos de asistencia que los Estados deben prestarse recíprocamente, así como requisitos procesales y probatorios para dicha cooperación.

b) Devolución, restitución o recuperación de activos

El art. 1 lit. b de la CNUCC, afirma que una de sus finalidades es la recuperación de los activos – ilícitamente adquiridos-; y en el art. 51, se refiere a esta como un principio fundamental de la Convención, e impone la obligación a los Estados de cooperar y asistirse, a fin alcanzar este fin; en el art. 57 de la Convención, faculta a los Estados a disponer de los bienes que se hayan restituido; se pretende con la recuperación, que las cosas vuelvan al estado pre delictual, prevaleciendo la restitución del bien a la víctima.

De conformidad con el Artículo 57 de la CNUCC, los Estados Parte deben establecer las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan restituir todos los bienes decomisados; menos los gastos en los que hubieren incurridos para su localización y recuperación, a la jurisdicción de fueron sustraídos; en cambio, el Artículo 14 numero 3 literal b de la CNUCOT, exige que las jurisdicciones consideren simplemente suscribir un acuerdo para compartir los bienes recuperados con las jurisdicciones de origen, lo que sin duda debe de estar previsto, a lo menos de forma bilateral.

Para el logro de tales medidas, y de conformidad a los Convenios que al efecto se hayan suscrito, los Estados cooperaran o colaboraran entre sí. Expresa el art. XV de la CICC, que los Estados parte y de conformidad a su Derecho interno, se prestaran mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de los delitos tipificados en la Convención.

Rastrear, congelar o decomisar el producto del delito y los instrumentos utilizados para cometer el delito. Congelamiento, incautación o restricción de activos. Prohibición provisoria de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o custodia o control provisorio de los bienes sobre la base de una orden expedida por un tribunal u otra autoridad competente. A este mecanismo se refiere el art. 2 literal d de la Convención de las naciones unidas contra la corrupción.

El art. 37 de la Ley especial contra actos de terrorismo, da competencia al Juez o al Fiscal General de la Republica –este último en casos de urgencia- para que puedan ordenar la inmovilización de las cuentas bancarias de los imputados –de los delitos en ella tipificados-, así como de los fondos, derechos y bienes objeto de investigación. En similares términos se expresa el art. 25 incisos 2 y 3 de la Ley contra el lavado de dinero y activos.

También y en el marco de los mecanismos previstos en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, referido a las acciones en caso de amenazas o quebrantamientos a la paz, o en casos de agresión; se podrán congelar capitales, fondos, transacciones financieras y de otros activos de personas y organizaciones previamente establecidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

2.4 De las medidas punitivas contra la corrupción

De no haber funcionado las medidas de prevención a la corrupción, lo menos que hay que hacer el fortalecer su detección y/o sancionar a quienes resulten responsables. Hay que tener en cuenta que los actos de corrupción, pueden generar varias responsabilidades, sin que esto implique transgresión al principio de no doble juzgamiento; puesto que el ordenamiento jurídico que las sustenta, es diferente. También se debe de considerar, que estas medidas pueden involucrar la participación de dos o más instituciones gubernamentales, o hasta dos o más Estados, por la transnacionalidad de estos actos que hubiere tenido lugar.

Esto último, nos ubica en lo que se ha denominado Derecho penal internacional; por lo que se procurara dejar en claro el significado y alcance de este. Inicialmente se le veía que comprendía las reglas de criminalización incorporadas en el Derecho internacional, pero dirigidas al Derecho penal interno; o como el Derecho penal local autorizado en el ámbito internacional, o como el Derecho común a todas las naciones civilizadas; o la cooperación internacional de la administración de justicia nacional.

En el anterior contexto, aparecen múltiples Tratados internacionales que tipifican crímenes pero que remiten a los sistemas nacionales su procesamiento; o que solo hacen una remisión penal en blanco al ordenamiento jurídico sustantivo y adjetivo; luego los Estados, comienzan a incorporar en sus ordenamientos jurídicos lo preceptuado en los tratados, normalmente con las expresiones “conforme al Derecho internacional”, “según los tratados internacionales suscritos”, etc.; con lo que aparecen planteamientos teóricos acerca de la incorporación tacita de los tratados²⁴⁸.

Así, los primeros tribunales penales internacionales, fueron especiales, transitorios y limitados; cuestionados por muchos, por considerarlos contrarios a las reglas clásicas del Derecho penal, pero

²⁴⁸ Así lo afirma **Javier Dondé Matute**, Existe el Derecho penal internacional; Revista Mexicana de Derecho público, No. 3, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002, p. 105 y ss.

que, a nivel internacional, sirvieron de base para que, en 1998, se adoptara el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 2002, entrara en vigencia; con la que se reposiciono nuevamente esta disciplina.

Sin duda, en este Derecho penal internacional, y como consecuencia del Derecho internacional público, de donde se desprende; se encuentran principios como el de subsidiariedad y complementariedad, que vendría a ser el símil al de mínima intervención; imprescriptibilidad de los crímenes que sanciona, en atención a la trascendencia nacional o internacional de los delitos que sanciona; el no reconocimiento de inmunidades, debido a que los delitos de los que se ocupa, son cometidos por personas con privilegios procesales y reconocérselos a nivel internacional, lo volvería ineficiente.

Luego de la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁴⁹, ya no se duda de la autonomía de este Derecho penal internacional, y es definido²⁵⁰ como una rama del Derecho internacional que afirma y regula la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales. Se le caracteriza por su dualidad, pues participa del Derecho penal interno y del Derecho internacional público, combinando rasgos y elementos de cada uno de estos segmentos del ordenamiento jurídico.

Desde hace ya varios años, el Derecho internacional reconoce al individuo capacidad jurídica internacional activa, para la tutela de sus derechos humanos internacionalmente protegidos, en materia de inversiones extranjeras, de comercio internacional, etc.; por su parte, el Derecho penal internacional se ha desarrollado sobre la base de reconocerle capacidad jurídica internacional pasiva, a fin de deducirle responsabilidad penal por delitos o crímenes internacionales.

Es en el marco de este Derecho, y teniendo en cuenta uno de sus principios, que el hecho de que en el Derecho interno no se imponga penal alguna por un acto que constituya delito internacional, no exime de responsabilidad en el Derecho internacional a quien lo haya cometido; más lo dispuesto en la Resolución 1/18²⁵¹ de la Comisión Inter Americana de derechos humanos, en la que manifiesta que: “La lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Que la impunidad fomenta y perpetua los actos de corrupción. Por tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción, es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial, para garantizar los derechos humanos”; es que se hace posible, volver imprescriptible -al igual que en los delitos de lesa humanidad, pues después de todo, estos delitos de corrupción, afectan a un grupo social indeterminado- el ejercicio de la acción penal y de la ejecución de la pena por los delitos de corrupción, y poder así, perseguir internacionalmente en el marco de la jurisdicción penal, a quien se le imputen estos delitos.

²⁴⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado por D.L. No. 197 del 26 de noviembre de 2015; publicado en el D.O. No. 236, Tomo 409, del 22 de diciembre de 2015.

²⁵⁰ **Alicia Gil Gil** y otros, Derecho penal internacional; edición Dykinson, Madrid, 2016, p. 37.

²⁵¹ Resolución de la Comisión Inter americana de derechos humanos, 1/18, aprobada en Bogotá, en el marco del 167 periodo de sesiones, el 2 de marzo de 2018.

2.4.1 Tipificación de los delitos de corrupción

Tanto la CNUCC y la CICC, prevén en sus disposiciones obligaciones para los Estados parte, de tipificar como delitos, aquellas conductas transnacionales que las Convenciones consideran deben de serlo; por lo anterior, se debe de decir que, si los Estados no cumplen tal obligación, se exponen a que internacionalmente se les deduzca responsabilidad internacional por dicho incumplimiento, pero las conductas y en estricto Derecho penal, no serían delitos que se puedan perseguir²⁵².

Lo anterior no excluye a que, si otras Convenciones de las que El Salvador fuera parte, que tipificaren delitos internacionales y se erigieren tribunales penales para su eventual juzgamiento, tales delitos si serian objeto de persecución y juzgamiento por los tribunales constituidos y los Estados miembros, estarían en la obligación de cooperar o colaborar con el ejercicio de la jurisdicción penal internacional; tal y como prevé en el Estatuto de la Corte penal internacional.

En el Código penal de El Salvador, los delitos de corrupción están tipificados en el Capítulo II del Título XVI, referido a los delitos relativos a la Administración pública²⁵³ -pero vista en sentido prestacional, no objetivo ni subjetivo-; en este capítulo están comprendidos varios tipos penales, pero siempre relacionados con la obtención de un beneficio ilícito. También hay otros delitos que no están comprendidos en este título y que sin duda son en perjuicio de la Administración, pero que, por tener el legislador una visión restringida de la corrupción, los ha planteado fuera de este.

Sostiene Norberto de la Mata²⁵⁴, que el fenómeno de la corrupción debiera de interesar, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan en ella, sino por el perjuicio que puede generar a los intereses merecedores y necesitados de tutela; esto porque el bien jurídico ofendido no es solo el patrimonio de la Administración, sino muchos otros que se ven afectados por no llegar los recursos a donde deben de llegar; por ello es que resulta difícil encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de los delitos de actos de corrupción; lo que me permite afirmar, que es un delito pluri ofensivo.

2.4.1.1 Delitos especiales en contra de la corrupción

Tomando en cuenta, de si el Estado interviene o no en una economía, la criminología ha postulado que ese protagonismo estatal y con él, el de la burocracia, es un factor criminógeno a tener en cuenta para su combate; riesgo que también se correría si no existe tal intervencionismo, ya que serían los

²⁵² Similar planteamiento, hace **Kai Ambos** y otra, terrorismo y Derecho internacional consuetudinario; Monográfico Terrorismo y Derecho penal, edición de Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015, p. 29.

²⁵³ Administración que no debe ser vista como el conjunto orgánico, ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados, y pueda así, servir con eficiencia y objetividad a los intereses generales. En concreto, según el acto de corrupción de que se trate, así podría suceder que lesione uno o varios de los principios que rigen la noción conceptual prestacional de la Administración: eficiencia, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad, legalidad, etc.

²⁵⁴ **Norberto Javier de la Mata Barranco**, óp. Cit., p. 141.

grupos de poder factico de particulares, los que incidirían en la misma. Por ello, la criminología y el Derecho penal deben de procurar líneas de equilibrio, para que la actividad económica, pública o privada, se desarrolle en el marco del mercado.

Atendiendo el bien jurídico protegido, directa e indirectamente y el sujeto activo del acto de corrupción; surgen diversos delitos tipo para sancionarla. De si ha estado o no de por medio la Hacienda pública o municipal, de si se ha o no cometido en autoría directa e indirecta por un servidor público, así se tiende a sancionarla con mayor severidad, ya a título de la pena principal o señalando penas accesorias.

Al combatir la corrupción por medio del Derecho penal, tipificando los actos de corrupción; debe de tenerse en cuenta que la finalidad de combatirla, es la defensa de la democracia y de la economía, los que son medios para el mejor desarrollo de la persona humana; así que, el verdadero fin de la lucha contra la corrupción es el desarrollo de los derechos humanos en toda su magnitud²⁵⁵.

Según Ignacio Berdugo²⁵⁶, los Códigos penales del siglo XIX, y con el afán de dar respuesta penal al uso desviado del poder, procedieron a la tipificación de conductas realizadas por funcionarios, que incidían negativamente en el funcionamiento de la Administración, que constituía el objeto de protección. Se trataba de una corrupción nacional, que se combatía principalmente por medio de los delitos de cohecho y malversación. Situación que sin duda ha cambiado, producto de la internacionalización política y económica.

A la hora de la creación de las figuras penales por medio de las cuales se pretende combatir la corrupción, resulta difícil o imposible diferenciar el o los tipos de corrupción, por lo que se opta por flexibilizar la tipificación, acudiendo frecuentemente a la técnica de remisión a leyes penales en blanco.

La CNUCC, a partir del art. 15, insta a los Estados parte a adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar los actos de corrupción que ella misma propone; similar requerimiento hace a los Estados parte, la CICC en el art. VII.

La idea es que la tipificación de la conducta desaliente al eventual actor, que, si aun así la comete, se le aplique la sanción penal prevista, y que la sanción efectivamente aplicada, desaliente a los demás y cumpla así la pena, la finalidad persuasiva. El legislador penal salvadoreño, ha tipificado estos delitos a partir del art. 325 del C.Pn.

²⁵⁵ Así se desprende de lo dicho por **Augusto Duran Martínez**, en Derechos humanos y corrupción administrativa, Revista Uruguay de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002, p. 148.

²⁵⁶ **Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**, Corrupción y Derecho penal: Condicionantes internacionales y reformas del Código penal; Monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario; 1ª. Edición, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016, p. 109.

a) Peculado

El art. 17 de la CNUCC, plantea la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y demás que sean necesarias, para tipificar el peculado como delito; con una clara finalidad, tutelar el buen funcionamiento de la Administración, siempre que este sea intencional o doloso y se pretenda obtener un beneficio indebido para el actor del delito, de terceros u otras entidades.

El legislador salvadoreño, cumple con esta obligación, al tipificar este delito así: “Peculado²⁵⁷. Art. 325.- El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes:

Si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años. Cuando fuere superior a cien mil colones, pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años. Si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años.”

E incluso, se podría afirmar, que el legislador salvadoreño va más allá de la obligación requerida en la Convención, ya que incluso sanciona el peculado por culpa, así:

“Peculado por culpa. Art. 326.- El funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con pena de prisión de dos a tres años si el peculado fuere inferior o igual a cien mil colones; y con prisión de tres a cinco años si supera esta cantidad.”

b) Negociaciones ilícitas

El legislador salvadoreño tipifica y sanciona el delito de negociaciones ilícitas, así: “Art. 328.- El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

El funcionario o empleado público, que, por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda pública y aceptare comisiones

²⁵⁷ Artículo que, con el fin de adecuarlo a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, fue reformado Decreto Legislativo No. 487 de fecha 27 de octubre del 2004, publicado en el Diario Oficial No. 217, Tomo 365 de fecha 22 de noviembre del 2004.

o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo.

La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviere en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.”

Es claro que, con este delito, se pretende tutelar el buen funcionamiento de la Administración pública, especialmente en lo que a la actividad contractual se refiere, del flagelo de la corrupción. Incluye los supuestos en que sea el particular el sujeto activo de la acción delictiva o el mismo servidor público, en cuyo caso, se sanciona con más severidad. Se sanciona tanto con pena principal de prisión y se impone además la inhabilitación del funcionario o empleado; lo que expresa lo grave del delito y la intención del legislador en combatirlo.

c) Cohecho

La CICC, en su art. VIII y los artículos 15 y 16 de la CNUCC, expresan que cada Estado parte, adoptara las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el soborno de funcionarios públicos nacionales y el de funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, respectivamente, siempre que sean intencionales, y se haga para obtener beneficios indebidos.

El legislador salvadoreño, atiende el requerimiento de la Convención, desarrolla el cohecho propio e impropio, y los tipifica y sanciona, así:

“Cohecho propio. Art. 330.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.

Cohecho impropio. Art. 331.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.”

También se tipifica el cohecho activo, cuando es el particular quien lo comete, así: Cohecho activo. Art. 335.- El que por sí o por interpuesta persona, prometiére, ofreciere o entregare a un funcionario o empleado público una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida, para que ejecutare un acto contrario a sus deberes oficiales o para que no realizare o retardare un acto debido, será sancionado con prisión de seis a diez años. Si el hecho consistiere en que ejecutare un acto propio de sus funciones oficiales o se trae de un acto ya realizado, propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

En cuanto al soborno transnacional, el artículo 335-A²⁵⁸, lo tipifica y sanciona, así: “ El que ofreciere, prometiére u otorgare a un funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad de otro Estado, u Organización Internacional, directa o indirectamente, dinero o cualquier objeto de valor pecuniario, incluyendo dádivas, favores, promesas o ventajas para que dicha persona realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con la transacción económica o comercial, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

Como ya se dijo antes, el art. 12 No. 4, la CNUCC, impone a los Estados el deber de denegar cualquier deducción –entiéndase fiscal o tributaria- que, respecto a gastos por soborno, pretendan deducirse los particulares u otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

El cohecho puede ser activo o pasivo, tiene como objeto de tutela el buen funcionamiento de la Administración²⁵⁹, nacional, municipal e institucional; es usual que se pretenda su comisión en el marco de la contratación pública, por lo que, la transparencia y publicidad de los procesos de contratación, se vuelven instrumentos de prevención a este delito²⁶⁰.

Con ellos se procura tutelar la integridad del funcionario, en la medida que afecta el correcto desenvolvimiento de la función que le compete; es por tanto un delito de infracción al deber, por lo que el bien tutelado es el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o el no quebrantamiento de los deberes que le son propios, como la fidelidad, lealtad o probidad. El bien jurídico tutelado, resulta ser el correcto ejercicio de la función pública.

²⁵⁸ Delito que fue incorporado por reforma al Código penal, hecha con el claro propósito de atender la Convención, por medio del Decreto Legislativo No. 914 de fecha 14 de diciembre del 2005, publicado en el Diario Oficial No. 8, Tomo 370 de fecha 12 de enero del 2006.

²⁵⁹ **Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**, óp. Cit. p. 119.

²⁶⁰ Según el art. 1 de la Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública, D.L. No. 868 del 5 de abril de 2000, publicado en el D.O. No. 88 del 15 de abril de 2000; a la actividad contractual del Estado, le rigen los siguientes principios: no discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, transparencia, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa.

d) Enriquecimiento ilícito

A este ilícito se refieren los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC, instando a los Estados parte de ellas y que aún no lo hubieren tipificado como delito, a que lo hicieran; delito que, a tenor del artículo en cuestión, es considerado un acto de corrupción.

Para el caso de El Salvador, este delito está tipificado y sancionado en el Código penal, así: “Enriquecimiento ilícito. Art. 333.- El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años. En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado. En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.”

Sostiene Ignacio Berdugo, que es realmente un delito de sospecha, por tanto, es expresión de la teoría de la responsabilidad objetiva; se eleva a delito lo que podría ser un indicio probatorio, la no justificación del enriquecimiento; implica una afrenta a la presunción de inocencia y una inversión injustificada de la carga de la prueba²⁶¹. Indicios que como ya se expresó ante, se han podido detectar por el cumplimiento o no de las obligaciones de presentar las declaraciones patrimoniales en la Sección de probidad de la Corte Suprema de Justicia, declaraciones tributarias, reporte de operaciones financieras, etc.

El bien jurídico tutelado por el artículo 333 del Código penal, directamente parece ser la independencia o autonomía, honestidad e imparcialidad de los funcionarios empleados públicos frente a los intereses del Estado u otra institución pública; e indirectamente, el buen funcionamiento de la Administración pública, objetiva y subjetivamente concebida.

Significa aceptar que el concepto de Administración pública lleva implícito el ejercicio de aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los objetivos estatales trazados en las políticas, planes, programas y tareas a desarrollar, para cuya realización requiere de la utilización de recursos físicos, técnicos, financieros y humanos sobre la base de un soporte normativo que la regule y oriente; por ello se considera que “administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear”, y que por tanto, el funcionario que se enriquece ilícitamente a costa de la Administración, pone en riesgo su funcionamiento.

Dice la Sala de lo civil de la CSJ²⁶², que “El enriquecimiento sin causa o ilícito, en su configuración civil tiene un antiguo reconocimiento, bajo la advocación: Nadie debe enriquecerse sin causa en

²⁶¹ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, óp. Cit. p. 128.

²⁶² Sentencia de casación, dictada a las trece horas cuarenta y un minutos del dieciocho de mayo de dos mil dieciocho; en el proceso referencia 12-APC-2017. En la que deja claro que la acción del enriquecimiento sin causa que regula el art. 240 Cn., es la de restitución civil, no la de extinción de dominio; y que, en el caso del enriquecimiento ilícito, cabe tanto la acción penal y la de extinción de dominio.

perjuicio de otro, la cual se indica tuvo reconocimiento ya en el Digesto bajo la regla: Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiolem; lo que significa: es justo, por Derecho natural, que nadie se haga más rico con daño y perjuicio de otro.

Que el fundamento de la prohibición de enriquecimiento sin causa, -a mi juicio, aplicable al enriquecimiento ilícito, en cuanto a la obligación de restitución- implica necesariamente la obligación de restitución de lo acrecentado a costa de un patrimonio ajeno, y ello se caracteriza por la llamada restitutio que le da fundamento de carácter estrictamente civil a dicha institución, así a la prohibición de enriquecerse sin causa a costa de otro, sigue la siguiente: El que sin justa causa legítima se enriqueciera a costa de otro, está obligado a la restitución.”

e) Tipificación especial agravada del delito de actos de corrupción.

A este tipo de hechos punibles se refiere el art. 28 de la Ley especial contra actos de terrorismo, cuando tipifica como delito de Actos de corrupción, el que directamente o por interpósita persona, faciliten la comisión de los delitos en ella tipificados, y la sanciona con prisión de diez a quince años; la que sería aumentada hasta en una tercera parte, si los hechos fueren cometidos por servidores públicos.

f) Otros delitos:

- Fraudes tributarios.

El legislador pretendiendo proteger a la Hacienda pública, ha tipificado y sancionado una serie de delitos que bien podrían encajar en lo que se ha denominado fraudes tributarios. Delitos que son tipificados y sancionados, así:

“Defraudación al Fisco. Art. 249²⁶³.- Son delitos de defraudación al Fisco los siguientes: a) Evasión de impuestos; b) Apropiación indebida de retenciones o percepciones tributarias; c) Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos indebidos; d) La falsificación en la impresión, emisión, entrega u otorgamiento de documentos que soportan operaciones tributarias, así como la tenencia o la circulación de los mismos, a que se refieren los artículos 283, 284 y 287, y; e) La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos anteriores.

Los hechos punibles a que se refiere el literal d) de este artículo, se juzgarán de manera independiente a los demás delitos de Defraudación al Fisco, bajo la caracterización propia de los Delitos contra la Fe Pública.

²⁶³ Artículo que fue reformado por medio del Decreto Legislativo No. 487 de fecha 27 de octubre del 2004, publicado en el Diario Oficial No. 217, Tomo 365 de fecha 22 de noviembre del 2004.

La investigación de los delitos a que hace referencia este artículo podrá realizarse con la participación de agentes encubiertos, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República.”

Recordando lo que se ha dicho antes, que el art. 12 No. 4, la CNUCC, impone a los Estados el deber de denegar cualquier deducción –entiéndase fiscal o tributaria- que, respecto a gastos por soborno, pretendan deducirse los particulares u otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto; este bien podría ser un caso típico de fraude tributario, a los que se refiere el art. 249 lit. c del C.Pn.

Luego, en el art. 249-a, tipifica y sanciona el delito de evasión de impuestos; el art. 250 tipifica y sanciona el delito de apropiación indebida de retenciones o percepciones tributarias; en el art. 250-A, se tipifica y sanciona el delito de reintegros, devoluciones, compensaciones o acreditamientos indebidos; y en el art. 251, se tipifica y sanciona la proposición y conspiración para cometer los delitos antes mencionados.

Hay que decir, que, como parte de la política criminal del Estado en la persecución de estos delitos, y según los arts. 251 y 252 del C.Pn., se condiciona el ejercicio de la acción penal por estos delitos, a que se haya concluido la fase administrativa y/o jurisdiccional de determinación de las obligaciones fiscales; y da además al imputado, la oportunidad de pagar lo adeudado al Fisco, con lo que opera la excusa absolutoria de pago a la acción penal.

- Ordenación del territorio.

Estos delitos lesionan la política pública urbanística, nacional o municipal, sin perjuicio a que, además, lesiona el buen funcionamiento de la Administración y al medio ambiente; en el ámbito nacional y municipal, vinculados a la industria de la construcción, con lo que favorece el crecimiento desordenado de la construcción con fines comerciales, industriales o de vivienda. Es decir, se protege la ordenación territorial y se pretende que esta no se vea afectada por actos de corrupción, pública o privada.

El Código penal, en el título X, referido a los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales, y al medio ambiente; en el capítulo I, referido a los delitos relativos a la ordenación del territorio; concretamente en los artículos 253 y 254 tipifica y sanciona los delitos en contra de la ordenación territorial; así:

“Construcciones no autorizadas. Art. 253.- El que llevare a cabo una construcción no autorizada legal o administrativamente, en suelo no urbanizable o en lugares de reconocido valor artístico, histórico o cultural, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa de cien a doscientos días multa.

Quando la construcción se realizare bajo la dirección o responsabilidad de un profesional de la construcción, se impondrá a éste, además, la inhabilitación especial de profesión u oficio por el mismo período.”

“Responsabilidad de funcionarios o empleados públicos. Art. 254.- Los funcionarios o empleados públicos que a sabiendas hubieren informado favorablemente sobre proyectos de edificación o de derribo o sobre la concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes o quienes las autorizaren, serán sancionados con inhabilitación del cargo o empleo de tres a cinco años”.

Delitos que, sin duda, no se pueden cometer, si el sujeto activo del mismo, no obra con ánimo, con quebranto a sus deberes fiscales; muestra un comportamiento corrupto, e incluso, cometen delitos de falsedad, que suelen quedar subsumidos en estos.

En materia tributaria, el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la propiedad fiscal y específicamente el patrimonio fiscal; este se entiende como el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria, de que es titular o sujeto el fisco, para lo cual se considera el que los delitos de este tipo persiguen evitar la evasión de impuestos y que se obtengan devoluciones de impuestos indebidas, conductas que afectan o merman el patrimonio fiscal.

Sin embargo, también sería válido decir que, el bien jurídico protegido sería la potestad tributaria del Estado, lo que permitiría explicar la existencia de delitos en los cuales no importa que no se haya causado un perjuicio real y efectivo al fisco, es decir, delitos de peligro tributario.

2.4.1.2 Delitos que indirectamente combaten la corrupción

Se sostiene que combaten indirectamente la corrupción, ya que, son delitos que protegen otros bienes jurídicos pero que, la comisión de estos suele involucrar la práctica de actos de corrupción, a fin de facilitar la comisión de los primeros; entre los que se encuentran los siguientes:

a) Delitos contra el narcotráfico

Previstos desde el art. 31 de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, entre los que se encuentran la siembra y el cultivo, la fabricación o transformación, el tráfico ilícito, la posesión y tenencia, la promoción y fomento, la facilitación de medios, facilitación de locales, inmuebles y establecimientos; prescripción o suministro, alteración de medicamentos, expendio ilícito de sustancias medicinales, administración de drogas, alteración o falsificación de recetas, exhibición, instigación, inducción o ayuda al consumo de drogas, etc.; los que sin duda no se desarrollaran por no ser ese el objeto de esta investigación; pero si se dirá, que estos delitos están relacionados con la corrupción pública o privada, puesto que quienes trafican, normalmente buscan que por vía de omisión, los funcionarios públicos omitan el cumplimiento del deber de combatirlos o permear las estructuras de empresas, para usarlas de fachada que les facilite la comisión de los delitos de narcotráfico.

Sin perjuicio a que la ley reguladora afirma que el bien jurídico protegido es la salud, y más específicamente la salud pública; se debe de decir que estos realmente son pluri ofensivos, ya que a los menos indirectamente y según las circunstancias de la comisión, transgreden o afectan otros bienes jurídicos.

Actualmente, y siguiendo tendencias internacionales, se está discutiendo si es o no conveniente la despenalización del consumo de drogas, específicamente de la marihuana o cannabis; misma que se pretende legalizar para fines terapéuticos y recreacionales o de consumo personal. Quien propone esta despenalización, propone como argumentos que favorecería a personas con dolencias crónicas, que encontrarían alivio con el consumo de esta droga y que, además, reactivaría el agro, puesto que muchos campesinos tenderían a cultivarla. A lo que habría que agregarle, que también le generaría ingresos fiscales al Estado.

b) Delitos contra la trata de personas

La libre circulación de personas es un proceso dinámico e histórico de la humanidad, la historia misma presenta sendos relatos de grandes movimientos migratorios de población; lo hicieron las primeras comunidades nómadas, que luego se establecieron alrededor o entre los factores naturales que les eran favorables a su seguridad y subsistencia. Fue con el desarrollo de la sociedad, que aparecieron las ciudades Estados nación y con ellos las fronteras territoriales y políticas; y con ellas las restricciones a la migración.

Sin perjuicio a que hace miles de años, la persona humana se estableció en un lugar determinado; hoy en día y según una multiplicidad de causas o motivos, -turismo, trabajo, comercio, familia, seguridad, persecución política, social o religiosa, etc.- se sigue desplazando voluntaria o forzosamente de su lugar natural de residencia. Movilidad que puede ser dentro o fuera de su propio país, regular o irregular.

Es principalmente en la movilización forzada e irregular, en donde la persona se ve expuesta a ser objeto directo del delito de trata de personas, ya sea para someterla a trabajos forzados, a la prostitución y/o al tráfico ilícito de estupefacientes u órganos. Esto sin duda, corrompe a la sociedad y a sus instituciones.

Son entonces, las fronteras a las que los Estados deben de prestarles especial atención, para convertirlas en lugares seguros²⁶⁴ y adecuados a la movilidad humana, a fin de evitar que por ellas pasen personas que estén siendo víctimas del delito de trata; para más atención debe de prestarle a

²⁶⁴ Según la Organización internacional para las migraciones, la seguridad de las fronteras pasa por que los Estados fronterizos, modifiquen el concepto mismo de seguridad interna o nacional, basado en soberanía y territorialidad; y asumir el reto de la cooperación bilateral o sub regional en las zonas de frontera, para hacerle un frente común a la multiplicidad de delitos transnacionales que suelen tener lugar en ellas. Óp. Cit. P. 75.

los denominados puntos ciegos, lugares que, por carecer de controles institucionales, son los preferidos por los delincuentes para la utilización de este delito.

Está regulado por el país de residencia o de origen, el derecho humano fundamental de salir de este; por su parte, el Derecho internacional de los derechos humanos, reconoce a los Estados, en el ejercicio de su soberanía, el derecho de decidir sus políticas migratorias, y como consecuencia, el desarrollo de las reglas de entrada, permanencia y salida de los migrantes; y es el caso que, muchos Estados y ante lo que consideran una amenaza a su seguridad, se vuelven muy estrictos en el ingreso de extranjeros, y es aquí, donde la trata de personas encuentra oportunidad.

Deben los Estados, respetando los derechos humanos y conforme a sus políticas migratorias, implementar controles migratorios²⁶⁵ que prevengan, investiguen y/o sancionen la trata de personas o el tráfico ilegal de migrantes. Significa que los Estados deben de verificar, vigilar, supervisar o autorizar la entrada, permanencia o salida de nacionales o extranjeros y de regular las consecuencias de su traslado. Este, lo ejecuta a través de la Dirección nacional de migración y extranjería; en coordinación con la Dirección general de aduanas y de la División de fronteras de la Policía nacional civil.

Como parte de estos controles migratorios, las autoridades nacionales e internacionales encargadas de regular la movilidad humana; deben de coordinarse adecuadamente para prevenir, detectar y sancionar a quienes pretendan violares tales controles migratorios; por ej. la Organización de aviación civil internacional, constantemente revisa e introduce cambios en las características de los documentos de viaje internacional, en respuesta a los tratantes de personas y todos aquellos que representen una amenaza a la seguridad internacional.

Según la política criminal, una forma eficiente de evitar que las zonas fronterizas sean utilizadas por los tratantes, es convirtiéndolas en polos de desarrollo integral y de integración; desarrollo que no se alcanza sin una adecuada planificación estratégica territorial, la que según los entendidos debe de considerar: la estructura social, el nivel de formación, calidad de vida, actividades productivas de la región, sistema de transporte y de comunicación, medio ambiente, etc.²⁶⁶ Se puede afirmar, que además de los anteriores componentes, también se debe de tener en cuenta las relaciones

²⁶⁵ Controles migratorios que, a decir de la OIM, están fundados en soberanía de los Estados, la seguridad interna o nacional –que rápido da pie a tipificar delitos en contra del terrorismo- y que deben comprender el ingreso, la permanencia o la salida de las personas; pero que han debido redefinirse o adecuarse a las nuevas exigencias de un mundo globalizado, la regionalización y a los procesos de integración política o económica, que facilitan la movilidad de personas y mercancías. Gestión frontera integral, Modulo III, relativo al control migratorio, Organización Internacional para las migraciones, Perú, 2010, p. 20. Aunque realmente, como influencia de la globalización económica, solo fluyen libremente capitales, bienes o servicios; las personas no se mueven con la misma facilidad.

²⁶⁶ Así lo propone la Organización internacional para las migraciones, en Gestión frontera integral, modulo I, referido a la gestión de fronteras, Perú, 2012, p. 32. A contrario sensu, las fronteras con poblaciones pobres, con escasos niveles de desarrollo humano, sin mayor presencia de los servicios del Estado, con restricciones para su movilidad y sin mayores medidas de seguridad para quienes se movilizan, son espacios propicios para la comisión de estos delitos.

internacionales y vínculos jurídicos entre los Estados limítrofes, los lazos socio culturales de las regiones fronterizas, y la movilidad humana de las habitantes de esas zonas limítrofes.

Como consecuencia, es deber del Estado investigar, perseguir y sancionar a quien cometa el delito de trata de personas y, con ese fin dicto la Ley especial contra la trata de personas;²⁶⁷ con ese objetivo, la Organización Internacional para las Migraciones, promueve programas de cooperación regional o bilateral con los Estados, para unificar esfuerzos en contra de este flagelo.

La Organización Internacional para las Migraciones, define este delito como: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, a la fuerza u otras formas de coacción, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación²⁶⁸.

No se debe confundir el delito de trata de personas con el de tráfico ilícito de migrantes, la trata no siempre implica el paso de fronteras, el tráfico sí; en la trata no hay ningún tipo de consentimiento de la víctima, en el tráfico, el migrante “contrata” los servicios del traficante; la trata involucra per se explotación de la víctima, el tráfico no la evidencia y termina cuando el migrante irregular llega a su destino; en la trata el bien jurídico protegido son los derechos humanos de la persona, en el tráfico ilícito de migrantes, es el orden jurídico migratorio del Estado; el sujeto pasivo en la trata es la persona víctima, en el tráfico es el Estado receptor del migrante y excepcionalmente el migrante irregular, si es que es que recibe vejámenes en la ruta migratoria o cae posteriormente en el delito de trata; etc.²⁶⁹; ocasión que, para El Salvador, sería una agravación del delito de tráfico ilegal de personas.

En el delito de trata de personas, existe una pluralidad de bienes jurídicos que resultan afectados; y ello puede acontecer en relación a una sola víctima como respecto a varias. Es por esta razón, que se puede caracterizar como un delito de naturaleza pluri ofensiva. Tal intelección, es independiente del

²⁶⁷ Ley especial contra la trata de personas, D.L No. 824, del 16 de octubre de 2014; publicado en el D.O. No. 13, Tomo 405, del 14 de noviembre de 2014; delito que inicialmente, por reforma del 25 de noviembre de 2003, fue tipificado en el art. 367-B del Código penal; que luego y por nueva reforma del 17 de octubre de 2004, se introdujeron agravantes –entre las que destaco el que fuera cometido por funcionario público- que se tipificaron en el art. 367-C.

²⁶⁸ Definición tomada del Art. 3 Lit. a del Protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; Protocolo ratificado por D.L. 238, del 18 de diciembre de 2003, publicado en el D.O. No. 240, Tomo 361, del 23 de diciembre de 2003; definición que es mucho más completa a la prevista por el legislador salvadoreño en el art. 54 de la Ley especial contra el delito de trata de personas; instrumento que según el considerando II de la Ley especial, es una de las fuentes de esta.

²⁶⁹ Se puede leer más de estas diferencias, en Gestión fronteriza integral, de la Organización Internacional para las migraciones, Modulo II, referido a la movilidad humana, Perú, 2012, p.61 y en el Módulo V, referido al tráfico ilícito de migrantes, y en el Módulo VI, referido a la protección de personas ante el crimen organizado transnacional, p. 39; Gestión Integral de las Fronteras, Organización Internacional para las migraciones, Perú, 2012. Para el caso de El Salvador, este delito está tipificado como tráfico ilegal de personas, Art. 367-A del C.Pn.

convencimiento que, en términos globales, la trata menoscaba primordialmente la dignidad personal del individuo entendida como en pleno desarrollo de la personalidad de cada sujeto²⁷⁰.

Por no ser el objeto de este estudio el desarrollo teórico, legal y jurisprudencial de este delito; solo diremos que, en El Salvador, este delito es una de las ganancias injustas que deja a sus perpetradores, que por lo atroz de los mismos, se le considera un delito grave, que se sanciona en cualquiera sea su modalidad –nacional o transnacional, actividades conexas-, que además de sancionar a los tratantes, en cualquiera sea la modalidad de participación, se presta especial atención a las víctimas, procurando evitar la re victimización, para cuyos fines se erigió un Consejo nacional contra la trata de personas, etc.

c) Delitos contra el terrorismo.

La Declaración de medidas para eliminar el terrorismo internacional, dictada por la Asamblea general de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1994 en su resolución número 49/60 y la Declaración complementaria de la misma Asamblea, número 51/210 del 17 de diciembre de 1996; son los antecedentes a la tipificación de este delito internacional, por medio de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1999.

En ambas declaraciones se define el terrorismo como: actos criminales concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas, con fines políticos. Es un delito transnacional basado en un tratado particularmente grave e internacional.

Se puede hablar de terrorismo nacional e internacional; aunque la tendencia es que la comunidad internacional se considera ofendida, aunque este sea solo de impacto nacional. Para la definición o delimitación del delito, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano²⁷¹, dijo que, para definir el delito de terrorismo, se tienen en cuenta tres elementos: la comisión o amenaza de un acto criminal, la intención de infundir miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla, y un elemento transnacional como parte del acto. Por lo que se puede afirmar, que el delito de terrorismo no se convierte automáticamente en delito internacional.

Tradicionalmente estos delitos estaban tipificados en el Código penal, se consideraba ofendida la paz pública nacional, pero que, por reforma²⁷² hecha en 2006, influenciada por el deseo de la comunidad

²⁷⁰ Así lo afirmó **Martín Alexander Martínez Osorio**, El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales, edición de Save the Children El Salvador y el Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2008, p. 52.

²⁷¹ Citada por **Kai Ambos y otra**, óp. Cit. p. 33.

²⁷² Ley especial contra actos de terrorismo, D.L. No. 108 del 21 de septiembre de 20056; publicado en el D.O. No. 193, Tomo 373, del 17 de octubre de 2006.

internacional de sancionar los actos de terrorismo que tuvieron lugar en Estados Unidos de Norte América en 2001 y luego en España y en El Reino Unido de Inglaterra e Irlanda del Norte y prevenir nuevos actos terroristas; se derogaron de este y se tipificaron en una ley especial contra actos de terrorismo; sin duda, para combatirlos de mejor manera, ampliando el catálogo de delitos, endureciendo las penas por considerar que además de la paz pública nacional, ofenden la paz internacional, la seguridad nacional e internacional, instituyendo nuevas formas de investigación, etc.

Ley que sin duda tuvo como antecedente, la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo, firmada en diciembre de 1999 y vigente desde abril de 2002; el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, suscrito en 2005 y vigente desde julio de 2007; y la Convención Interamericana contra el terrorismo, suscrita en 2002 y vigente desde octubre de 2003.

Sostiene Muñoz Conde²⁷³, que la legislación terrorista –anti terrorista- es un derivado residual de la teoría de la seguridad nacional, es decir, de la prioridad esencial del poder penal estatal y en consecuencia de la inseguridad en la convivencia social, en la afección al desarrollo de las libertades y la igualdad.

El bien jurídico protegido, es sin duda la paz pública y la seguridad²⁷⁴, puede ser nacional e internacional; pero dicho de mejor manera, se puede decir que estos actos de terrorismo, son pluri ofensivos²⁷⁵, por lo que no es posible sostener que solo este bien jurídico protegido sea el que se lesiona con ellos. También se ofende la existencia, seguridad y organización del Estado, en su modalidad individual u organizada en el marco del Derecho internacional; es un delito de trascendencia internacional, que se comete normalmente en modalidad de crimen organizado que lava dinero para financiar sus operaciones y de ahí, el interés de eliminarle toda fuente de financiamiento, ya sea por medio de la acción de extinción de dominio u otra modalidad.

La Sala de lo constitucional de la CSJ, ha definido como actos de terrorismo el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, afectar el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

²⁷³ **Francisco Muñoz Conde y otros**, El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo, Tirant Lo Blanch editores, Uruguay, 2003, P. 407.

²⁷⁴ La seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractualista e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. **Antonio-Enrique Pérez Luño**, la seguridad jurídica, Ariel Derecho, Barcelona 1991, p. 19. Antes, Manuel Atienza la había definido como la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad. **Manuel Atienza**, Introducción al Derecho, Barcanova, Barcelona, 1985. p. 115

²⁷⁵ Carácter que se desprende del considerando IV de la Ley especial contra actos de terrorismo.

Ha dicho además, la Sala de lo constitucional²⁷⁶ que, son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado –v. gr., control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal–, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de ‘terroristas’, en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole.

Sin duda que las agrupaciones terroristas no son solo las que estuvieren en el listado que al efecto haya elaborado la Organización de las Naciones Unidas u otros Organismos Internacionales vinculados a la lucha contra el terrorismo, puesto que ese listado que al efecto cita el inciso dos del literal m del art. 4 de la Ley especial, es solo complementario²⁷⁷.

La ley especial, es un cuerpo jurídico específico y especializado en la regulación del terrorismo, comprende un conjunto de disposiciones penales sustantivas y adjetivas, distribuidas en siete partes o capítulos. Esta ley, según su art. 1, tiene por objeto prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos que se describen en esta, art. 5 y ss; así como todas sus manifestaciones, incluido su financiamiento y actividades conexas; y que, por la forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población.

La lista de actos de terrorismo es abierta²⁷⁸, está prevista del art. 5 en adelante; y sanciona tanto la comisión de los actos terroristas, la mera simulación de estos, la sola pertenencia a las organizaciones terroristas, la colaboración en estos actos de terrorismo, las amenazas de realizarlos, el financiamiento de estos actos, su encubrimiento, etc.

Estos actos sin duda, se relacionan con los actos mismos de corrupción, de hecho, el art. 28 de la ley especial lo tipifica y sanciona; ya que los terroristas suelen tener entre sus fuentes de financiamiento, el producto de estos últimos y por ello el interés de privarle de tales beneficios económicos; por ello incluso, a título de medidas cautelares, el art. 35 de la Ley, habilita el decomiso de fondos y activos utilizados o que se haya intentado utilizar en cualesquiera de los delitos tipificados; disposición que

²⁷⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia definitiva dictada el día veinticuatro de agosto de dos mil quince, ref. 22-20007/42-2007/89-2007/96-2007; relativa a la inconstitucionalidad parcial de la Ley especial contra actos de terrorismo.

²⁷⁷ Véase sentencias de inconstitucionalidad con referencia 22/2007/42-2007/89-2007/96-2007, de fecha 24/8/2015; citadas en resolución de habeas corpus dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las once horas del dos de septiembre de dos mil quince, referencia 244-2015, p. 3.

²⁷⁸ Sostiene Jaime Martínez, que con esta ley se evidencia una tendencia político criminal de extender el concepto de actos de terrorismo a diversos tipos de conflictividad social y delincuencia, tales como las maras o pandillas. **Jaime Edwin Martínez Ventura**, El delito de terrorismo en El Salvador, Monográfico Terrorismo y Derecho penal, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015, p. 443.

incluso regula el decomiso equivalente, base para luego ejercer la acción de extinción de dominio sobre los mismos.

d) Lavado de dinero y activos

Las organizaciones criminales transnacionales, una vez obtienen el producto del delito; con el afán de evitar ser privados de este, procuran ocultarlo, convertirlo o transferirlo; por ello, los Estados han acordado combatirla, tipificando nuevos delitos, renovando o fortaleciendo instrumentos de cooperación internacional para el combate del delito transnacional.

El combate al delito transnacional no será eficaz si las empresas multinacionales no colaboran, por lo que deben de dejar de ser solo receptoras o destinatarias de las normas penales y pasar a ser colaboradoras de los Estados en la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero y activos.

Fue inicialmente la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas²⁷⁹, de 1988, la que en su art. 3 lit. b (i) insta a los Estados parte a adoptar las medidas que sean necesarias, para tipificar como delitos penales en su Derecho interno, cuando intencionalmente se pretenda convertir o transferir bienes, a sabiendas que tales bienes proceden de alguno de los delitos que tipifica la Convención en cuestión.

El art. 14 de la CNUCC impone a los Estados el deber de establecer un amplio sistema normativo que le permita reglamentar y supervisar el sistema financiero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero. Por su parte, el art. 23 de la CNUCC, insta a tipificar como delito el blanqueo del producto del delito.

Delito que por regla general es de naturaleza dolosa, excepcionalmente se podría configurar de manera culposa; esto último podría pasar cuando quien está obligado a controlar, vigilar o comunicar operaciones sospechosas o irregulares, omite o no realiza adecuadamente sus obligaciones, podría ser imputado culposo y por omisión de este delito²⁸⁰.

Tanto el dolo como la culpa, pertenecen al aspecto subjetivo del tipo penal, en lo que al dolo respecta, se debe de considerar la concreción de la acción dolosa en el lavado de dinero y activos, el conocimiento de los hechos y del origen de los bienes, involucra conocimiento y voluntad; en cambio, para la culpa, lo que habrá de tenerse en cuenta es la imprudencia del sujeto, expresada en el deber

²⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena, en 1988; ratificada por D.L. No. 655 del 14 de septiembre de 1993, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 321, del 25 de octubre de 1993.

²⁸⁰ Así lo sostiene **Carlos Ernesto Sánchez Escobar**, Dolo, culpa y omisión en el lavado de dinero y activos: un enfoque desde la teoría del delito y el Derecho penal económico; monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, publicado por la Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, el Salvador, 2016, p. 163.

de saber, de si debía o no saber acerca de la ilicitud de la conducta en la que se hubiese involucrado; estando sujetos a *numerus clausus* su punibilidad.

La sanción del delito de lavado de dinero por imprudencia desde una perspectiva de política criminal, pretende cerrarle los espacios problemáticos del conocimiento del origen de los fondos y de los bienes, por lo que ya no solo es necesario para el delito un dolo eventual llegando hasta la ceguera intencional, sino que además para aquellas conductas que queden fuera de ese ámbito de conocimiento, se pretende imputar el delito mediante un comportamiento culposos.

El Grupo de Acción Financiera Internacional, lo definió y dijo: A) La conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que deriva de un delito criminal, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal o el ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar; b) la ocultación o disfraz de la naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de, bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal; c) la adquisición, posesión o uso de bienes, con el conocimiento al momento de su recibo, que deriva de una ofensa criminal o de la participación en algún delito.

El carácter finalista del blanqueo de capitales, es la transferencia al sistema económico-financiero legal, de los productos obtenidos por las actividades delictivas. No es un delito autónomo, requiere de la concurrencia de actividades ilícitas previas; es una acción instrumental, con efectos pluri ofensivos.

Delito que, para su plena consumación, pasa por un verdadero proceso económico: Primero se da la recolección o acumulación de dineros o activos. Luego la colocación de los fondos en el sistema formal, que puede ser comercial y, principalmente, financiero. Es el ingreso del producto en el sistema financiero o real. La idea es que el provecho del delito precedente, las grandes cantidades de dinero en efectivo, deben hacerse desaparecer y desligarlo del ilícito.

Es aquí donde el blanqueador encuentra su mayor vulnerabilidad en el proceso debido fundamentalmente a las exigencias –principalmente bancarias o financieras- de identificación y control de operaciones por sobre un determinado umbral económico. Aquí surgen las obligaciones de ciertos profesionales de reportar transacciones mayores a determinados montos.

Las operaciones más usuales en esta etapa son: el *smurfing* o *pitufeo*, la adquisición de títulos al portador, el contrabando de dinero en efectivo, la utilización de casinos o compra de premios de lotería, o establecimiento de negocios donde se genere gran circulante de efectivo y se pueda “falsear” la cantidad vendida, entre otras.

Posteriormente, se realiza la estratificación; también llamada de encubrimiento o conversión. Es la realización de diversas transacciones con el propósito de ocultar el origen y la trayectoria del dinero. Está orientada a ocultar o ensombrecer el origen de los fondos: compra de bienes, títulos valores u otra clase de activos fácilmente liquidables, múltiples transferencias de fondos, con el objetivo de hacer dificultoso seguir el rastro del dinero.

Se trata, por medio de estas operaciones, de desconectar y quebrar o romper el nexo que vincula con la primera y más sospechosa operación, utilizada para ingresar el dinero en los cauces legales. Finalmente, se da la integración, se busca con esta fase el perfecto asentamiento de los bienes y el logro de que, sin sospecha alguna, las autoridades consideren que ellos fueron obtenidos por medios legítimos y que pertenecen de manera definitiva a la economía oficial. La incorporación en la economía legal mediante lo que en apariencia son transacciones legítimas

Al haber transcurrido sin inconvenientes las etapas anteriores y dejada constancia de ello a través de registros contables y tributarios se les otorga apariencia legal, de modo de enervar cualquier tipo de persecución. Así, podrá disponer de sus nuevos activos patrimoniales con sello de licitud. La operación de lavado de dinero consiste en disimular el origen ilegal del producto del delito; tiene inmerso maniobras orientadas a su ocultamiento; acciones dirigidas a disimular y procesos orientados al encubrimiento.

Como este delito no es autónomo, ya que necesita de un delito precedente, la ley contra el lavado de dinero y activos, en el Art. 6, dice: Estarán sometidos a la presente Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, y de manera especial en lo que fuere aplicable los siguientes delitos: a) Los previstos en el capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; b) Comercio de personas, art. 367 C.Pn.; c) Administración fraudulenta, Art. 218 C.Pn.; d) Hurto y Robo de vehículos, art. 214 C.Pn.; e) Secuestro, art. 149 C.Pn.; f) Extorsión, Ley especial; g) Enriquecimiento ilícito, Art. 333 C.Pn.; h) Negociaciones ilícitas, Art. 328 C.Pn.; i) Peculado, Art. 325 C.Pn.; j) Soborno, Art. 335 C.Pn.; k) Comercio ilegal y depósito de armas, 346 C.Pn.; l) Evasión de impuestos, Art. 249-A C.Pn.; m) Contrabando de mercadería, Ley especial; n) Prevaricato, Art. 310 C.Pn.; o) Estafa, Art. 380 C.Pn.; y, p) Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas; los encubridores pueden ser dolosos o culposos, art. 7 y 8.

Sin duda, sobre la base de la redacción del anterior artículo, se puede reiterar, que, para el combate de este tipo de criminalidad, se acude de forma ordinaria a la técnica de la remisión, en este caso, remisión regular; tipificación que bien se podría decir, riñe con el principio de tipicidad del delito, pero se permiten por la complejidad de las conductas.

El objeto de protección de este delito no es pacífico, y se concluye que es un delito pluri ofensivo, por ello se afirma que pretende tutelar la correcta administración de justicia, el orden económico y social, la salud pública y la seguridad de los Estados²⁸¹.

²⁸¹ Así lo afirma **Adán Nieto Martín y otro**, Derecho penal económico, óp. Cit. p. 80.

e) Otros ilícitos

Es dable hablar de otros delitos relacionados o referidos a la corrupción, ya que esta no es solo un concepto jurídico, sino sociológico y político; que la identifican con otras figuras delictivas en las que se advierte el abuso del poder.

- Tráfico de influencias.

A este ilícito se refiere el art. 18 de la CNUCC, en el que insta a los Estados parte de ella, a considerar la posibilidad de adoptar medidas legislativas o de otra índole, para tipificarlo como tal; siempre que sea intencional y tenga por propósito la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona de forma directa o indirecta, de un beneficio indebido, con el fin de que abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original o de cualquier otra persona; o medie solicitud o aceptación de un funcionario o de cualquier otra persona, con el fin de que el funcionario abuse de su influencia real o presunta, para obtener en favor del instigador un beneficio indebido de la Administración o funcionario.

En El Salvador, el Código penal, en el art. 315, con el afán de proteger la administración de justicia, tipifica y sanciona la simulación de influencias, que sería la influencia presunta que menciona la Convención; y en el art. 336, con el afán de proteger a la Administración pública, tipifica y sanciona el delito de tráfico de influencias, ya sea esta real o presunta.

Con estos delitos, se pretende hacerle frente al mercado de las influencias sobre quien tiene la capacidad de decidir y que redunden en beneficio económico privado, ósea en la conducta corrupta. Sanciona solo a quien ejerce el comportamiento de quien ejerce la influencia indebida y al que ofrece esos servicios de influencia; no sanciona el comportamiento influenciado del funcionario, ya que sería otro delito.

Se cree que este delito, es de los que la doctrina califica de peligro; y que realmente, es un acto preparatorio al acto específico de corrupción; se les considera expresión del Derecho penal simbólico.

- Abuso de funciones.

La CNUCC, en el Art. 19, establece que cada Estado parte considerara la posibilidad de adoptar las medidas legislativas o de otra naturaleza, para tipificar como delito el abuso de funciones; cuando este sea intencional y se cometa con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

En el Código penal de El Salvador, no hay un delito nominado exactamente así, pero sin pretender que en el Derecho penal se aplique la analogía, al analizar liminarmente los elementos tipo de los delitos contenidos en el Título XVI, relativo a los delitos a la Administración pública, Capítulo I, referido

a los delitos de abuso de autoridad; así: actos arbitrarios, art. 320; incumplimiento de deberes, art. 321; desobediencia, art. 322; denegación de auxilio, art. 323; y revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos por empleado oficial, art. 324; que tipifica y sanciona el legislador salvadoreño, pareciera que, con dicha tipificación, se puede dar por satisfecha la exigencia de la Convención.

- Encubrimiento.

El art. 24 CNUCC, insta a los Estados parte a tipificar el encubrimiento como delito, cuando esté relacionado con cualquiera de los delitos a los que ella se refiere, pero que **el encubridor no hubiere participado en ellos**; pues de lo contrario, se deberá de procesar por el delito en particular, en atención a la participación que tuviere en aquel.

El legislador salvadoreño, cumple con el anterior requerimiento, pues en el Título XV, referido a los delitos relativos a la administración de justicia, capítulo I, referido a los delitos relativos a la actividad judicial, específicamente en el art. 308 del C.Pn. se tipifica este delito, así: “Encubrimiento. **Art. 308.-** Será sancionado con prisión de seis meses a tres años, el que con conocimiento de haberse perpetrado un delito **y sin concierto previo**, cometiere alguno de los hechos siguientes:

- 1) Ayudare a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta;
- 2) Procurare o ayudare a alguien a obtener la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o asegurare el producto o el aprovechamiento del mismo; y,
- 3) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento.

Si las conductas anteriores se realizaren respecto de los delitos de extorsión o secuestro la sanción será de cuatro a ocho años de prisión.²⁸²

No se aplicará la pena, en los casos de los números 1) y 2) a quien encubriere a su ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge, conviviente o persona en análoga relación de afectividad.”

- Obstrucción de la justicia.

El art. 25 CNUCC, establece que cada Estado parte, adoptara las medidas legislativas y de otra índole, necesarias para tipificar como delito la obstrucción de la justicia, cuando esta sea intencional, y se use la fuerza, amenazas o promesas de beneficio indebido a las personas, para inducirlas a obstruir la

²⁸² Este inciso, y con el afán de combatir los delitos de secuestro y extorsión, fue reformado por D.L. No. 83 de fecha 25 de agosto del 2006, publicado en el Diario Oficial No. 171, Tomo 372 de fecha 14 de septiembre del 2006.

justicia; o se use la fuerza, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento del deber de las funciones oficiales de los funcionarios de justicia, entre otros.

El legislador salvadoreño, deliberada o coincidentemente, cumple que la anterior disposición, pues desde el art. 303 en adelante, tipifica algunos delitos, que bien encajan en la obstrucción a la justicia, tales como: Denuncia o acusación calumniosa, art. 303; simulación de delito, art. 304; falso testimonio, art. 305; fraude procesal, art. 306, soborno, art. 307; etc.

Expresa Montenegro²⁸³, que se ha visto como la corrupción afecta a la sociedad en general, lesiona las normas que regulan el equilibrio de los derechos patrimoniales, por ello y en extensión a sus efectos, multiplica, con la mayor entidad material del daño, el perjuicio de sus titulares y cuando el alto número de estos, generaliza la posibilidad de afectar a los ciudadanos indeterminadamente, el daño moral se traduce en pérdida de la confianza, limitación del trabajo, actitud prevenida y reticente en el plano de las transacciones económicas. Y cuando estas se refieren al ejercicio normal de las actividades comerciales y financieras en las que esa confianza resulta imprescindible, la proyección del mal decidió a considerarla en sus efectos de calificativo de pública.

Por su parte, Martín Prats, expresa que el funcionario público, que aprovecha su condición de servidor público, para apropiarse indebidamente de bienes o las ganancias de todos que utiliza su cargo para provecho personal, familiar, partidario o empresarial, violenta las bases mismas de la democracia, ya que no solo delinque, sino que también debilita el principio de igualdad, desde el que se construye o edifica la confianza política hacia los gobernantes²⁸⁴.

Los costos económicos de la corrupción, los pagan todos, e implica tener menos o de menor calidad, servicios públicos esenciales, que bien puede traducirse en innumerables muertes por no haber tenido acceso adecuado a la salud. Sostiene Silvia Izquierdo²⁸⁵, que la corrupción representa una violación dinámica de los derechos económicos, sociales y culturales; cuyos efectos no pueden ser aquilatados y perjudican a víctimas aún no determinadas, como son las generaciones venideras.

Por tanto, se cree que el Derecho debe ser el gran instrumento de lucha contra la corrupción, en el que se debe de dejar establecida la amenaza de severas penas e importantes consecuencias²⁸⁶ en contra de aquellos que practiquen actos de corrupción. Es decir, que, en el combate a la corrupción, está en juego el Estado democrático de Derecho; por ello se cree que, por sus efectos generalizados

²⁸³ **Alicia Ferrer Montenegro**, Derechos económicos y derechos humanos: defensa contra la corrupción; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002, p. 70.

²⁸⁴ **Martín Prats**, op. Cit. p. 88.

²⁸⁵ **Silvia Izquierdo**, Reparación e indemnización a víctimas de violaciones a derechos humanos; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002, p. 124.

²⁸⁶ Consecuencias que bien puede ser administrativas, como inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública o la práctica de determinadas actividades, civiles, como el comiso civil o la obligación de restituir el perjuicio causado; o penales, como el comiso penal, la inhabilitación, las consecuencias civiles del delito; o bien, la extinción del dominio de los bienes adquiridos o destinados a la corrupción.

e indeterminados y afecta a la comunidad internacional en su conjunto, el grado de inhumanidad de la conducta delictiva o desprecio por la vida individual o colectiva; bien puede por ello, considerarse un delito de lesa humanidad y pasar a formar parte de estos delitos, específicamente del delito de genocidio, que en el art. 361 tipifica y sanciona el Código penal salvadoreño.

Lo anterior, se lograría adicionando al texto del artículo en cuestión, el criterio de pobreza o condición económica; puesto que existe una clara relación entre la pobreza estructural de la sociedad y los sistemas de corrupción, entre el ocultamiento y el secreto y los comportamientos corruptos; que hundan a innumerables personas en la miseria sistemática, privándoles de los más elementales recursos para vivir con dignidad, y eso, sin duda; es violencia sistemática y generalizada.

Y es que un Estado en donde la corrupción haya permeado todas las estructuras u órganos fundamentales, públicas o privadas; podría ser considerado un Estado fallido y como consecuencia su población estaría expuesta a la privación de sus más elementales derechos o accesos a los servicios públicos esenciales; en cuyo caso, la comunidad internacional y ante una grave una grave violación a derechos humanos tiene la obligación de intervenir en favor de la sociedad civil afectada; esto sin duda, guarda un frágil equilibrio con el principio de no intervención en asuntos internos de los Estado.

Estos crímenes de lesa humanidad, surgen como una extensión de los crímenes de guerra y para proteger bienes jurídicos personales; pero ahora se acepta que son crímenes pluri ofensivos, ya que atentan contra bienes individuales y colectivos, los que además suponen una amenaza a la paz internacional. Tiene cabida tanto en tiempo de guerra como de paz, y puede ser cometido por cualquier persona, independientemente de si forman o no parte de las estructuras de poder; pero las víctimas de estos, son siempre civiles, afectados por las expresiones de odio en su contra, motivadas por razones de raza, religión, política, etc.

La comunidad internacional, inicialmente mostraba su rechazo a estos delitos, haciendo formales protestas diplomáticas o dando por terminadas las relaciones diplomáticas con los Estados involucrados en estos; lo que dejaba una clara advertencia: un eventual enjuiciamiento en su país, una vez se dieran las condiciones para esto. El juzgamiento de este crimen, ha requerido y requiere de la solidaridad internacional, que se expresa en la cooperación en la investigación y juzgamiento de este.

Según Alicia Gil²⁸⁷, son elementos tipo de este delito, conductas constitutivas de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ataque que debe ser parte de una política de Estado o de una Organización, política que bien puede ser activa o pasiva; y debe de concurrir en los actos intención, dolo o mens rea del autor.

En cuanto a los hechos concretos, el denominado otros actos inhumanos, que señala el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el art. 7.1, sería la categoría donde bien encajaría el delito de

²⁸⁷ Alicia Gil Gil y otros, óp. Cit. P. 373 y ss.

corrupción; pues condena a no pocos a esclavitud sexual o laboral, a la prostitución, a la persecución y posterior desaparición; etc.

2.4.2. Sancionar penalmente a las personas jurídicas

Sostenía Sutherland²⁸⁸, “que hace tres o cuatro generaciones, los tribunales decidieron unánimemente que las corporaciones no podían cometer delitos –“societas delinquere non potes”-; primero, porque la corporación es un artefacto legislativo y no tiene una mente o alma, no puede tener intención criminal y, por lo tanto, no puede cometer un delito; segundo, como una corporación no está autorizada a hacer actos ilegales, sus agentes no están autorizados a hacerlos. Si esos agentes los cometen, lo hacen en su capacidad personal y no en su capacidad como agentes. Y, tercero, salvo unas pocas excepciones, las únicas penas que pueden imponerse a las corporaciones, si se encuentran culpables de delitos, son multas, -inhabilitaciones, suspensiones o su disolución y posterior-. Estas multas son daños a los accionistas en vez de a los agentes, quienes son los responsables directos de las violaciones de las leyes.” Quien más adelante, reconoció, que cada vez era más frecuente ver que las corporaciones eran condenadas por delitos.

Afirma Nieto Martin²⁸⁹, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, empresas o corporaciones; tiene su origen en el Derecho penal de los EE.UU. –Common Law-, especialmente en lo que llaman buen gobierno corporativo, el derecho de los mercados financieros, el sistema de prevención de riesgos laborales, o las normas de organización y control que se derivan del blanqueo de capitales. Que dicha responsabilidad, forma parte del pacto entre el Estado y el poder corporativo, del llamado buen gobierno global.

Por su parte, el profesor Olivo Granadino²⁹⁰, afirma que el concepto de responsabilidad social de la empresa, se origina en E.E.U.U. en la década de los años 60 y 70; consecuencia de la efervescencia social y política de los movimientos por los derechos civiles, de la lucha por el respeto al medio ambiente, la defensa de los derechos de los trabajadores y consumidores; etc. impulsados por el movimiento por la responsabilidad social de las empresas, en aras a exigir una regulación contundente de la propiedad de las corporaciones, sobre la base de los problemas –entre los que se encontraba la corrupción- que estas ocasionaban a la sociedad.

Sin duda, dentro de lo que se podría llamar responsabilidad social de la empresa, está la responsabilidad penal de las mismas. Hay que decir que, la atribución de responsabilidad penal a las

²⁸⁸ **Edwin Hardin Sutherland**, el delito de cuello blanco, edición de La Piqueta, Madrid, 1999, P.107

²⁸⁹ **Adán Nieto Martin**, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal; Revista Ventana Jurídica No. 8, Año IV, volumen 2; Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, p. 181.

²⁹⁰ **Julio Olivo Granadino**, aproximación conceptual al fenómeno de la responsabilidad de la empresa y el nuevo Derecho de soft law en la sociedad global; Revista Derecho, No. 1, Época VII, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, 2010, p 91.

personas jurídicas, no es un tema pacífico; hay quienes la rechazan de plano, y se fundan en el principio “societas delinquere non potest”²⁹¹; pero hay otros que la aceptan, reconociendo que el poder de las corporaciones amenaza y, por tanto, ante esos riesgos o perjuicios, postulan por la responsabilidad colectiva o empresarial; sin perjuicio, a que sin duda, como se afirmó antes, hay varios problemas para su atribución.

El concepto empresa²⁹² debe de ser replanteado y dejar de ser vista como la suma de elementos o recursos guiados hacia la maximización de las ganancias y vinculada únicamente con sus accionistas; y debe de vérselo como aquella que no solo se relaciona con sus accionistas y su estructura corporativa, sino con otros grupos internos como lo son sus trabajadores y sus familias, con los consumidores, proveedores, comunidad, gobierno, etc.; a quienes sin duda podrá afectar positiva o negativamente, y como consecuencia, deberá de responderles.

Parafraseando al maestro Olivo Granadino, se dirá que dos son los ordenamientos que rigen el funcionamiento de las empresas, el soft law y el hard law, dicho de otra manera, el Derecho blando y el Derecho duro; si el primero no funciona, constituido generalmente con normas producto de auto regulación, se debe de acudir al segundo, normas sancionatorias, administrativas o penales, o ambas²⁹³.

Esa responsabilidad colectiva, está basada en que la empresa se encuentra en mejores condiciones que el mismo Estado para controlar el comportamiento de sus agentes; y sirve para reforzar la responsabilidad individual, porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos, y en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia a las autoridades públicas.

Esta responsabilidad estaría fundada en el incumplimiento de obligaciones atribuidas por la ley, la omisión de comunicaciones que deba de enviar, la posición de garante en o de los órganos de dirección que ocupe, etc., y, por tanto, la imputación penal que se le pueda intentar será respecto a la omisión propia o impropia, según su participación en la estructura jerarquizada del órgano. Lo que obliga a los socios de la empresa a abrir los ojos y a los accionistas, a estar pendientes de la gestión

²⁹¹ Además, porque se cuestiona que con ello se hace responsable a los socios inocentes, lo que lesiona la presunción de inocencia y porqué, además, se va en contra del carácter personal de las penas; y también, lesiona el principio de no dos veces lo mismo, especialmente en aquellas empresas pequeñas, en donde el socio es el mismo director y sobre quien generalmente recae la responsabilidad penal.

²⁹² Se debe de decir que, en El Salvador, el concepto empresa esta reducido a una cosa mercantil, a uno de los elementos del comerciante individual o social; y no como sujeto de Derecho como se afirma en el texto. Los art. 17 y ss. y 553 del Código de comercio, nos dejan claro lo anterior. En el ámbito mercantil, la responsabilidad de los socios frente a las personas con quienes ella se relaciona, están inicialmente determinadas y limitadas en el denominado pacto social y según el tipo de sociedad que se constituya. En este sentido, es ilustrativo lo dicho por el Profesor **Rutilio Antonio Díaz Martínez**, en su artículo denominado “Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal: especial referencia al Derecho salvadoreño, publicado en la Revista jurídica Ventana, No. 6, año III, volumen 2, Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2005, p. 113 y ss.

²⁹³ **Julio Olivo Granadino**, óp. Cit. p. 115 y ss.

de su empresa; a alcanzar un buen gobierno corporativo, que les permita tener una correcta contabilidad y auditoría.

El establecimiento de un régimen eficaz de responsabilidad corporativa, es una premisa indispensable de la lucha contra la corrupción. La posibilidad de hacer responsables a las empresas, y no sólo a los individuos; transmite un claro mensaje en el sentido de que la corrupción no forma parte integrante de la práctica de los negocios.

Sin duda que este tema, de la responsabilidad empresarial, específicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene su base en el pacto mundial²⁹⁴, adoptado en el marco de la Cumbre del Foro Económico Mundial de Davos, celebrado en enero de 1999; y que tuvo como objetivo involucrar la ciudadanía corporativa, incorporando a las empresas en la gestión y solución de los retos sociales y medio ambientales.

Uno de los primeros problemas, es la determinación de la autoría en el ilícito atribuido a la empresa, organización caracterizada por el principio de jerarquía y la división de trabajo; lo que ayuda a determinar quién decide la acción delictiva y quien la ejecuta, y quien es un mero ejecutor. Estos niveles de jerarquía dan problemas de imputación subjetiva, quien obra con conocimiento del ilícito y quien siguiendo órdenes o cumpliendo con su deber²⁹⁵.

El pacto mundial, está formado por diez principios, y todos giran en función a que las empresas sean responsables en temas de derechos humanos, relaciones laborales, medio ambientales, y en lo pertinente, es el décimo principio el que dice: “Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.”

Varios son los instrumentos internacionales que instan a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias y conforme a sus principios jurídicos -Derecho interno-, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos referidos a la Convención, responsabilidad que podrá ser penal o administrativa; entre algunos de estos instrumentos se pueden mencionar, la CNUCC, art. 26; CICC, art. VIII; Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico –OCDE-, Art. 2; entre otros.

²⁹⁴ El Pacto Mundial no es un instrumento normativo, no ejerce funciones de vigilancia, no impone criterios y no evalúa la conducta ni las acciones de las empresas. Al contrario, el Pacto Mundial se basa en la responsabilidad pública, en la transparencia y en la sana defensa de los propios intereses de las empresas, las organizaciones laborales y la sociedad civil para promover y ejecutar conjuntamente medidas encaminadas al logro de los principios en que se basa el Pacto Mundial.

²⁹⁵ Así lo expresa **Patricia Faraldo Cabana**, Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa en el Código penal de El Salvador; Revista Ventana jurídica No. 9, Año V, Volumen 1, publicada por la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura El Salvador, 2011, p. 1 y ss.

El Código penal español, citado por Patricia Faraldo²⁹⁶, recoge un catálogo de sanciones que bien pueden imponerse a las personas jurídicas; así: Multa por cuotas o proporcional, suspensión de sus actividades por un plazo determinado, clausura de locales o establecimientos, prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro determinadas actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar en el sector público, para gozar de beneficios e incentivos fiscales, intervención judicial para salvaguardar los intereses o derechos de los trabajadores o acreedores; disolución de la persona jurídica.

A las sanciones antes citadas, Nieto Martín²⁹⁷, agrega la publicación de sentencias en su contra y la reparación; sanciones que además se podrían imponer de forma simultánea, pero siguiendo el principio de proporcionalidad de la infracción.

Penalizar a las personas jurídicas implica replantear la teoría de la imputación y de la pena. Extender a nivel general, y tratándose de personas jurídicas, la responsabilidad penal a sus directores o representantes legales, por delitos planeados, u ordenados, pero no ejecutados por ellos, y ejecutados por otras personas, tal y como ya lo establecen los Arts. 4 inciso tercero de la Ley de lavado de dinero y de activos²⁹⁸, y 43 del Código Tributario²⁹⁹.

²⁹⁶ Patricia, Faraldo Cabana, Las penas: Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas; citada por Camilo Antonio Velado Escobar, óp. Cit., p. 97. En este mismo sentido se expresa la Unión europea, en el art. 6 de la Acción común, adoptada en Bruselas, el 22 de diciembre de 1998.

²⁹⁷ Adán Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal; óp. Cit. p. 205.

²⁹⁸ Art. 4.- En el caso de las **personas jurídicas**, las sanciones **serán aplicadas a las personas naturales** mayores de 18 años, **que acordaron o ejecutaron** el hecho constitutivo del lavado de dinero y de activos.

²⁹⁹ **Responsables por representación.** Artículo 43.- Son responsables solidarios en calidad de representantes, cualquiera de las personas que a continuación se mencionan y que hayan participado en el hecho que dio lugar a la evasión de impuestos: a) Los padres, los tutores o los administradores de bienes de los menores obligados y los representantes de los incapaces; b) **Administrador único o representantes legales de las personas jurídicas** durante el período que comprenda su gestión; c) Los mandatarios respecto de los impuestos e intereses generados por los bienes que administren o dispongan durante el período de su administración; d) Los síndicos de quiebras, los depositarios de concurso de acreedores, liquidadores de sociedades, curadores y los administradores judiciales o particulares de las sucesiones; e) El contratante local y el representante del conjunto cultural, artístico, deportivo o similar domiciliado o no, sea integrante o no del mismo, y que se presenten individualmente como personas naturales o bien agrupados en conjunto, a nombre de éste; f) Los que administren o tengan la disponibilidad de los bienes de empresas y de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica; g) El fiduciario respecto del fideicomiso; h) Los curadores especiales en el caso de los ausentes y los curadores de la herencia yacente; e, i) Los herederos por los impuestos a cargo de la sucesión. j) El representante de las uniones de personas, sociedades irregulares o de hecho o cualquiera que fuera su denominación.

Los representantes de sociedades en liquidación, concurso de acreedores y quiebras deberán en la oportunidad en la que se verifiquen los créditos de los acreedores solicitar a la Administración Tributaria informe respecto de las deudas tributarias pendientes. La transferencia o adjudicación en estos casos debe hacerse libre de toda responsabilidad tributaria.

La responsabilidad establecida en este artículo, se limita al valor de los bienes o patrimonios que se administren, salvo que los representantes hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia grave, en cuyo caso responderán en forma solidaria con sus bienes propios hasta el total del impuesto adeudado.

El art. 7 de la Ley de proscripción de maras, pandillas, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal³⁰⁰; contiene la pena de la disolución³⁰¹ de la persona jurídica privada, con lo que, sin duda, en este caso especial, si se sanciona penalmente a la persona jurídica, cuando los que participan de ella, y que tengan cargo de dirección sean encontrados culpables de los delitos que tipifica la expresada ley especial.

Expresa la norma en cuestión, que, la disolución procederá si se comprueba que todos los titulares o accionistas, permitan, colaboren, apoyen o participen en nombre de ellas en la comisión de alguna actividad ilícita que el art. 2 de la Ley en mención señala; y siempre que tal permisión, colaboración, apoyo o participación sea voluntaria. Si quienes delinquen son los administradores o la mayoría de accionistas, se sancionará a la persona jurídica con multa; esto sin duda, es para resguardar a los socios o accionistas inocentes.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el art. 41 de la Ley especial contra actos de terrorismo contempla la multa y la disolución de la persona jurídica o entidad privada, cuando las personas que integran los órganos de administración o de dirección, permitieren, colaboraren, apoyaren o participaren en nombre o representación de las mismas, en la comisión de alguno de los delitos previstos en la ley. Responsabilidad penal que se justifica a título de culpa o mera negligencia o inobservancia del deber de vigilancia.

También el art. 38 del Código penal; trata el actuar por otros, refiriéndose a el que actuare como directivo, representante legal de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación actúa. Esta última disposición, sin duda es contraria a la anterior; en esta no hay responsabilidad para la persona jurídica en nombre de quien se actúa, en la otra sí.

La anterior disposición, contiene la figura que en política criminal se denominó “actuar por otro”, mecanismo que se erigió para cerrar los espacios de punibilidad que no quedan cubiertos por los diferentes tipos penales; cuando se trata de delitos que su estructura típica requiere de cualidades especiales de los sujetos que intervienen en su ejecución. Ósea que se trata de delitos especiales en cuya ejecución participan las personas jurídicas o naturales en representación de otro³⁰². Los delitos que se pueden imputar, son de infracción de deberes.

³⁰⁰ Ley de proscripción de maras, pandillas, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal; D.L. No. 458, del 1 de septiembre de 2010; publicado en el D.O. No. 169, Tomo 388, del 10 de septiembre de 2010.

³⁰¹ Lo anterior es congruente con lo que dispone el Art. 343 y ss del Código de comercio que califica como nula y por tanto causa de disolución, si la sociedad tiene causa u objeto ilícito –realizar actividades delictivas, por ejemplo-; y habilita al Ministerio público a mocionar ante el juez, la disolución y liquidación de aquella.

³⁰² Así lo expresa **Adán Nieto Martín** y otro, Derecho penal económico, óp. Cit. p. 127. En similares términos se manifiesta Gracia Martín, cuando dice: las construcciones doctrinales creadas para explicar los clásicos delitos contra la vida o el patrimonio no son igualmente útiles en el estudio de conductas delictivas propias de la criminalidad de empresa, cuyas

En similares términos, se expresa el art. 13 inciso 3 de la Ley especial contra el delito de extorsión³⁰³; cuando dice: “El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo, por parte de los Operadores de Redes Comerciales de Telecomunicaciones se sancionará con multa de quinientos salarios mínimos mensuales vigentes del sector comercio y servicios por cada infracción, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudieren incurrir los administradores o empleados que resulten responsables del incumplimiento.”; y según el inciso 8 del art. 14 de esta, se sancionaría a la empresa con la revocatoria de la concesión del servicio de telefonía, y en cuanto a la responsabilidad penal, remite a las reglas del art. 13.

Es decir, que esta ley sanciona administrativamente a los operadores –personas jurídicas- con multa o revocación; y sin perjuicio a que los administradores, accionistas o directores, respondan penalmente, en función a su participación en el incumplimiento, si así fuere el caso.

Lo que pone en evidencia que el problema central del tratamiento jurídico penal de la persona jurídica o de la empresa, sigue siendo la imputación del hecho delictivo a personas físicas; no está claro de si serán responsables directos o coautores, autores mediatos, instigadores o cómplices.

La responsabilidad penal de la empresa, de las personas jurídicas o colectivas o de las agrupaciones, no debe de confundirse con la responsabilidad civil del delito; son dos cosas totalmente diferentes; responde, a la motivación de tener una respuesta punitiva específica al fenómeno de la criminalidad empresarial o delitos sin sangre; y que sin duda se funda en el replanteamiento de la idea del sujeto del Derecho penal³⁰⁴.

Si la sanción del delito debe de producir una herida o sufrimiento, con anhelos de generar un cambio de actitud en quien delinque; el resarcimiento del daño debe de curar otra herida, la producida por el delito mismo; y hacia esto último se dirige la responsabilidad civil del delito, por medio del resarcimiento³⁰⁵, de la restitución, reparación e indemnización; y sus formas de cumplirla son solidaria, subsidiaria, transmisión, y preferencia.

En el Código penal, a partir del art. 114 se desarrollan las consecuencias civiles del hecho punible –delito o falta-, es decir que, quien causa un daño, debe de responder por él; esa es la regla general de

peculiaridades morfológicas no fueron tomadas en consideración en aquella elaboración científica.” **Luis Gracia Martín**, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español, Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, Universidad de Zaragoza, España, 2016. El problema del actuar por otro, se deriva de la irresponsabilidad de las personas jurídicas, de la inactividad del representado. Se afirma que está fundada en la teoría de representación, o en la del dominio social, o en la del dominio sobre el fundamento del resultado.

³⁰³ Ley especial contra el delito de extorsión, D.L. No. 953, del 18 de marzo de 2015; publicado en el D.O. No. 56, tomo 406, del 23 de marzo de 2015.

³⁰⁴ Así lo plantea **Marta García Mosquera**, La personalidad jurídica de empresas transnacionales en la Unión europea; Libro homenaje a Claus Roxin, Fundación internacional de ciencias penales y Universidad Inca Garcilaso de la Vega del Perú; 2018, p. 383.

³⁰⁵ En similares términos se expresa **Borja Mapelli Caffarena**, La responsabilidad civil del delito; Revista jurídica Ventana, No. 4, Año II, volumen 2; Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2004, p. 22. De igual manera, se manifiesta **Elena Larrauri Pijoan** y otros, óp. cit. p. 293 y ss.

la responsabilidad. Esto nos lleva a repensar de si solo los denominados delitos de resultados son los que generan daño y, por tanto, solo ellos serían susceptibles de producir responsabilidad civil, o si, por el contrario, también los delitos de peligro. Por no ser este, el objeto de esta investigación, se omitirá pronunciarse sobre esta problemática.

La responsabilidad civil del delito se rige por el principio del daño causado, y se exige por medio de la acción civil, ejercitada dentro del mismo proceso penal en el que se deduce la responsabilidad penal; y tendrá que responder, quien resulte ser el civilmente responsable, quien no necesariamente es el acto del delito. Así se entiende del análisis del art. 42 del Código procesal penal, que dice: “La acción civil derivada de los hechos punibles, se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable, directo o indirecto.”

2.4.3. Penalidades accesorias por delitos de corrupción

El art. 14 de la Constitución de El Salvador, dispone: “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad.”; más adelante, el art. 27 de la misma dice: “Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional. Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.”

Las penas en el Derecho y las penales específicamente, son regidas por determinados principios, tales como el de legalidad, proporcionalidad, dignidad humana, necesidad, responsabilidad, trascendencia o lesividad del bien jurídico, etc.; así se desprende del art. 27 Cn. y 1 y ss del C.Pn.

En el marco de la teoría de la pena, las hay principales y accesorias, en atención de si guardan o no dependencia una de otra. Significa que, solo se puede hablar de penas accesorias, si se ha dictado una principal; pena que debe de estar relacionada con la inhabilitación o prohibición de realizar determinadas conductas; sin duda, no pueden ser más lesivas que la principal. También y siguiendo el derecho que sea restringido o limitado, se les suele clasificar como privativas de libertad, patrimoniales, interdictivas, etc.

A las penas en el Derecho penal, se refiere el art. 44 y ss del Código penal, de donde surge la clasificación de principales y accesorias; y es el art. 46 el que, de forma ilustrativa, se refiere a un catálogo de penas accesorias, entre las que destacan: Inhabilitación absoluta o especial, expulsión del territorio nacional –aplicable a extranjeros únicamente–, privación del derecho de conducir, terapia psiquiátrica o psicológica obligatoria. Son principales, cuando el Código u otra ley punitiva, las señala

expresamente para determinados delitos; y son accesorias, cuando sin imponerlas especialmente, declara en preceptos generales que determinadas penas van acompañadas de otras como accesorias.

Del anterior catálogo, y siguiendo las nociones básicas de los principios de pertinencia y eficacia de la pena, se habrán de descartar prácticamente todas esas penas accesorias, salvo la de inhabilitación; la que luego pasaremos a desarrollar, para mostrar la pertinencia de su imposición a las personas jurídicas y particularmente, por los delitos de corrupción.

Los arts. 58 y 59, se refieren a los aspectos que comprende la inhabilitación absoluta, y en lo pertinente interesa destacar la pérdida del cargo, comisión, contrato o empleo público que ejerza el condenado, aunque fuere de elección popular; la incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos, y la incapacidad para recibir distinciones honoríficas y la pérdida de las ya conferidas; la suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad estén o no reglamentadas; la suspensión definitiva de cargos públicos ad honorem que estuviere desempeñando el condenado, la prohibición de ejercer cualquier cargo, empleo público o privado, profesión u oficio.

En los supuestos de que los actos de corrupción hayan sido realizados por servidores públicos y se les haya declarado responsable de la imputación y como consecuencia se les haya impuesto la pena principal; normalmente se les imponen penas accesorias la destitución de pleno Derecho³⁰⁶, la inhabilitación de optar durante un tiempo determinado a ocupar otros cargos públicos, multa, etc.

Si quien fuere encontrado responsable y hubiere sido sancionado fuere un particular, se le podrían imponer las penas accesorias de la suspensión del arte, profesión u oficio que hubiese sido el instrumento para la comisión del delito; y si se hubiere utilizado una persona jurídica como el instrumento para la comisión del acto de corrupción, bien podría sancionársele prohibiéndole de formar parte de los órganos de gobierno de esta, multas, etc.; y sin perjuicio a que se discuta la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica.

Afirma Muñoz Conde³⁰⁷, que la justificación de la existencia de penas accesorias por las que, junto a la pena principal, se priva de determinados derechos al condenado puede buscarse en la pérdida de legitimidad para el ejercicio de los mismos por parte de quien resulta condenado en un proceso penal. Sin embargo, un postulado tan general como el anterior resulta inmediatamente objeto de las críticas que tradicionalmente han recaído sobre las penas accesorias, en la medida en que la privación de derechos al condenado, de manera automática y cuando el derecho en cuestión no se relaciona con el delito cometido, perjudica su reinserción social y carece de justificación.

³⁰⁶ El art. 41 de la Ley especial de intervenciones telefónicas, regula como causa de destitución, y dice: "El cometimiento de las infracciones anteriores por parte de cualquier funcionario, empleado, autoridad pública o agente de autoridad será justa causa para la destitución de su cargo, previo el procedimiento establecido en el régimen de servicio que le fuere aplicable. La imposición de las sanciones previstas en la presente Ley se hará sin perjuicio de otras responsabilidades penales o civiles en que incurran los infractores."

³⁰⁷ **Francisco Muñoz Conde y otra**, Derecho penal, parte general, 8a. edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 505.

El inciso 3 del art. 34, el art. 35 y el 37 de la Ley especial de intervenciones telefónicas, establecen como pena accesoria la inhabilitación para el cargo o empleo público, si quien fuere encontrado responsable de cualquier delito de los que ahí se regulan, fuere funcionario, autoridad, empleado público o agente de autoridad.

El art. 40 Ley especial contra actos de terrorismo, dispone: “En los casos de personas que tengan la responsabilidad para realizar alguna actividad relacionada con armas, artefactos explosivos, armas de destrucción masiva, sustancias explosivas, municiones o similares, y cualquiera de las otras mencionadas en la presente Ley, y que hubieren resultado responsable de los delitos previstos en la misma; además de la pena principal impuesta, serán inhabilitados para el ejercicio de sus funciones en cargos de similar responsabilidad por el doble del tiempo que dure la condena.”

También, el 3 de la Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal; expresa: “Las personas indicadas en el artículo anterior quedarán inhabilitadas por el doble de tiempo de la condena establecida en el proceso penal o por el término de seis años en la sentencia administrativa, civil o de otra jurisdicción, en los casos siguientes: a) Pertenecer a partidos políticos; b) Ser candidato a cargos de elección popular o de segundo grado; c) Ser socio, accionista, avalista, miembro, directivo, representante judicial, administrador o asociado de cualquier persona jurídica; d) Ser concesionario, licitante o contratista del Estado o del municipio; e) Ser titular de autorizaciones o permisos estatales o municipales para la apertura o funcionamiento de negocios; f) Ser autoridad, funcionario, agente de autoridad o empleado del área de seguridad y justicia del Estado o del municipio; y, g) Ser titular, directivo, accionista, administrador o empleado de las personas a las que se refiere la Ley de los Servicios Privados de Seguridad.”

Por su parte, el inciso 1 del art. 55 de la Ley especial contra la trata de personas, sanciona con inhabilitación especial en el ejercicio de la profesión, cargo o empleo público o privado, que fuere encontrado responsable del delito de trata agravada, en los supuestos ahí planteados; inhabilitación que durara el tiempo que dure la condena de prisión.

Finalmente, y más allá de la aun no acabada discusión de la pertinencia o no de la aplicación de la dogmática penal a este asunto, ha sido necesario dejar planteado el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una forma de evitarla y/o sancionarla; por donde realmente discurren los más graves casos de corrupción, para lo cual, sin duda, es necesario analizar la relación de las personas físicas que con su actuación pueden desencadenar responsabilidad penal en las personas jurídicas; y además, se debe de tener en cuenta el modelo de organización y gestión que exterioriza el debido control y cuya concurrencia podría llevar a la exención de responsabilidad penal.

CAPITULO III.

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL Y EN EL PROCESO ESPECIAL DE EXTINCION DE DOMINIO DE BIENES CONSIDERADOS DE ORIGEN O DESTINACION ILICITA EN PARTICULAR.

Sumario: 3.1 De las medidas cautelares en general, 3.1.1. Objeto y naturaleza de las medidas cautelares, 3.1.2. Clasificación y tipología de las medidas cautelares, 3.1.3. Caracteres teóricos, legales y jurisprudenciales de las medidas cautelares, 3.1.4. Presupuestos normativos, teóricos y jurisprudenciales de procedencia de las medidas cautelares, 3.1.5. De los efectos de las medidas cautelares, 3.2 De las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico salvadoreño, 3.3. De las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio en El Salvador, 3.3.1 De los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares en extinción de dominio y de su procedimiento, 3.3.2 De la administración de bienes o derechos sujetos a tutela cautelar en extinción de dominio, 3.4 De los daños y perjuicios generales causados por las medidas cautelares, 3.4.1 De los daños y perjuicios a terceros de buena fe exentos de culpa causados por las medidas cautelares, 3.4.2 De los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo en casos de desestimación de la acción de extinción de dominio, 3.4.3 Tipos de daños y perjuicios causados por las medidas cautelares, 3.4.3.1 De los daños y perjuicios patrimoniales, 3.4.3.2 De los daños y perjuicios morales, 3.5 De los mecanismos para determinar los daños y perjuicios sufridos, 3.6 Del resarcimiento a los daños y perjuicios, 3.7 De los mecanismos de resarcimiento a los daños y perjuicios por la incautación cautelar de bienes en el proceso de extinción de dominio.

Resumen:

Este capítulo, contiene una noción conceptual general de las medidas cautelares; en él se tratan diversas definiciones, su objeto, naturaleza y clasificación; luego se plantean los presupuestos procesales básicos y especiales de procedencia. Sin perjuicio a que les rige el principio de universalidad, solo se plantean algunas –las más comunes- de las medidas cautelares que, según nuestro ordenamiento jurídico se pueden adoptar, especialmente en el Derecho penal, administrativo y civil, atendiendo la naturaleza de la presente investigación; después, se muestran las medidas cautelares que, de forma específica, se adoptan en el proceso de extinción de dominio.

Se plantea, que algunas de tales medidas no cumplen los caracteres de esta, y que, por lo tanto, no son medidas cautelares sino verdaderas formas anticipadas de adquirir el dominio de las cosas por parte del Consejo Nacional de Administración de Bienes, en adelante CONAB o Consejo, y, por tanto, violatorias al debido proceso.

Se muestra la influencia que para la adopción de las diversas medidas cautelares que se plantean, ejerce el ordenamiento jurídico internacional, universal y regional. También, se abordan los eventuales daños y perjuicios, morales y materiales que pueden causar las medidas cautelares, ya sean estas de naturaleza personal o real; por lo que se hace un esfuerzo, para dejar constancia que el Estado y/o sus funcionarios, eventualmente podrían ser demandados a fin de que respondan por los daños y perjuicios causados, especialmente ante el supuesto de desestimación parcial o total de la acción de extinción de dominio. Con el propósito de que, quien se considere afectado por la adopción de las

medidas precautorias, se plantean además diversos mecanismos resarcitorios, tanto a nivel nacional como internacional.

3.1 De las medidas cautelares en general.

La tutela cautelar judicial, expresada en medidas cautelares; es inherente a la potestad jurisdiccional, se deriva del carácter público del proceso y de su finalidad de defensa objetiva. Constituyen una manifestación del derecho de acceso a la justicia y en ese orden de ideas, forma parte de uno de los derechos fundamentales de las personas; art. 2, 11 y 172 Cn. Es decir, las denominadas medidas cautelares, precautorias, provisionales, de seguridad, coerción o garantía; o cualquiera sea la nominación que se les dé, forman parte del derecho a la tutela judicial –y administrativa- efectiva, específicamente en el derecho de defensa y con ellas se pretende asegurar el resultado de la resolución, juicio o sentencia.

El núcleo esencial del derecho a la protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva, tiene cuando menos el siguiente contenido: a) Derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas; b) Derecho de defensa o, lo que es lo mismo, la prohibición constitucional de indefensión; c) Derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso; y d) El derecho a la efectividad de la sentencia o de la tutela judicial –es aquí donde queda comprendido el derecho a obtener la tutela cautelar-.

Toda vez que se admita que la tutela cautelar ha pasado a formar parte del derecho a la protección jurisdiccional/administrativa efectiva, la adopción de medidas cautelares debe pasar de tener un carácter excepcional a convertirse en una verdadera facultad/deber que el órgano jurisdiccional o administrativo, puede y debe ejercitar cuando así sea necesario.

También implica: a) el derecho general a una tutela cautelar, siempre que se exhiba en las pretensiones de fondo una apariencia de buen derecho y exista un peligro razonable de ineffectividad de la sentencia; b) la prohibición al legislador para que pueda suprimir de modo absoluto la posibilidad de que se adopten medidas cautelares; c) la posibilidad de que se adopten medidas cautelares provisionálsimas que subsistan mientras se sustancia el incidente cautelar propiamente dicho, o se incoe la demanda correspondiente –en el caso de las medidas anticipatorias que se admitan antes de la presentación de la demanda-; d) la suspensión de los poderes de auto tutela ejecutiva de los que goza la Administración, una vez que se ha solicitado la asistencia cautelar y e) un régimen que permita garantizar la reparación efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de una medida cautelar pudiera producir a los intereses públicos o de terceros –contra cautelas-.

Las medidas cautelares, operan en casi todas las ramas o áreas del Derecho y en diversos procesos o procedimientos, tales como los de naturaleza civil, comercial, administrativo, laboral, penal en cuanto a la persecución de la acción penal y la reparación civil del delito; de extinción de dominio, etc. Por la

pertinencia de la investigación, preferentemente se citarán aquellos supuestos teóricos, legales y jurisprudenciales administrativos, penales y por supuesto, de extinción de dominio.

Y es que el alcance de la tutela judicial efectiva, implica que las decisiones de los jueces –y demás funcionarios- deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces –u otros funcionarios- resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultarían inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas; que todas las personas deben tener un acceso efectivo e igual a la justicia, y es obvio que ese acceso no debe ser puramente formal, por lo cual ellas tienen entonces derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables; y que es necesario que el derecho de acceso a la justicia contribuya a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegure que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces.

Con las medidas cautelares, no se administra justicia en estricto sentido, sino que se da tiempo a la justicia para que cumpla eficazmente su cometido; o, como dijo el Tribunal supremo español³⁰⁸, “la necesidad del proceso –procedimiento- para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.” Se trata de buscar la eficacia de la justicia frente a situaciones de urgencia, que requieren decisiones también de urgencia.

El Dr. Ramírez Melara³⁰⁹, propone que el inicio de las medidas cautelares se remonta al origen del mismo proceso, ubicándolas en las denominadas Leyes de Partidas del Derecho romano, específicamente en la tercera, título segundo y noveno, respectivamente de la ley XLI; ubicando en estas, como medidas cautelares al secuestro y al arraigo. Se advierte que ambas podrían ser utilizadas tanto en el Derecho civil como en el penal.

La adopción de las medidas cautelares, no es automática, requiere de la concurrencia de varios presupuestos procesales, tales como el *fumus boni iure*, apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho y el *periculúm in mora* o peligro en la demora; presupuestos que se desarrollaran más adelante. Implica que, deben en todo caso motivarse o fundamentarse, art. 144 C.Pr.Pn.; a fin de exponer en las resoluciones que las contengan, las razones de hecho y de Derecho que llevan al funcionario a emitir las; exigencia que, sin duda, facilita a la parte en perjuicio de quien se dicten, la oportunidad de recurrir y/o de reclamar perjuicios ante una eventual adopción, carente de fundamento.

Expresa Maite Grünstein³¹⁰, que implican, otro modo de pensar y actuar del Derecho instrumental, facilitador de la tutela o protección útil y oportuna de los derechos; y que requiere articular vías o mecanismos apropiados a la singularidad de los derechos en juego; en los que se involucran las

³⁰⁸ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso administrativo, sección 3ª., sentencia del 17 de julio de 2015.

³⁰⁹ **Gilberto Ramírez Melara**, las medidas cautelares en el proceso civil; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época V, Numero 1, 2001, p.101.

³¹⁰ **Maite Aguirrezabal Grünstein**, Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental, Revista Derecho, No. 23, Facultad de ciencias jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Chile, 2016, p.25.

responsabilidades de las partes, los poderes y deberes de iniciativa y de control del juez y los efectos mismos de las decisiones adoptadas de forma definitiva.

Dice Manuel Restrepo³¹¹, que las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. O dicho de otra manera, constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.

Es una realidad incuestionable, que entre el inicio de la relación procesal y la emisión de la sentencia definitiva y su cumplimiento; pueden ocurrir varias alteraciones jurídicas o, de hecho, que terminen frustrando la pretensión del actor, y la falta de eficacia que se constata en los diversos procesos y procedimientos, justifica formulas o instrumentos con los que se pretenda enfrentar la demora de los mismos.

Desde la perspectiva de la demora de los procesos, las medidas cautelares tienen como fin principal evitar que el tiempo necesario para que se produzca la sentencia no acabe por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado. Mitigar los posibles perjuicios que como consecuencia de la demora de los procesos se puedan inferir en la eficacia de la justicia. La tutela cautelar sirve para evitar que la justicia pierda o deje en el camino que hay que recorrer para obtenerla, su eficacia; sin la cual por supuesto, deja de ser justicia. Dicho de otra forma, la función de la tutela cautelar, consiste en evitar que posibles daños y perjuicios, derivados de la duración del proceso, puedan convertirse en realidad, de modo que hagan perder la efectividad de la sentencia definitiva.

Para el penalista argentino, Cafferata Nores³¹², las medidas cautelares son reales y personales; ambas son medidas de coerción procesal, definiéndolas como toda restricción al ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendientes a garantizar el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.

El administrativista, Alfonso Luciano Parejo, dice que: “La efectividad de la tutela judicial, al menos de la contencioso administrativa que aquí importa, depende del grado de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la Administración y esa eficacia está condicionada, a su vez, por la regulación misma del cauce procesal a través del que se producen, las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa mientras penda el proceso; y, finalmente, los poderes del juez en orden a la

³¹¹ **Manuel Alberto Restrepo Medina**, Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial; Revista Vniversitas, núm. 112, de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2006, p. 66.

³¹² **José Cafferata Nores**, citado por **Fabián Bernabel Moricete y otros**, las medidas cautelares y las sanciones; Escuela Nacional de la Judicatura, Republica dominicana, 2007, p.17.

ejecución del fallo.” La principal función de estas, es garantizar la eficacia y la seriedad de la función jurisdiccional.

Dada su constitucionalidad, las medidas cautelares deben pasar a constituirse en un límite frente al privilegio de auto tutela del poder estatal que, a pesar de que los intereses generales urjan su inmediata ejecución, en determinadas circunstancias deberán ceder ante la necesidad de que, mediante la adopción de medidas cautelares, se pueda salvaguardar, en este caso, la efectividad de la protección judicial.

La Sala de lo Constitucional³¹³, desde hace ya varias décadas, viene sosteniendo que la motivación de la medida cautelar es requisito indispensable para posibilitar una adecuada defensa, además porque robustece la seguridad jurídica, pues elimina la arbitrariedad; o simplemente para darle respuesta al derecho de petición y cumplir así con el deber de respuesta.

El Consejo Nacional de Administración de Bienes, institución que según el art. 61 de la Ley, está integrada por el Ministro de Justicia y Seguridad Pública, quien ejercerá la presidencia; el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la República, el Ministro de la Defensa Nacional, el Ministro de Hacienda y el Director de la Policía Nacional Civil; Consejo que, como ya se dijo, integra la llamada Administración pública y teniendo en cuenta que más adelante se plantearan las diversas medidas cautelares que podrá adoptar, se trae a cuenta que la Sala de lo contencioso administrativo³¹⁴, ha dicho que “el fundamento de las medidas cautelares constituye una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con el objeto que en el eventual caso se declare la ilegalidad del acto -o actuación- impugnado, el administrado posea una verdadera herramienta eficaz y oportuna para salvaguardar su esfera jurídica; a fin de que a la postre, la ejecución de una sentencia estimatoria –o desestimatoria- no se vuelva una mera certeza jurídica pero con efectos materiales ineficaces o ilusorios en la esfera del administrado. Es decir, que el objetivo principal de la pretensión cautelar, es asegurar o garantizar la efectividad de la sentencia –o resolución-.

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares³¹⁵, expresa que “para los efectos de esta Convención las expresiones "medidas cautelares", "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en

³¹³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo, presentado contra el Consejo municipal de la Ciudad y Puerto de La Libertad, por providencias dictadas por dicho Consejo; referencia 111-2002, de fecha 25 de noviembre de 2002.

³¹⁴ Resolución de la Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 18 de abril de 2016, en proceso referencia 264-2015; planteado por la Superintendencia del Sistema Financiero, contra el Instituto de Acceso a la Información Pública.

³¹⁵ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Preventivas, adoptada en Uruguay, el 8 de mayo de 1979; vigente desde el 14 de junio de 1980; suscrita por El Salvador, el 11 de agosto de 1980, aun no ratificada; no obstante, y por ser miembros plenos de la OEA, tiene ciertos efectos vinculantes en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil³¹⁶.”

El Art. 3 lit. c del RLEDAB, dice que son medidas cautelares, los actos ordenados por el Fiscal o el Juez especializado tendientes a evitar que el bien sea enajenado, traspasado u ocultado y se haga nugatoria la acción de extinción de dominio.

El Grupo de acción financiera internacional –GAFI-, ha emitido una serie de recomendaciones, unas referidas a la tipificación de delitos, a la recuperación de activos, a las medidas cautelares, etc. En lo que a estas últimas corresponde, ha dicho “que los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en 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.

Que las anteriores medidas deben incluir: 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 nacionales³¹⁷.”

De la cita anterior, liminarmente se puede decir, que las hay personales, reales; precautorias, cautelares, restitutorias; positivas o negativas; judiciales o administrativas, nacionales e internacionales³¹⁸, etc.

En el seno del sistema americano de protección a los derechos humanos, específicamente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han desarrollado las medidas cautelares, y sobre estas ha

³¹⁶ Normalmente, con los bienes de propiedad del autor o partícipe del delito se busca la materialización de los derechos de las víctimas en cuanto a la reparación económica, por los daños sufridos como consecuencia del injusto.

³¹⁷ Grupo de acción financiera internacional, Recomendaciones de 2010, Art. 3, lit. b, punto 4.

³¹⁸ Siguiendo los principios de subsidiariedad y complementariedad del Derecho internacional de los derechos humanos, la acción de tutela también es un mecanismo idóneo para la debida ejecución de las medidas cautelares impuestas a las autoridades del Estado por organismos internacionales de protección de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cuando aquéllas no han tomado las provisiones necesarias para su efectiva concreción.

dicho³¹⁹ que, “en razón de su competencia y en el marco de medidas provisionales, la Corte debe considerar únicamente aquellos argumentos que se relacionen estricta y directamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a las personas. Cualquier otro hecho o argumento solo puede ser analizado y resuelto por la Corte mediante la consideración del fondo de un caso contencioso o dentro del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia respectiva. Es así que, a efectos de decidir si se mantiene la vigencia de las medidas provisionales, este Tribunal debe analizar si persiste la situación de extrema gravedad y urgencia que determinó su adopción, o bien, si nuevas circunstancias igualmente graves y urgentes ameritan su mantenimiento.” La anterior resolución, pone de manifiesto al carácter de provisionalidad y de temporalidad de estas medidas.

Siguió diciendo la Corte, que, en cuanto a la gravedad, y para efectos de la adopción de medidas provisionales, la Convención requiere que aquélla sea “extrema”, es decir, que se encuentre en su grado más intenso o elevado. El carácter urgente implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata. En lo que refiere al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables.

Lo anterior, es debido a que El artículo 63.2 de la Convención Americana exige que para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir tres condiciones: a) “extrema gravedad”; b) “urgencia”, y c) que se trate de “evitar daños irreparables” a las personas.

En resumen, el legislador goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, afectan derechos y se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio; por lo que si concluido este juicio, no se acreditaron los hechos atribuidos, tales medidas deben de cesar de pleno Derecho y sin duda, dar paso a un eventual reclamo por los daños y perjuicios que se pudieron haber sufrido.

Lo anterior refleja la tensión que hay entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales y/o administrativas, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso; afectación que, sin duda, será la base para luego plantear la posibilidad de reclamar daños y perjuicios sufridos por estas.

Debe de quedar claro, que las medidas cautelares que más adelante se citaran, son generalmente de naturaleza penal, nacional e internacionales; ya que son dictadas en el marco de la cooperación al combate a delitos de trascendencia internacional o del inicio del proceso penal, en el que se pretende deducir responsabilidad penal a la persona a quien se le impute determinado delito, y teniendo en cuenta que algunos delitos son presupuestos de ejercicio de la acción de extinción de dominio, se

³¹⁹ Corte Inter americana de derechos humanos, resolución referida a levantamiento de medidas cautelares, del 20 de diciembre de 2015, en el caso García Prieto versus El Salvador.

debe de decir, que podría ocurrir que las medidas las dicte un juez con competencia penal o el especializado de extinción de dominio, y en ambos casos, serán válidas³²⁰.

En el marco de las medidas cautelares internacionales, se presentarán algunas contenidas en tratados universales y en tratados bilaterales; también se desarrollarán algunas contenidas en el Código procesal civil y mercantil, por remitirse a este, en lo que a medidas cautelares se refiere, el art. 101 de la misma ley especial de extinción de dominio.

3.1.1. Objeto y naturaleza de las medidas cautelares.

Son medidas adoptadas antes, durante, o después de un proceso y decretadas por un juez o funcionario, a través de una providencia o resolución, con el fin de garantizar la eficacia de los derechos que son controvertidos en un proceso judicial o procedimiento administrativo. Las medidas cautelares, precautorias e innovativas, como se ha dicho antes; son expresión del derecho a la tutela administrativa o judicial efectiva; tienen entonces una naturaleza tuitiva e instrumental.

Es decir que, la naturaleza de estas es ser instrumentos de tutela –defensa- provisional, administrativa o judicial, a fin de que, por su medio, se puedan resguardar bienes, derechos y demás; en tanto no se decida o determina el destino final de estos.

La instrumentalidad de las medidas cautelares, demuestra no sólo que son medios de carácter procesal, no obstante, su finalidad aseguradora de los derechos e intereses legítimos de contenido material que se invocan en la pretensión deducida, sino que la tutela que proporcionan tiene como efecto trascendente asegurar el buen funcionamiento de la justicia contra el *periculum in mora*, porque el tiempo preciso para hacer justicia no puede perjudicar al que la pretende.

De ello se desprende la doble consecuencia de que, de una parte, su solicitud es un derecho, de rango fundamental –tutela judicial efectiva-, del demandante que parece anticipar el resultado de un proceso desde su iniciación o incluso antes de la misma por la apariencia de buen derecho de su pretensión; y, de otra, el primer destinatario de las mismas no es el demandado, aunque sea éste el que ha de cumplirlas, sino el Estado garante de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, que exige la actuación, por lo que el cumplimiento de lo acordado por el tribunal constituye una obligación procesal de la parte requerida.

De lo anterior, se puede llegar al convencimiento de que el objeto de las medidas cautelares, es la protección de un derecho o una situación jurídica determinada, asegurando el cumplimiento de la obligación demandada, es decir, busca hacer efectivo el derecho sustancial. Procuran la eficacia o

³²⁰ Lo anterior, ha quedado claro con diversas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en incidentes de conflicto de competencia entre juzgados de paz y el de extinción de dominio; por ej. la dictada en el incidente No. 61-2015, el 10 de septiembre de 2015.

ejecución de una eventual sentencia estimatoria o desestimatoria, según el caso; y así evitar, que sea ilusoria en sus propios términos.

Dicho de otra manera, y siguiendo la a la Corte constitucional colombiana³²¹, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado

Tienen por objeto, evitar, como ya se mencionó, que los bienes, objetos, documentos e instrumentos de interés procesal, puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos, o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción y/o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita.

3.1.2. Clasificación y tipología de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares, precautorias o de seguridad; se clasifican en función a una variedad de criterios; se procura presentar las más comunes y pertinentes a esta investigación. La adopción de las medidas cautelares debe estar reglada por la ley, no así su tipología, que debe quedar librada a la naturaleza, necesidad y proporcionalidad del asunto que la motiva.

Aun y cuando concurren los supuestos de procedencia, antes de adoptar una medida cautelar se debe de ponderar el interés público o social que podría verse afectado; sin perjuicio a que hay quienes sostienen que la adopción de las medidas cautelares, en tanto concurren los supuestos de procedencia, debe de ser la regla; por el contrario, las contra cautelas deben ser la excepción.

Ya lo decía Carnellutti³²², que los procesos cautelares son inhibitorios, restitutorios y anticipatorios; con ello, lo que reconoce es que las medidas cautelares no solo tienen por objeto una finalidad asegurativa, sino también, de eliminar –o disminuir- con ellas la peligrosa desigualdad entre los litigantes, y además de anticipar proveimientos que, si recayeren en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia.

El jurista italiano, Calamandrei³²³, ya había planteado ciertos supuestos de peligro en la tardanza que podían frustrar la satisfacción del derecho; por ello propone la siguiente clasificación de medidas cautelares: Las providencias instructoras anticipadas, relativas a la conservación de medios de

³²¹ Sentencias C-054-97 de febrero 6 de 1997, cuyo Magistrado ponente fue Antonio Barrera Carbonell; la C-187-99 de marzo 24 de 1999, cuyo Magistrado ponente fue Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano; la C-840-01 de agosto 9 de 2001, el Magistrado ponente fue Jaime Araujo Rentería; y la C-485-03, de junio 11 de 2003, que tuvo como Magistrado ponente a Marco Gerardo Monroy Cabra.

³²² **Francesco Carnellutti**, sistema de Derecho procesal civil, Edición Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1944, p. 246 a 248.

³²³ **Piero Calamandrei**, Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares, Ara ediciones, Lima, 2006, p. 58 y 59.

prueba; las providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzosa, equivalentes a las medidas de carácter asegurativo; las decisiones anticipadas y las provisorias de mérito y las providencias que imponen cauciones judiciales.

Las medidas cautelares, en atención a su alcance, se clasifican en específicas o determinadas y en generales o indeterminadas; según la vinculación o sujeción que establecen, son personales y reales³²⁴. Antes ha dicho el mismo Dr. Ramírez Melara³²⁵, siguiendo a Fenech, que los actos procesales cautelares son de dos grandes grupos: según tiendan a limitar la libertad individual –entiéndase ambulatoria- del sujeto o la libertad disposición sobre el patrimonio –entiéndase bienes o derechos susceptibles de ser valorados económicamente-; lo que nos lleva a decir que las hay reales y personales, las primeras afectan la libertad de disposición sobre el patrimonio, conocidas como conservativas o conservatorias, y las segundas afectan la libertad ambulatoria y personal del procesado y se conocen con el nombre de innovativas

Conservativas, por que procuran mantener una situación de hecho, pues su cambio puede frustrar el Derecho; o satisfactivas, que buscan restituir un eventual perjuicio.

Positivas o negativas, las primeras son aquellas que imponen una hacer y, las segundas, implican un no hacer o conllevan una prohibición o abstención. También están las preventivas, que son las que como su nombre lo indica, pretenden prevenir la realización de una acción que ponga en riesgo el objeto de la pretensión; y las de ejecución, son aquellas que imponen una obligación de hacer, normalmente se dictan para garantizar la ejecución de resolución o sentencia definitiva.

Provisionales o provisionalísimas: son aquellas que se adoptan mientras se sustancia el incidente de suspensión o antes de que se interponga el correspondiente escrito de demanda, a fin de evitar la producción de situaciones irreversibles que harían que la medida perdiese su utilidad, perjudicando así la efectividad de la resolución que pueda recaer en el asunto principal.

Nominadas o genéricas, estas, están regladas o previstas expresamente en la norma; e innominadas o innovativas: admiten la flexibilidad necesaria en su otorgamiento como para lograr su adaptación a las particulares situaciones de hecho; no están regladas o legisladas, se dictan en atención al caso a tutelar, siguiendo la naturaleza del interés, la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, o las particulares circunstancias que surjan de la situación jurídica controvertida.

Jurisdiccionales, se les llama así, por ser de exclusiva competencia del juez, y que, a su vez, pueden ser procesales o pre procesales; las primeras son las dictadas dentro del proceso, aún en fase de ejecución de la sentencia; las segundas, son dictadas antes de iniciar el proceso. También están las administrativas, y son las dictadas por la Administración pública, las que también pueden ser

³²⁴ **Gilberto Ramírez Melara**, Las medidas cautelares en el proceso civil óp. Cit. P. 106.

³²⁵ **Gilberto Ramírez Melara**, Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal; Revista Derecho, Época IV, números 14 y 15, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, 1999, p.37.

procedimentales o pre procedimentales, las primeras son las que se pueden dictar dentro del procedimiento, aún en fase de ejecución de la resolución; y las segundas, son las que se dictan antes de que el procedimiento inicie.

Las llamadas innovativas³²⁶, son aquellas que tienden a alterar el estado de hecho o de Derecho existente antes de la petición de su dictado, se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de cese a una actividad contraria de Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. No están fijadas por la norma, sino que quedan a la discrecionalidad del funcionario, quien siguiendo la naturaleza de la pretensión y del bien o derecho sobre el cual recaerá, la adopta por considerarla idónea para los fines que se procuran.

Las medidas cautelares personales pretenden mantener vinculado al sujeto al proceso; las reales o patrimoniales pretenden garantizar la responsabilidad civil del delito u otras consecuencias derivadas de acciones u omisiones ilícitas, como bien pueden ser las ejercidas en la acción de extinción de dominio.

Son tipos de medidas materiales, la incautación y la ocupación, así como la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo del dominio de los bienes o del ejercicio de profesión, arte u oficio; y los aspectos adjetivos del comiso; están orientadas a garantizar la efectividad del mismo en la respectiva sentencia de condena.

Incautación: consiste en tomar posesión por la autoridad competente de los bienes que han de responder por una obligación. Procede sobre bienes muebles con fines de comiso o extinción de dominio³²⁷.

Ocupación: consiste en apoderarse, tomar en posesión, atender, cuidar bienes inmuebles con fines de comiso o extinción de dominio; e implica que se queda alguien en representación de quien pidió la medida en el lugar, quien, sin duda, tendrá las obligaciones de cuidado sobre el bien ocupado.

Prohibición de enajenar. Recae sobre bienes sujetos a registro que sean propiedad del imputado o de terceros relacionados, como inmuebles o muebles, naves, aeronaves, títulos de valores nominativos —certificado de depósito a término y acciones—, vehículos automotores y establecimientos de comercio o empresas mercantiles, y se debe remitir oficio a la oficina de registro correspondiente por parte del fiscal o juez que lo autorice.

³²⁶ Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución del 10 de septiembre de 2014; dictada en proceso de amparo ref. 280-2014, planteado por El Salvador Network, S.A. en contra del Municipio de Apopa, por supuestas violaciones a derechos constitucionales.

³²⁷ Así lo define el Art. 1 lit. c del Tratado centroamericano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados apropiados o retenidos ilícita o indebidamente; ratificado por D.L. N° 700, del 9 de mayo de 1996, publicado en el D.O. N° 101, Tomo N° 331, del 3 de junio de 1996.

Sin duda que quien la solicite, debiera de precisar qué tipo de actos o contratos se deben de prohibir, no obstante, los más comunes son la prohibición de enajenar o gravar bienes o derechos.

Dice Muñoz Conde³²⁸, que el comiso es el acto por medio del cual se priva al responsable de los efectos provenientes del delito, los bienes utilizados en su comisión y las ganancias obtenidas; cualesquiera que sean las transformaciones que hayan sufrido.

Siendo que, y como consecuencia de esa necesaria celeridad con la que los funcionarios deben resolver la cuestión cautelar, es inevitable la ausencia de otro tipo de riesgos, y que estarán latentes, como es el hecho de que la medida se haya adoptado indebidamente, generando como consecuencia daños y perjuicios en el sujeto que la soporta, que, en el caso del proceso de extinción de dominio, será siempre el ciudadano, en su calidad de titular o de tercero de buena fe exento de culpa. Esos intereses, demandan una especial protección en el caso de que resulten afectados por la adopción de una medida cautelar.

Esta clase de riesgos son los que hay que tener en cuenta, y como consecuencia el peligro derivado de la medida cautelar, en el que puntualiza que, si la medida cautelar se adopta para garantizar la efectividad de la sentencia frente al peligro del *periculum in mora*, de la medida cautelar pueden, a su vez, derivarse perjuicios, que deberán evitarse o paliarse. De ahí que es necesario contar con régimen de contra cautelas que cuando menos sirvan para paliar los posibles daños producidos por la adopción de una medida cautelar, y las cuales deberán adoptarse, también, sobre la base de los *daños y perjuicios* que se pretenden evitar.

No cabe duda entonces, que el afectado con las acciones preventivas no debe quedar desamparado por el régimen jurídico, ya que éste, con el fin de garantizar el ejercicio moderado y racional de las cautelas, ha previsto las contra cautelas³²⁹, con el fin de responder por los perjuicios que se deriven de su indebida ejecución.

Vale la pena reflexionar acerca de las denominadas contra cautelas, a fin de determinar si proceden o no en el proceso de extinción de dominio, ya sea en la fase inicial o de investigación o en la judicial o de administración de los bienes u objetos cautelados. Lo anterior es sin perjuicio a que el inciso 2 del art. 23 de la LEDAB diga que no se le exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer las medidas cautelares; lo que, a juicio del suscrito, va en contra del principio de igualdad procesal³³⁰ y debería ser inaplicable por los jueces de extinción de dominio.

³²⁸ **Francisco Muñoz Conde y otra**, Derecho penal, parte general, 8a. edición, Tiran lo Blanc, Valencia, 2010, p. 621.

³²⁹ Tanto el CPCM., art. 457; la Ley de procedimientos administrativos, art. 78; la Ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, art. 102; las regulan expresamente; las que como hemos dicho, pueden ser de aplicación en el marco del tema investigado. En similares términos se ha expresado la Corte constitucional colombiana en las sentencias C-925-99 del 18 noviembre de 1999, Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa; y la C-485-03 del 11 de junio de 2003, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

³³⁰ **Dayhanna Jimena Angarita Salazar y otros**, Hacia la contra cautela innominada: una materialización de la igualdad procesal; Revista de Derecho procesal contemporáneo, edición enero – junio de 2016, Bogotá, Colombia, p. 71 y ss.

Se considera que, si atendemos la naturaleza real de la acción de extinción, sin mayor dificultad se podría solicitar a título de contra cautela, una caución económica ante una eventual desestimación en su favor; o bien podría pedir una caución sustitutoria, a fin de no soportar, o no seguir soportando los efectos de la medida cautelar solicitada, o acordada, pidiendo su sustitución por una caución suficiente por resultarle menos gravosa, pero que también ha de garantizar la pretensión cautelar del actor.

Siguiendo al maestro Carnellutti³³¹, y teniendo en cuenta que la tutela cautelar innovativa, exige al juez una conducta activa en el proceso cautelar, y en el marco del principio de igualdad, haciendo una interpretación conforme a la Constitución, se cree que a fin de que el titular o poseedor sobre quien se ejerce la acción, tenga garantía de que y en el caso de no estimación de la misma, el bien le sea devuelto en las condiciones que le fue incautado o en su caso, que será indemnizado por las desmejoras que sufra; y por tanto, bien puede pedir contra cautela.

Si las medidas cautelares, son expresión de los principios de eficiencia de la administración de justicia y del de igualdad procesal; la contra cautela, representa el necesario contra peso del despacho inaudita parte de la medida cautelar, concretando en cierta medida el principio de igualdad procesal y el adecuado equilibrio entre las partes, en un proceso en que en principio de retarda la bilateralidad³³² y evitar así, que las medidas cautelares se conviertan en un medio de coacción psicológica – económica, o un mecanismo expedito para agarrar al adversario del cuello.

Se debe de partir por expresar que tendrían por causa o motivo, el procurar evitar perjuicios derivados de la medida cautelar; su función es precisamente evitar o paliar dichos perjuicios, y tendrían como efecto condicionar la ejecución de la medida cautelar, se podrían adoptar en cualquier forma de las permitidas por la ley, sujeta o no peritaje que determine los posibles perjuicios concretos, su duración estaría seria desde la adopción, hasta la adquisición de firmeza de la resolución de la acción de extinción. Estas, supone el respeto al principio de igualdad procesal.

Siendo que las medidas cautelares se adoptan con rapidez y urgencia, es probable que de su adopción se derive un peligro para la otra parte o para terceros, estos deberán evitarse, palearse o disminuirse; de acá surgen las contra cautelas, que cuando menos sirvan para paliar los posibles daños producidos por la adopción de una medida cautelar, y las cuales deberán adoptarse, también, sobre la base de los daños y perjuicios que se pretenden evitar.

El sistema jurídico de responsabilidad, para ser adecuado, debe contar con: a) la posibilidad de exigir una garantía patrimonial concreta y específica que garantice el eventual derecho del sujeto pasivo; b) unas normas jurídico-materiales rectoras de la atribución de responsabilidad adecuadas a las características de las conductas que hacen nacer tal responsabilidad y c) un cauce procesal económico para declarar las consecuencias de esa responsabilidad y ejecutarlas

³³¹ **Francesco Carnellutti**, óp. Cit. p. 250.

³³² **Maite Aguirrezabal Grünstein**, óp. Cit. p. 44.

Existen tres tipos de contra cautela: Juratoria, personal y real. La primera consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida de hacerse cargo de los eventuales perjuicios. La segunda, se da en el caso de que un tercero económicamente solvente asume la responsabilidad consecuente afectando su patrimonio. La última, importa afectar un bien o bienes determinados a las resultas de esa responsabilidad.

Los perjuicios que supone ocasión la medida cautelar y que motivan la contra cautela, deben ser ciertos y directos; pueden ser materiales o morales, los primeros son el daño emergente y el lucro cesante, los segundos están referidos al plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien.

Dice la CIDDDH que daño inmaterial es el provocado al proyecto de vida, este atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

En el contexto del sistema inter americano de DD.HH., las medidas cautelares transitan de la simple reiteración de las medidas indemnizatorias tradicionales, pasando por las de restitución, compensación, arribando a las de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Las medidas cautelares –dentro de ellas, las contra cautelas- forman parte integrante del derecho humano fundamental a la tutela judicial efectiva; su violación puede llegar a constituir un caso ante el Sistema inter americano de DD.HH. ante la Comisión o Corte Inter americana de DD.HH.

3.1.3. Caracteres teóricos, legales y jurisprudenciales de las medidas cautelares.

Las medidas materiales o jurídicas, son cautelares, instrumentales y transitorias, dirigidas a sacar del comercio bienes y recursos, mientras se toma una decisión definitiva respecto de aquellos. Cautelares porque son preventivas y se dirigen a garantizar la eficacia de la sentencia. Son instrumentales porque constituyen un mecanismo adecuado y necesario para asegurar que los bienes pasan al patrimonio del Estado y/o serán devueltos a su titular o poseedor en el mismo estado en que fueron sustraídos de este. Y, finalmente, transitorias porque la prohibición se levanta cuando no sea necesaria con fines de comiso o extinción de dominio, y cuando se profiera sentencia definitiva respecto a los bienes y recursos³³³. Son esencialmente aseguratorias³³⁴ y reales.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, reconocen que las medidas cautelares, tienen las siguientes características: Revocabilidad, temporalidad, mutabilidad, accesoriedad, homogeneidad,

³³³ **Patricia Jacqueline Feria Bello y otros**, óp. Cit. p. 37. En este mismo sentido, el Art. 12 de la Convención de las naciones unidas contra la criminalidad organizada establece: “La prohibición temporal de transferir, convertir o enajenar o mover bienes o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente”.

³³⁴ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el auto del catorce de enero de dos mil catorce, referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas "aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo".

proporcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, y discrecionalidad. El conjunto de todas estas características es lo que permite diferenciar un proceso cautelar o una medida cautelar de otros institutos procesales con los cuales guarda semejanza.

La revocabilidad, implica que las medidas cautelares pueden ser revocadas en cualquier estado del proceso o procedimiento; ya que los presupuestos procesales o bien desaparecen y se dejan sin efecto. Precisamente, dado su carácter temporal se justifica este carácter provisional. Ante una modificación de las circunstancias que fundamentaron su adopción puede producirse su sustitución o revocación.

La mutabilidad le permite al juzgador, de si las condiciones materiales cambian y la medida dictada se vuelve ineficaz, se puede dejar sin efecto y sustituir por otra. En razón de la accesoriedad, se sostiene que estas siempre son accesorias al proceso principal del que depende y de la acción o pretensión que se plantea. Cualquier eventualidad que suponga la finalización del proceso principal o la satisfacción de la pretensión, supondría que perdieran su razón de ser y su eficacia las medidas cautelares adoptadas.

En atención a la proporcionalidad, se sostiene que las medidas cautelares deben adecuarse a las pretensiones de la acción principal, por lo que de modo alguno el funcionario o Juez puede excederse del objeto del recurso o pretensión. Se deben de limitar a los bienes necesarios para responder a los resultados del pleito, ya que mediante ellas se busca resguardar los derechos de las partes, pero sin imponer gravámenes innecesarios a estas.

Sostiene Kemelmajer de Carlucci³³⁵ que la medida cautelar debe limitarse a los bienes necesarios para responder a la indemnización de los daños emergentes del delito y pago de las costas procesales, sin extenderla al importe de la cláusula penal convenida en el contrato en que la causa penal se originó. Esta visión es importante tenerla en cuenta para cuando se esté en presencia de la administración provisional de terceros de los bienes cautelados en el proceso de extinción de dominio.

Su proporcionalidad objetiva, conlleva su estricta adecuación al fin propuesto para evitar una limitación del derecho o un perjuicio innecesario al demandado.

Este principio o característica de proporcionalidad, comporta que la afectación a los derechos relacionados, no debe resultar excesiva; el que es un principio general de todo el ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 246 de la Constitución de la Republica, y debe inspirar tanto la elaboración de las leyes como su aplicación e interpretación por los tribunales. Tiene una triple dimensión, que se formula en sub principios: la intervención restrictiva de los Órganos del Estado sobre los derechos de los ciudadanos debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

La homogeneidad, expresión de la proporcionalidad, afirma que estas medidas alcanzan una mayor eficacia cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la ejecución del fallo

³³⁵ **Aida Kemelmajer de Carlucci**, La cláusula penal; Editorial De palma, Buenos Aires, 1981; P.588.

definitivo que se pretende garantizar con ellas³³⁶. Aunque el solicitante puede proponer cualquier actuación que considera necesaria para salvaguardar el derecho que alega, las medidas cautelares concretas que se solicitan han de ser las exclusivamente conducentes al aseguramiento pretendido, lo que exige que sean homogéneas con la pretensión principal deducida y proporcionales al resultado.

La instrumentalidad, significa que estas no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente pre ordenadas al aseguramiento de la sentencia o resolución final del proceso o procedimiento en el que adoptan.

La provisionalidad, pone de manifiesto que las medidas cautelares fenecen cuando se produce la resolución o sentencia que pone fin al procedimiento o proceso principal; es decir, tienen existencia mientras dura el proceso. No obstante, como las resoluciones que confieren o deniegan una medida precautoria o cautelar, no producen cosa juzgada, ni siquiera formal, por tanto, existe la posibilidad de que, si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción o rechazo de las medidas cautelares, estas pueden ser modificadas o revocadas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal; ante un cambio en las circunstancias puede volver a solicitarse la medida precautoria.

También se les califica de discrecionales³³⁷, en tanto que es decisión de la autoridad administrativa o jurisdiccional valorar su procedencia o no, o aun para que pueda disponer de una distinta a la pedida o bien limitarla a fin de evitar perjuicios irreparables.

3.1.4. Presupuestos normativos, teóricos y jurisprudenciales de procedencia de las medidas cautelares.

La resolución administrativa o jurisdiccional por medio de la que se dicte una cautela, será el resultado de una especie de juicio sumarísimo basado en la probabilidad y verosimilitud sobre el fondo de la pretensión; no implica adelanto de criterio, pues se adoptan con la apariencia y no con la existencia de un derecho.

Como ya se dijo, la tutela cautelar no es de aplicación automática, sino que, para acceder a la misma, es necesario apreciar la concurrencia de dos presupuestos básicos; la viabilidad de la medida cautelar se encuentra supeditada a que se demuestre el peligro en la demora —*periculum in mora*— y la apariencia de buen derecho —*fomus boni iures*—. ³³⁸

³³⁶ Así las caracteriza la Sala de lo contencioso administrativo en auto de admisión de demandan, ref. 362/2016, dictado el 15 de agosto de 2016; dictada en proceso seguido contra el Consejo municipal de Mejicanos, por supuesta supresión ilegal de plazas.

³³⁷ **Gilberto Ramírez Melara**, las medidas cautelares en el proceso civil, óp. Cit., p.105.

³³⁸ Sala de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, resolución de admisión de demanda, presentada contra la Corte Suprema de Justicia, ref. 449/2016 del 24 de enero de 2017, por supuesta denegación ilegal a solicitud de autorización de abogado.

El peligro en la demora o *periculum in mora*, hace alusión al riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia estimatoria. O, como dice Yedro³³⁹, consiste en el temor fundado de que el derecho pretendido se frustre o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso –o procedimiento- tendiente a tutelar; es decir, el estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal junto a la posibilidad y certidumbre de que la actuación normal del Derecho –procesal- llegara tarde.

Solo si ha concurrido el primero de los presupuestos, es decir el peligro en la demora; corresponde analizar si hay verosimilitud del derecho o *fomus boni iuris*; este no requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, ni un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, basta que se acredite la probabilidad o fundada posibilidad de que el derecho exista o tenga apariencia de verdadero.

Se obtiene analizando los hechos alegados, junto con las restantes circunstancias que configuran la causa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Este presupuesto, se debe de flexibilizar, si se está en presencia de una medida cautelar pre judicial, ya que no sería posible, conocer liminarmente los argumentos de las partes, pues aún no se habría presentado la demanda o solicitud.

Otro presupuesto a tener en cuenta, es la ponderación de los distintos intereses en juego, y se destaca que, a pesar del silencio del legislador, en esa valoración debe tenerse en cuenta no sólo los intereses o derechos privados de la parte demandante -o solicitante- y los públicos representados por la Administración, sino también los intereses de terceros que puedan resultar perjudicados con la medida cautelar³⁴⁰.

Sostiene la Sala de lo Constitucional³⁴¹, que el modelo de enjuiciamiento procesal penal vigente, comprende en su inicio una fase preparatoria del juicio; esta etapa preliminar tiene como objeto, la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado. No obstante, ello, aun antes de la presentación del requerimiento fiscal ante el Juez de Paz y la posterior apertura de esta fase introductoria, es posible la realización de una serie de diligencias preliminares de carácter indagatorio, que permitan determinar la posible existencia de un hecho delictivo e individualizar al

³³⁹ **Jorgelina Yedro**, medidas cautelares, Tomo I; Edición Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 389.

³⁴⁰ Sala de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, resolución 88-T-2003, del 22 de junio de 2005; en este mismo sentido se expresa **José María Ayala Ayala**, Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: finalidad y criterios a considerar; Tercer congreso de Derecho administrativo en El Salvador, publicado por la Corte Suprema de Justicia, 2016, p.89.

³⁴¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad dictada el veintiocho de marzo de dos mil seis, proceso referencia 2-2005; referida al inc. 2 del art. 258 del C.Pr.Pn. por supuestamente contravenir la independencia judicial, en la que dijeron que en tal inciso, no existe la inconstitucionalidad alegada.

responsable a partir de la comunicación de la notitia criminis; y parte de estas diligencias preliminares, pueden ser medidas cautelares.

En el caso de las medidas cautelares que puede ordenar la FGR, a las que se les llamara cautelarísimas, debe de concurrir una especial urgencia y necesidad. Por necesidad ha de entenderse aquello extremadamente forzoso, imprescindible e ineludible. La urgencia se produce cuando existe un quantum de peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una medida cautelar

Estas cautelarísimas o auto satisfactivas, como se solicitan antes del inicio del procedimiento o proceso, según el caso; deben adoptarse inaudita parte, es decir, que son adoptadas de plano sin haber dado ni siquiera a la otra parte, la posibilidad de formular sus alegaciones sobre el particular; sin perjuicio a que podría haber una audiencia de revisión de las mismas. Se pretende asegurar instrumentos e indicios probatorios, objetos, bienes, personas; a estas, pertenecen las adoptadas en el proceso de extinción de dominio.

La discrecionalidad otorgada a la Fiscalía para decidir el momento de presentación del requerimiento fiscal o solicitud de extinción de dominio, no debe entenderse como una atribución desligada en el tiempo, sino en el sentido que la Fiscalía debe cumplir con su obligación constitucional de ejercer la acción dentro de los razonables términos temporales, que han de venir determinados por las circunstancias del caso concreto; atendiendo a criterios objetivos, los cuales han de ser congruentes con su enumerado genérico, pero que pueden incluir los que atienden a las singularidades de la investigación.

Así, si la FGR en el marco del eventual ejercicio de la acción de extinción de dominio, adopta una medida cautelarísima; en aplicación a la garantía de la pronta y cumplida justicia, debe de proceder a la brevedad posible a la presentación de la solicitud de extinción, o en su caso, a levantar la medida, so pena de responsabilidad³⁴², de igual manera, deberá de proceder el Juez al estar en presencia de una sentencia absolutoria, art. 456 CPCM.

Entre los supuestos del levantamiento de las medidas cautelares adoptadas, deberían de estar: no interponer la demanda -o solicitud de extinción de dominio- dentro de plazo cuando se solicitó y obtuvo

³⁴² En las sentencias de amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es reiterada la afirmación de que una vez determinadas las violaciones constitucionales en las actuaciones de la autoridad demandada es procedente determinar: (a) el efecto restitutorio de la sentencia estimatoria; y (b) lo relativo a la responsabilidad derivada de la infracción constitucional. En el caso particular, se han verificado las irregularidades cometidas por el Fiscal General de la República en el cumplimiento de las atribuciones conferidas por la misma Constitución, lo que provocó una vulneración a los derechos de seguridad jurídica, propiedad y posesión y a la protección y conservación de los mismos de la sociedad actora; por lo que en dicho supuesto, además queda a opción de la misma, de conformidad al artículo 245 de la Constitución, la promoción del proceso civil correspondiente en la respectiva sede ordinaria, dadas las obligaciones que se derivan del pronunciamiento de esta Sala estimando la violación constitucional. Párrafo de sentencia de amparo, dictada a las nueve horas con veintiséis minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil siete, proceso ref. 91-2006; planteado por Melva Internacional de Guatemala, S.A.; contra actuaciones de la Fiscalía General de la Republica.

previamente a ella; por terminación del proceso con sentencia desestimatoria firma de la acción, por declaratoria de la caducidad del proceso, siendo la causa imputable al solicitante de la medida; por no rendirse la contra cautela en el tiempo que se hubiere fijado, etc.

Ha dicho la Corte interamericana de derechos humanos, que el artículo 63.2 de la Convención Americana de derechos humanos, exige para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales, deben concurrir tres condiciones: a) “extrema gravedad”; b) “urgencia”, y c) que se trate de “evitar daños irreparables” a las personas –o a sus bienes o derechos-. Estas tres condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal. Del mismo modo, las tres condiciones descritas deben persistir para que la Corte mantenga la protección ordenada.

Además de los presupuestos básicos, aplicables a cualquiera de las medidas, también se debe de decir que los hay especiales; serían aquellos que se analizarán en detalle al estudiar las medidas precautorias en particular. El requisito específico en algunos casos, está constituido por la circunstancia que la ley misma exige para concederla, y, en otros, consiste en la circunstancia de que la parte que la solicita, tenga justo motivo de temer que la cosa objeto del juicio se pierda o deteriore, o estime que las facultades económicas del demandado no ofrecen suficiente garantía para asegurar los resultados del juicio.

Así, por ejemplo, en la medida precautoria de secuestro se debe sostener que se encuentra en alguno de los casos en que según la ley procede el secuestro, además de acreditar que existen motivos justos para temer que la cosa mueble se pierda o deteriore; o en el caso de la medida precautoria de nombramiento de un interventor, se debe sostener que se encuentra en presencia de uno de los casos en que según la ley procede el nombramiento de este; a quien una vez cese la intervención, se le podrá pedir rendición de cuentas por su administración³⁴³.

También, hay que decir que existen presupuestos meramente adjetivos, referidos a la oportunidad para pedirlos; y sobre este presupuesto únicamente se dirá que se pueden pedir antes del proceso, durante el proceso, y aun después de dictada la resolución o sentencia.

Algunos autores³⁴⁴, proponen la caución como presupuesto de procedencia; requiere del actor o solicitante una solvencia económica de la cual no siempre dispone, tiende, sin embargo, a garantizar la justa reparación por los daños y perjuicios padecidos por quien soporta la medida cautelar en el caso de no ejercer la acción principal o que la pretensión de fondo sea desestimada en la sentencia, pues esta decisión demuestra la falta de fundamento de la cautela acordada.

Se trata de responder con la caución, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, lo que no constituye en

³⁴³ Así se desprende de la sola lectura de los arts. 440 y 441 del Código procesal civil y mercantil.

³⁴⁴ **Fabián Bernabel Moricete y otros**, óp. Cit. p. 84.

sí fundamento de la decisión que se acuerde, sino mero presupuesto de ejecución de la medida ya acordada.

Finalmente, se debe de decir que hay quienes sostienen que no es la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora los presupuestos reales para la adopción de las medidas cautelares; y afirman que el verdadero motivo por el cual se justifica la adopción de las medidas cautelares es subjetivo y no objetivo, es la falta de probidad, la mala fe o malicia que muestran las partes en un proceso, ante una eventual estimación de la acción de la parte contraria; por lo que se debería de incorporar como presupuesto esencial para adoptar la medida, que se advierta una actitud maliciosa por la parte en contra de quien se dirija la acción, y que sea capaz de crear riesgo o peligro en el objeto de la pretensión.

3.1.5. De los efectos de las medidas cautelares.

El estudio de los requisitos de aplicación y los efectos que producen las medidas cautelares, resultan de suma importancia junto a la correcta comprensión del lugar que ocupa cualquier tipo de medida en el esquema de la tutela cautelar. Si se tiene como punto de partida que la tutela cautelar judicial sirve para garantizar la ejecución eficaz e íntegra de la sentencia, resulta obvio que la denegación de su otorgamiento pone en riesgo la eficacia de la justicia, pero también lo es que en su concesión, por la urgencia con la cual se adopta y su otorgamiento a partir de un juicio de probabilidad y no de certeza, puede cometerse una equivocación y ocasionarse un daño injusto para el sujeto a quien se grava con la medida o para terceros.

En este último caso, si los efectos han sido negativos, dañosos, o pueden serlo; es claro que su adopción debe ir acompañada de una contra cautela suficiente que cubra los daños eventuales que se puedan causar con la práctica de la medida y con la que efectivamente se indemnicen los que realmente se ocasionen.

Las medidas cautelares no solamente han de ser expresamente autorizadas por el legislador, quien inicialmente debe de definir cuáles son ellas o por lo menos habilitar la adopción de las llamadas innovativas; también debe fijar los requisitos de oportunidad para solicitarlas, determinar los procesos en que son procedentes, establecer cuándo se decretan, cómo se practican y, dado que pueden ocasionar perjuicios al demandado, habrá de dictar las normas para resarcirlos en caso de que ello fuere necesario, de lo contrario, se estaría afectando un derecho fundamental: la justicia.

La regla general debe ser siempre la prevalencia, respeto y promoción de los derechos y libertades ciudadanas, no incurriendo en la equivocación de sobreponer a éstos una equivocada noción de interés social o interés general, debiendo considerarse que es precisamente el justo equilibrio entre ambos valores lo que viene a garantizar el goce de la justicia, la libertad y el bienestar social; y que por tanto, las medidas se deben de adoptar si son estrictamente necesarias a fin de no poner en riesgo ningún derecho o garantía con la adopción y/o ejecución de la misma.

El Código Procesal Civil y Mercantil, parte de un supuesto trascendental: Las medidas cautelares deben ser efectivas y conducentes, y ser lo menos gravosa o perjudicial para la parte en detrimento de quien se dictan; así lo dispone el art. 445 del expresado Código, el que como ya se ha dicho es de aplicación supletoria en los supuestos de esta investigación. De lo anterior se desprende que los efectos deben de ser limitados o reducidos, y como consecuencia aquellos que sean excesivos, deben de ser objeto de responsabilidad.

En principio, se dirá que por medio de las medidas cautelares se pueden lograr dos tipos de efectos: uno conservativo, manteniendo la situación existente al momento de interponer la demanda; y otro anticipatorio, posibilitando la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretenda en el proceso.

La ejecutividad o ejecución de los actos o resoluciones cautelares, se podrá dar de manera voluntaria o forzosa, art. 141 C.Pr.Pn.; en ambos casos, generará efectos, en la persona, bienes u objetos sobre los cuales recaiga. Quien adopte la medida cautelar, no debe de olvidar la protección o tutela judicial de los derechos e intereses de la otra parte del litigio; por lo que previo a adoptar la medida, el funcionario debe de considerar las afectaciones reales o potenciales a los intereses de la otra parte o aun de un eventual tercero.

La preponderancia o no de los intereses generales, representados en la PNC o FGR al momento de adoptar y/o pedir las medidas cautelares; va más allá de si se mantiene una postura hobbesiana o utilitarista de las medidas, en que el bien de las mayorías se imponga frente al derecho o interés del individuo; el conflicto debe de resolverse en base a la gravedad o no del perjuicio para cada uno de los derechos o intereses y en base a la posibilidad ultima de reparación mediante indemnización –u otro mecanismo resarcitorio- por los eventuales perjuicios que se causen con su adopción.

De los efectos antes comentados, es que surge la necesidad de plantear las contra cautelas, con las que se pretenderá evitar, minimizar o garantizar los eventuales perjuicios que ocasione la adopción de la medida cautelar originaria; y es propósito de esta investigación, mostrar la viabilidad o no de estas en el proceso de extinción de dominio.

Varios son los efectos que producen las medidas cautelares, según el tipo de medida de que se trate; los hay jurídicos, sustantivos, procesales o adjetivos, y materiales; que a su vez serán positivos o negativos, según afecten favorable o desfavorablemente el bien y/o a su titular. También hay efectos generales, que suelen ser los adjetivos; y efectos particulares, que se vinculan con el tipo de medida y el bien sobre el cual recaen.

Es que el o los efectos de las medidas también varían del área del Derecho dentro de la cual se dicten; así, si es en el marco de Derecho civil, serán diferentes de si se dictan en el contexto del Derecho penal o en el proceso de extinción de dominio.

En cuanto a los efectos adjetivos o procesales, estos pueden tener efectos preparatorios al ejercicio de una acción, preventivos cuando su función es de seguridad de una situación jurídica o de un

derecho subjetivo en riesgo; resarcitorios o de garantía, si se pretende garantizar los resultados del litigio en el que se dictan; o punitivos, sancionando con nulidad los actos o contratos que se hubieren celebrado en contravención a estas; etc. Efectos que bien pueden concurrir combinados, por ejemplo, en el proceso de extinción de dominio se pueden decretar antes de la presentación de la solicitud; con lo que se lograría el efecto preparatorio, pero además se evitaría que ese bien siga siendo usado para la realización de actividades ilícitas.

En relación a los efectos materiales, traducibles en efectos económicos; estos pueden implicar la administración, custodia, mantenimiento, a aun la enajenación del bien cautelado; con la eventual responsabilidad de su devolución o indemnización; art. 399 inciso 4 del C.Pr.Pn. Son generales, aquellos efectos que se generan sobre una colectividad indeterminada, particulares cuando solo se perciben entre las partes involucradas o los terceros relacionados.

3.2 De las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En el ordenamiento jurídico de El Salvador, las medidas cautelares son desarrolladas en tratados, universales o bilaterales vigentes; Códigos, leyes generales o especiales; y varían según el tipo de medida y propósito perseguido. Así, por ejemplo, en el Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la República de El Salvador y la República Oriental del Uruguay³⁴⁵, art. 2 lit. f, se fija como una forma de colaboración, la adopción de medidas cautelares sobre bienes o reales, solicitadas por una de las partes; y el art. 23 del mismo acuerdo, se plantean los supuestos de procedencia de tales medidas. En similares términos se había expresado antes, el Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre El Reino de España y la República de El Salvador³⁴⁶, en los arts. 3 lit. f, y 18, respectivamente.

Se plantearán, además, aquellas medidas cautelares que estén sustentadas en Tratados universales como la CNUCC, la CICC, el Convenio centro americano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos³⁴⁷; que instan a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para garantizar la eficacia de las resoluciones tendientes a conseguir el objeto de cada uno de ellos; y aquellas que están en los Códigos procesal penal y procesal civil y mercantil; preferiblemente.

³⁴⁵ Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la República de El Salvador y la República Oriental del Uruguay, suscrito el 26 de septiembre de 2012 y ratificado por D.L. No. 519 del 31 de octubre de 2013, publicado en el D.O. 224 del 29 de noviembre de 2013.

³⁴⁶ Convenio de Cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de El Salvador; suscrito el 10 de marzo de 1997 y ratificado por D.L. No. 23 del 12 de junio de 1997, publicado en el D.O. 124 del 7 de julio de 1997.

³⁴⁷ Convenio centro americano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, suscrito el 11 de julio de 1997, ratificado por D.L. No. 126 del 30 de octubre de 1997, publicado en el D.O. 227 del 4 de diciembre de 1997.

Tal y como se ha dicho antes, las medidas cautelares, provisionales o de seguridad se orientan a garantizar la efectividad de eventuales sentencias o resoluciones, donde se ordene el comiso o la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, o la devolución de los bienes o derechos objeto del litigio. Medidas que, en el caso del proceso penal, las puede solicitar la FGR junto al requerimiento, y el juez, en la audiencia inicial o preliminar, se pronunciara sobre estas; arts. 294 No. 5, 300 No. 7, 362 No. 12, 364 No. 6, 425, 435; todos del C.Pr.Pn.

Están previstas en el Libro segundo, Título I, Capítulo VII, denominado Medidas cautelares, art. 320 y ss del Código procesal penal, las que, según tales disposiciones, les rigen la temporalidad, revocabilidad, flexibilidad, motivación; caracteres que ya han sido desarrollados y por tanto no se reiterara en estas. Destacan entre estas medidas, las que se han denominado personales y reales, tales como las diversas modalidades de detención personal, restricciones ambulatorias o migratorias, cauciones juratorias o económicas, o patrimoniales, etc. Estas últimas, servirán solo para garantizar la responsabilidad civil o la pena de multa; art. 342 del C.Pr.Pn.

Sin duda, se debe de tener en cuenta que estas medidas pueden afectar tanto a las personas físicas o naturales y a las jurídicas; por lo que previo a su emisión y además de la consideración de los presupuestos procesales básicos, se deben de considerar la naturaleza del bien y la actividad económica o giro al que se dedica la persona titular o poseedora de los bienes.

E incluso, tratándose de medidas cautelares dictadas a personas jurídicas, se debe de diferenciar el tipo de persona jurídica de que se trate; pues no es lo mismo intervenir a una persona jurídica privada que a una asociación o fundación sin ánimo de lucro; además, de tener que considerar los porcentajes accionarios del patrimonio hasta donde se puede extender la medida. A las sociedades normalmente se le intervendrá con un interventor con cargo a caja, a las asociaciones o fundaciones, sumándoles un directivo con poder de decisión, por ej.; cuidando en todo caso, que tales personas jurídicas continúen funcionando.

a) Decomiso directo y decomiso equivalente.

La CNUCC insta a los Estados parte, a adoptar las medidas necesarias para adoptar el decomiso, con o sin condena, propio o equivalente; como mecanismo que asegure la recuperación de activos de origen ilícito —especialmente en casos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero y trata de personas—; por tanto, una vez acreditados mínimamente los requisitos de procesabilidad de la medida cautelar, el fiscal está habilitado a requerir al juez, el embargo preventivo de los bienes que correspondan, con el objeto de asegurar tanto la indemnización civil como el decomiso³⁴⁸. El comiso

³⁴⁸ Así lo expresa **Tadeo Leandro Fernández**, “Confiscación sobre el producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos”, Revista Pensar en Derecho, n° 1, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 240 y ss.

de los efectos y ganancias del delito pretende evitar el enriquecimiento injusto del responsable, fundamento tradicional del comiso.

El Art. 283 del C.Pr.Pn., faculta al Fiscal para que ordene el decomiso de objetos nocivos a la salud, o sean de tenencia prohibida o peligrosa, de comercio no autorizado o de ilícita procedencia; y de cualquiera otros objetos y documentos respecto de los cuales no exista o no sea posible ejercer derechos patrimoniales. La anterior medida, podrá ser autorizada en casos de urgencia por la Policía, quien deberá de dar cuenta al Fiscal y este, al Juez.

En el Art. 35 de la Ley especial contra actos de terrorismo, plantea el decomiso directo con fines de comiso, sobre los fondos y activos utilizados o intentado utilizar para cometer los delitos regulados en la Ley, y sobre los bienes que sean objeto o producto del delito. En el inciso dos de este artículo faculta el decomiso equivalente, cuando no sea posible identificar o localizar los bienes, fondos o activos relacionados con los delitos. Medida que generalmente debe de ordenarla el juez, excepcionalmente podrá ordenarla la FGR, y deberá someterla a ratificación del tribunal.

Sobre la base de los instrumentos internacionales revisados³⁴⁹, hay que decir que este mecanismo en el Derecho penal internacional y en el Derecho penal extranjero, a diferencia del nuestro, es visto como una forma de adquirir el dominio de las cosas, y no como medida cautelar; lo asimilaríamos al comiso, ver arts. 127 C.Pr.Pn., 287 inc. 1 y 7, 399 inciso 4 y 500 del C.Pr.Pn. El comiso no tiene el carácter provisional que las identifica; al contrario, el efecto consecuente de su declaración, es el de que los bienes sobre los cuales recae, pasan a formar parte del patrimonio del Estado.

Se debe de decir que si el acto o resolución que ordena el decomiso –comiso- es invalido, el Estado debe de proceder a indemnizar al afectado por los daños causados, es lo que corresponde en un Estado democrático y constitucional de Derecho.

b) Clausura o cierre de establecimientos.

El art. 181 del C.Pr.Pn., faculta tanto a la PNC como a la FGR, para que puedan ordenar el cierre provisional de cualquier lugar en el que se tenga conocimiento se ha cometido cualquier delito; sin duda, que es una medida cautelar pre judicial y como tal, deberá de someterse a ratificación del juez que corresponda, en razón de la competencia. En este sentido, es que el legislador en el art. 273 No. 4 del C.Pr.Pn., faculta a los agentes y oficiales de la Policía a ordenar si es indispensable y por tiempo mínimo necesario, el cierre del local en que se presume, por suficientes indicios, que se ha cometido delito.

³⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de Mérida, 2003; Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional, Palermo, 2000; Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena, 1988; etc.

El art. 60 de la Ley especial contra la trata de personas, contempla otro caso de esta medida cautelar, de cierre de establecimiento comercial, suspensión de permisos de funcionamiento –y porque no una eventual cancelación del permiso en cuestión-, cierre de inmuebles de cualquier naturaleza que se crea es utilizado para la comisión del delito de trata de personas; medida que puede ser autorizada por la FGR, debiendo luego dar cuenta al juez. La anterior medida, también está prevista en el art. 64 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas.

En el marco de lo que se podría considerar ius puniendi administrativo, y con el afán de proteger los intereses económicos y sociales de los consumidores, la Ley de protección a los consumidores impone a los operadores de servicios y a los proveedores de bienes, una suma de obligaciones y prohibiciones, cuyo incumplimiento les hace acreedores de sanciones; las que están previstas en el Título II de esta, específicamente desde el Art. 40 y siguientes, infracciones que son clasificadas como leves, graves, y muy graves; las que luego tipifica, y posteriormente sanciona con multa, decomiso y destrucción de mercadería, cierre del establecimiento e inhabilitación del comerciante, de las que la Defensoría del consumidor llevara registro.

c) Inmovilización o congelamiento de fondos.

Sobre la base de ya no ser absoluto el secreto bancario, y habiendo obtenido en el marco de una investigación penal, datos relevantes que ubiquen fondos o valores depositados en las instituciones del sistema financiero nacional e internacional por personas vinculadas al delito investigado, se puede proceder a la inmovilización o congelamiento de tales fondos.

El art. 278 del C.Pr.Pn., faculta al juez, previa solicitud del Fiscal, a ordenar el congelamiento e inmovilización de las cuentas bancarias de los imputados, así como de los fondos, derechos y bienes objeto de la investigación. De forma cautelarísima, tal facultad la podrá ejercer el Fiscal general de la Republica, pero no podrá exceder de diez días, y dentro de este término, deberá de pedirle al juez competente que la mantenga por el tiempo que sea motivadamente necesario.

El art. 25 de la Ley contra el lavado de dinero y activos y el art. 37 de la Ley especial contra actos de terrorismo, contemplan otro caso de medida cautelar, consistente en la inmovilización o congelamiento de cuentas bancarias, secuestro preventivo de bienes; habilitando excepcionalmente al Fiscal a decretarlas y al Juez, para que se exprese sobre la procedencia o no de las medidas. Es en este último caso, donde cabe analizar la responsabilidad por los eventuales perjuicios causados.

A tenor del art. 39 de la Ley especial contra actos de terrorismo, esta medida es impugnabile, bajo el argumento de haber sido incluido por error en la lista de individuos u organizaciones terroristas o

asociadas a estas, que al efecto hubiere elaborado el Consejo³⁵⁰ de Seguridad de las Naciones Unidas; y aunque la norma no dice nada acerca de responsabilidad por los perjuicios que se pudieren haber causado por haber sido incluidos en la lista y por el congelamiento de fondos, debe entenderse en el marco de la tutela judicial efectiva, que es posible reclamarla.

Medida que puede ser producto de una gestión de cooperación internacional, y teniendo en cuenta que ninguno de los Estados³⁵¹ miembros de los diferentes Foros u Organismos internacionales, debiera de invocar el secreto bancario para proceder a ubicar e identificar cuentas bancarias y su posterior inmovilización; y facilitar así la persecución de delitos fiscales o de lavado de dinero y activos.

d) Secuestro, embargo preventivo o incautación.

El secuestro además de ser una medida cautelar, puede ser penal o civil, en esta última área, puede ser convencional o producto de un contrato o judicial; en ambos casos, sirve para resguardar el bien objeto de la disputa entre dos o más partes, por tanto, siempre tiene una finalidad cautelar; Art. 2006 y siguientes del Código Civil, que dice: "El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor."

El secuestro está regulado en el Art. 284 del C.Pr.Pn.,³⁵² es una medida cautelar³⁵³, que faculta al Estado a ocupar temporalmente el bien, misma que no está motivada por necesidad del Estado, sino en los fines de una investigación judicial; como medida cautelar, es un instrumento del proceso; y una vez cumple sus fines y de ser el caso, se devolverá el bien al propietario a la brevedad posible, así lo dispone el Art. 287 del expresado Código; pero si el particular es encontrado responsable o culpable del hecho que se le imputa o el bien es peligroso o de ilegítima tenencia, lo destruye el Estado o se lo apropia, declarando el comiso³⁵⁴ sobre este.

³⁵⁰ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es uno de los seis órganos principales de la Organización, Art. 7 No. 1 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; con funciones de mantenimiento o restauración de la paz internacional, art. 24 No. 1.

³⁵¹ Incluso Suiza, con su acostumbrada práctica de absoluto secreto bancario, con el tiempo y reconociendo que, solo levantando tal privilegio, se podía procurar justicia para las víctimas del holocausto nazi, y en determinados crímenes internacionales, desde hace ya más de dos décadas, ha roto con tal práctica de secretividad bancaria. Noticia publicada por el periódico El País, de España, el 24 de julio de 1997. Disponible en <http://www.dormantaccounts.ch>

³⁵² Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

³⁵³ Como medida cautelar que es, debe de estar regida por la excepcionalidad, instrumentalidad, temporalidad, urgencia y necesidad; ver arts. 30 No. 1, 78 y 152 de la Ley de Procedimientos Administrativos; 97 y siguientes Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en relación al 431 y siguientes del CPCM.

³⁵⁴ El comiso procede o bien por razones de seguridad o por ilegalidad de la tenencia, posesión o propiedad particular de determinado bien; ilegalidad que incluso puede ser sobrevenida al cambiar las reglas del uso o la tenencia.

Dice la Sala de lo Constitucional³⁵⁵, que el secuestro de objetos es una medida de coerción real, consistente en la aprehensión judicial de objetos o cosas relacionadas con el delito, bienes sujetos a comiso o cualquier otro elemento que pudiera ser de importancia para la investigación. Se trata de una medida cautelar o asegurativa que afecta a los derechos constitucionales de propiedad y posesión, en la medida que priva a una determinada persona de la disponibilidad o aprovechamiento de un bien.

Es una medida restrictiva de derechos fundamentales, su aplicación se encuentra sometida a una serie de requisitos que le otorguen no sólo validez legal, sino también constitucional. Esta medida cautelar, puede tener las siguientes finalidades: preventiva, cuando su función es de medida provisional de seguridad de una situación jurídica o de un derecho subjetivo en riesgos; garantizar el pago de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado con el hecho punible, y evitar que los bienes que han sido utilizados como instrumento para la comisión de un delito continúen siendo destinados para la ejecución de actividades ilícitas.³⁵⁶

El embargo y secuestro, proceden sobre cualquier bien propiedad del imputado o acusado a partir de la formulación de imputación hasta el trámite del incidente de reparación integral. Esta medida también se le suele denominar incautación –preventiva-, así se desprende de la sola lectura del art. 4 inciso 4 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas.

No procede sobre bienes inembargables según lo previsto en el artículo 1488 del C.C. y art. 621 del C.P.C.M.; y sobre los bienes que proceda, deberá de tenerse en cuenta, de ser el caso, los porcentajes que se pueden embargar. En atención a la proporcionalidad de la medida, se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado con la comisión del ilícito o delito.

El art. 183 del C.Pr.Pn. habilita a incautar bienes o documentos relacionados con una investigación, a fin de evitar la suplantación o alteración del mismo; medida que tiene por objeto garantizar la autenticidad de instrumentos probatorios que habrán de aportarse en el juicio; el art. 191 también habilita la práctica de esta cautela.

Por su parte, el art. 283 del mismo Código, faculta al fiscal para que, durante el desarrollo de la investigación, disponga que sean incautados o recolectados y conservados los objetos o documentos relacionados con la comisión de un hecho delictivo y de aquellos que puedan servir como prueba.

³⁵⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo, dictada a las nueve horas con veintiséis minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil siete, en proceso ref. 91-2006.

³⁵⁶ El art. 1 No. 4 del Convenio centro americano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, define el embargo preventivo como “Prohibición temporal de transferir, transformar, convertir, enajenar, gravar o mover bienes; custodia o control temporal de bienes en virtud de mandamiento expedido por un tribunal o autoridad competente, para asegurar la indemnización o reparación civil causada por el delito.”

El art. 65 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas y el art. 38 de la Ley especial contra actos de terrorismo, regulan la incautación o embargo preventivo de bienes, los que a tenor del artículo podrán ser utilizados por la FGR o PNC, en tanto no se defina su situación jurídica definitiva. Este uso sin duda, genera depreciación en los bienes incautados, y la norma, nada dice de la responsabilidad de la institución pública o del servidor, en caso de que el bien incautado, según el art. 69 de la ley, deba de ser devuelto a su propietario o poseedor de buena fe.

Dentro del proceso de extinción del derecho de dominio se afectarán todos los bienes que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o que sobre ellos pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente lo serán todos los frutos y rendimientos de tales bienes. Así, el CONAB es inicialmente un depositario legal de los bienes incautados en el marco del proceso de extinción de dominio y, por tanto, tiene las mismas obligaciones propias de cualquier depositario judicial³⁵⁷.

e) Restricciones migratorias.

El constituyente salvadoreño estableció como un derecho humano fundamental, la libertad ambulatoria, en ella está incluido el derecho de permanecer o cambiar de domicilio, el de ingresar al país o abandonarlo temporal o definitivamente. Es este derecho fundamental, el que restringe esta medida.

Esta medida cautelar pre judicial y de naturaleza personal, según el art. 325 del C.Pr.Pn., la puede adoptar la FGR, en cuyo caso debe de solicitar la ratificación de la misma al juez de la causa; la que no podrá exceder de 30 días, salvo revisión de la misma en audiencia, ver art. 300 No. 1; la que, además, puede ser judicial, y sustitutiva a la detención provisional, art. 332 No. 4 del mismo C.Pr.Pn.

f) Deposito.

Aunque generalmente es un contrato³⁵⁸, acá lo analizaremos como mecanismo cautelar, en esta última noción, se refieren los incisos 2, 5 y 7 del art. 267 y 288 del C.Pr.Pn., y procede en los supuestos en que la devolución no es oportuna o conveniente, o se trate de bienes sujetos a comiso, o requieran medidas especiales de conservación; sin duda, con la obligación de devolverlos o restituirlos de ser el caso. Aunque el inciso 2 del art. 288 exprese que cuando se trate de bienes perecederos, se procederá a entregarlos a cualquier institución pública o de beneficencia; entiéndase que este es un supuesto de adjudicación, ya que, al ser bienes perecederos, su uso los consume y no habría manera de

³⁵⁷ Obligaciones que están fijadas en los art. 630 y 631 del Código procesal civil y mercantil; entre las que destacan las de cuidado, conservación y restitución de los bienes; so pena de responder personalmente por ellos.

³⁵⁸ El Art. 1972 del Código civil, lo define así: "El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante."

restituirlos; en similares términos se expresa el art. 502 del mencionado Código, tratándose de bienes secuestrados y no reclamados, una vez haya concluido el proceso.

También se refiere a esta medida, el Art. V del Tratado centro americano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente; instrumento que debe de tenerse en cuenta para cuando se trate de vehículos que podrían ser reclamados por otro País, sobre los cuales, y aunque procedan de ilícitos que sean habilitantes de la acción de extinción de dominio, deberán ser devueltos al país que lo solicitare, pues aunque la LEDAB de la pauta para que se pueda pretender compartir con el otro Estado, este tratado privaría sobre la ley.

g) Decomiso administrativo.

Existen normas que habilitan o facultan a determinadas autoridades el decomiso administrativo de bienes, como a los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, tendientes a determinar el ingreso de moneda legal o moneda extranjera en cantidades superiores a las autorizadas o mercancías que vulneren los parámetros de importación y exportación, realizando diligencias de control y prevención, y en desarrollo de éstas, incautar divisas o mercancías.

La ley para la devolución o venta en pública subasta de vehículos automotores o piezas automotrices secuestrados o decomisados³⁵⁹, faculta a los jueces que han ordenado el decomiso o declarado el comiso, y luego de haber transcurrido un plazo que hace presumir el abandono de los bienes, a seguir un procedimiento de subasta a fin de vender bajo esta modalidad los bienes abandonados, y los fondos recaudados ingresan al Estado para cubrir las costas procesales o para pagar multas y demás que se hubieren impuesto al poseedor o propietario del bien. También está regulada en el inc. 2 del Art. 502 del C.Pr.Pn.

Según se ha dicho antes, la Policía Nacional Civil podrá ocupar bienes inmuebles que sean destinados al cultivo, conservación, elaboración, almacenamiento y comercialización de plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que se pueda producir cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia. Así mismo, incautar bienes muebles cuando sean utilizados para transporte de estas sustancias y cualquier elemento que sirva para su procesamiento.

La ley de medio ambiente, señala que la autoridad ambiental podrá decomisar provisionalmente especies de fauna y flora en vías de extinción, así como los instrumentos con los que se produjo daño a los recursos naturales y al medio ambiente.

³⁵⁹ Ley para la devolución o venta en pública subasta de vehículos automotores o piezas automotrices secuestrados o decomisados, D.L. No. 251 del 22 de enero de 2004, publicado en el D.O. 32, tomo 362 del 17 de febrero de 2004.

La ley de control de armas y explosivos, faculta al Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de la autoridad militar o policial, el decomiso de armas, municiones y explosivos no permitidas; entre otras.

3.3. De las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio en El Salvador

Al igual que en los procesos de otra naturaleza, la acción de extinción de dominio cuenta con medidas cautelares; las que cumplen la función de asegurar que se pueda aplicar lo resuelto en la sentencia, estimatoria o no. Las medidas cautelares de este proceso de extinción, si bien se asemejan a las de un proceso penal –sobre todo aquellas que además son herramientas de investigación-, no se puede perder de perspectiva de que se deben aplicar según la naturaleza y características particulares con las que cuenta el proceso de extinción de dominio. Extrañamente, la LEDAB, en el art. 23 remite a las del CPCM, como si estas fueran las más similares.

La anterior remisión se hace sin hacer un análisis de la tipología de las medidas, puesto que en el proceso de extinción se pueden adoptar medidas que no estén relacionadas con el resguardo o cautela de los bienes sobre los cuales recaiga, sino sobre pruebas o mecanismos de investigación, en cuyo caso, las pertinentes son las del C.Pr.Pn. y no las del CPCM.

En la Ley modelo sobre la extinción de dominio, propuesta por las Naciones Unidas³⁶⁰, se contemplaban tres medidas cautelares para este proceso, así: “Artículo 16. Medidas cautelares. Sobre los bienes sujetos a extinción de dominio se podrán decretar las siguientes medidas cautelares: a. Suspensión del poder dispositivo. b. Embargo preventivo o Incautación. c. Aprehesión material. Las medidas cautelares se ejecutarán independientemente de quien sea el titular del bien. No se exigirá caución a la autoridad competente para solicitar o disponer medidas cautelares”

Un primer asunto que se debe de plantear, es de si las medidas cautelares contenidas en las leyes penales adjetivas, son o no aplicables al proceso de extinción de dominio; dada su peculiar naturaleza, pues no es penal, civil, ni administrativa. Por suerte, la misma ley de extinción resuelve lo anterior, ya que expresamente, en los arts. 23 y 101 remiten en lo no previsto - las medidas cautelares es uno de estos imprevistos- al CPCM, y, no obstante, la practica judicial especializada de extinción de dominio, está aplicando el C.Pr.Pn.

Se debe de decir, que además de las medidas cautelares a las que remite la Ley de extinción de dominio, hay que tener en cuenta el art. 8 de las Disposiciones especiales para la protección integral de los miembros de la Policía nacional civil, Fuerza armada, Dirección general de centros penales,

³⁶⁰ Ley modelo sobre extinción de dominio, Oficina de las Naciones Unidas contra el delito y la droga, Programa de asistencia legal para América latina y el Caribe, Bogotá, 2011.

Fiscalía General de la República y Órgano judicial³⁶¹; en donde se prevén expresamente el congelamiento de cuentas bancarias o inmovilización de bienes, como medidas cautelares adjetivas específicas, si concurren los supuestos ahí planteados.

Se debe de tener en cuenta, que las medidas cautelares que se podrán dictar en el marco de un proceso de extinción de dominio, dependerá de la fase de diligenciamiento en la que se encuentre el proceso en cuestión; así, durante la fase de investigación³⁶², ósea antes de judicializar la acción, serán pertinentes la suspensión de los derechos de propiedad o accesorios, la anotación de la acción de extinción de dominio, el embargo, la intervención, la inmovilización o secuestro de los bienes, de fondos depositados en cuentas o cajas de seguridad del sistema bancario o financiero y de los que se llegaren a depositar posteriormente, de títulos de valores y de sus rendimientos o emitir la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su secuestro o incautación, y cualquier otra medida que se considere pertinente.

Inicialmente se dirá que son generalmente dispuestas u ordenadas por el Juez, con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio, y con el objetivo de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en él. Son medidas precautorias que tienden a garantizar eventuales condenaciones pecuniarias³⁶³.

En el proceso de extinción de dominio, debe de destacarse el carácter real de las medidas cautelares, pues recae generalmente sobre bienes, a fin de evitar que estos ingresen en el comercio, para que no se arriesgue el resultado del proceso ni se arriesguen a terceros de buena fe. Según el inciso 3 del art. 23 de la LEDAB, se pueden solicitar previo a la presentación de la solicitud de extinción, o en esta misma.

Estas solo podrán adoptarse, siempre y cuando el solicitante –FGR- justifique debidamente en su solicitud de adopción o de ratificación, que son indispensables para la protección del derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso; y esto en el sentido de que, sin la adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión será de imposible o muy difícil ejecución.

Tal como se ha dicho antes, los arts. 23 y 101 de la LEDAB, remiten a la aplicación supletoria del CPCM, por lo que es necesario referirnos a las medidas cautelares que allá se proponen, veamos cuales plantea el Código al que se remite la Ley.

³⁶¹ Disposiciones especiales para la protección integral de los miembros de la policía nacional civil, fuerza armada, dirección general de centros penales, fiscalía general de la república y órgano judicial, D.L. 824, del 1 de noviembre de 2017, publicado en el D.O. 213, del 15 de noviembre de 2017.

³⁶² **Melissa Muñoz Ramírez y otra**, La extinción de dominio y la afectación de derechos: un análisis comparativo; tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2017, p.146.

³⁶³ Sala de lo contencioso administrativa de la Corte Suprema de Justicia, auto de admisión de demanda contenciosa, planteada contra el Consejo Municipal de Mejicanos, por supuesta supresión ilegal de plazas; ref. 362-2016, de las nueve horas diecisiete minutos del día quince de agosto de dos mil dieciséis.

Las medidas cautelares en el CPCM están nominadas en el Libro segundo, Título cuarto, a partir del art. 431, del que inicialmente se puede afirmar que provee al juzgador un catálogo de estas, a fin de que y en atención a la casuística sometida al conocimiento del juez especializado, decida cual o cuales de ellas resultan ser idóneas.

Dice el “Art. 436.- Podrá solicitarse la adopción de las siguientes medidas cautelares:

1ª. El embargo preventivo de bienes³⁶⁴; 2ª. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos³⁶⁵; 3ª. El secuestro de cosa mueble³⁶⁶; 4ª. La formación de inventarios de bienes³⁶⁷, en las condiciones que el tribunal disponga; 5ª. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales³⁶⁸; 6ª. La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación; 7ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda; 8ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.”

Medidas que ya han sido desarrolladas en páginas precedentes, por lo que no se abordaran nuevamente, a fin de no ser reiterativo. Lo que si reiteraremos es que el CONAB, es solo el administrador o depositario de los bienes cautelados, y, por tanto, tiene los deberes de cualquier

³⁶⁴ A este se refiere el Código de comercio, en los incisos 2 y 3 del art. 556, cuando dicen: “No se podrá practicar un embargo aislado de los mismos, sino que el secuestro deberá abarcar la empresa en conjunto, siendo el depositario un interventor con cargo a la caja. No obstante, podrá practicarse el embargo aislado de dinero, mercancías o créditos en la medida en que ello no impida la continuación de la actividad de la empresa.” Lo anterior implica que, en el caso de embargarse una sociedad o una empresa, se deberá de hacer designando un interventor con cargo a la caja.

³⁶⁵ En la intervención judicial, la explotación de la unidad productiva permanece en las manos del demandado o solicitado, aunque queda intervenida por la persona nombrada judicialmente; mientras que, en la administración judicial, cuando la situación así lo reclama, se priva al demandado del gobierno de los bienes que ha de entregar a un administrador judicial nombrado al efecto para asegurar su funcionamiento, con cese del que viniera desempeñándolo. En ambas medidas la resolución judicial que, respectivamente, las acuerde habrá de precisar las facultades que se conceden al interventor o administrador para la actuación de éstos, que se efectúa bajo el último control del Juez, que podrá modificarlas por extensión o sustitución.

³⁶⁶ Según el art. 2006 del Código civil, es una especie de depósito; lo define así: “El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.”

³⁶⁷ La formación de inventarios de bienes, consiste en la determinación individualizada, en calidad o cantidad, de bienes que se pretendan entregar y que puedan alterarse durante la tramitación del pleito o litigio, o pedidos por el solicitante, ante una eventual mala fe del demandado que en su día pueda ser condenado a entregarlos.

³⁶⁸ Cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos y de otras anotaciones registrales, en casos de que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución. Medida tiene un doble contenido: el procesal, conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiera dictado ya en el día en que la anotación se practica, y el contenido sustantivo, a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral si el actor obtiene sentencia favorable.

depositario judicial, especialmente la de responder por los daños y perjuicios que en su administración cautelar sufran los bienes cautelados.

Que habrá casos en los que el CONAB, según la naturaleza del bien, no será el idóneo para administrar cautelarmente los bienes incautados, en cuyo caso podrá dar a un tercero la administración, cuidando de que este le responda a él, de cualquier perjuicio –de ahí la obligación de exigirles póliza de seguros-, puesto que, ante un eventual daño o perjuicio sufrido, será al Consejo a quien la reclamará responsabilidad.

Por su parte, se debe de expresar que el art. 437 del CPCM, y siguiendo a las medidas innominadas, deja abierta la posibilidad de que y en el caso concreto, ninguna de las medidas del catálogo anterior resulte ser idónea, el juez o funcionario dicte cualquier otra medida que sea adecuada, dejando al ingenio de este su nominación o adopción. Dice el artículo citado lo siguiente:

“Art. 437.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrá solicitarse la adopción de otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos.”

Medidas que son desarrolladas de forma individual en los artículos posteriores del expresado Código, sus supuestos de procedencia y el proceso a seguir para su adopción.

3.3.1 De los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares en la acción de extinción de dominio y de su procedimiento.

Como se ha dicho antes, la adopción de las medidas cautelares no es automática, se sujeta a que en el proceso o procedimiento se acrediten los presupuestos de procedencia de estas; los que en términos generales, y tratándose del proceso de extinción de dominio, son los mismos que se exigen en cualquier otro proceso e independientemente si la medida la decreta el fiscal –aunque luego deba de someterla a ratificación judicial- o el juez; pero variara la intensidad con la que se deberá de verificar la concurrencia de estos. Siempre debe de concurrir la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora, la urgencia. Si las autoriza el fiscal, ya se ha dicho que serán pre procesales o cautelarísimas y deberán de concurrir criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en su decreto.

No se exige al fiscal o juez verosimilitud, sino solo apariencia de buen Derecho; y teniendo en mente el objeto de estas, el otro presupuesto es evitar el riesgo que se ejerzan actos de disposición sobre los bienes, objetos o derechos sobre los cuales recaiga. La LEDAB remite al Código procesal civil y mercantil en lo que a presupuestos y tipología se refieren, por lo que es importante hacer un análisis de estas en aquel cuerpo normativo; presupuestos que están fijados en el art. 433 del CPCM, y que no varían de los previstos para las medidas cautelares en general, es decir, la apariencia de buen derecho o verosimilitud y el peligro en la demora.

Cuando el Ministerio fiscal ordene la medida, deberá acudir ante el juez especializado en extinción de dominio, y someter su decisión a un control de legalidad. Como consecuencia de ese control, el juez podrá confirmar la decisión y mantener la medida cautelar o revocarla y ordenar el levantamiento de la misma. Si el fiscal o el juez, no siguen el debido proceso en su adopción, pueden viciar de nulidad la medida que llegaren a adoptar.

La medida que se muestre urgente, lo será si es para evitar que los bienes sean negociados, destruidos, consumidos, destruidos, mezclados, confundidos, grabados, enajenados, donados, cedidos o sean objeto de cualquier otra acción que pueda impedir la efectividad de la extinción de dominio sobre los mismos; o resulte imposible obtener la autorización previa del juez especializado – o aun de paz- de extinción de dominio antes de que se consume la situación que se pretende evitar.

Es pertinente, hacer un análisis adverso a los presupuestos de procedencia, es decir, cuando no es procedente que se decreten estas medidas. Estos presupuestos de improcedencia, se pueden extraer de la misma Ley, por ej., cuando el bien que se pretenda asegurar no sea de interés económico, sin perjuicio a que podría estar afectado ilícitamente por su origen, destinación o sustitución, art. 4 Lit. b; que sea imposible sostener de forma preliminar, la relación del bien con alguna actividad ilícita de las previstas en el art. 6. También serían improcedentes estas medidas dentro del proceso de extinción, si los delitos por los que se quisieran justificar, estuvieren fuera de los mencionados en el art. 5 de la Ley.

Ya que no hay garantía para quien, en el marco de un proceso declarativo de extinción de dominio en el que no hay certeza del derecho –por lo menos en teoría-, ha de soportar el decreto de una medida cautelar que eventualmente lo prive total o parcialmente del ejercicio de sus derechos; hay autores de la talla del maestro Piero Calamandrei³⁶⁹, que sobre la base del principio de igualdad procesal, proponen como supuesto de procedencia de las medidas cautelares, la presentación de una caución o contráctela.

Tratándose de medidas cautelares en el patrimonio de las personas jurídicas, estas deben de sujetarse a una dinámica diferente; puesto que con ella se verán afectados el personal de la empresa, los consumidores de sus bienes o servicios, sus proveedores, los socios o accionistas presuntamente inocentes de las causas de origen para el ejercicio de la acción; etc. Así que, se debe de dar prioridad a la administración de la persona jurídica, debiendo, por tanto, intervenir solo la parte accionaria que esté involucrada con el ejercicio de la acción, cautelándose solo la participación social involucrada; ejerciendo control social pleno, si fuere la totalidad del patrimonio social el que estuviere involucrado.

Expresa, Francisco Barrios³⁷⁰, refiriéndose a las medidas cautelares societarias parciales, y teniendo en cuenta la rigidez y limitación que les debe de regir, que “mientras penda la medida cautelar en lo

³⁶⁹ Piero Calamandrei, Las providencias cautelares. Bogotá D.C., Leyer, 2009. p. 75; y Rubén Taramona, Procesos de ejecución y procesos cautelares, Lima, Huallaga, 1996. p.123.

³⁷⁰ Francisco Ternera Barrios, Las medidas cautelares sobre sociedades; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia, 2015, p. 200.

relacionado con los socios titulares del derecho de dominio sobre acciones, cuotas o partes de interés social de que se trate no pueden transitoriamente ejercer su actividad como tales; la medida se limita a la participación de un accionista o socio. No puede extenderse a las otras participaciones sociales no intervenidas, ni al patrimonio social.” Esto tiene un impacto y una directa relación con el tipo de sociedad, de capitales o de personas, de responsabilidad limitada o ilimitada, etc.

Si la cautela es parcial, el interventor asume las facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad, de acuerdo con las instrucciones del Derecho mercantil, principalmente aquellas establecidas en el Código de Comercio, en atención al porcentaje accionario que represente el valor intervenido; ósea que, de ser un porcentaje minoritario, esta intervención debería de limitarse a garantizar que los órganos de dirección de la sociedad, no pongan en riesgo el mismo; al control del goce de los beneficios societarios de la participación, de la enajenación de la participación³⁷¹.

En cambio, si la cautela fuere sobre el total del capital social de la sociedad, el Consejo tendría plenas facultades de administrarla, solo teniendo en cuenta los sectores relacionados con el funcionamiento y giro de la persona. La administración total o parcial, la podrá hacer directamente el CONAB o la puede encomendar a terceros; con quienes, sin duda, debe de fijar las condiciones, derechos y deberes de la administración.

3.3.2 De la administración de bienes o derechos sujetos a tutela cautelar en extinción de dominio

El Consejo Nacional de Administración de Bienes, como se ha dicho antes, es un ente administrativo descentralizado, integrante de la AP, cuya función es administrar adecuadamente los bienes bajo medida cautelar –a título de depositario judicial de pleno Derecho- o porque ya pasaron a dominio del Estado por sentencia definitiva firme. Institución que deberá tener estrecha comunicación y control de parte del ente fiscal y con el juzgado especializado de extinción.

Según el art. 74 de la Ley, *la administración de los bienes tendrá por finalidad destinarlos a actividades rentables de acuerdo a su uso normal y ordinario, garantizando su mantenimiento y conservación*. La que podrá considerarse provisional o definitiva, en el primero de los casos y de no prosperar la acción de extinción, deberá de devolverse el bien más sus frutos al titular de este; la que, además, debe de ser excepcional.

Varios son los mecanismos para administrar los bienes afectados con medida cautelar en un proceso de extinción de dominio. El RLEDAB, en su art. 4 dispone que en la administración de bienes

³⁷¹ Así lo deja ver el inciso uno del Art. 364 del Código de comercio, que dice: “La intervención directa de las oficinas que ejercen la vigilancia del Estado, en el funcionamiento de las sociedades, se limita a la separación de determinados administradores y la sustitución de los mismos por las personas que conforme a los pactos sociales respectivos, a las leyes y a la voluntad de los socios sean llamados al efecto. Esta facultad sólo puede ejercitarse en los casos expresamente establecidos en la ley.”

cautelados, el CONAB debe de observar los principios de legalidad, transparencia, ética pública, probidad, independencia, eficiencia, confidencialidad, lealtad y responsabilidad; de los que se deduce que, sin duda, si el Consejo directa o indirectamente transgrede tales principios en la administración de los bienes, debe de responder ante el titular de estos o ante las demás instituciones involucradas; responsabilidad que le sería procurada en sede administrativa o jurisdiccional, según el caso.

Según el art. 32 del RLEDAB, la administración la podrá hacer directamente el CONAB o por medio de terceros, quienes tendrán las mismas obligaciones de cuidado y responderán ante el mismo Consejo por los daños que los bienes sufrieren estando en su administración; art. 34 del Reglamento antes mencionado.

Hay que distinguir dos momentos o tipos de administración de los bienes, el primero se debe de entender provisional, cuando aún no se tiene sentencia estimatoria firme y es solo la vigencia de la medida cautelar la que habilita tal administración; y la definitiva, una vez ya hay sentencia estimatoria firme y los bienes han pasado a ser parte de la propiedad pública. En esta modalidad de administración, se vuelve injusto o hasta abuso de poder, que el Consejo pueda enajenar o destruir el bien cautelado; ya que el ciudadano contra el cual se ejerce la acción, aún no ha sido vencido en juicio. Esto último sin duda, será un supuesto de responsabilidad que más adelante se abordará; pues, aunque se le restituya su valor, siempre habrá sufrido un perjuicio, a lo menos moral.

El Estado, por medio de las instituciones que administran provisionalmente los bienes cautelados, debe: Garantizar a terceros la seguridad y protección de los bienes —daño o pérdida—; entregar los bienes en buenas condiciones a quien acredite el derecho, y preservación de la integridad, autenticidad, identidad de una evidencia física o elemento material probatorio de acuerdo con su clase y naturaleza -sistema de cadena de custodia-.

Los bienes especialmente incautados u ocupados con fines de comiso deben ser administrados o custodiados según reglamentación especial que existe para tal efecto, dependiendo el tipo de bien, y el delito precedente. Una vez definida la función del bien, y viéndolo como un instrumento de recuperación de los perjuicios sufridos por la Hacienda pública nacional o municipal, dentro del proceso de extinción, se debe establecer quién va a administrar o custodiar los bienes; por lo que el CONAB según la naturaleza de los mismos, debe de hacer la distribución de los bienes, ya sea a título de administración provisional o definitiva.

Así las cosas, siguiendo a Hernán Correa³⁷² y mientras se diligencia el proceso de extinción de dominio, o una vez se declare la extinción de dominio sobre los bienes afectados, el administrador provisional –CONAB-, según el art. 74 y ss de la LEDAB, tendrá la facultad de administrar los bienes cautelados, utilizando los siguientes mecanismos:

³⁷² **Hernán Alonso Correa Méndez**, Facultad de Derecho, Medida Cautelar de Secuestro en el Proceso de Extinción de Dominio, Universidad Católica de Colombia, Colombia, 2017, p. 36 y ss.

a) Enajenación.

Implica transferir el dominio de las cosas, ya sea a título oneroso o gratuito, por tanto, el CONAB se sustituye en el titular del bien; a la donación nos habremos de referir más adelante, ahora solo se planteará la venta como forma de enajenación. En el caso de la venta, se debe de decir que se estaría en lo que en Derecho civil se llama: venta de cosa ajena. Según los arts. 81, 82, 83 y 87 de la LEDAB, 37, 38 y 39 del RLEDAB, su aplicación se vincula a determinados bienes, y se condiciona a la existencia de un dictamen técnico y una previa autorización del fiscal de conocimiento o del juez de extinción de dominio según la etapa en que se encuentre la actuación.

En cuanto a la enajenación temprana o anticipada, deberá resolverse dentro de un plazo máximo de treinta días por parte del fiscal de conocimiento o juez de extinción de dominio a solicitud únicamente de la entidad que lo administre, es decir por parte del CONAB. Si, pasado el término de respuesta, el ente judicial no resuelve la petición, la entidad administradora, puede realizar la enajenación y el funcionario que dejó de pronunciarse será responsable disciplinariamente por la omisión en el cumplimiento de sus funciones, como especie de silencio positivo derivado de su actuación judicial. Lo que quiere decir que no procede de oficio.

Esta facultad de enajenación temprana o anticipada de bienes con medidas cautelares se puede hacer tanto para aquellos muebles sujetos a registro, como para los de género, fungibles, consumibles, perecederos, los semovientes, los que amenacen ruina, pérdida, deterioro medioambiental, o aquellos que de acuerdo a un análisis de costo beneficio, se concluya que su administración o custodia ocasionan perjuicios o gastos desproporcionados; art. 83 lit. c LEDAB.

Ya el Código procesal penal, en el inciso 2 del art. 502, y sobre la base de que el proceso ya ha terminado, que los bienes no han sido reclamados, no hubieren sido comisados, restituidos o adjudicados; y se tratare de bienes inmuebles o vehículos, que sean vendidos en pública subasta y su producto pase a formar parte del patrimonio general de la nación.

Medida que según el inciso dos del art. 454 del CPCM debe ser excepcionalísima, y estar sujeta a autorización judicial; por lo que su materialización requiere de la promoción del incidente de autorización para la enajenación.

b) Contratación.

Según los arts. 67 y 79 de la LEDAB, y 14 del Reglamento; y con el fin de que los bienes sean o continúen siendo productivos, o por lo menos conserven su valor, el CONAB por medio del presidente del Consejo Directivo o quien este delegue, está autorizado a celebrar cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes y recursos. Entre los contratos que se podrán celebrar están la concesión, venta, arrendamiento, arrendamiento financiero, constitución de fideicomiso, etc.; los que y ante el silencio guardado por el legislador de extinción, y dependiendo del

tipo de contrato que se celebre, se sujetarán al Derecho privado relativo a los contratos, pero y con el afán de prevenir la corrupción, deberán de aplicar los principios de la transparencia y publicidad de la función pública, aplicables a la actividad contractual del Estado, y exigir las garantías necesarias para asegurar la responsabilidad del particular, ante un eventual perjuicio por su administración.

Lo anterior, quiere decir, que los contratos civiles que se pueden celebrar, no están sujetos a los modos de selección del contratista y demás reglas que plantea la LACAP; pero si les regirían los principios que regulan la actividad contractual del Estado; y de ser contratos públicos o administrativos, estarían sujetos a la LACAP. Ayuda a comprender lo anterior, lo dicho en el art. 92 de la LEDAB, que impone al Consejo el deber de realizar por lo menos una vez al año, subastas públicas para la enajenación de los bienes bajo su administración.

Vale la pena mencionar que, si el bien cautelado estuviese gravado o le afectare alguna limitación convencional o legal del dominio o propiedad, el CONAB debería de respetar tal limitación y solo hasta que se dirima la acción pronunciarse al respecto. Se dice esto, en tanto que el Art. 83 de la LEDAB expresa que, si el bien cautelado estuviese gravado, el fiscal podrá pedir al juez la enajenación anticipada, pero esto hay que entenderlo que procede hasta que la acción de extinción ha sido estimada, de lo contrario, sería aventurado y arriesgado enajenarlo.

De estar arrendado el bien, por ejemplo, debiese continuar la relación contractual, sustituyéndose el Consejo en los derechos y obligaciones que le correspondieren al titular del bien; hasta el vencimiento del plazo pactado, sin perjuicio de las previsiones legales y contractuales sobre terminación anticipada del contrato de arrendo. En caso de proceder a la devolución física del bien, se efectuará la cesión del contrato de arrendamiento a la persona a quien se ordenó la devolución. Igual se da cuando se declare la extinción de dominio del bien arrendado.

c) Destinación Provisional.

Los arts. 62 lit. b, 85 de la LEDAB y el 35 del RLEDAB, habilitan al CONAB, previo valuó a autorizar el uso provisional de los bienes cautelados, respetando su naturaleza, características o valor y para evitar su deterioro. Esta facultad otorgada al Consejo, le da un carácter de destinación específica, ya que el artículo 85 antes citado, de manera exclusiva y taxativa refiere que lo puede hacer solo a las instituciones –públicas- que participen o colaboren en la investigación y en el proceso de extinción de dominio; quienes previo a recibir los bienes para su uso provisional, deben presentar póliza de seguro para responder ante un eventual deterioro, destrucción o pérdida.

Los bienes que se destinen provisionalmente, previa su entrega, deberán estar amparados por una garantía -o contra cautela-, real ya sea bancaria o por una póliza de seguro contra todo riesgo expedida por una compañía de seguros legalmente constituida y establecida en El Salvador. Lo anterior, sin perjuicio de que el destinatario provisional responda directamente por los daños o la pérdida de los mismos; en el supuesto caso, que no responda la aseguradora.

Destinación que de manera preferente se debe de hacer a las entidades públicas o a las personas jurídicas de Derecho privado sin ánimo de lucro, con arreglo a la reglamentación que para ella hubiere.

Si lo cautelado fueren dineros, estos pasaran a integrar “el Fondo”, cuya administración está a cargo del CONAB, y en ejercicio de ese deber de administración, deben de ser depositados en cuentas en cualquiera de las instituciones financieras del país; los que sin duda generaran intereses al CONAB, que, en el eventual caso de desestimación de la acción de extinción, deberán de reintegrarse al titular. Los art. 96 y 97 de la LEDAB y 50 inciso 2 del Reglamento, sostienen lo antes planteado.

El Reglamento de la ley, fija el procedimiento que se debe de seguir para autorizar el uso provisional arriba planteado; una vez la institución o persona reciba la administración provisional, será responsable del bien por los deterioros o daños que sufra en su poder.

d) Destrucción.

Los artículos 81, 86 y 88 de la LEDAB, contienen supuestos de destrucción de los bienes cautelados. Así, el CONAB podrá proceder a destruir los bienes cautelados cuando se presenten algunas de las siguientes situaciones:

Se trate de productos o sustancias controladas o sujetas a fiscalización especial y no se lograsen vender o donar; se trate de bienes abandonados que presenten un evidente estado de deterioro que haga imposible o excesivamente onerosa su administración, mantenimiento, reparación, mejora o utilización; cuando se trate de bienes de consumo perecederos y que no hubieren podido vender o donar; en el caso de los productos o sustancias controladas o de bienes abandonados, debe de haber un dictamen técnico acerca de las condiciones del bien, y en el caso de los bienes perecederos, se debe de levantar acta en donde se haga constar que se intentó vender o donar los bienes o que no era posible su enajenación; y su mantenimiento y custodia ocasionen, de acuerdo con un análisis de costo-beneficio, perjuicios o gastos desproporcionados a su valor o administración.

La parte final del art. 502 del C.Pr.Pn. ya habilitaba a los jueces penales, para que si los bienes secuestrados al concluir el proceso, no fueren reclamados o no procediere su devolución y hubieren perdido su valor, se procediera a la destrucción de estos; obviamente, dejando constancia de la destrucción.

e) Depósito provisional.

El art. 78 de la LEDAB se refiere a este mecanismo de administración de bienes cautelados, en virtud del cual el Consejo Nacional de Administración de Bienes, por medio de su Consejo directivo, de forma discrecional y potestativa, acudirá a nombrar depositarios, administradores, fiduciarios e interventores; para que administren provisionalmente los bienes cautelados; quienes según los art. 62 lit. m y 69 lit.

h de la LEDAD, deberán de observar los lineamientos que el Consejo directivo del CONAB emita y estarán supervisados por el Director ejecutivo de este.

El interventor judicial es la persona que designa el juez con el objeto de que controle la administración de los bienes materia del juicio, y que aún se hallan en poder del demandado. La cantidad de interventores variará según la calidad e importancia de los bienes intervenidos.

Este nombramiento tiene lugar en los siguientes casos: En el caso que se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, y hubiere justo motivo de temer que la cosa y los muebles y semovientes anexos a ella se deterioren en manos del poseedor demandado, o las facultades pecuniarias de éste no ofrecieren suficiente garantía; en el del que reclama una herencia ocupada por otro, si hay justo motivo de temor antes indicado; en el del comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero socio que administra, y siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados; en los demás casos expresamente señalados por las leyes, tal es el caso de la LEDAB.

Las facultades del interventor se limitan a llevar la cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo –para el desempeño del encargo- imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado.

Requiere este mecanismo, que se designe una persona natural o jurídica, que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que administre, cuide, mantenga, custodie y procure que los bienes continúen siendo productivos, generadores de beneficios. A efectos de lograr lo anterior, el CONAB, deberá a lo menos dictar un acto administrativo motivado donde exprese las razones del nombramiento o deposito, los derechos y obligaciones del depositario, los costos y garantías para el aseguramiento y conservación de los bienes de que se trate a cargo del depositario provisional y comunicarlo a la entidad encargada de llevar el registro de los bienes.

Lo adecuado sería, que se suscriba un contrato de administración de bienes; y que este depósito, también deba ir acompañado de una póliza de seguros que ampare los bienes dados en administración, tanto para responderle al Consejo por una eventual pérdida, deterioro o destrucción del bien, como para que el CONAB tenga con que responderle al titular, ante una eventual devolución.

f) Donación.

Otra forma de enajenación, es la donación; sin duda, la irrevocable. Los arts. 87 y 89 de la LEDAB, se refieren a este mecanismo de administración; y requiere que previamente se haga un análisis técnico y pericial que habilite la donación, la que solo se podrá hacer a instituciones públicas u organización privadas de beneficencia constituidas con fines de asistencia social, y que se trate de bienes perecederos de fácil y rápido deterioro o que, por su bajo valor, no pueden ser vendidos.

Cuando se trate de vehículos, naves, equipos, aeronaves, armas, municiones, explosivos, artículos similares y otros bienes muebles que por sus características sirvan para el cumplimiento de su misión y fortalecer las instituciones encargadas del combate y prevención de las actividades ilícitas a las que se refiere la LEDAB, serán donadas , preferentemente a la Fuerza Armada, Policía Nacional Civil, Fiscalía General de la Republica, y al Órgano Judicial; y en su defecto, a las organizaciones públicas y no gubernamentales, que se dediquen a la prevención, tratamiento y rehabilitación de personas afectadas por las drogas.

Este mecanismo de administración, también procede sobre bienes inmuebles; en cuyo caso, se debe de realizar conforme a los procedimientos legalmente establecidos.

La Ley, en el art. 93 crea un fondo especial, administrado por el CONAB e integrado con los dineros cautelados o extinguidos y de los recursos monetarios producto de liquidación de bienes o títulos valores. En el que, se deben de diferenciar los fondos que se tienen bajo custodia cautelar y los que ya están extinguidos; sobre el manejo de estos, tal como lo dispone el art. 54 del RLEDAB, se impone el deber de auditarlos por la Corte de Cuentas de la Republica.

g) Devolución de los bienes:

Opera sobre bienes o recursos que sean de libre comercio o licita tenencia, que no se requieren para ninguno de los fines o funciones del mismo dentro de la acción penal, es decir, cuando no son necesarios para la indagación o investigación, no se encuentran en ninguna de las circunstancias en las que procede el comiso, no van a ser afectados con medida cautelar como medio de reparación a las víctimas del delito; no se encuentran en ninguna de las causales para promover la acción de extinción de dominio o por haberse promovido y desestimada la misma.

El Convenio centro americano para la prevención y la prevención del delito de lavado de dinero y activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, dispone en el inciso tres del art. 6 que “Conforme al Derecho interno de cada Estado Parte, el tribunal o la autoridad competente dispondrá devolver, al reclamante, los bienes, productos o instrumentos cuando se haya acreditado y concluido que: 1) El reclamante tiene legítimo derecho respecto de los bienes, productos o instrumentos; y al reclamante no puede imputársele ningún tipo de participación, colusión o implicancia con respecto a delitos de lavado provenientes del tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, objeto del proceso; y 2) El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos.

Este supuesto de devolución, y tratándose de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente en Estados de Centro américa, México y Panamá; según el art. X No. 3 del Convenio centro americano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente, y en el entendido que el comiso es el símil internacional

de la acción de extinción de dominio, podrá ejercerse sobre esta tal acción y no se tendría la obligación de devolverlo al país de origen.

Este mecanismo, también está previsto en el art. 91 de la LEDAB y 40 del RLEDAB, y supone el no ejercicio de la acción de extinción de dominio, por haberse ordenado en sede fiscal su archivo o la no estimación firme de esta, en el proceso judicial³⁷³; se dará cuando por decisión del juez de extinción de dominio se ordene la devolución y entrega de los bienes afectados cautelarmente a su propietario; devolución que deberá materializarse en el plazo de un mes, contado desde la comunicación de la decisión al propietario. Termino que, dicho sea de paso, nos parece muy restrictivo; mismo que sin duda está fijado en beneficio del Estado; pues si transcurre y no se hubiese avocado el titular a reclamar la devolución, estos se adjudicarían al Estado por medio del Consejo de administración o se venderían en pública subasta y su producto pasaría al fondo administrado por el Consejo.

La norma supone que el Juez, el Fiscal o el CONAB, deben de comunicar al interesado, en la dirección que figure en el expediente de extinción de dominio o en el administrativo que tuviese la entidad, que los bienes se encuentran a su disposición y cuál será el procedimiento para su devolución.

Sostiene Wilson Martínez³⁷⁴, que, si los bienes a devolver fueren productivos, al momento de su entrega deberá hacerse junto con los frutos y rendimientos que este generó, previo descuento de los costos y gastos en que haya incurrido el administrador para el mantenimiento del bien. Si se hicieron mejoras, el propietario debe sufragar esos costos para que proceda su devolución. Si los bienes a devolver, son dineros originalmente incautados o producto de la enajenación de bienes; los mismos serán devueltos a las personas que se indiquen en la sentencia junto con los intereses financieros generados.

El art. 36 inciso 3 de la Ley especial contra actos de terrorismo, plantea supuestos de devolución de los bienes o derechos cautelados, relacionados con los delitos que la ley sanciona; cuando se demuestre que el reclamante tiene legítimo derecho sobre estos y que no es posible imputarle ningún tipo de participación en el ilícito, que incluso hizo todo lo posible para evitar que el bien fuese utilizado como objeto o instrumento de este; similares disposiciones contienen el art. 69 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas y el 20 inciso 4 de la Ley contra el lavado de dinero y activos.

³⁷³ Así por ej. la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, en sentencia dictada en apelación el día 21 de diciembre de 2015, Ref. Inc-apel-225-ext-d-2015, revoco sentencia estimatoria que había sido dictada por el juzgado especializado y como consecuencia ordeno la devolución del bien –un camión- a quien en el proceso demostró ser tercero de buena fe exento de culpa. Aunque nada dijo la sentencia acerca de los perjuicios que causo la medida cautelar que estuvo vigente en el proceso hasta la sentencia de apelación, no obsta a que el beneficiario de la resolución, hubiese intentado que le fueran resarcidos los perjuicios que se le pudieron haber causado. La práctica o costumbre demuestra que, quien recupera los bienes o derechos que le habían sido cautelados, tiende a darse por satisfecho con la sola recuperación de estos; lo que sin duda y teniendo en cuenta que, en este proceso especial, estarán en juego bienes o derechos de un valor significativo, es de esperar que vaya cambiando y reclamen por los perjuicios que crean haber sufrido.

³⁷⁴ **Wilson Alejandro Martínez Sánchez y otros**, óp. Cit. p. 191 y ss.

Nada dice la norma acerca del resarcimiento de los perjuicios causados al titular del bien que le fue cautelado y que, por haberse desestimado la acción de extinción, se le devuelve; se debe suponer que aplica la regla básica del Derecho “que quien causa un perjuicio, está llamado a responder”. A esto se volverá más adelante, cuando se traten los perjuicios causados por las medidas cautelares y la determinación de responsabilidades por tales perjuicios.

Se debe de notar, que, de las anteriores medidas cautelares, algunas de ellas no cumplen con el objeto o naturaleza de estas; son verdaderas formas de adquirir –transferir- el dominio de las cosas, privando de esta manera al titular de los bienes, sin antes vencerle en juicio; las que en todo caso serían de ultima ratio, sin perjuicio a que debe de llevarnos a repensar su constitucionalidad.

Ósea que, los mecanismos a los que la Ley les llama administración provisional, algunos de ellos realmente no lo son; puesto que el CONAB sin antes habersele adjudicado el dominio de estos, ejerce actos de dueño, como la enajenación a título oneroso o gratuito que se ha mencionado; asumiendo, por tanto, la eventual responsabilidad de indemnizar al titular de los bienes que ha enajenado y que se declare en el proceso, la obligación de devolver y/o indemnizar.

Y es que el termino administración provisional, supone que quien administra los bienes, debe de garantizar a terceros la seguridad y protección de los bienes —daño o pérdida—; entregar los bienes en buenas condiciones a quien acredite el derecho, una vez ordenada su devolución provisional o definitiva; y preservar la integridad, autenticidad, identidad de una evidencia física o elemento material probatorio de acuerdo con su clase y naturaleza -sistema de cadena de custodia- si fuere el caso.

Se puede concluir este apartado diciendo que unas son las medidas propiamente cautelares, que se adoptan normalmente antes de ejercer la acción de extinción o se piden junto a su solicitud; y otras son meramente de administración, que las adopta el Consejo una vez se han cautelado los bienes por parte de la FGR. También se puede afirmar que las más comunes medidas cautelares son:

El embargo, arts. 436 fracción 1ª, 438, 439, 615 a 635 CPCM; la intervención o la administración judicial de bienes productivos, arts. 436 fracción 2ª, 440 y 441 CPCM; el secuestro, arts. 436 fracción 3ª y 442 CPCM; la formación de inventario de bienes, art. 436 fracción 4ª CPCM; la anotación preventiva de la solicitud de extinción de dominio y otras anotaciones registrales, arts. 436 fracción 5ª y 443 CPCM, en relación arts. 719 a 730 CC; la orden judicial para el cese provisional de una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta, o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación; art. 436 fracción 6ª CPCM; la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda, art. 436 fracción 7ª CPCM y el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual o industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclaman en concepto de remuneración de la propiedad intelectual, art. 436 fracción 8ª CPCM, en relación a normas afines a la propiedad intelectual o industrial.

3.4 De los daños y perjuicios generales causados por las medidas cautelares.

Sostiene Restrepo³⁷⁵, que si se tiene como punto de partida que la tutela cautelar judicial sirve para garantizar la ejecución eficaz e íntegra de la sentencia, es claro que la denegación de su otorgamiento pone en riesgo la eficacia de la justicia; pero también lo es que en su concesión, por la urgencia con la cual se adopta y su otorgamiento a partir de un juicio de probabilidad y no de certeza, puede cometerse una equivocación y ocasionarse un daño injusto para el sujeto a quien se grava con la medida o para terceros.

Así que, si por la falta del otorgamiento de la medida oportunamente pedida, finalmente no se logra ejecutar la sentencia favorable al peticionario de la misma, se presenta un daño antijurídico que el demandante no tendría que padecer, ocasionado por la actividad del juez y, por tanto, susceptible de ser reparado por el Estado, según las disposiciones sobre el particular.

Por otra parte, y si se tiene en cuenta que en algunos casos se ha establecido como requisito para el decreto de la medida el otorgamiento de una contra cautela que cubra la eventual indemnización por los perjuicios que se le lleguen a ocasionar al demandado, es claro que su ejercicio debe ir acompañado de una obligación de contra cautela suficiente que cubra los daños eventuales que se puedan causar con la práctica de la medida y con la que efectivamente se indemnicen los que realmente se ocasionen.

Hablar de daños, es hablar de responsabilidad; fundado en la máxima “Todo el que ejecuta un hecho -u omite un deber- que, por culpa o negligencia, ocasiona un daño a otro; está obligado a la reparación del perjuicio.” La negligencia o culpa, es la falta de desarrollo de un comportamiento propio y adecuado de una persona medianamente responsable, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Sirve de base para imputar la responsabilidad por daños y la obligación de indemnizar; es decir, que en principio el deber de indemnizar, para por la determinación de la responsabilidad subjetiva.

Se vuelve necesario delimitar el concepto de daño y su tipología; lo mismo sin duda, debe de hacerse acerca de los perjuicios. No todo daño es causa de resarcimiento, ya que hay circunstancias en donde el que lo sufre, tiene el deber de soportarlo; o porque no tiene el derecho a reclamarlo, en tanto, por ejemplo, el mismo lo ha procurado.

Cuando se niega el resarcimiento, con base en la tesis restrictiva, se le dice a la víctima real, de un daño innegable: no mereces reparación porque la ley no se ha detenido a plantearlo; antes de ahora, a analizar y aprehender un interés similar al que invocas. El mismo no está tutelado o protegido por

³⁷⁵ Manuel Alberto Restrepo Medina, óp. Cit. p.83.

norma expresa alguna. Es un daño real o de hecho el tuyo, pero no es un daño jurídico o de Derecho y por tanto, no indemnizable.³⁷⁶

Daño emergente, es la pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio o bienes de una persona como consecuencia de un acto u omisión ilícita civil. Se caracteriza por ser un daño cierto y actual. Se diferencia del lucro cesante, que, siendo también consecuencia del acto ilícito civil, consiste en un cese en la percepción de ganancias futuras previsibles y no meramente hipotéticas. Estos dos elementos son tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización.

También hay daño real o presunto; reparable e irreparable; material, cuando se causa en el patrimonio o bienes de una persona, incluidos los daños físicos a la misma; o daño moral, que afecta la esfera del honor, fama, reputación, afectos o sentimientos del afectado o en el ánimo de la persona; como el sufrimiento que produce el dolor, la tristeza, aflicción o angustia; y, por tanto, es un perjuicio de difícil valoración o determinación económica.

Otro concepto básico en el denominado Derecho de daños, es el de perjuicios; estos son los menoscabos causados en una persona o cosa, que dan lugar a la correspondiente indemnización. Los daños tienen un carácter más directo, mientras que los perjuicios son también daños, pero en cierta manera indirectos o derivados de los propios daños. Sirven de base para fijar la indemnización.

Varios son los supuestos de indemnización por daños sufridos, uno de ellos es el error judicial, que origina el derecho de los damnificados a ser indemnizados a cargo del Estado por los daños y perjuicios causados por la Administración de justicia. La reclamación de indemnización debe ir precedida de decisión judicial que expresamente lo reconozca, la cual puede resultar directamente de sentencia dictada en recurso de revisión o bien en proceso autónomo. En este último caso, la acción judicial para reconocimiento del error deberá instarse en el tribunal que emitió la resolución que se considera errónea.

El Art. 16 Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, dice: "En caso de sentencia absolutoria ejecutoriada el Tribunal respectivo ordenará que cesen las restricciones impuestas -entiéndase medidas cautelares- al encausado cuando hubiesen tenido lugar. En ese caso quedará libre de todo nuevo procedimiento por el mismo motivo, y cuando el Juicio se haya iniciado por orden de la Corte Suprema de Justicia o a iniciativa de la Fiscalía General de la República quedará obligado el Estado o el Municipio según los casos, a indemnizarlo por los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, inclusive de carácter moral, por la prosecución del Juicio."

³⁷⁶ Jorge Mosset Iturraspe, Estudios sobre responsabilidad por daños, tomo IV, editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 1982, p. 17.

3.4.1 De los daños y perjuicios a terceros de buena fe exentos de culpa causados por las medidas cautelares.

Siguiendo a Restrepo³⁷⁷, y si se tiene como punto de partida que la tutela cautelar judicial – administrativa-, sirve para garantizar la ejecución eficaz e íntegra de la sentencia – o resolución-, es claro que la denegación de su otorgamiento pone en riesgo la eficacia de la justicia, pero también lo es que en su concesión, por la urgencia con la cual se adopta y su otorgamiento a partir de un juicio de probabilidad y no de certeza, puede cometerse una equivocación y ocasionarse un daño injusto para el sujeto a quien se grava con la medida o para terceros.

Es claro entonces, que su ejercicio cautelar debe ir acompañado de una obligación de contra cautela suficiente y seria, que cubra los daños eventuales que se puedan causar con la práctica de la medida y con la que efectivamente se indemnicen los que realmente se ocasionen, a la par con la habilitación a la autoridad judicial para imponer costas y multas frente al ejercicio temerario de la activación del mecanismo cautelar. Lo anterior da respuesta a la reflexión planteada, de si procedían o no las contra cautelas en contra del CONAB; y debe de decirse que sí.

Es tercero en un proceso, aquel que al surgir la relación jurídico procesal, no tiene calidad de parte por no ser demandante ni demandado, pero que una vez que interviene, voluntaria o forzosamente, se convierte en parte del proceso. Se entenderá por tercero en el proceso de extinción de dominio, aquella persona titular de derechos reales principales o accesorios, que eventualmente se vea involucrado a través de sus bienes o derechos, en un trámite de extinción de dominio.

El legislador a partido de una realidad: el apareamiento de una economía subterránea, manejada por grupos delincuenciales, acudiendo a prestanombres o testaferros y como consecuencia dificultando la ubicación y posterior incautación de los bienes producto del ilícito, por ello es que inicialmente se habilita la acción de extinción de dominio contra estos terceros; pero y ante la otra realidad, que estos mismos grupos delincuenciales, hayan logrado introducir sus bienes al tráfico económico y puedan así, sorprender la buena fe de los terceros, sin perjuicio a que estos hayan observado la debida diligencia, no pudieron conocer el nexo de licitud que recaía sobre el bien al momento del negocio; por ello es que se les habilita la oportunidad procesal de acreditar precisamente esa sorpresa o engaño en su buena fe, de la que habrían sido víctimas y por tanto, salir exentos de culpa.

La buena fe no se refiera a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de actuar fraudulento, de engaño, astucia o viveza o reserva mental, de una conducta lesiva a las buenas costumbres que imperan en la sociedad. De tal manera que los usos sociales y las buenas costumbres, son la base para apreciar en cada caso concreto, la buena o mala fe de las personas³⁷⁸.

³⁷⁷ Manuel Alberto Restrepo Medina, óp. Cit. p. 83.

³⁷⁸ Así lo expresa José Iván Caro Gómez, Los terceros en la acción de extinción de dominio en Colombia; Tesis de maestría, Universidad libre, Instituto de pos grado, maestría en Derecho penal, Colombia, 2011, p. 74.

La buena fe se presenta como un principio fundamental del Derecho, e impone el deber de proceder con lealtad y probidad en las relaciones jurídicas y el derecho de esperar que los demás, procedan en la misma forma; lo que significa que los derechos se ejercen y los deberes se cumplen de buena fe. Es una regla general que la buena fe se presume, art. 751 C.C. y como consecuencia la mala fe tendría que probarse y si quien la alega es el Estado, él es quien debería de probarla o por lo menos, tener la mayor carga probatoria y no revertirla en detrimento del ciudadano.

Terceros que sin duda, en la tramitación del proceso de extinción de dominio se habrán visto afectados por la emisión de una o más medidas cautelares, por las que en tanto no se defina su buena fe, han sufrido efectos negativos en su patrimonio por tales medidas; sin perjuicio a que también podrían haber sufrido perjuicios patrimoniales, porque sin duda, al saberse que sobre los bienes de estos se está ventilando un proceso de extinción de dominio, la prensa y la ciudadanía en general, sin duda les ha relacionado a lo menos indirectamente con el crimen, dañándose así su buen nombre.

Recientemente, se está hablando³⁷⁹ de buena fe simple y buena fe calificada; la primera es la que normalmente se le exige a una persona, en cuanto al actuar leal, recto y honesto; y la segunda, es la creadora de derechos –patrimoniales y demás- y exime de culpa, y tiene la virtud de crear una realidad jurídica o de dar por existente un derecho o una situación que no existía. Significa, que será este tipo de buena fe, la que hay que acreditar en el proceso de extinción y así, lograr la devolución del bien sobre el cual se ejerce la acción.

Se ha dejado de hablar de la buena fe solo como un estado psicológico y se le está viendo como una fuente objetiva de derechos y deberes, sin llegar a estar positivizada es de obligatorio cumplimiento, para viabilizar la actividad contractual de las partes o del tráfico económico de la sociedad en general.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas³⁸⁰, en su art. 5 numeral 8 y refiriéndose al decomiso – que bien puede considerarse precedente del comiso y/o de la acción de extinción de dominio- dice que: “Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”, por lo que esta acción no puede estar por encima de lo previsto en este instrumento internacional del que formamos parte.

Lo anterior significa, que, si se logra acreditar que el Estado en el ejercicio de la acción de extinción de dominio, dicto medidas cautelares que durante la tramitación de la acción privaron al titular de buena fe del uso, goce y disposición de sus bienes y al final del proceso, se desestima la acción y por tanto se devuelva, restituya, sustituya o pague el bien; también deberá el Estado de resarcirle los perjuicios causados.

³⁷⁹ José Iván Caro Gómez, óp. Cit., p. 65.

³⁸⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena, el 19 de diciembre de 1988; ratificada por D.L. N° 655, del 14 de septiembre de 1993, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 321, del 25 de octubre de 1993.

Implica que los terceros de buena fe exentos de culpa, son titulares de derechos, que el Estado debe de asegurarles, garantizarles y respetarles, so pena de incurrir en responsabilidad; así, sus bienes no deberían ser objeto de medidas cautelares, antes y durante el proceso, si liminarmente aparecen indicios probatorios que estarán exentos de culpa y que, por tanto, no prosperara contra ellos la acción de extinción de dominio; y con más razón, no deben seguir cautelados si lo fueron desde el inicio de la acción, una vez se aporten los elementos probatorios que robustezcan su calidad de terceros exentos de culpa, y peor aún, en vía de recurso no debería la Fiscalía insistir en la cautela ni el juez en mantenerla, si se ha dictado una sentencia en su favor.

3.4.2 De los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo en casos de desestimación de la acción de extinción de dominio.

El inciso tres del art. 456 del CPCM expresa: “Cuando la sentencia absolutoria fuera firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, pudiendo el demandado solicitar el pago de los daños y perjuicios causados. Podrá asimismo el demandado reclamar la oportuna indemnización en los supuestos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.”

Disposición que se considera es de aplicación en el caso de las medidas cautelares adoptadas en el proceso de extinción de dominio, y que de no ejercerse la acción en el supuesto de medidas pre judiciales o de obtener una sentencia desestimatoria, el afectado por la adopción de estas, debe de tener la oportunidad de reclamar los daños y perjuicios sufridos; ya sea del Estado o de sus funcionarios según hayan o no obrado con dolo, negligencia e impericia.

La creación de una institucionalidad que administre los bienes objeto de un proceso de extinción y transferencia de dominio fue conveniente y necesario, pues el Estado debe garantizar que los bienes que se resguarden conserven su valor, ya sea para cuando se transfieran definitivamente al Estado y se asignen a sus instituciones o para cuando se devuelvan a su legítimo titular o poseedor en caso que estuvieran incautados como medida cautelar y no se demuestre su origen o destinación ilícita. Asimismo, debe regularse la forma en que estos bienes o el producto de su venta entran en el patrimonio del Estado y luego se asignan para su aprovechamiento. Esa institución, para el caso, es el Consejo Nacional de Administración de Bienes, CONAB.

Se trata de dar respuesta a casos en los que el bien ha sido adquirido por el ciudadano de manera diligente y responsable, al amparo de información contenida en el o los registros públicos pertinentes, y luego se ve involucrado en un proceso de extinción de dominio ¿El Estado indemnizaría a este ciudadano por los daños o perjuicios causados con el proceso?

En el caso, que se declare desestimada la acción de extinción de dominio, ya por que se acredite lícita adquisición o destinación del bien, o el tercero pruebe la buena fe; el bien que hasta ese momento estuviere cautelado, deberá de ser devuelto o restituido a su propietario o poseedor.

El art. 42 de la Ley especial para la intervención de las telecomunicaciones, habilita la indemnización por daños y perjuicios, sufridos por una intervención ilegal; misma que debe de ser pagada por el servidor público infractor. Este último, bien puede ser el fiscal que lo solicita, el juez que lo autoriza, u otros que hagan usos indebidos de la información recolectada.

3.4.3 Tipos de daños y perjuicios causados por las medidas cautelares.

No puede sostenerse la existencia de un derecho a dañar al prójimo, ni siquiera el Estado, a menos que el afectado tenga el deber de soportar el daño; de ahí que el daño sea, en sí mismo, un hecho contrario a Derecho, resulte injusto y por tanto generador de responsabilidad.

Tradicionalmente se ha sostenido que, conforme a los valores jurídicos, la única responsabilidad que se corresponde con la justicia, la seguridad, el bien común, la concordia o paz social es la basada en el dolo o la culpa. No obstante, más recientemente, se ha sostenido que, en razón a los mismos valores antes nominados, hay casos de excepcional responsabilidad sin culpa.

Sin duda, al decretarse una medida cautelar, el bien o derecho sobre el cual recae, se ve limitado severamente; causándole al propietario, titular o poseedor un perjuicio casi natural por la sola restricción que pesa sobre el bien o derecho. Perjuicio que, sin duda, por parte de quien lo reciba, será calificado de injusto e ilegítimo. a la luz de los valores jurídicos. Calificar lo justo y lo injusto, se muestra parcializado por puntos de vista subjetivos, parciales o interesados, que responden a una determinada ideología; por tanto, se adoptan criterios de determinación del daño, para reducir la dosis de subjetividad.

El perjuicio puede ser expresado en daño moral o patrimonial. El primero, se produce casi de forma automática al restringirse o suspenderse el ejercicio del derecho; el segundo, está vinculado por el efecto material que causa en el bien la medida, ya que, si es puesto bajo la custodia de otro, el mero paso del tiempo causara en el bien un deterioro, sin perjuicio a que al inhibirle al titular actos de dominio, le reduce su esfera patrimonial.

En el marco de los daños patrimoniales o económicos, se deben de tener en cuenta aquellos bienes productivos, que sin duda producirán sus frutos en manos de quien los estuviere administrando; y, por tanto, a la hora de devolverlos, deberá también devolver sus frutos o dar cuenta de estos; y aun, debiera de responder por aquellos frutos que producto de una mala administración, no se hubieren producido.

Lo anterior implica, que es necesario y previo a hacer la entrega del bien, valuar el mismo, a fin de que este sirva de parámetro para cuando se haga su liquidación del estado mismo del bien, dé sus frutos, rentas o beneficios. También se deben de establecer estrictas medidas de control, de rendición de cuentas y procedimientos de liquidación, etc.

3.4.3.1 De los daños y perjuicios patrimoniales.

En el caso de tratarse de una empresa o sociedad que estuviese intervenida, asume su representación legal el interventor, por lo que, sin duda, debe de asumir todo el régimen de responsabilidad, debe responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a la sociedad, a los socios o a terceros.

En caso de que se demuestre que el curador procesal obró de forma negligente y con impericia en la administración del bien cautelado, el juez lo podría responsabilizarlo pecuniariamente por los perjuicios ocasionados al afectado en el proceso de extinción de dominio; o en todo caso, en un proceso civil declarativo común de daños y perjuicios.

Dentro de los daños patrimoniales, se tienen que tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante; el primero comprende las pérdidas efectivamente sufridas y que deben de medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan, y las disminuciones de valor económico por vía reflejo se pueden producir. Por su parte, el lucro cesante, frustrado o las ganancias dejadas de obtener. El daño emergente está relacionado al perjuicio sufrido y el lucro cesante, está basado en las incertidumbres propias de planteamientos hipotéticos³⁸¹.

3.4.3.2 De los daños y perjuicios morales.

Una primera aproximación a la noción conceptual del daño moral es de índole subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo - valores, sentimientos, anhelos o afectos- y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole subjetiva, no puede ni requiere ser acreditado.

Una segunda noción conceptual, define el daño moral como la violación de un derecho extra patrimonial, la mera prueba de la transgresión del derecho, conllevaría a la acreditación de la existencia del daño. Es la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona humana y que es imputable a otro hombre. Está relacionado con el dolor o sufrimiento humano.

Existe daño moral directo e indirecto o de rebote, el primero es sufrido por el titular del derecho afectado; el segundo, lo sufre un tercero, como bien podría ser el pariente cercano de quien soporto el ejercicio de la acción de extinción de dominio y que fue desestimada, pero que murió antes de recibir en devolución el bien cautelado, sus frutos, etc. También puede haber daño moral por el incumplimiento de contrato, del incumplimiento de deberes, de las actuaciones arbitrarias, etc.

³⁸¹ Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Derecho de daños, 1ª. Edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 323.

3.5 De los mecanismos para determinar los daños y perjuicios sufridos.

La responsabilidad es fundamentalmente, cuestión de reparación de daños, de protección de derechos lesionados, de equilibrio y justicia social. Todo sistema reparador, debe evaluar el daño en sí mismo, atendiendo a la víctima, a sus circunstancias personales.

Expresa la actual Procuradora General de la Republica³⁸², que la responsabilidad civil de imputado, requiere establecer los daños y perjuicios causados con la conducta delictiva; como consecuencia, el fiscal o el querellante deberán ofrecer y aportar la prueba con la que se establezcan tales daños y perjuicios, eso incluye el lucro cesante.

El daño emergente, puede ser material o personal o ambos, e implican los costos en que debió de incurrir la víctima y el lucro cesante, lo que dejó de percibir como consecuencia del ilícito.

En los perjuicios se valoran las secuelas físicas o morales que produjo el delito en la víctima de este, las que pueden ser temporales o permanentes, de la dependencia que esta tenía para con el bien jurídico que ha perdido o que ha visto disminuido.

El daño moral está dado por el sufrimiento o dolor de la víctima como consecuencia del delito. El dolor puede ser físico o psíquico. El daño moral incide en el ámbito personal en cuanto toca los sentimientos, se puede manifestar en el pesar, la sensación de abandono o de impotencia, de rechazo, etc. El daño moral, se presume. Los daños y perjuicios, se pueden probar por cualquier medio de prueba.

3.6 Del resarcimiento a los daños y perjuicios

El resarcimiento, es una modalidad de indemnización de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento culpable, doloso o moroso de las obligaciones por el deudor, cuando no puede procederse al cumplimiento de forma específica y se ha producido un daño para el acreedor. Además, debe existir un nexo causal entre dicho daño y el comportamiento del deudor. El resarcimiento, pasa por determinar la existencia del daño, su cuantificación; y el lucro cesante de este.

Una vez desaparezcan los presupuestos para la adopción de cualquier medida cautelar, uno de los mecanismos inmediatos que se deben de adoptar, para evitar la continuidad de los perjuicios, es el levantamiento de las medidas cautelares, materiales –incautación u ocupación del bien- o jurídicas que se han dictado.

Si es la medida material de incautación u ocupación ordenadas previamente por el fiscal, deben ser canceladas a orden del mismo. El levantamiento de la medida jurídica de suspensión del poder

³⁸² **Mirian Geraldine Aldana Revelo y otro**, Reglas de prueba en el proceso penal salvadoreño, edición de la Fiscalía General de la Republica, El Salvador, 2014, p. 198 y 199.

dispositivo de dominio debe ser solicitada por el fiscal ante el juez que la autorizo o ante el juez que estuviere diligenciando el proceso.

Con los bienes de propiedad del autor o partícipe del ilícito, se busca la materialización de los derechos de las víctimas en cuanto a la reparación económica, por los daños sufridos como consecuencia del injusto. Los derechos de las víctimas deben primar sobre el interés estatal en decretar el comiso o la acción de extinción de dominio sobre los bienes de propiedad del autor o partícipe del injusto, o de los ilícitamente adquiridos.

La devolución de los bienes cautelados, opera sobre bienes o recursos que sean de libre comercio, que no se requieren para ninguno de los fines o funciones del mismo dentro de la acción penal, es decir, cuando no son necesarios para la indagación o investigación, no se encuentran en ninguna de las circunstancias en las que procede el comiso, no se encuentran en ninguna de las causales para promover la acción de extinción de dominio y no van a hacer afectados con medida cautelar como medio de reparación a las víctimas del delito.

Con el afán de disminuir el perjuicio causado ante la adopción de una medida cautelar, en el curso de la tramitación del proceso, antes de decidir la situación jurídica de los bienes cautelados, y teniendo en mente que una de las funciones de los bienes en el proceso, es servir de instrumento de resarcimiento, bien restituyéndolo inmediatamente a la víctima o autorizándola para el uso o disfrute provisional de los bienes cuando han sido adquiridos de buena fe, como medida patrimonial a favor de las víctimas; obvio, que primero habrá que asegurarlo como evidencia física.

Las medidas cautelares, también tienen como finalidad garantizar la indemnización de los perjuicios causados por el ilícito, asegurando una futura y efectiva reparación de la víctima, impidiendo que se oculten o distraigan bienes que pueden constituir garantía para aquello.

La Corte inter americana de derechos humanos³⁸³, ha dicho que la reparación de los daños patrimoniales y morales, derivados de violación a derechos humanos y del rol que deben de cumplir los jueces en tales casos, no basta la tutela administrativa declarando nulidad de la actuación y restablecer el derecho afectado; sino que la reparación debe de ser adecuada, y por tanto exige la adopción de medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; lo que debiera quedar dicho en las sentencia de mérito.

Aplicando lo anterior al tema investigado, luego de una declaratoria de nulidad de una medida cautelar adoptada por el CONAB, por ejemplo, debería de ser precedida de una adecuada reparación, que implique no solo la indemnización por los perjuicios, sino incluso, un retiro del mundo jurídico si la medida se adoptó en aplicación de una norma que finalmente es contraria al debido proceso.

³⁸³ Corte Inter Americana de Derecho Humanos, caso Valle Jaramillo vs. Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2007.

Estas medidas responden a lo previsto por las normas constitucionales que protegen el derecho de la víctima a la reparación del daño causado por errores judiciales, en el artículo 17; 18 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 8ª de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.7 De los mecanismos de resarcimiento a los daños y perjuicios por la incautación cautelar de bienes en el proceso de extinción de dominio.

Al no haber concurrido o al desaparecer los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, es que se vuelve pertinente analizar la procedencia o no de la indemnización por los eventuales daños y perjuicios que estas pudieron haber causado en el titular o poseedor del bien sobre los cuales hubiere recaído la medida.

Es necesario tener en cuenta, que, en el marco del moderno Derecho internacional, es la persona y no el Estado el centro del Derecho, lo que significa que es el Estado el que debe de servirle a la persona humana y no al revés³⁸⁴; lo que se descubre de la sola lectura de la Carta de la ONU, y que luego la comunidad internacional, reitera en la Declaración Universal de derechos humanos, luego lo reafirma en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en posteriores Convenciones y Protocolos. Lo anterior se señala, a fin de que se tenga claro que, si una persona no encuentra en el seno del Estado la tutela efectiva de sus derechos, bien puede acudir al escenario internacional a procurarla.

Según Silvia Izquierdo, varias son las formas de reparación a víctimas de violaciones a derechos humanos³⁸⁵; el denominado derecho a la reparación es de origen convencional³⁸⁶ y doctrinario, muchos instrumentos internacionales, universales y regionales contienen inequívocas disposiciones acerca del derecho de todas las personas a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes – e internacionales, de forma subsidiaria- ante hechos o actos que violenten sus derechos fundamentales.

Según el Derecho, el resarcimiento comprende la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios, y la restitución de los derechos conculcados. Este derecho al resarcimiento,

³⁸⁴ Así lo afirma **Fernando Parducci Puglia**, Aplicación del Derecho de origen internacional de los derechos humanos en la jurisdicción doméstica de los Estados; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002, p. 128.

³⁸⁵ **Silvia Izquierdo**, óp. Cit., 2002, p. 117 y ss.

³⁸⁶ Entre los instrumentos internacionales que lo contienen se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas, relativa a los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder; y que en lo pertinente las víctimas tienen derecho a la reparación, que implica el restablecimiento del derecho lesionado, el resarcimiento, la restitución, la indemnización, etc. Recomendada, para adopción, por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

surge cuando los daños a la víctima o las violaciones a las leyes, hubieren sido causados por funcionarios o agentes del Estado; en cuyo caso, incluso los gobiernos sucesores también deben ser responsables de la reparación a las víctimas. El art. 10 de la CADDHH, art. 8 Declaración Universal de los DD.HH., inciso 3 del art. 2 del Pacto de internacional de derechos civiles y políticos, art. 14 lit. e de la Convención internacional contra la tortura y la Convención para la eliminación de la discriminación racial son algunos instrumentos que lo regulan.

La Comisión de Derecho Internacional de las NN.UU. sobre el tema ha dicho reiteradamente que es obligación de los Estados, indemnizar cuando ha incumplido una obligación con arreglo al Derecho internacional. Puede entonces haber obligación de reparar por acción o por omisión.

Dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso del gobierno alemán contra el polaco, denominado Fabrica de Chorzów, que “... *Es un principio de Derecho internacional, e incluso una concepción general de Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar en forma adecuada; (...) la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido...*”³⁸⁷.

Como mecanismos de resarcimiento del daño o de los perjuicios, tradicionalmente se mencionan la restitución, la satisfacción, la reparación, e indemnización.

La restitución, borra las consecuencias del acto y reestablece la condición pre existente a la comisión del mismo. Ósea, que es borrar las consecuencias del acto dañoso, anulando su existencia y renunciando a proseguir su ejecución.

En los casos de prolongada violación a derechos humanos, la reparación integral se lograría si junto a la restitución se acompaña otra modalidad resarcitoria; e incluso la restitución podría no ser efectiva y se debe buscar otra medida.

La satisfacción, es una medida resarcitoria, que el autor de una violación adopta, reconociendo la ilegalidad o arbitrariedad de su acción; no está basada en el quantum del daño, sino en lo simbólico de la aceptación de la violación; opera más en aquellos casos de violaciones a valores éticos o morales.

Por su parte, la reparación es un mecanismo resarcitorio mucho más complejo, en virtud de este puede surgir la obligación de indemnizar al afectado, de reconocer la violación e incluso de retirar la norma por medio de la que se habilitaba el perjuicio.

³⁸⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso Fabrica de Churzow, del 13 de septiembre de 1928; Citado por **Silvia Izquierdo**, óp. Cit. p. 118.

En cuanto a este mecanismo, la Corte Interamericana de derechos humanos, en el caso Suarez Rosero contra Ecuador³⁸⁸, un joven juzgado y condenado por narcotráfico, sin respetársele las garantías del debido proceso; en la sentencia de fondo determino que Ecuador, además del monto indemnizatorio que debía de pagarle, tenía que reparar integralmente y para ello debía derogar artículos del Código penal ecuatoriano, que eran incompatibles con disposiciones de la CADDHH.

La indemnización: los rubros que comprende son el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. En este último, está incluida la impunidad y la falta de castigo ante graves violaciones a derechos humanos; según la CIDH, este daño, no requiere de prueba especial, se deriva de suyo, in rem ipsa. Para el cumplimiento de la sentencia, debe de seguirse el procedimiento que al efecto dispone el art. 68 de la Convención americana de derechos humanos, y, por tanto, es de directo y obligatorio cumplimiento para nuestras autoridades.

³⁸⁸ Corte Interamericana de derechos humanos, Sentencia de reparación, punto resolutivo No. 7, dictada el 20 de enero de 1999.

CAPITULO IV.

EFICACIA EN LA GESTION, ADOPCION Y EJECUCION DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL EJERCICIO DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO Y DE LA DE DETERMINACION DE RESPONSABILIDAD ANTE LA DESESTIMACION DE LA ACCION.

Sumario: 4. De la eficacia en general, 4.1 Eficacia institucional en la adopción y ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, 4.1.1 Eficacia de la FGR en la gestión y adopción de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, 4.1.2 Eficacia de la PNC en la ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, 4.1.3 Eficacia del órgano judicial en la adopción y control de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, 4.1.4 Eficacia del CONAB en la ejecución o administración de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, 4.2 Eficacia normativa en la adopción y ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, 4.2.1 En la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de bienes de origen o destinación ilícita y su Reglamento, 4.2.2. En las resoluciones administrativas y judiciales, 4.3 De la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, 4.3.1 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad del Estado, 4.3.2 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad objetiva del Estado ante el ejercicio lícito de la acción de extinción de dominio desestimada, 4.3.3 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios, 4.3.3.1 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario ante el ejercicio ilícito de la acción de extinción de dominio, 4.3.3.2 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario por la comisión de daños morales por el ejercicio lícito de la acción cautelar de la incautación de bienes en el proceso de extinción de dominio, 4.3.3.3 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario por la comisión de daños patrimoniales por el ejercicio lícito de la acción cautelar de la incautación de bienes en el proceso de extinción de dominio, 4.4. De la extinción de la acción, 4.4.1 De la extinción de la acción en los delitos en general, 4.4.2 De la extinción de la acción en los delitos de corrupción.

Resumen.

En este capítulo se presenta, un análisis acerca de la eficacia institucional y normativa en la gestión, adopción, administración y fiscalización de las medidas cautelares del proceso de extinción de dominio; a fin de mostrar si las instituciones relacionadas con estas y las normas jurídicas contentivas, están o no logrando los fines o propósitos con las que se establecieron y adoptan. Luego, se hace un análisis de la eventual responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, ante la posibilidad de causar daños y perjuicios con la gestión, adopción, administración y fiscalización de las medidas cautelares sobre los bienes o derechos de sus titulares; especialmente, ante una probable desestimación de la acción de extinción y su consecuente devolución del bien en el buen estado en que hubiere sido incautado, más los frutos o beneficios que su administración haya generado; o en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Se analizan los supuestos de responsabilidad objetiva y subsidiaria del Estado, y los supuestos de responsabilidad subjetiva y directa de los funcionarios, cada uno, según su intervención en las medidas cautelares adoptadas en el proceso de extinción.

Luego, se hace un análisis documental y dogmático, de la aplicación de las causas de extinción de la acción penal, especialmente en los delitos de corrupción que se han analizado en capítulos anteriores; y de que aun en el supuesto de absolución en estos delitos, y atendiendo la autonomía de la acción de extinción de dominio, se ven expuestos a enfrentar un proceso de extinción de dominio.

También se analiza, si en el caso de ser encontrados responsables de los ilícitos que se les imputa y como consecuencia de una sentencia condenatoria, deban de responder civilmente por el delito, es o no justo, que el Estado inicie, siga y fenezca la acción de extinción de dominio en contra de los bienes productos de tales ilícitos; o si, por el contrario, sería un supuesto de enriquecimiento ilícito para el Estado y, por tanto, le este vedado seguir tal acción.

4. De la eficacia en general.

Hay que decir que la eficacia es, junto con la coherencia, un principio funcional del sistema u ordenamiento jurídico; y exige la erradicación de consideraciones absurdas y el rechazo consiguiente, a las interpretaciones que pudieran privar de eficacia el texto que se interpreta o se pretende aplicar. Se procurará abordar la eficacia institucional y normativa, se mostrará cómo estas deben de ser coincidentes para que, las instituciones y las normas, logren los propósitos por los que son erigidas.

Se seguirá el concepto de eficacia, que la define como la capacidad de alcanzar el efecto que se espera o desea, luego de la realización de una acción u omisión. Sin duda, reiteradamente se habrá de acudir al otro concepto muy similar a este, eficiencia; término acuñado en las ciencias económicas, según el cual serán eficientes aquellos usos que logren los mayores beneficios con los menores costos posibles. Ambas deben de ser propósitos de gestión en la Administración, pero, en caso de incompatibilidad, se debe de preferir la primera. La eficacia, la podemos dividir en eficacia institucional y normativa.

4.1. Eficacia institucional en la gestión, adopción, ejecución y fiscalización de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio.

Eficacia institucional será la combinación de la definición de eficacia más la definición del termino institución; así que, por instituciones, se entenderán las personas jurídicas públicas, órganos o estructuras de estas; centralizadas, desconcentradas o descentralizadas que realizan o ejercen funciones relacionadas con la petición, emisión, administración o control de las medidas cautelares que tienen lugar en ocasión del proceso de extinción de dominio.

A fin de comprobar la eficacia institucional, es necesario conocer los objetivos que la institución persigue en el ejercicio de sus funciones; los tiempos en los que pretende alcanzarlos y los medios con los que cuenta para lograrlo, este último análisis nos lleva a la consideración de la eficiencia, que implica el logro de los fines u objetivos con la menor utilización de los recursos.

Se presentará la eficacia institucional, siguiendo el orden lógico que nos da el proceso mismo; es decir, primero la institución que las pide, luego quien las autoriza, después quien las ejecuta o administra y finalmente, quien controla su ejecución.

En el caso particular, es de interés revisar la eficacia institucional de la Fiscalía General de la Republica, quien generalmente gestiona y excepcionalmente adopta las medidas cautelares; de la Policía Nacional Civil, a quien generalmente se le encomienda el cuidado, vigilancia o cumplimiento de la medida adoptada; del Órgano Judicial, ante quien acude la FGR a solicitar su adopción y/o ratificación de las medidas y a quien además le corresponde su fiscalización; y del Consejo Nacional de Administración de Bienes, a quien le corresponde la administración o ejecución de las medidas adoptadas.

4.1.1 Eficacia de la Fiscalía General de la Republica en la gestión y adopción de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio.

Como se sabe, la Fiscalía General de la Republica, junto con la Procuraduría General de la Republica y la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos; forma parte del Ministerio Publico, institución que según su ley, está presidida por el Fiscal General y el Fiscal General Adjunto; organizada en unidades en atención al ejercicio de sus competencias; forma parte del sistema de administración de justicia de El Salvador; la que, sin duda, debe de tener una fluida relación con las demás instituciones que integran el sistema.

La Fiscalía General de la Republica, de conformidad al Art. 18 de su Ley, tiene una multiplicidad de funciones y competencias; dentro de las más destacadas está el representar los intereses del Estado y de la sociedad en los procesos, sean estos penales, civiles, de extinción de dominio, o de otro tipo.

Según el art. 3 de su ley orgánica³⁸⁹, su estructura institucional será determinada por un Reglamento especial, que al efecto emitirá su titular; sin duda, en atención a la dinámica de sus funciones y para dar respuesta temporal oportuna a sus necesidades o ejercicio de sus competencias. No obstante, lo anterior, la Ley orgánica, del art. 20 en adelante, establece su estructura básica; pero, para fines de la investigación, se verificará su organización funcional referida al ejercicio de la acción de extinción de dominio.

Siguiendo el art. 23 de la LOFGR, el inciso 2 del art. 19 de la LEDAB, y el art. 15 del Reglamento Especial de la Fiscalía General de la Republica; es de interés la Unidad especializada de extinción de dominio de la expresada Fiscalía, y será la eficacia de esta, principalmente la que se desarrollará.

La FGR tiene el monopolio de la acción penal, salvo delitos de instancia particular o privada; en el ejercicio de ese monopolio, investiga, persigue y judicializa a quienes por acción u omisión comenten

³⁸⁹ Ley orgánica de la Fiscalía General de la Republica, D.L. 1037 del 27 de abril de 2006; publicado en el D.O. 95, del 25 de mayo de 2006.

hechos delictivos u otro tipo de transgresión normativa. Los agentes auxiliares que estuvieren dirigiendo investigaciones y que tuvieren conocimiento de indicios que podrían llevar a la extinción de dominio, siguiendo la política de persecución penal³⁹⁰, deben de hacerlo del conocimiento de sus jefes inmediato y estos de la Unidad especializada de extinción de dominio de la FGR. La colaboración intra orgánica, también es determinante para su eficacia institucional.

En el ejercicio de sus facultades, la Fiscalía³⁹¹ puede adoptar o solicitar medidas cautelares, tales como la prohibición de enajenar, anotaciones preventivas en registros públicos, embargo y secuestro, suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, cierre de establecimientos y cancelación de personería jurídica, uso y disfrute por parte de la víctima de los bienes objetos del delito, autorización especial para disposición del bien, la clausura de un local o la inmovilización de cosas muebles; la incautación de bienes con fines de reparación civil del ilícito, comiso o de extinción de dominio; etc.

Desde la vigencia de la LEDAB, según expresa³⁹² el Jefe de la Unidad Especializada de Extinción de dominio de la FGR, se han adoptado oficiosamente medidas cautelares; principalmente anotaciones preventivas en los registros públicos que según la naturaleza del bien corresponda, las que luego han sido sometidas a ratificación ante el Juez especializado de extinción de dominio, quien las ha ratificado en un 99 %, puesto que solo dos les han sido rechazadas, por la forma en que han sido pedidas y por

³⁹⁰ Política de Persecución Penal de la FGR, promulgada mediante Decreto de la FGR, el treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; publicado en el Diario Oficial # 172, tomo # 416, de fecha dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete. En el art. 23 en varios de sus segmentos se norma lo siguiente: “**El Agente Auxiliar** que durante la investigación de los hechos o tramitación del proceso penal determine la existencia de bienes susceptibles de aplicación a lo dispuesto en la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, **lo pondrá en conocimiento de su jefe inmediato**, a efecto que la Jefatura de Oficina Fiscal lo remita al Director de la Defensa de los Intereses de la Sociedad, quien lo enviará a la Dirección de Unidades Fiscales Especializadas para su asignación a la Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio; la que analizará el caso y procederá conforme a sus funciones. Los Agentes Auxiliares de las Unidades dependientes de la Dirección de la Defensa de los Intereses del Estado remitirán el caso a su Jefatura de Unidad para que sea enviado a dicha Dirección, quien a su vez lo enviará al Director de las Unidades Fiscales Especializadas para que proceda en la forma prevista en el párrafo anterior. La Jefatura de la Unidad de Investigación Financiera remitirá el caso a la Dirección de Unidades Fiscales Especializadas para su asignación a la Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio, cuando mediante un análisis de la Unidad de Inteligencia Financiera se determine que procede la investigación del delito de lavado de activos; a efecto que se inicie la investigación patrimonial correspondiente. De igual forma se procederá cuando se trate de casos iniciados en las Unidades Fiscales Especializadas, debiendo el Jefe de la Unidad certificar lo pertinente para que el Director de dichas Unidades remita el caso a la Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio. Las acciones a que se hace referencia en los incisos anteriores, especialmente las comunicaciones, remisiones y traslados, deberán realizarse a la brevedad posible; a efecto de evitar que los imputados y terceros involucrados se beneficien o dispongan de bienes susceptibles de extinción de dominio. Se entiende que se remitirán únicamente informes o certificaciones de las diligencias de investigación practicadas, con constancia de las que se encuentren en desarrollo y las pendientes, si fuera el caso; siempre que no exista pronunciamiento sobre los bienes en el proceso penal original.

³⁹¹ Manual de procedimientos de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio, Edición de la Fiscalía General de la Nación, Colombia, 2009, p.69. Competencia que también le es dada expresamente en el literal b del art. 20 de la LEDAB.

³⁹² **Ramón Alexis Ayala Martínez**, Jefe de la Unidad Especializada de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Republica, entrevista realizada el 17 de octubre de 2019.

no estar los hechos referidos a los supuestos del art. 5 de la LEDAB. Medidas que se han materializado hasta que el Juez las ha ratificado.

También expresa que se han promovido 150 procesos de extinción de dominio, y que, en casi todos los casos, han pedido junto a la solicitud de la acción de extinción medidas cautelares, y solo hasta que han sido decretadas por el juez, han procedido a la materialización de estas; que incluso, en pocos de estos procesos, han solicitado la adopción, ampliación y/o modificación de tales medidas cautelares.

Afirmo, además, que de todos los procesos promovidos, han obtenido un 98% de sentencias estimatorias y como consecuencia se ha declarado la extinción solicitada; de las que se han recurrido en apelación, un 30% por ciento y que solo dos casos, han sido elevados a casación; como consecuencia, la medida se ha mantenido vigente en tanto se ha diligenciado y resuelto el recurso incoado.

Que no ha habido casos, en los que la parte contraria, hubiere solicitado la modificación de las medidas cautelares inicialmente adoptadas; y que nadie ha pedido al juez contra cautela, porque expresamente la inhibe la Ley.

Del cien por ciento de los procesos promovidos, solo un 2% ha sido desestimado, y como consecuencia se ha debido levantar la medida y devolver el bien al titular o poseedor; y a la fecha, ningún particular, una vez ha obtenido sentencia favorable, ha mostrado desacuerdo con el estado en el que el bien le ha sido devuelto y como consecuencia, no ha habido reclamos de daños y perjuicios.

Por su parte, la FGR, del cien por ciento de las medidas cautelares adoptadas, y por la naturaleza de los bienes cautelados –especialmente vehículos y 3 inmuebles-, ha solicitado en un 10% de estos para el uso provisional de estos, a fin de ser utilizados en el combate a la criminalidad; solicitudes que han sido autorizadas en ciento por ciento por los jueces especializados.

Una vez se ha obtenido sentencia estimatoria de la acción, la FGR ha recibido del CONAB la adjudicación de ciertos bienes, que luego se han destinado principalmente a las Unidades de Anti corrupción, Anti lavado y a la de extinción de dominio, para fortalecer su capacidad de acción.

Se puede entonces afirmar, que la FGR por medio de la Unidad especializada de extinción de dominio, adopta preliminarmente medidas cautelares registrales, y que solo una vez le son ratificadas por el Juez en la solicitud de extinción, procede a la materialización e incautación del bien; el que luego es dado en administración provisional al CONAB.

4.1.2 Eficacia de la Policía Nacional Civil en la ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio

La Policía nacional civil, institución descentralizada, de naturaleza civil profesional y apolítica – partidaria-, para ser eficaz debe seguir una política criminal coincidente con las demás instituciones del sistema de administración de justicia, además de tener una organización adecuada, ser selectiva en sus actuaciones, racional en el uso de los recursos, mantener un sostenido control de gestión.

Su composición, estructura y funcionamiento; están principalmente establecidos en su Ley Orgánica³⁹³ y Reglamento interno; siguiendo el principio de jerarquía, art. 6 LOPNC; se organizara según la técnica de la centralización y, de forma descentralizada en lo que a operaciones se refiere.

Sin perjuicio a que la Policía tiene según el art. 4 de su Ley, funciones operativas, de investigación, de colaboración, de coordinación, de prevención y combate al delito, etc.; ejerce función de policía judicial en la investigación de los delitos. Por razones de pertinencia de esta investigación, solo se considerarán aquellas relacionadas con sus facultades cautelares en el proceso penal y de extinción de dominio. Funciones que le fija el ordenamiento jurídico salvadoreño, especialmente su Ley orgánica, Código procesal penal, Ley orgánica de la Fiscalía General, etc.

Y es que, la PNC, de conformidad al art. 15 de la Ley orgánica de la FGR, en el marco de la investigación del delito, seguirá las ordenes o dirección funcional³⁹⁴ que le dé la expresada Fiscalía general; lo que es coincidente con lo establecido en el art. 21 de la LEDAB,

Según el Manual de actuaciones de fiscales, policías y peritos; bajo dirección funcional de la FGR o aun de oficio, la policía puede proceder a la clausura temporal de un local o la inmovilización de cosas muebles, requerir información a personas y entidades, ejecuta el secuestro o embargo de bienes, realiza la incautación de correspondencia y papeles privados, practica allanamientos y registros de domicilios o residencias particulares y locales públicos, destruye las sustancias controladas secuestradas o retenidas, entrega o custodia bienes incautados por la FGR y dados en administración provisional o definitiva al Consejo Nacional de Administración de Bienes; etc. y es en estas en las que se analizara su eficacia institucional.

La PNC, y con el afán de combatir con eficacia los delitos económicos, tiene una Unidad o División de Investigación patrimonial, delitos financieros y extinción de dominio; nótese que es una Unidad con un enfoque especializado en la criminalidad económica, el que puede traerle ventajas o desventajas en

³⁹³ Ley orgánica de la Policía Nacional Civil, D.L. No. 653, del 6 de diciembre de 2001; publicado en el D.O. No. 240 del 19 de diciembre de 2001.

³⁹⁴ Según el Art. 2 del Reglamento relativo a la dirección funcional de la FGR en la PNC, se entiende por dirección funcional, el ejercicio de las facultades que le corresponden al Fiscal General de la República orientadas a dirigir, promover, supervisar e intervenir en todas las actuaciones de investigación de los diferentes delitos y coordinar y decidir sobre la remisión de lo actuado a las autoridades judiciales. Reglamento relativo a la dirección funcional del fiscal general de la República en la policía nacional civil, Decreto Ejecutivo No. 33, del 21 de abril de 1994, publicado en el D.O. No. 85, Tomo 323 del 9 de mayo de 1994.

la eficacia que nos ocupa, puesto que dependerá de la política criminal que siga la institución, así priorizara esta, el combate a los delitos patrimoniales, que son genéricos o comunes; a los financieros, que son especializados; o a la extinción de dominio, especialmente a los delitos que son presupuestos para el ejercicio de la acción.

Desde la vigencia de la LEDAB, la PNC, a través de su división de investigación patrimonial, delitos financieros y extinción de dominio; ha participado en múltiples operaciones policiales que han tenido como objetivo ubicar posibles bienes de origen o destinación ilícita; y una vez ubicados, ha dado aviso a la FGR para su análisis de procedencia o no del ejercicio de la acción de extinción de dominio.

También la FGR, por medio de la Unidad especializada de extinción de dominio, ha encomendado a la PNC; la custodia vigilancia y/o custodia de los bienes sospechosos de origen o destinación ilícita, a fin de garantizar su ubicación e integridad, ante la inminente adopción de medidas cautelares con fines de extinción de dominio.

De la encomienda de localización o custodia de bienes con fines de extinción, en un ciento por ciento ha sido eficaz, pues una vez adoptada la medida, y al estar ubicado y/o custodiado el bien o producto financiero, una vez adoptada la medida, solo se ha procedido a ejecutar o a materializar tal medida cautelar.

Las medidas cautelares más comunes en las que ha participado la PNC, han sido el secuestro o embargo de bienes; y en la materialización de estas, ha dado custodia y protección a los bienes y a los funcionarios que participan de las medidas.

Por su parte, una vez materializada la medida, el CONAB, ha encomendado a la PNC el cuidado material de bienes muebles e inmuebles cautelados, con fines de extinción de dominio; algunos de ellos, incluso que han sido dados en uso provisional a la institución, para que sean utilizados por esta, para fortalecer la capacidad de acción de la misma.

4.1.3 Eficacia del órgano judicial en la adopción y control de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio.

El dirimir conflictos y controversias, es función de los jueces y tribunales impartir justicia; si bien existe gran discusión sobre qué significa la justicia en este contexto, es decir, si se limita a la aplicación de la ley o si puede y debe ir más allá de ésta. Sin embargo, la administración de justicia, en tanto se atribuye a un conjunto organizado de instituciones del Estado, debe atender a otros valores y criterios, como los de eficacia y eficiencia.

Eficacia significa el logro de los objetivos para los cuales ha sido establecida una institución o se ha creado un proceso o procedimiento. Implica analizar si el Órgano judicial, por medio de los tribunales penales y especializados de extinción de dominio, es o no eficaz al impartir justicia en los procesos

que en ocasión de combatir la corrupción y/o conocer de la acción de extinción de dominio, están resolviendo.

Si partimos de que los objetivos de la administración de justicia son la orientación de las conductas, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder; se debe de reflexionar si el sistema judicial de combate a la corrupción, está o no orientando adecuadamente el comportamiento de las personas a fin de que no realicen actos de corrupción, que no delincan; de si los casos de los cuales el sistema se está pronunciando, están o no siendo tratados conforme al Derecho y la justicia; de si en última instancia, este sistema judicial legitima el poder del Estado o por el contrario lo deslegitima.

Los tribunales serán eficaces entonces si logran dar respuesta adecuada a esas controversias, contribuyendo de ese modo a orientar el comportamiento no solo de las partes en el juicio sino de los terceros, que de ese modo saben a qué atenerse en situaciones similares -seguridad jurídica-, así como a legitimar al Estado en la medida en que los ciudadanos hagan uso de una vía institucional y se abstengan de hacer justicia por propia mano.

Para Fix Fierro³⁹⁵, en relación con la administración de justicia, se hablará de eficiencia en tres sentidos, a saber: eficiencia institucional, eficiencia organizacional y eficiencia procedimental. Se es eficiente desde el punto de vista institucional, cuando se logra contribuir a la reducción de los costos de transacción, es decir, los costos que hay que afrontar para poder realizar operaciones de intercambio de bienes y servicios. En esta modalidad, es que es válido cuando la Ley de extinción de dominio dice que serán objeto de extinción aquellos bienes que tengan valor económico.

La eficiencia organizacional se refiere a la capacidad de procesamiento que tienen los tribunales en cuanto organización, medida en tiempo, costos, etc. En esta visión de eficiencia entra la sentencia anticipada que se puede lograr por la aceptación de los hechos del procesado. La sola existencia de un tribunal especializado de extinción de dominio y la no creación de la Cámara especializada, son factores que no contribuye a este tipo de eficacia.

En la eficiencia adjetiva o procedimental, se impone un criterio de selectividad, y por ello solo deben de llevarse al proceso aquellos casos que lo ameriten de algún modo y que, además, a la hora de habilitar recursos, estos impliquen un filtro adicional y, por tanto, no sean recurribles todos los actos. Para regular este tipo de eficiencia resultan de gran relevancia, por un lado, las normas competenciales y su interpretación por los tribunales mismos y, por el otro, el número y la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales.

Así, se puede afirmar grosso modo, que la incorporación del recurso de casación, en el proceso de extinción de dominio, reduce esta modalidad de eficacia, por lo dilatado en la tramitación de este.

³⁹⁵ **Héctor Fix Fierro**, Eficiencia y eficacia en la administración de justicia, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 1ª. edición, México, 2014, p. 629 y ss.

Acá corresponde analizar, además de si los jueces –Juez de primera instancia y Magistrados de segunda instancia- especializados de extinción de dominio, además de acceder o no a la solicitud o ratificación de medidas cautelares con fines de extinción pedidas por la FGR, en el caso de acceder, de si la adoptada es o no la más adecuada e idónea; y si una vez la otorgan, ejercen o no fiscalización o control a sus resoluciones.

Se debe de recordar que las medidas cautelares tienen entre otras características, la homogeneidad; es decir, que la medida debe ser tal que vaya relacionada con la naturaleza misma del bien o derecho sobre el cual habrá de recaer y guardar idoneidad con los fines que se pretenden alcanzar. Además, la temporalidad, en virtud de esta, la medida por ser ya una restricción, solo debe de durar el tiempo que sea realmente necesaria; mientras duren los presupuestos que motivaron su adopción, y en el caso de haber desaparecido o haber cambiado, levantar la medida o modificarla.

Lo anterior, guarda relación con la eficacia de los jueces de extinción de dominio; de si adoptan o no la medida más adecuada, de si la vigencia de esta es la estrictamente necesaria, de si ejercen o no control a sus resoluciones en las que las han dictado, para dejarlas sin efecto o modificarlas, de ser el caso.

Así las cosas, desde la vigencia de la LEDAB, el juez especializado de extinción de dominio ha ratificado o autorizado casi en un cien por ciento, las medidas cautelares que han sido adoptadas preliminarmente por la FGR; de las requeridas en la solicitud de extinción, se han decretado prácticamente en un ciento por ciento de las solicitudes pedidas.

De las medidas cautelares adoptadas, las más comunes son el secuestro o embargo y las anotaciones preventivas o registrales; según la naturaleza de los bienes, así, el secuestro o embargo ha sido adoptado en el caso de los muebles; las anotaciones preventivas o registrales, lo han sido en el caso de los inmuebles, y excepcionalmente en el caso de productos financieros.

Una vez se han adoptado las medidas cautelares, el Tribunal especializado de extinción, ha dado en administración provisional al CONAB el ciento por ciento de los bienes cautelados; no ha habido casos en los que se hayan dejado en poder del ciudadano contra quien se franquea la solicitud.

Del cien por ciento de las medidas cautelares decretadas, en ninguna ha habido fiscalización o control en su administración de parte del tribunal, so pretexto que no ha habido moción ni de la FGR o del interesado en tal fiscalización y que, por tanto, esta no puede ser oficiosa.

Del total de las medidas dictadas en el marco del diligenciamiento del proceso de extinción de dominio, y una vez se ha dictado sentencia estimatoria a la acción de extinción, se ha mantenido la vigencia en su totalidad en tanto no haya adquirido firmeza la sentencia dictada; esto con el propósito de garantizar el respectivo traspaso formal y/o material en favor del Estado.

Del cien por ciento de las sentencias, solo el cuatro por ciento han sido desestimatorias a la pretensión de extinción de la acción de extinción, y por haber recurrido de ellas la FGR, en un ciento por ciento,

las medidas también se han mantenido vigentes, hasta la declaratoria de firmeza de la sentencia recurrida.

Por su parte, la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, a quien se le ha dado temporalmente la competencia recursiva ordinaria en el proceso de extinción³⁹⁶; ha conocido a la fecha de cuarenta y cinco recursos de apelación, y en la tramitación de estos, en un ciento por ciento se han mantenido las medidas cautelares decretadas en primera instancia; y han sido prácticamente sentencias confirmatorias las que ha dictado, salvo en dos ocasiones, en las que ha avalado las pretensiones de terceros de buena fe.

Desde julio de 2017, fecha en que entró en vigencia algunas de las reformas hechas a la LEDAB, por medio de la que se introdujo el recurso de casación, la Sala de lo penal de la CSJ ha conocido en casación dos casos, en las que ha mantenido vigente en un ciento por ciento las medidas cautelares adoptadas; recursos que han sido resueltos en favor de la FGR, ósea, se ha confirmado la extinción declarada.

Es necesario decir que la colaboración inter institucional es fundamental para alcanzar la eficacia esperada con las medidas cautelares, por ejemplo y a fin de materializar –eficacia- las medidas cautelares de interés de la **FGR**, se tendrá que hacer uso –con **autorización judicial**- de los mecanismos previstos del registro con prevención del allanamiento de la morada –arts. 191 a 194 CPP-; que normalmente es ejecutado con el auxilio de la **PNC**, la obtención y resguardo de información electrónica –art. 201 C.Pr.Pn.-; incautación de documentos bancarios, financieros, mercantiles o tributarios –art. 277 inciso 2º C.Pr.Pn.-; inmovilización de cuentas –art. 278 C.Pr.Pn.-; aseguramiento de pruebas –arts. 323, 324 C.Pr.Pn. en relación con arts. 323 a 324 CPCM-; o cualquier otra medida cautelar de contenido patrimonial –art. 342 C.Pr.Pn. en relación con los arts. 431 a 456 CPCM-, como puede ser la intervención o administración judicial de bienes, el secuestro, anotación preventiva y otras anotaciones registrales.

³⁹⁶ Dice el art. 103 inc. 3 de la LEDAB, que el ejercicio de la acción de extinción será ejercido hasta que entren en funcionamiento los Tribunales y **Cámaras especializadas** –el resaltado es propio-, lo que parece no haberse respetado por el D.L. 714 del 13 de junio de 2014, publicado en el D.O. 109, Tomo 403, del 13 de junio de 2014; específicamente por el art. 3 de dicho decreto, que **amplia de manera transitoria**, la jurisdicción y competencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, para que conozca de los recursos presentados contra resoluciones definitivas o interlocutorias pronunciadas por el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, **mientras no sea creada una Cámara Especializada**, lo cual estará sujeto a consideración de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo al incremento de la carga laboral. Lo que resulta interesante, puesto que si la LEDAB, ella misma declara que prevalecerá sobre cualquiera otra ley que la contrarié, y si lo relacionamos con el principio-garantía del debido proceso, denominado juez natural y de legalidad; pareciera, que a lo menos y teniendo en cuenta el espíritu mismo de la Ley, que podríamos estar en presencia de un buen argumento de nulidad, art. 47.

4.1.4 Eficacia del Consejo Nacional de Administración de Bienes en la ejecución o administración de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio.

Si el Consejo Nacional de Administración de Bienes es una institución descentralizada e inter institucional, significa que se debe de hablar de eficacia institucional, de si este Consejo es o no eficaz en la administración cautelar y definitiva de los bienes que son puestos a su disposición; y para ello sin duda, es necesario tener en cuenta cual ha sido el destino que el legislador ha previsto para los bienes o el producto de estos.

Este Consejo, según el inciso 2 del art. 60 de la LEDAB, y para solo fines presupuestarios, está adscrito al Ministerio de Justicia y Seguridad Publica; y de conformidad al inciso cuatro del artículo en cuestión y art. 61, está organizado en un Consejo Directivo, una Dirección ejecutiva, unidades técnicas y administrativas necesarias para su funcionamiento. Esto es importante, ya que cada una de tales estructuras, tiene sus propias competencias; lo que podría dar lugar a hablar de eficacia de estas, pero para los fines de esta investigación, solo analizaremos la eficacia de la institución como tal y no de sus órganos o dependencias.

En lo pertinente, habrían de interesar las funciones que al Consejo le señala el art. 62 de la LEDAB, específicamente las del literal a, b, c, e, f, y m; referidas a establecer políticas y lineamientos generales que garanticen el cumplimiento de sus fines, aprobar la destinación de los bienes propios y los sujetos a su administración, así como las contrataciones de arrendamientos, fideicomisos, enajenación, subasta o donación de los bienes; nombrar a los depositarios, administradores, interventores, fiduciarios y terceros especializados; aprobar su plan anual de trabajo, conocer el informe del manejo y distribución de los recursos existentes en el Fondo especial; y emitir los lineamientos a los que deberán ajustarse los depositarios, administradores, gestores interventores y fiduciarios de los bienes administrados, respectivamente.

No obstante, de las anteriores funciones, no todas se refieren a la administración o ejecución de las medidas cautelares; por tanto, se desarrollarán solo aquellas relacionadas directa o indirectamente a estas medidas. Lo anterior es debido a que, una vez decretada y materializada la medida cautelar, el bien es dado en administración provisional al CONAB.

El manejo de los bienes incautados o adquiridos, le generan al Estado costos por mantenimiento y/o administración; costos que se pueden enfrentar por medio de seguros que le den cobertura a la Institución –CONAB, FGR, etc.-; de ahí que una inadecuada incautación o afectación de los bienes dentro de la acción penal genere costos innecesarios, a los que deberá de responder quien la hubiere autorizado. Lo anterior implica que, si se adopta una medida o se sigue la acción de extinción de dominio sobre bienes que no sean económicamente sustentables, no se estaría siendo eficaz en el ejercicio de la acción o en la adopción de las medidas cautelares.

El CONAB inicia operaciones con una disponibilidad de veintisiete plazas de empleados, de las que solo ocupa veintidós en modalidad de contratación; distribuidos entre las diversas estructuras

organizativas del Consejo³⁹⁷, entre las que destaca su Consejo Directivo³⁹⁸, su Director ejecutivo³⁹⁹, etc.; con las que pretende darle cumplimiento a sus fines.

Entre las funciones del Consejo Directivo se encuentran: establecer las políticas y lineamientos generales que garanticen el cumplimiento de los fines del CONAB, aprobar el plan anual de trabajo, presupuesto y estados financieros, aprobar la destinación de los bienes propios y sujetos a su administración, así como las contrataciones de arrendamiento, administración, fideicomisos, enajenación, subasta o donación de los mismos, y la aprobación de la normativa interna que propone e implementa la Dirección Ejecutiva y el personal bajo su cargo.

Interesa para fines de esta investigación, las competencias relacionadas con la destinación de los bienes sujetos a su administración; que le permiten disponer de los mecanismos legales existentes para la celebración de toda clase de contratos, y realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para garantizar la conservación y productividad de los bienes que han sido entregados para su administración. Y más concretamente, interesan aquellas facultades de administración, ejercidas sobre bienes cautelados, aun no extinguidos.

Desde su creación, el Consejo le apostó a las implicaciones positivas que tendría en el combate de toda actividad ilícita, a través de un mecanismo legal que permitiera al Estado ponerle fin a la fuente de financiamiento y al producto obtenido en contravención a las leyes, restituyendo bienes al Estado. Se puede afirmar, que pretende suprimirle a la criminalidad, el incentivo económico y, por tanto, desincentivar este tipo de delincuencia.

Desde la vigencia de la LEDAB y para el cierre del año 2016, el CONAB administraba provisionalmente 134 bienes, de entre los que destaca 43 inmuebles, 25 depósitos a plazo de cantidades dinerarias⁴⁰⁰; sobre los cuales se habían materializado las medidas cautelares decretadas; valorados en cuatro millones setecientos sesenta y dos mil cuatrocientos ochenta y tres dólares con veintiocho centavos; los que y como parte de su administración, fueron dados en arrendamiento y/o depositados en banco; a fin de que produjeran frutos, mismos que también deben ser administrados provisionalmente.

³⁹⁷ El organigrama institucional del CONAB es el siguiente: Consejo Directivo, Director ejecutivo, Auditoría interna, Unidad de acceso a la información, Sub Dirección financiera, de la que dependen la Unidad de contabilidad, la Unidad presupuestaria, Unidad de Tesorería; Sub Dirección administrativa, de la que dependen la Unidad de registro y control de bienes, Unidad técnica y de mantenimiento, Unidad de recursos humanos, Unidad de adquisiciones y contrataciones, y la Unidad de informática; y la Sub Dirección jurídica. Aprobado por el Consejo Directivo del Consejo Nacional de Administración de Bienes según Acuerdo No. 2. Punto No 5, Sesión ordinaria No.9 de fecha 30 de abril del año 2015.

³⁹⁸El Consejo Directivo está integrado por un representante de las siguientes instituciones: el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública; la Policía Nacional Civil, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de la Defensa Nacional, Ministerio de Hacienda, y de la Fiscalía General de la República.

³⁹⁹ Cargo que inicialmente ocupó el Lic. David Omar Molina Zepeda y que ahora ocupa el Lic. Douglas Anselmo Castellanos Miranda.

⁴⁰⁰ Consejo Nacional de Administración de Bienes, CONAB; Memoria de labores, 2016; p. 18 y 20.

Como parte de la administración provisional, el CONAB, durante el 2016 y con el objeto de apoyar a las instituciones que participan o colaboran en la investigación y el proceso de extinción de dominio, entregándoles bienes que les puedan ser de utilidad en la consecución de los fines institucionales dio en uso provisional diferentes tipos de bienes, principalmente vehículos e inmuebles, así: 33 bienes a la Policía Nacional Civil, 8 al Ministerio de la Defensa Nacional, 7 a la Fiscalía General de la Republica, y 2 al Ministerio de Justicia y Seguridad Publica; instituciones que, previa la entrega provisional del bien, deben de presentar póliza de seguro, a fin de garantizar los deterioros o daños que pudiera sufrir el bien.

Para el cierre del año de 2017⁴⁰¹, el Consejo recibió para su administración provisional 25 bienes productivos; los que ha debido mantener funcionando, y sobre los cuales ha dictado medidas urgentes de administración, tales como: apertura de cuentas y sustitución de firmas, acuerdos de desplazamiento de las estructuras de gobierno de las empresas, reuniones periódicas con directivos y gerentes financieros, pagos de planillas al personal, gestiones varias con proveedores y clientes, etc.

Según su memoria de labores, a finales de 2017, el Consejo, administraba 380 bienes, entre inmuebles, dinero efectivo, vehículos y maquinaria diversa, semovientes, y bienes productivos – empresas-; de los que 369 los administraba provisionalmente, debió de devolver 3 y solo 8 habían sido extinguidos. El monto de los bienes cautelados, sumaba once millones trescientos seis mil doscientos noventa y nueve dólares con veinticinco centavos de dólar.

En el mismo año 2017, el CONAB dio en uso provisional un total de 141 bienes, entre muebles e inmuebles, así: 8 a la Corte Suprema de Justicia, 19 a la Fiscalía General de la Republica, 12 al Ministerio de la Defensa Nacional, 52 al Ministerio de Justicia y Seguridad Publica, y 50 a la Policía Nacional Civil. Según el consolidado de datos, al 2017, el CONAB administro 662 bienes, 102 de forma definitiva, 548 de forma provisional o cautelar y 12 que ha debido devolver. Lo que en términos porcentuales seria, 83% administrados provisionalmente, y solo el 17% de forma definitiva.

Según la Memoria de labores del Consejo⁴⁰², el año 2018 inicia con 547 bienes administrados provisionalmente, entre muebles, semovientes, inmuebles, acciones, dinero efectivo, y bienes productivos; de los que, a finales de abril de 2019, se seguían administrando provisionalmente 535, de forma definitiva 6, y se habían devuelto 6.

El CONAB, y como forma de administración provisional debió de vender de forma anticipada⁴⁰³ 147 semovientes, dio en arrendamiento 84 inmuebles, generando así liquides a su administración. Según

⁴⁰¹ Consejo Nacional de Administración de Bienes, Memoria de labores, 2017, p. 25 y ss.

⁴⁰² Consejo Nacional de Administración de Bienes, Memoria de labores, de enero 2018 a abril de 2019; p. 15 y ss.

⁴⁰³ La venta anticipada, como forma de administración provisional procede solo sobre aquellos bienes que, por su naturaleza o condición, corran el riesgo de perderse, perecer o depreciarse; o que su administración cause perjuicios o costos excesivos para el CONAB. Requiere de dictamen financiero o técnico.

la memoria de labores 2018-2019, el CONAB administra un total de 1209 bienes, de los que 1069 son administrados de forma provisional, 121 de forma definitiva, y 19 han debido ser devueltos.

Se puede concluir que, entre los bienes administrados provisionalmente por el Consejo, destacan por su valor, los inmuebles y los denominados bienes productivos; seguidos de muebles, particularmente vehículos, dinero efectivo, valores financieros, joyas y semovientes. Que el Consejo en el ejercicio de la administración provisional o cautelar, ha utilizado el uso provisional, el arriendo, el depósito bancario, y la monetización por medio de la venta anticipada como mecanismos de administración.

4.2 Eficacia normativa en la gestión, adopción, ejecución y control de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio.

Todo precepto normativo aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. De ahí, que un primer parámetro que se tiene que tener en cuenta por parte de quien aplica la norma, es si esta ha o no sido dictada conforme a los parámetros de validez de la norma; o, por el contrario, no la aplica por considerar que es contraria a los presupuestos de validez que la Cn. establece.

Eficacia del orden jurídico o normativo, es el logro de la conducta prescrita en la norma; es la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden. También puede considerarse la eficacia del orden jurídico en relación con la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de aplicarlas, en los casos en que se transgrede el orden vigente. La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz; el orden jurídico que no se aplica, deja de ser tal.

La eficacia se presenta, así como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad —su aplicación, principalmente—, porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que, en el ámbito de la realidad, se mueven, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Para Carlos Báez⁴⁰⁴, las normas, según el grado de eficacia pueden ser calificadas de eficacia plena y de eficacia limitada; las primeras logran su objetivo con la mera enunciación del postulado normativo, no requieren de intervención institucional para su cumplimiento; la sociedad las asume y las cumple, las considera legítimas. Las de eficacia limitada, requieren para su eficacia plena de desarrollo normativo infra legal, o en su caso, de la intervención institucional para hacerlas cumplir coactivamente.

Ósea que, y sobre la base de que la extinción de dominio es materialmente una sanción o reproche; - aunque formalmente no lo sea- corresponde analizar si esta acción, está o no alcanzando los objetivos

⁴⁰⁴ Carlos Báez Silva, *inconstitucionalidad por omisión*; Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. edición, México, 2014, p. 711.

que se planteó el legislador cuando la instituyó; si está o no reduciéndose la criminalidad económica en general y la corrupción en particular.

4.2.1. En la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de bienes de origen o destinación ilícita y su Reglamento.

Implicará verificar los fines y el objeto de esta Ley. Reza el considerando II de la LEDAB, que es necesario fortalecer y complementar las medidas de las Convenciones de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, contra la delincuencia organizada transnacional, y contra la corrupción; por lo que, sin duda, analizar su eficacia, es revisar los datos relacionados con estos delitos, antes de la vigencia de la Ley y después de esta; para comparar y determinar si se han o no reducidos tales ilícitos.

Asimismo, según el considerando V de la Ley, la acción de extinción de dominio también está encaminada a afectar patrimonialmente a la delincuencia en cualquiera de sus modalidades; por lo que también será necesario revisar los datos antes y después de la vigencia de la Ley, a fin de determinar si se ha o no afectado la capacidad económica de la criminalidad –económica, especialmente.

En el art. 1, se fija normar el procedimiento de la acción de extinción de dominio a favor del Estado, ejercido sobre bienes que estén dentro de los presupuestos de la misma; y la administración provisional o definitiva de tales bienes. A manera de comentario, se debe de decir que el termino procedimiento que utiliza el legislador, no es el adecuado; sino proceso, pues se diligencia en sede judicial, no administrativa.

En el marco de los principios de economía procesal, de buena administración, de trascendencia, etc.; según el art. 2, la ley se debe de aplicar a bienes de interés económico, pero que, más allá de definir lo que se habrá de entender por estos –Lit. b, art. 4-, no fija parámetros o valores concretos, que faciliten tal determinación; queda a la discrecionalidad de la FGR –e incluso del Juez- decidir, si la acción se está o no ejerciendo sobre bienes que tengan esta característica.

La LEDAB, tiene varios conceptos jurídicos indeterminados, los que sin duda dificultaran su aplicación; puesto que, será competencia de las autoridades involucradas en el proceso en cuestión, las que deberán de llenarlas de contenido. Uno de los más importantes conceptos indeterminados es el contenido en el art. g del art. 4, tercero de buena fe exento de culpa; no fija en ningún precepto de la norma, cuál o cuáles serán los parámetros que se deben de observar para ser considerado exento de culpa, lo que, sin duda, dificulta su aplicación.

Ya de forma específica, y siguiendo la idea principal de esta investigación; para analizar la eficacia de esta ley, es importante analizar el catálogo de delitos y de los presupuestos procesales de procedencia

para plantear el proceso de acción de extinción; lo anterior, está fijado en los art. 5 y 6, respectivamente.

El primero de los artículos fija el alcance de la ley, y dispone que la acción de extinción de dominio, se aplicara sobre cualquiera de los bienes que se encuentren en los presupuestos y que provengan o se destinen a actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal; actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con las drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la Hacienda pública y todas aquellas actividades ilícitas que generen beneficio económico. También, procederá sobre aquellos bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado.

Implica que, para establecer su eficacia; se deben de analizar los casos planteados por la FGR ante el Juzgado de extinción de dominio, para determinar, el porcentaje que ocupa cada uno de los delitos habilitantes de la acción. Así las cosas, al revisar los libros de entrada que al efecto lleva el Juzgado especializado de extinción de dominio, se advierte que los presupuestos contenidos en los literales a, b, c, e, f, i del art. 6 son los mayormente invocados para ejercer la acción de extinción.

Por su parte, el art. 6 señala los presupuestos de procedencia; según el cual, se debe de estar en presencia de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas; que provengan directa o indirectamente de la transformación o conversión del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas; que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando sean bienes lícitos utilizados para ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes de origen ilícito; o sean bienes abandonados o reclamados, y se tenga suficiente información para relacionarlos directa o indirectamente con una actividad ilícita; etc.

Por tanto, la eficacia de esta implicara determinar del cien por ciento de los procesos incoados, que porcentaje corresponde a cada uno de los presupuestos determinados por la ley; o si, por el contrario, algunos de los supuestos planteados no se han invocado.

En lo que a eficacia de la LEDAB relativa a las medidas cautelares se refiere, corresponde analizar si los plazos o términos, propósitos o fines, gestión, presupuestos de adopción, adopción, administración y fiscalización; son eficaces, si logran los propósitos para los que se han fijado.

Expresa el considerando VI, que para una transparente y eficiente función en la gestión y administración de los bienes sujetos a medida cautelar o extinguidos; ha sido necesario crear como organismo autónomo el CONAB; el que se instituyo a partir del art. 60 y ss de la misma ley.

En el entendido que las medidas cautelares son una restricción o limitación a derechos, por ello es que el art. 13 las sujeta a orden judicial; salvo excepciones, que las podrá adoptar la FGR, que luego las deberán de someterse dentro de veinticuatro horas, a ratificación judicial; arts. 20 lit. b y 27 lit. f. De lo que se desprende que es necesario determinar si la FGR adopta excepcionalmente las medidas y de si respeta o no los términos para someterlas a ratificación judicial.

Corresponde, además, analizar si ciertamente el afectado por el ejercicio de la acción de extinción de dominio, tiene o no ejercicio real del derecho de acceder al proceso desde la materialización de las medidas cautelares; sin perjuicio a que desde mi punto de vista, el derecho se debería de tener desde que se le individualiza como supuesto afectado por el ejercicio de la acción, para que pueda en fase administrativa, acreditar elementos que desvirtúen los presupuestos que se estuvieren invocando.

El art. 23 de LEDAB, habilita a que se adopten sobre los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio, las medidas cautelares contenidas en el CPCM, con las modificaciones que dispone la Ley; por lo que se analizara si esta norma es eficaz, de si las medidas adoptadas son las que fija el CPCM, o si, por el contrario, se está acudiendo a medidas contenidas en otros instrumentos jurídicos.

También dispone este artículo, que, en el caso de adoptarse medidas en la fase de investigación, la FGR debe de presentar la solicitud de extinción dentro del plazo de noventa días o dentro de la prórroga concedida; se verificara entonces si está o no siendo eficaz en lo que al término se refiere o de si hay medidas cautelares vigentes, en exceso del término en cuestión, sin que se hayo judicializado la acción de extinción. Además, se constará si el juez está levantando de oficio o de pleno Derecho las medidas, en el caso que no se judicialice la acción de extinción.

Las medidas cautelares, de no haberse adoptado en la fase de investigación, se pueden gestionar junto a la solicitud –demanda, diría yo- de extinción de dominio; y como el afectado, desde que se presenta la solicitud tiene derecho de acceder al expediente planteado en su contra, vale la pena preguntarse, si el juez debe o no darle audiencia para que se exprese sobre las medidas o de si las tiene que dictar inaudita parte; ya que nada dice la ley sobre esto.

Creo, que bien puede el juez dar audiencia al afectado; puesto que, con la judicialización, se le está habilitando el derecho a oponerse oportunamente a cualquier pretensión que limite o lesiones sus derechos; y que, al no haberlas adoptado la FGR en fase de investigación, se le puede imputar a esta, la no concurrencia del peligro en la demora; esto, sin perjuicio a que de la lectura del inciso 2 del art. 31, se podría concluir lo contrario.

Materializadas que han sido las medidas cautelares, el art. 23 del RLEDAB establece la obligación de poner inmediatamente –a más tardar, dentro de 24 horas- a disposición del CONAB; e impone la obligación de responder por cualquier deterioro o afectación previo a la entrega formal, esto sin duda lleva a considerar, que una vez el Consejo recibe material y formalmente el bien o derecho cautelado, es responsable del cuidado o conservación del mismo y sería responsable por cualquier perjuicio que el bien sufra. Se constatará entonces, si a la fecha, se han promovido reclamaciones de o en contra del CONAB, por el incumplimiento de esta norma.

El art. 24 del Reglamento, se establece la obligación del CONAB, para que levante acta de la recepción o entrega del bien o derecho cautelado; fija los requisitos de esta, entre los que destaca el estado aparente de conservación del bien; requisito que, sin duda, está vinculado con el deber de cuidado o

conservación y de responsabilidad, si fuere el caso. Se constatará si el CONAB, levanta el acta de recepción, en apego a la disposición reglamentaria citada.

También le impone el Reglamento al Consejo, la obligación de tomar las medidas urgentes o de conservación que sean necesarias, para resguardar la integridad del bien cautelado; generar un sistema de control de bienes, practicar valuó a los bienes cautelados –sin duda, para restituir su valor, si se desestimare la acción y el bien hubiere sido vendido-.

Habrán también que analizar, las medidas de administración que el Consejo adopte sobre los bienes que han sido puestos en administración, por pesar sobre estos, medidas cautelares; de si los administra directa o indirectamente, de si los da o no en uso provisional, o los dona, enajena anticipadamente o se ve en la necesidad de destruirlos.

Especialmente, y según el art. 40 del Reglamento, se presenta información relativa a la devolución de los bienes, cuando no ha sido estimada la acción de extinción de dominio; el porcentaje de estas devoluciones, los montos o valores que se han debido de pagar, en concepto de frutos o rentas de los bienes cautelados; o los valores o montos que se han debido de restituir, en el caso de haberse transferido o destruido los bienes en cuestión.

4.2.2. En la eficacia en las resoluciones administrativas y judiciales

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares las puede adoptar la FGR y los jueces y magistrados con competencia en extinción de dominio, y que el CONAB en el marco de la administración de los bienes cautelados; corresponde referirnos ahora a la eficacia de estas en la adopción, administración y fiscalización de estas medidas.

La eficacia de estas medidas, además de ser adoptadas en el marco de los presupuestos habilitantes, se requiere eventualmente de la participación de otras instituciones; así por ejemplo, una vez la FGR adopta provisional o excepcionalmente las medidas cautelares, requiere de la participación de la PNC para que cuide o vigile el cumplimiento de la medida, a fin de evitar cualquier evasión o frustración de las mismas; igual colaboración se requiere cuando las adopta el Juez, la PNC participa custodiando los bienes cautelados.

Así mismo, se requiere para la eficacia de las medidas, independientemente de si las adopta la FGR o el Juez, y en caso de ser necesario el registro o inscripción de la medida adoptada, el funcionario o registrador, debe de colaborar con el registro o anotación de la cautela; de igual manera debe de actuar, cuando se le ordene su levantamiento. En ambos casos, se fortalece la idea de eficacia, con la amenaza punitiva de incurrir en delito, si no se presta la colaboración requerida.

Cuando la colaboración es pedida por la FGR o por los Jueces, la eficacia parece tener fluidez, puesto que generalmente va dirigida a la Administración y esta, generalmente cumple; el problema de eficacia se podría presentar, si la colaboración va de la Administración o el CONAB, hacia el resto de

instituciones de la misma Administración o a la FGR o jueces; quienes podrían oponer resistencia, y el Consejo para hacerla cumplir, habría de acudir a ellas mismas, por esto es que se afirma que la eficacia de las medidas adoptadas por el Consejo en la administración provisional de bienes cautelados, puede enfrentar algunos obstáculos.

También, está relacionado con la eficacia de las medidas en sí mismas, es decir, si la adoptada es o no la que ha debido de adoptarse; de si es o no pertinente, si logra o no los objetivos con los que se adopta. La idoneidad de la medida, está relacionada con la naturaleza del bien, por ej. sí es un inmueble el que se ha cautelado, además de anotar en el registro la medida, es menester custodiar el mismo, para evitar su deterioro; etc.

4.3 De la responsabilidad del Estado y de los funcionarios.

Si bien es cierto que, en el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, se aborda en el Derecho civil; la responsabilidad del Estado, por su actuación en el ámbito público del Derecho, se aborda en el Derecho administrativo, sin perjuicio a que se pueda acudir a una aplicación supletoria del primero.

Desde la consolidación de la sociedad romana, se erigieron tres grandes máximas del comportamiento social: Vivir honestamente, dar a cada quien lo suyo, y no causar daño a los demás. De esta última, surgió el deber de responder, y tenía como fundamento de la responsabilidad del causante del daño, la culpa en cualquiera de sus grados. Responsabilidad que nace por acciones u omisiones voluntarias –dolo- o, simplemente, negligentes -culpa o negligencia-; de los contratos o de la ley.

El art. 17 de la Declaración universal de los DD.HH., expresa que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente; y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad; lo que lleva indefectiblemente a decir que, si la acción de extinción de dominio se ejerce sobre la propiedad, y esta se tramita de forma arbitraria, debe el afectado ser reparado en los daños y perjuicios que sufra por dicha arbitrariedad.

Este tema de la responsabilidad del Estado o de sus funcionarios, se puede ubicar en la parte procesal del Derecho administrativo o procesal civil común, si se deduce judicialmente; pero se ha querido plantear por separado, a fin de facilitar su visibilización y comprensión.

Este tema de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, es de suma trascendencia en el Estado democrático y constitucional de Derecho; ya que en este se habilitan mecanismos por medio de los cuales, y ante un eventual perjuicio causado a los ciudadanos, por el actuar lícito o ilícito del Estado, de sus instituciones o sus funcionarios, puedan los afectados procurar el resarcimiento ante tal perjuicio. Implica lo anterior, que bien puede ser responsable el Estado, sus instituciones, o sus funcionarios; según los supuestos que habiliten la responsabilidad, ya sea de forma directa o indirecta, subjetiva u objetiva, solidaria o subsidiaria.

Sostiene el jurista Ortells Ramos⁴⁰⁵, que todo sistema de responsabilidad, para ser adecuado, debe contar con: a) la posibilidad de exigir una garantía patrimonial concreta y específica que garantice el eventual derecho del sujeto pasivo; b) unas normas jurídico-materiales rectoras de la atribución de responsabilidad adecuada a las características de las conductas que hacen nacer tal responsabilidad y c) un cauce procesal económico para declarar las consecuencias de esa responsabilidad y ejecutarlas.

En un Estado que presuma de ser democrático, es inadmisibles la irresponsabilidad de este por las actuaciones u omisiones de sus agentes, independientemente de si estos han o no obrado con culpa, negligencia, o dolo. En el Estado de Derecho, dan cuenta de sus actos y conductas; en otros términos, donde no hay sujeto –ni aun el Estado- fuera del Derecho. Lo que sin duda variaría, es el tipo de responsabilidad, de si es directa o indirecta. Y es que la responsabilidad del Estado, es un pilar fundamental del Estado constitucional de Derecho.

En el Derecho, constituye un principio general que el particular que produce un daño a otro, interviniendo culpa o dolo, tiene la obligación de reparar el daño ocasionado; principio que está recogido en el Art. 2080 inc. 1 del C.C.; también es principio general del Derecho, que la persona que en cumplimiento de una obligación actúa con dolo o culpa, o cae en mora, responden de los daños y perjuicios que causen; principios que están regulados en los Arts. 1418 y 1428 del C.C., respectivamente.

En cualquier sociedad, el Estado y sus instituciones, en el cumplimiento de sus funciones o en el exceso de estas, puede causar daños o perjuicios a los particulares; ya sea afectando su patrimonio o bien sus derechos no patrimoniales, ya sea por violación a derechos constitucionales o por su normal funcionamiento. Ante tales situaciones, y en aplicación a los principios de responsabilidad y de legalidad, procede la responsabilidad patrimonial del Estado o de sus funcionarios, según sea el tipo de responsabilidad de que se trate.

Cuando el Estado, dicta un acto, sea este administrativo, legislativo o jurisdiccional; cabe la posibilidad de impugnarlo por considerarlo lesivo, y del producto del recurso puede surgir la obligación de indemnizar al particular por los perjuicios causados; obligación que bien puede recaer sobre el funcionario responsable o del Estado, en nombre de quien actúa, sin perjuicio de la responsabilidad de este frente a aquel.

El Estado, con el afán de resarcir los perjuicios que pudiera causar a los administrados, crea mecanismos por medio de los cuales pueden tutelar sus derechos, los que pueden ser preventivos o resarcitorios; algunos de estos mecanismos son los recursos administrativos o judiciales, como la acción contencioso administrativa de responsabilidad patrimonial, el habeas corpus, el amparo, la acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y reglamentos, el habeas data, acciones de retrocesión –en los casos de expropiación-, medidas cautelares en contra del Estado, la acción de

⁴⁰⁵ Manuel Ortells Ramos, Las medidas cautelares, Editorial La Ley, Madrid, 2000, pág. 468.

repetición; pretensiones reparatorias en contra del Estado planteadas ante organismos internacionales por violaciones a derechos humanos, acciones de reclamos para arreglos de diferencias relativas a inversiones extranjeras, etc.

Si bien es cierto que el Estado actúa solamente por y a través de sus agentes y representantes, es el Estado el único responsable en el Derecho internacional y no la persona que obro en su lugar; y, por tanto, es al Estado al que se le atribuye y deduce responsabilidad por el hecho ilícito, sin perjuicio a que este según se Derecho interno, pueda ir en contra de quien actuó en su nombre. Esta responsabilidad internacional del Estado es directa, tiene como origen el daño que por acción u omisión han causado cualquiera de sus órganos o entes que forman parte de él o de los particulares que se encuentran en su territorio.

El Estado, como persona jurídica publica por excelencia, tiene una personalidad que le permite obrar a nivel nacional e internacional; susceptible por tanto de ejercer derechos y cumplir obligaciones, y una de estas es sin duda, responder por los daños y perjuicios que cause. Expresa Loretta Ortiz⁴⁰⁶, que la responsabilidad internacional se origina en conductas violatorias de las normas de Derecho internacional, ya sea por haber afectado a las personas, los bienes o cualesquiera derechos de otro Estado, si tales personas, bienes o derechos están protegidos internacionalmente.

Así las cosas, y siguiendo a Loretta Ortiz y a Pastor Ridruejo⁴⁰⁷, el Estado debe de responder internacionalmente si en la tramitación del proceso de la acción de extinción de dominio, los funcionarios policiales, fiscales o judiciales, infringen alguna obligación internacional, bien de origen convencional o consuetudinario.

Si la propiedad es un derecho humano fundamental, objeto de tutela en los diversos sistemas internacionales de protección a los derechos humanos de los que El Salvador forma parte; se debe de tener en cuenta que si una persona luego de batallar en el sistema nacional de justicia –especializado de extinción de dominio, amparo constitucional o contenciosos administrativo- y aun cree que su caso puede ser elevado al sistema internacional de derechos humanos, bien puede intentar deducir en contra del Estado responsabilidad internacional. No le asiste a ningún Estado decidir según su Derecho interno, la licitud o ilicitud de sus actuaciones internacionales.

Pesan sobre el Estado, supuestos de responsabilidad objetiva, subjetiva, contractual, legal o convencional. Por ejemplo, en lo que al tema de investigación se refiere, en ocasión de celebrar contratos con terceros para que administren provisionalmente los bienes cautelados, le podrá surgir al Estado la responsabilidad contractual, producto del irrespeto al proceso de adjudicación⁴⁰⁸ o del

⁴⁰⁶ **Loretta Ortiz Ahlf**, Derecho internacional público, tercera edición, Oxford editores, México, 2006, p. 145.

⁴⁰⁷ **Loretta Ortiz Ahlf**, óp. Cit. p. 151; y **José Antonio Pastor Ridruejo**, Curso de Derecho internacional público y de Organizaciones internacionales, 8ª. Edición, Editorial Tecnos, España, 2002, p.533 y ss.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, en la sentencia dictada el 25 de abril de 2005, en el proceso ref. 23-J-2003, por la Sala de lo contencioso administrativo de la CSJ; relativa a la declaratoria de nulidad del acto de descalificación de una empresa licitadora y adjudicación a otra, dijo que “si la sentencia no pudiese cumplirse por haberse ejecutado de modo irreparable, en todo o

incumplimiento a las obligaciones pactadas, o aun en el supuesto que el contrato suscrito se declarare nulo y ya hubiere recibido alguna contraprestación, y no le fuere imputable al contratista mala fe, esto sin duda, para no caer en lo que podría ser un enriquecimiento sin causa⁴⁰⁹.

Dice Mirian Ivanega⁴¹⁰, que son presupuestos básicos de la responsabilidad, la existencia de un daño, de la naturaleza que sea, pues sin daño, no existe el deber de reparar; la imputación jurídica del daño, imputación que en relación al funcionario debe de ser subjetiva y en relación al Estado, objetiva; y la relación de causalidad o nexo causal, o elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad.

Resulta vital para hablar de responsabilidad, la existencia de un daño o perjuicio; el daño debe ser cierto o efectivo y no supuesto o conjeturado; ser cierto implica, que se configure como real, objetivo, y que, de no mediar, el afectado estaría en mejor situación. Dicho de otra manera, existen diferentes tipos de daños reparables; pero, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño⁴¹¹.

Los funcionarios o agentes del Estado, serán responsables tanto en los ámbitos penales, constitucionales -políticos-, administrativos, civiles, éticos, etc.⁴¹². La constitucional es la que normalmente se deduce a través de los denominados juicios políticos; la penal, sin duda pre supone la comisión por acción u omisión de delitos, y previo a su enjuiciamiento, se deben de agotar el privilegio procesal del ante juicio, bien ante la Asamblea legislativa o ante la CSJ, según el funcionario de que se trate.

En lo que a responsabilidad administrativa se refiere, es aquella en que incurre el servidor público por realizar acciones u omisiones que afectan la honradez, legalidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben de observar en el desempeño de sus funciones; y de ella se ocupa el denominado Derecho disciplinario, como parte del Derecho administrativo sancionatorio.

en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra él personalmente responsable, y en forma subsidiaria con la Administración.”

⁴⁰⁹ En similares términos se expresa Ernesto Bustelo, responsabilidad contractual y derechos humanos; obra monográfica colectiva coordinada por **Almudena Fernández Carballal**, contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, p. 326. Dos son los supuestos que hacen concurrir la responsabilidad extra contractual del Estado si concurre en favor del Estado enriquecimiento sin causa, y es que el daño sufrido por el particular sea producto del enriquecimiento sin causa, y lo será cuando resulte del ejercicio por la administración de los trabajos públicos, el derecho de legislación, etc.

⁴¹⁰ **Miriam Mabel Ivanega**, control público, óp. Cit. p. 263 y ss.

⁴¹¹ Así lo afirma **Fernando de Trazegnies Granda**, La responsabilidad extracontractual, Pontificia Universidad del Perú, Fondo Editorial, Séptima Edición, Perú, 2001, P.17.

⁴¹² Así lo afirman y desarrollan **Carlos A Ghersi, Julio J Martínez Vivot h. y otros**; en su libro Responsabilidad de los funcionarios públicos: civil, penal, constitucional, administrativa y política; Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1987.

4.3.1. De los parámetros para la determinación de la responsabilidad del Estado.

Gabriela Avalos⁴¹³ sostiene, que habrá responsabilidad del Estado, cuando los hechos y actos emitidos por sus órganos en ejercicio de sus funciones ocasionen un daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria; se requiere entonces, que haya un daño, que sea imputable al Estado y que, tal daño se haya producido por un acto, hecho u omisión lícito o ilícito atribuido a sus funcionarios. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación.

Cuando se reconoce la existencia de un agravio personal, la consecuencia lógica y natural es la de reparar el daño causado, restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución de los actos violatorios de derechos y restableciendo a los perjudicados en el pleno uso y goce de sus derechos violados. Sin embargo, hay casos en que la restauración no es posible y como consecuencia, se deben de buscar otros mecanismos de resarcimiento del perjuicio.

La responsabilidad del Estado es de carácter patrimonial, objetiva y generalmente subsidiaria o circunstancial; y puede tener origen contractual o extra contractual. En el primer caso, hay una relación jurídica producto de la existencia de un contrato entre el sujeto a quien se le atribuye causo el daño y el que lo ha sufrido, y que tal daño, es producto del incumplimiento de obligaciones pactadas.

En el caso de tener un origen extra contractual, no hay una relación jurídica contractual entre el que causa el daño y quien lo sufre, tampoco incumplimiento de obligaciones contractuales; sino la ocurrencia de una acción u omisión dañosa, en perjuicio de alguien que no está obligado a soportarlo, puede tener origen en un acto o hecho administrativo, judicial o legislativo.

No existe el deber de soportar el daño inferido, cuando no haya autorización para inferirlo, esto nos ubica en lo que llamamos vía de hecho y, por tanto, debe el Estado o sus instituciones y/o funcionarios responder. Lo anterior implica, que el Estado, en este caso a través del CONAB, la FGR, la PNC o aun el funcionario judicial; no puede imponer al titular de un bien el gravamen cautelar o definitivo, en virtud del cual le priva de su derecho de propiedad, sino es en estricto apego a las normas constitucionales y legales del debido proceso, y como consecuencia no basta que alegue la utilidad pública, el bien común o el interés social para afectar al particular.

La responsabilidad patrimonial del Estado, es la que se origina por los daños y perjuicios que esté causa a los particulares, por su normal o anormal funcionamiento de las funciones estatales y en la gestión de los servicios públicos; y que el afectado, no está en el deber de soportar.

Es consecuencia de una interpretación extensiva del art. 2 inciso 3 Cn.; en esta, el obligado es el Estado y tiene como causa el funcionamiento del Estado, es de carácter institucional, predominantemente objetiva y no está limitada a supuestos de vulneración de derechos

⁴¹³ Citada por **José Roberto Barriere Ayala**, el marco legal de los contratos públicos en El Salvador; Edición B y G consultores, El Salvador, 2015, p. 135.

constitucionales, se centra en un daño que los particulares no tienen obligación de soportar⁴¹⁴, estando entonces obligado a indemnizarlo quien lo ha causado, ha obtenido ventaja o quien la ley establezca que debe de responder.

Institución proveniente de la acción aquiliana⁴¹⁵ –responsabilidad por hechos de terceros- o de responsabilidad extracontractual aplicada al ámbito de la Administración pública que ha evolucionado desde un sistema subjetivo o de responsabilidad por culpa a otro objetivo en el que el damnificado tiene derecho a ser indemnizado por las lesiones que sufran en sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el daño sea efectivo y evaluable económicamente.

El origen o las fuentes de las obligaciones extracontractuales son la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo o pago de lo no debido, la gestión de negocios o agencia oficiosa, el hecho ilícito, el riesgo creado, hechos ocasionados por otros por quienes se tiene obligación de responder, etc.

Es responsabilidad patrimonial del Estado, aquella que, por criterios objetivos de Derecho público, establece la obligación del Estado de indemnizar a los particulares que hayan sido lesionados antijurídicamente en sus bienes o derechos, en ocasión de la actividad extra contractual del Estado.

Es lesión antijurídica aquella afectación patrimonial que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, al no existir expresamente título legítimo para sufrir el daño irrogado, y tal antijuridicidad, supone la existencia de una garantía legal a la integridad de su patrimonio.

García de Enterría⁴¹⁶, funda la responsabilidad sobre el anterior concepto de anti juridicidad resarcible, con lo que pone atención en el daño o lesión sufrida y no sobre la conducta dañosa del agente del Estado; por lo que, serán objeto de indemnización tanto los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal, regular o irregular, lícito o ilícito de la Administración; siempre que se trate de daños que no se tenga el deber de soportar. Con lo que se abandona la concepción civilista de la culpa del

⁴¹⁴ Así lo ha dicho la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en sentencia de inconstitucionalidad dictada el 20 de enero de 2009, en proceso ref. 65-2007; relativa a la supuesta inconstitucionalidad del art. 100 de la LCC, referido a la responsabilidad contractual solidaria con responsables directos; en la que declaro que no concurría la supuesta inconstitucionalidad alegada, ya que la disposición impugnada, admite interpretación conforme al art. 12 Cn. en el sentido de que solo podrá responsabilizarse al funcionario por hechos propios cometidos con dolo o culpa.

⁴¹⁵ Es la responsabilidad por la conducta de terceros, imputable a personas que no han causado la acción u omisión dañosa; en esta, el elemento culpa se encuentra desvanecido, porque se reconoce que la conducta que causó un daño, es ajena a quien resulta obligado, pero, aun así, se estima que tiene una culpa por falta de cuidado en las personas que de él dependen y cuya conducta causara el daño, que, a su vez, generara una obligación, no a quien lo cometió, sino a la persona de quien dependiera. Por ello, incurre en tal responsabilidad el Estado respecto de sus servidores o funcionarios. Aquí, no hay culpa, por eso, a esta responsabilidad también se le llama objetiva en ausencia del elemento subjetivo culpa. Ver **Jorge Bustamante Alsina**, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª. edición ampliada y actualizada, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

⁴¹⁶ **Eduardo García de Enterría y otro**, Curso de Derecho administrativo, Tomo II; 3ª. Edición, Civitas, Madrid, 1991, p.

agente. Son supuestos de responsabilidad patrimonial, el error judicial, la emisión de una norma o ley dañosa o perjudicial a los derechos patrimoniales de los particulares.

Se ha afirmado, además, que el Estado responde subsidiariamente, cuando el funcionario no puede asumir económicamente su responsabilidad; pero solo le será exigible en la fase de ejecución de la sentencia o resolución que ordene la responsabilidad del funcionario y este no tenga los recursos suficientes para saldar esa responsabilidad. También se desplazará al Estado la responsabilidad por los daños causados, cuando al funcionario no le sea imputable ningún tipo de culpa; en cuyo caso, será responsabilidad subsidiaria objetiva⁴¹⁷.

La responsabilidad subsidiaria del Estado, implica que se señale un responsable directo como presupuesto básico para que opere la subsidiariedad. Al no existir condena principal, no puede haber subsidiariedad⁴¹⁸. También sostiene la Sala⁴¹⁹, que aquella responsabilidad escalonada, de modo tal que la insolvencia o incumplimiento de una persona o de una clase de responsables determina la posibilidad de dirigirse contra otro a fin de exigir la responsabilidad de carácter civil que no ha resultado factible satisfacer, en todo o en parte por los principales obligados, se basa en cierto nexo que existe o que la ley presume existente entre los obligados en primer término y los que deben suplir la falta de recursos de éstos dentro de sus medios patrimoniales.

Se puede apreciar que esta es una definición general, pero que se concretiza si el Estado ocasiona un daño material o moral a un particular y comprobado que sea estará obligado a indemnizar ante la falta o insuficiencia de recursos del obligado principal. La razón de responsabilizar al funcionario, empleado o al Estado por violaciones constitucionales nace del afán protector del Estado de Derecho de las garantías constitucionales al particular. En conjunto, el Estado responde de manera subsidiaria o en apoyo de los sujetos que él mismo contrató para la consecución de sus fines.

Empleados y funcionarios están obligados a garantizar con sus actuaciones los fines de su empleador; por ello, el Estado en esencia no es que responda por la relación laboral que tenga con dichos sujetos sino por la existencia objetiva del daño, y más a fondo aún, porque son los empleados y funcionarios los que constituyen la manera fáctica en que el Estado cumple sus fines; empleados y funcionarios, son la carta de presentación del Estado en la relación con los particulares; de allí que todos en conjunto, están obligados a respetar los derechos fundamentales y el Estado, velar porque sus representantes así lo cumplan.

Ya se ha dicho que la responsabilidad del Estado, es generalmente objetiva; esto es cuando en el deber de responder no es determinante la subjetividad, dolo, culpa o negligencia atribuida al

⁴¹⁷ Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo dictada el 3 de enero de 2002; en procesos acumulados ref. 282-2000 y 288-2000; en la que sostuvo que al haberse causado el daño y no serle imputable al funcionario culpa alguna, procede reclamar responsabilidad directa al Estado.

⁴¹⁸ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, resolución dictada en el proceso ref. 157/CAC-2009, el 26 de enero de 2010; en ocasión a providencia recurrida y que había sido dictada por la Cámara de la Segunda Sección de Oriente.

⁴¹⁹ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de octubre de 2015, en proceso ref. APC/25/2011.

funcionario; no se efectúa una valoración o juicio sobre el comportamiento de los servidores públicos, sino del daño; especialmente, en la relación de causalidad entre el daño y la responsabilidad, a fin de determinar que este no sea producto de un tercero o del mismo afectado.

Tratándose de la responsabilidad penal, el inciso 2 del Art. 4 del C.Pn. la define y dice que *es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto.*

En cambio, la responsabilidad del funcionario, generalmente es subjetiva; en este si es determinante el ánimo, expresado en dolo, culpa o negligencia del funcionario en la acción u omisión dañosa; y por supuesto, que también se analiza la relación de causalidad entre el daño y los supuestos de responsabilidad, para descartar que el daño no sea producto de un tercero o de un comportamiento del mismo afectado.

También se habla de responsabilidad directa e indirecta, la primera es en atención a la teoría del Órgano institución, el daño se imputa al Estado y no al funcionario que actúa en su nombre; en la segunda, la actuación u omisión es atribuida al órgano persona o al funcionario, y por tanto es este el que debe responder inicialmente y de forma subsidiaria el Estado.

Además, se habla de responsabilidad lícita e ilícita del Estado, en atención a si se obra o no conforme a Derecho. En el primero de los casos, la responsabilidad del Estado está sujeta o limitada a situaciones concretas, y una de sus limitaciones es que el ciudadano no esté en la obligación de soportar el daño o este sea desproporcional. La ilícita supone una transgresión a una norma legal, e incluso comprende la irrazonabilidad, atiende al incumplimiento irregular de la función administrativa. En resumen, debe responder el Estado porque lesiona derechos humanos de sus ciudadanos o administrados.

Afirma Florentín Meléndez⁴²⁰, que la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos, tiene fuente constitucional -245- y convencional; específicamente en el Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional de los refugiados, en el Derecho penal internacional y en el Derecho internacional de los derechos humanos. Instrumentos que le imponen a los Estados deberes, y que en lo pertinente sería el deber de reparar directamente los daños a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos, lo que implica la adopción de medidas de reparación material y moral, el resarcimiento, la indemnización y el reconocimiento de la verdad, independientemente de que después se persiga a los infractores directos a fin de recuperar lo pagado.

Así, entonces, pesa sobre el Estado la eventual responsabilidad internacional, ya sea en materia de derechos humanos o en temas de inversión extranjera etc. Esto es en atención a que el proceso de extinción de dominio, podrá ser sometido a un control de convencionalidad en materia de derechos

⁴²⁰ **Florentín Meléndez Padilla**, Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, edición especial, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2005, P.51.

humanos, y muy probablemente, resulte que lesiona derechos humanos fundamentales y que, por tanto, deba el Estado responder por tales lesiones. Igual podría pasar, que, de verse afectados inversionistas extranjeros, a título de terceros de buena fe, pretendan acudir a los medios de solución de controversias internacionales pactados en los tratados bilaterales o multilaterales de inversión extranjera⁴²¹.

Se hace este recordatorio de la responsabilidad internacional del Estado en materia de violaciones a derechos humanos, porque de forma unánime, la comunidad internacional ha adoptado principios de derechos humanos, a los que considera inderogables; entre los que se encuentran la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el no dos veces lo mismo, juicio justo, etc.; esto, cobra importancia ya que aun en el caso de que la acción de extinción de dominio, fuese declarada constitucional, sin duda, tendría serias dificultades para superar el filtro de convencionalidad en materia de derechos humanos, y lo más seguro es que, de elevarse al sistema interamericano de derechos humanos, lo más probable, es que se encuentre responsable de la violación al Estado de El Salvador.

Inicialmente se dirá que, es el constituyente quien fija los supuestos de responsabilidad del Estado, así: por retardación de justicia, art. 17 inciso 2; por vulneración de derechos constitucionales, art. 245; y jurisprudencialmente y siguiendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se ha extendido a los supuestos del art. 2 inc. 1.

Ya se ha dejado claro que la persona tiene derechos, frente a los demás y frente al Estado mismo; que las lesiones que injustamente sufra, deben de ser causa de responsabilidad. La Constitución de la Republica, protege a los habitantes contra cualquier daño injusto; si el daño lo causa por dolo o culpa un funcionario judicial, hay responsabilidad judicial; si el daño es producto de un error de un funcionario de la Administración, hay responsabilidad administrativa; o si proviene de una ley que perjudica de forma especial y desigual a un particular, leyes inconstitucionales o se enriquezca sin justa causa, hay responsabilidad legislativa⁴²².

Como ya se ha dicho, el Estado, en el ejercicio de sus funciones puede caer en supuestos de responsabilidad; ya sea en el ejercicio de la función judicial, legislativa o administrativa. En cuanto a la función judicial, la responsabilidad puede surgir tanto de sentencias injustas o contentivas de expresiones vulgarizadas o denigrantes, de los errores judiciales declarados; entre otros supuestos.

⁴²¹ Así lo reconoce la Sala de lo constitucional de la CSJ, en sentencia de amparo, dictada el 4 de febrero de 2011, en proceso ref. 228-2007; seguido por el ISSS, contra el Juzgado 2º. de Instrucción de San Salvador y la Cámara Segunda de lo penal de la primera sección del centro, por atribuirle violaciones al derecho de propiedad, seguridad jurídica, etc.

⁴²² Un ejemplo de esta responsabilidad legislativa, la que reconoció la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de amparo dictada el 4 de noviembre de 1997, en el proceso ref. 44-C-96; al amparar al justiciable, señor Eduardo Benjamín Colindres, que había sido designado presidente del TSE y que luego fue destituido en contravención a la normativa constitucional, y que por ser un acto que no podría ser atribuido a uno o más diputados en particular, sino al pleno de la Asamblea legislativa, y en razón de la inviolabilidad parlamentaria que dispone el art. 125, la responsabilidad civil se desplaza al Estado.

Siguiendo el supuesto de responsabilidad del Estado, del error judicial en la actividad jurisdiccional, se debe de decir que este error judicial debe ser legalmente declarado; mismo que en principio estaba reducido al ámbito penal, pero no cabe duda, que el Juez puede errar en todas las materias en las que ejerce jurisdicción y, por tanto, extenderse a las demás áreas del Derecho en las que se emita una resolución judicial errónea.

Afirma José María Méndez⁴²³, que, si se llega a la conclusión de que tal error judicial, constituye a su vez una violación a derechos o garantías constitucionales, a la luz del art. 245 Cn. habría lugar para exigir responsabilidad civil al funcionario y subsidiaria al Estado. Este derecho además está previsto en el art. 14 No. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos;

Error que podrá ser intencional o culposo, por eso se castiga el error inexcusable y se sanciona como prevaricato⁴²⁴. Requiere este supuesto de sentencia firme, no incluye las resoluciones de trámite, como podrían ser aquellas por medio de las cuales se adopta una medida cautelar.

Existe imposibilidad de reprochar al Estado responsabilidad civil por un error judicial provocado por una actuación dolosa o culposa del inculpado; similar regla contiene el art. 452 inciso 4 del C.Pr.Pn., que condiciona la procedencia del recurso, a que el agravio no sea producto de una contribución del recurrente.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos establece, en el artículo 9 numeral 5 “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, **tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.**”; y en el Artículo 14 numeral 6 “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, **deberá ser indemnizada**, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

Por su parte, la Convención americana de derechos humanos, dice en su artículo 10 “Toda persona tiene **derecho a ser indemnizada** conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

⁴²³ José María Méndez, derecho de indemnización por violación a los derechos humanos por error judicial; obra colectiva Lectura sobre derechos humanos, coordinada por la PDDHH y ONUSAL, El Salvador, 1994, p. 151.

⁴²⁴ Desde hace ya varios años, ha dicho la Sala de lo Constitucional que el examen de la responsabilidad directa del funcionario debe de apreciarse a partir de ciertos aspectos facticos, tales como: negligencia inexcusable, malicia, previsibilidad del daño o cualquier otro. Sentencia de habeas corpus, dictada por la Sala de lo Constitucional, el día 9 de junio de 2003, proceso ref. 265-2002R; seguido en contra del Juzgado de primera instancia de Atiquizaya, Departamento de Ahuachapán y contra la Cámara de Segunda Instancia de la tercera sección de occidente. En la que se dijo claramente, que quien obtenga una sentencia estimatoria en cualquier proceso constitucional, puede promover un proceso civil de daños morales y materiales y los perjuicios sufridos, por regla general directamente contra las personas que cometieron la violación y, subsidiariamente contra el Estado.

Otro supuesto de responsabilidad, es la emisión de leyes injustas o contrarias a la Cn. Esta responsabilidad legislativa, está desarrollada en varios sistemas de determinación de responsabilidad, el primero cuando la ley expresamente reconoce la responsabilidad por daños causados por ella, en cuyo caso bastara adecuar el daño a los supuestos previstos por ella; el segundo, cuando hay ausencia de ley expresa, en cuyo caso se debe de determinar judicialmente si se ha producido un daño o lesión a alguno de los principios y derechos constitucionales que fundamentan su procedencia; y el tercer caso, cuando la ley expresamente niega su procedencia, en cuyo caso el afectado podrá solicitar la reparación, cuestionando también la inconstitucionalidad de la norma, entre otras razones por que por vía legislativa se estaría impidiendo el funcionamiento del órgano judicial que es a quien le corresponde determinar su procedencia.

Por ejemplo, y en virtud del derecho a la protección judicial se impone al legislador⁴²⁵, -sin pretender desconocer el margen de discrecionalidad con que cuenta- una especial limitación a su potestad normativa, en tanto que no podrá por decreto establecer que el acto jurisdiccional o administrativo dictado en un ámbito concreto no es susceptible de suspensión cautelar o, lo que es lo mismo, inhibir al juez para que sea él quien decida sobre la procedencia o no de una medida cautelar. Dicho, en otros términos, debe considerarse contraria al derecho fundamental a la protección jurisdiccional toda norma que prohíba la posibilidad de suspender la ejecución del acto judicial o administrativo o, en general, la adopción de medidas cautelares –incluidas en estas, las contra cautelas-.

La Cn. establece en el art. 125 que los diputados, miembros de la Asamblea legislativa cuya principal función es legislar, no responderán en tiempo alguno por el ejercicio de esta competencia; lo que no quiere decir que no deba de responder el Estado, cuando las normas o leyes que se emitan, causen daños o perjuicios, como bien es el caso de las leyes expropiatorias; responsabilidad que sin duda seria objetiva⁴²⁶.

El deber de responder del Estado, es para el particular afectado un derecho, de acceso a la justicia o derecho de reparación; cuando ha sido lesionado en la esfera de sus derechos humanos. Derechos que, a juicio de ciertos teóricos⁴²⁷, se pueden clasificar de absolutos y de relativos; los primeros son

⁴²⁵ Si la efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial, es claro que debe ser promovida por todos los poderes públicos. Así, respecto al legislador, y desde una perspectiva general, se dice que éste, al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupe de la efectividad de la tutela. Sin duda que, sí como se ha expuesto, las medidas cautelares constituyen un instrumento para conseguir tal efectividad, una regulación mísera en esta materia es tanto como ir en contra de la propia Constitución.

⁴²⁶ Tal y como lo afirma Cassagne, “La justicia y el progreso de la ciencia jurídica no podrían permitir por más tiempo el mantenimiento de un principio tan lesivo a los derechos del hombre, en cuanto que sin el reconocimiento de la responsabilidad del Estado carecían de sentido las garantías que los ordenamientos constitucionales o supremos de cada país estatúan, precisamente, para la protección de tales derechos.” **Juan Carlos Cassagne**, Derecho administrativo, Tomo I; 7ª. Edición actualizada, Abalado-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 266.

⁴²⁷ **Beatriz Venturini**, el precio de los derechos humanos; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002, p. 163 y ss.

los que confieren a su titular un poder que puede hacerse valer frente a todos y, por tanto, habilitan su defensa frente a cualquier violación; dentro de estos están los reales, de personalidad y los de familia.

Así, el afectado por una violación a sus derechos, tiene expedito el ejercicio de la acción por responsabilidad civil; que eventualmente se traducirá en una obligación de reparar el daño o en su indemnización.

Debe de concurrir el daño, entendido como el menoscabo que se sufre a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, por una persona que lesiona tanto bienes o intereses de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, a efectos de conceder la indemnización que compense o recomponga la situación previa a la producción del daño. Se debe de determinar la ilicitud civil, que tiene dos elementos: la antijuridicidad, culpa, nexo causal, y daño.

Para determinar el monto del daño, se puede hacer siguiendo un criterio objetivo, que considera el daño en sí mismo, del hombre medio, del interés tipo, del sufrimiento normal; o un criterio subjetivo, que atiende al perjudicado en concreto, a su dolor, su situación personal, su entorno, sus circunstancias. En lo que a daño patrimonial se refiere, conviene el primer criterio; en cuanto al daño moral, conviene el segundo.

Siguiendo a la jurista Mirian Ivanega⁴²⁸, y teniendo en cuenta que hay abundante jurisprudencia constitucional que plantea los principios que deben de atender los funcionarios con potestad normativa, y que ya la Ley de mejora regulatoria, fija principios que se deben de seguir para el ejercicio de la potestad normativa de la Administración y no encontrando motivo para que estos no sean observador por el Órgano legislativo; se propone que se deberían de fijar supuestos en los que si respondan estos funcionarios que en el ejercicio legislativo dicten leyes manifiestamente contrarias a la Cn. e injustas o lesivas a los derechos humanos fundamentales.

Es contrario a los postulados del Estado democrático y constitucional de Derecho, e injustificado a los fines señalados, que la ley fije la indemnización –el monto o porcentajes- por los perjuicios que prevea; que niegue la reparación; o bien, nada diga al respecto. Que en cualquiera de las hipótesis emerge la responsabilidad legislativa si se dan los presupuestos apuntados, y entre ellos, la relación de causalidad entre la norma y el menoscabo o detrimento. Debe de tenerse claro que, en el marco de la tutela judicial, es deber del Estado garantizarle al justiciable el ejercicio de todos sus derechos, y uno de esos es el acceso a la justicia para reclamar daños y perjuicios.

También la Administración pública, en el ejercicio de la función administrativa, puede caer en supuestos de responsabilidad, ya sea por acción u omisión, por actos o hechos administrativos, por la suscripción de contratos, actuación material, etc.

⁴²⁸ **Mirian Mabel Ivanega**, La responsabilidad patrimonial de la Administración y de los servidores públicos; Revista del VI Congreso de Derecho administrativo en El Salvador, publicado por la Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2019, P.31.

El constituyente prevé varios supuestos de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, por ej. daños de carácter material y moral. Art. 2; por violación a la morada, art. 20; error judicial, art. 17; - si se parte de que el proceso de extinción se asemeja al penal, sería interesante tener en cuenta, que, debiera de proceder el recurso de revisión de sentencia firme y que de demostrarse en este el error judicial, de lugar a la indemnización; art. 489 C.Pr.Pn. -; entre otros.

Los presupuestos exigidos por la jurisprudencia⁴²⁹ para reconocer la responsabilidad civil y, por tanto, la obligación de resarcir, son: 1) una acción u omisión antijurídica; 2) un daño cierto, material o moral; que es anti jurídico por atentar contra intereses protegidos por el Derecho; 3) la culpa o negligencia atribuible al que realiza el acto, que el daño se haya producido por la imprudencia de su autor; o por dolo, que el daño se haya producido con el conocimiento e intención de producirlo; y 4) el nexo causal entre la acción y omisión y el resultado dañoso; que el daño sea el efecto del comportamiento culposo o doloso observado por el agente.

La restitución es una forma de reparación, art. 115 No 1 en relación al 498 inciso 6 y si se hubiesen secuestrado o decomisado bienes al imputado, una vez sentenciado, se podrán retener para responder con ellos, la responsabilidad civil del delito; art. 500 inc. 3 y si hubiese controversia, acerca de la restitución, deberán acudir a la jurisdicción civil a dirimir el asunto; art. 501 C.Pr.Pn.

Responsabilidad contractual, en atención a que el CONAB, en el ejercicio de la potestad cautelar de la contratación, y sin perjuicio a que ella misma debe de garantizarse que con quien contrata la administración de los bienes cautelados; también debe incluir en esas pólizas de seguros que habrá de exigirle, la eventual responsabilidad frente a una devolución del bien por la devolución de estos.

Finalmente, hay que decir que, cuando es el Estado o sus instituciones las dañadas o afectadas, el Derecho ha provisto de diferentes instituciones públicas que se encargan de perseguir al servidor público o al ex servidor, e incluso al particular; entre las que se encuentra la misma Fiscalía General de la Republica, la Sección de Probidad de la CSJ, etc.; tema del que no se hará ningún análisis, por escapar al tema investigado.

4.3.2 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad objetiva del Estado ante el ejercicio lícito de la acción de extinción de dominio desestimada.

Sin perjuicio a que el Estado y sus funcionarios, hayan obrado dentro de la ley y, sin embargo, han causado daños y perjuicios que el ciudadano no tenía la obligación de soportar, por lo que corresponde al Estado responder objetiva y directamente por tales perjuicios.

⁴²⁹ Así lo declara la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de amparo, dictada el 4 de febrero de 2011, en proceso ref. 228-2007; seguido por el ISSS, contra el Juzgado segundo de instrucción de San Salvador y contra la Cámara segunda de lo penal de la primera sección del centro.

Varios son los fundamentos teóricos de la responsabilidad objetiva, es la teoría del riesgo; la que a su vez se divide en la teoría del riesgo beneficio, según la cual, es de moral, que quien se aprovecha de una actividad, que soporte las consecuencias que se deriven de ella. La teoría del riesgo creado agravado, en virtud de ella, el beneficio entendido en su acepción más extensa, la función de la culpa es irrelevante; y la teoría de mixta, para la cual, la culpa es el fundamento principal; el riesgo es secundario.

También está la teoría de la culpa social, que postula que la disconformidad del acto con la norma es lo importante; y no la constatación del daño y de su autor. Finalmente, está la teoría de la garantía, cuya finalidad es resarcir el daño sufrido por la víctima, en base al derecho a la seguridad – derecho a actuar.

En el caso objeto de estudio, se deben de tener en cuenta que la responsabilidad se le podría reclamar al Estado, al Consejo Nacional de Administración de Bienes⁴³⁰, o a los funcionarios que en el ejercicio de la acción de extinción de dominio y a título cautelar, causen por acción u omisión, lícita e ilícita un perjuicio por el cual deba de responderse.

De la simple lectura del art. 30 y ss. del RLEDAB, que contiene las disposiciones generales de administración de los bienes cautelados, se desprende que el legislador ha dejado el espacio a la responsabilidad del Consejo, ante una eventual desestimación de la acción de extinción de dominio y una administración irregular de los bienes.

Específicamente, el art. 40, referido a la devolución de los bienes expresa: “Los bienes *deberán ser devueltos en el estado en que se encontraban cuando fue decretada la medida cautelar*, salvo los deterioros normales por el paso del tiempo, o ante caso fortuito o fuerza mayor. En caso de que los bienes se hubieren enajenado de forma anticipada, el CONAB *devolverá el producto de la venta con sus rendimientos*, a la persona que el Juez designe, descontando los gastos de administración y enajenación en los que se incurrió, en caso de que los hubiere. En el caso de decretarse el archivo de que trata el Art. 23 de la LEDAB, el fiscal ordenará dejar sin efecto las medidas cautelares enviando oficio al registro correspondiente, cuando fuere procedente, y copia de la resolución al CONAB para lo que le corresponda.”

En el entendido que el CONAB, es un ente administrativo descentralizado, y que por tanto forma parte de la denominada Administración pública, se debe de asumir que en lo que a responsabilidad patrimonial se refiere, le son plenamente aplicables los supuestos previstos en la Ley de procedimientos administrativos, prevista en el Art. 55 y ss.

⁴³⁰ El art. 61 inciso 2 de la LEDAB, dice que: “El Consejo Directivo desempeñará sus funciones con independencia, transparencia, ética y eficiencia, y será responsable de las decisiones adoptadas, ...”

La LPA presenta como un derecho el ser indemnizado cuando por acción u omisión se sufre un daño, patrimonial, físico o moral en los bienes o derechos y que no se tiene el deber de soportar, ya sea por el funcionamiento normal o anormal de la AP.

Fija al Estado como el responsable, y la caracteriza de objetiva e institucional; salvo si se tratare de supuestos de violaciones a derechos constitucionales, en cuyo caso, será el funcionario el que deberá de responder, según los arts. 60 LPA y 245 Cn.; responsabilidad que será subjetiva, aun por el solo error excusable; y solo ante la ineficacia de la sentencia que le ordene responder, en la fase de ejecución de esta, y por insolvencia del funcionario, lo hará subsidiariamente el Estado.

Responsabilidad que generalmente se debe de diligenciar siguiendo el procedimiento fijado en la LPA, o en su defecto por leyes sectoriales, y en el caso de la responsabilidad del Órgano judicial, esta se debe de seguir atendiendo la Ley orgánica judicial. La que, y en caso de estar inconforme alguna de las partes, agotada la vía administrativa, podría acceder a la jurisdicción contencioso administrativo a controvertir el asunto.

4.3.3 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios ante el ejercicio lícito de la acción de extinción de dominio desestimada.

El Estado constitucional de Derecho, impone la obligación de analizar la responsabilidad de sus funcionarios, siguiendo los principios generales del Derecho mismo. Son principios que sustentan la responsabilidad funcional, la transparencia, justicia, igualdad y verdad material. La responsabilidad del funcionario, es directa y subjetiva. Esta responsabilidad es personal, no institucional.

Siempre y sobre la base de que el CONAB es una institución de la AP, y que sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones, pueden causar perjuicios o daños, es que se analiza la responsabilidad de estos servidores públicos, especialmente en la administración cautelar de los bienes sujetos a acción de extinción de dominio y que luego de concluido el proceso judicial, resulte desestimada la acción de extinción.

Luego, y en el mismo sentido que los funcionarios del CONAB, también pueden incurrir en responsabilidad tanto el fiscal que solicita temerariamente las medidas cautelares y el juez que, sin hacer el análisis conforme a Derecho, con ánimo complaciente, las decreta y no fiscaliza adecuadamente. En este mismo sentido, también cabría la posibilidad de pretender responsabilidad de los contratistas⁴³¹ del CONAB que administren bienes cautelados.

⁴³¹ La prevalencia del interés general, la proclamación de un orden justo y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar, hacen, a todas luces, necesario que el legislador –o a fuerza de jurisprudencia. adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública. Ver tesis

La responsabilidad de los funcionarios del Estado originada por los daños que causare el ejercicio de sus atribuciones, es una de las grandes conquistas de la democracia y del Estado constitucional de Derecho; e implica la sujeción del poder público al imperio del Derecho, principio que es previsto en el art. 245 Cn⁴³². La sola asunción de competencia, lleva inmersa la probabilidad de responder ante daños que se causen con el ejercicio de esta.

Un mismo hecho le puede generar al funcionario, varios tipos de responsabilidad; civil, penal, administrativa o política, y cada una de ellas, persigue tutelar bienes jurídicos diferentes, tiene un objetivo distinto; así, en la civil se procura la reparación del daño causado, en la penal se pretende tutelar el interés de la sociedad, en la administrativa se busca preservar el interés público o el buen funcionamiento de la Administración.

Esta responsabilidad de los funcionarios es personal, no institucional; como es personal, es subjetiva no objetiva; se trata de una responsabilidad patrimonial, que comprende daños materiales y morales; solo procede ante la vulneración de derechos constitucionales.

La causa de su determinación, es dolosa o culposa del funcionario; no se trata que cuando no prospere la acción contra el funcionario se pueda plantear contra el Estado, sino cuando en su fase de ejecución del proceso en cuestión, se constata que el funcionario no tiene suficientes bienes para pagar; y en el caso de ser un funcionario de instituciones descentralizadas, la subsidiariedad la debe de asumir el ente para el cual trabaja o trabajo el funcionario.

El ejercicio de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales, tal y como lo indica el Art. 235 Cn., y aunque su función supone veracidad y legalidad, eso no significa que no comenten errores excusables, por cuanto el funcionario podría no apreciar por sí, la violación constitucional. Ósea que, el ejercicio de una función pública, necesariamente conlleva una responsabilidad; por ello el funcionario no puede dejar de responder por sus actos, omisiones, ineficiencias o hechos; debe de tener en cuenta que la función pública es un instrumento, para alcanzar el bien común, y que cuando ya no se esté persiguiendo, le surge responsabilidad.

Además del error judicial, como un supuesto de responsabilidad de los funcionarios; esta la demora o retardación de justicia, ya sea en la adopción de la resolución definitiva en la que se resuelve el asunto controvertido o en el diligenciamiento de actos o providencias procesales determinantes en el proceso, como la puesta a disposición de diligencias u objetos secuestrados a otros tribunales o autoridades,

Responsabilidad disciplinaria del servidor público en materia de contratación estatal, **Carolina Mejía Liévano**, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho; Colombia, 2006, p. 31.

⁴³² No obstante tener base constitucional, esta responsabilidad no se deduce o pretende en sede constitucional por vía de amparo, sino por vía ordinaria; civil, pues es de naturaleza patrimonial. En el proceso de amparo, no se hace un pronunciamiento con respecto a la responsabilidad funcional; se habilita al amparado, el respectivo proceso de daños directamente en contra del funcionario responsable por la vulneración de sus derechos fundamentales.

capaz de generar dilación indebida e injustificada, afectando así la garantía de una pronta y debida justicia.

Como el proceso se debe de tramitar en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, resulta determinante delimitar el alcance de este; y para ello se debe de acudir a tres consideraciones: la complejidad fáctica del asunto o litigio, el comportamiento de las partes, ya que no habría dilación si la parte que la reclama la ha provocado; y la actitud del órgano judicial, orientadas a diligenciar o no el proceso.

Reconocer el retardo o demora injustificada en el sustanciamiento del proceso, se haga de forma diligente y con celeridad, en aras a proveer una protección oportuna y eficaz de los derechos fundamentales de las personas. Retardo que sin duda genera afectación a la seguridad jurídica de la persona. Dice la Sala de lo constitucional⁴³³ que, una vez reconocida la dilación indebida del proceso, la violación al principio constitucional de una pronta y cumplida justicia y al derecho a la seguridad jurídica, producida por la actuación de un funcionario judicial; corresponde habilitar al afectado el ejercicio de la acción procesal idónea a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados. Lo que significa que la responsabilidad judicial puede además del error declarado, tener origen en el retraso injustificado o por retardación de justicia.

La responsabilidad civil del funcionario se configura cuando en el ejercicio de sus funciones causa un daño patrimonial a terceros ajenos a la AP; pero no todo daño implica responsabilidad, pues hay casos de fuerza mayor o caso fortuito que darían lugar a no responder.

4.3.3.1 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario ante el ejercicio ilícito de la acción de extinción de dominio.

La reiteración del tema de la responsabilidad y la profunda preocupación social por este, desarrollada por juristas, politólogos, sociólogos, etc.; ha llevado a tener en cuenta el problema de la existencia de un Estado tras otro Estado, caracterizado por prácticas reñidas con las bases elementales del orden democrático de Derecho, por su desprecio a los principios de este, especialmente a la transparencia, publicidad, legalidad, control y responsabilidad de los actos de gobierno; por lo que ha sido necesario, reencausar tales prácticas y conducirles hacia la responsabilidad y al respeto de los diversos controles que hay sobre la función pública.

A los funcionarios públicos, el principio de legalidad o de juridicidad, induce a que sus actuaciones estén plenamente amparadas en la norma que regula sus competencias, por tanto, toda acción u omisión fuera de estas, sería ilícita o irregular y, por tanto, debe de generarle responsabilidad.

⁴³³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de habeas corpus, dictada el 25 de marzo de 2003, en proceso ref. 169-2002, seguido contra el Juzgado segundo de instrucción de San Salvador.

Comportamiento ilícito que podría enmarcarse en la comisión de delito, en cuyo caso, responderá el funcionario por las consecuencias –responsabilidades- penales y civiles del mismo.

Para que se configure la responsabilidad que genera el actuar ilícito de un funcionario o persona, es necesaria la concurrencia de algunos presupuestos básicos: El incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de un contrato, sea a través de la violación del deber general o específico establecido en una norma jurídica. Un factor de atribución de responsabilidad subjetiva, esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto señalado como obligado a responder. El daño, moral o patrimonial; y, una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa o fuente inmediata y directa de tal daño.

La fijación de la responsabilidad civil del delito, pasa por considerar de si se pidió o no, si se ofreció y aporó prueba para su determinación, etc.; Art. 174 C.Pr.Pn., en relación al art. 356 No. 5 C.Pr.Pn. Puede ser en abstracto si no se logra aportar prueba suficiente, en cuyo caso, habrá que concurrir a un proceso civil para su liquidación; art. 399 C.Pr.Pn. Y según el inciso 5 del art. 498 del C.Pr.Pn., la sentencia que condene a responsabilidad civil, será ejecutable ante el juez de lo civil; lo que obvio, afecta a la víctima en favor de quien se declaró y limita la potestad del juez penal de ejecutar lo juzgado; o, dicho de otra manera, contraria a la tutela judicial efectiva.

Todo comportamiento ilícito del funcionario, culposo o doloso, genera directamente responsabilidad en su contra; y solo generarían responsabilidad indirecta o subsidiaria del Estado; si concurren especiales circunstancias.

Lo primero que habrá que delimitar, es que se entenderá por ejercicio ilícito de la acción de extinción de dominio; lo que sin duda nos coloca en una condición subjetividad y supuesta. Se considerará ejercicio ilícito de la acción, cuando esta no esté fundada, a lo menos indiciariamente en los presupuestos que la misma LEDAB señala; y que, aun así, el servidor público, la ejerza.

Varios son los supuestos que podrían concurrir en el ejercicio ilegal de la acción, el primero, que la PNC inste a la FGR el inicio de la acción, con información insuficiente o deliberadamente adecuada para hacerla encajar en alguno de los presupuestos; el segundo, es que la FGR la ejercite sin tener los indicios lo suficientemente robustos para ejercerla; y el tercero, es que el Juez ante quien se ejerza, asuma una postura complaciente con el ejercicio de la acción y no realice adecuadamente su función de juzgar y termine estimándola, cuando realmente no proceda; en el caso que el CONAB, en el ejercicio de una medida cautelar, lesione los derechos patrimoniales del titular o poseedor del bien o derecho.

Los anteriores supuestos, sin duda dejan en claro que, el servidor público podría responder penal, civil o disciplinariamente por el ejercicio ilegal o malicioso de la acción de extinción de dominio; ya sea, porque aún a título de cautela, han afectado ilícitamente los derechos patrimoniales de los particulares. Por ej. el juez, podría caer en supuestos delictivos en contra de la administración de justicia,

concretamente en prevaricato por ignorancia inexcusable o en cohecho; y es que es deber del juez, dice José Silva⁴³⁴, administrar justicia, fallando los casos que le sean sometidos a su conocimiento, aplicando la norma convencional o legal, siempre que se adecuen al ordenamiento constitucional o a la equidad.

Así que, eventualmente podrían verse expuestos a responder por los perjuicios causados al titular de un bien o derecho que sea ilícitamente cautelado o adjudicado al Estado por medio del CONAB, los agentes de la PNC que a título de cautelarisima autoricen una limitación o medida cautelar que afecte los derechos de los particulares; los agentes fiscales, que de igual manera autoricen una medida cautelar de las anteriormente explicadas, y que con ellas lesionen ilícitamente los derechos patrimoniales de los particulares; los jueces que las autoricen o no fiscalicen su adecuada implementación; o los directores del CONAB, que en uso de la administración provisional directa e indirecta, afecten a los particulares.

4.3.3.2 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario por la comisión de daños morales por el ejercicio lícito de la acción cautelar de la incautación de bienes en el proceso de extinción de dominio.

Serán actos y hechos propios del Estado, aquellos que sean realizados por sus agentes, en el ejercicio de sus atribuciones o competencias y, por tanto, si con tales actuaciones se generan daños, es el Estado quien debe responder directamente. Ósea que, cuando el funcionario causa un daño, moral; en el ejercicio de sus competencias, y el particular no está en la obligación de soportar tal daño, será el Estado y no el funcionario el que deberá de responder.

Se entenderá que el funcionario obra de forma lícita, cuando se limita a aplicar el precepto normativo que lo habilita; el que y según su deber de saber, lo somete a un juicio de valor y de control con los preceptos constitucionales, puesto que si de tal juicio se desprende una manifiesta injusticia o contradicción constitucional, no debiera de aplicarla y de hacerlo, deberá de responder por concurrir negligencia o mera inobservancia del deber de someter a control la norma a aplicar.

Como la responsabilidad del funcionario es subjetiva, implica que para que deba de responder se le debe de imputar dolo, culpa, negligencia e inobservancia del deber de saber o de cuidado; presupuestos que se deberán de acreditar en el proceso de reclamación de responsabilidad de daños y perjuicios.

El funcionario, obraría con dolo, cuando de forma intencional o deliberada, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud de la acción u omisión, decide realizar u omitir la conducta ilícita; lo que

⁴³⁴ **José Enrique Silva**, la responsabilidad de los jueces en la aplicación interna de la normativa internacional sobre derechos humanos, obra colectiva lectura sobre derechos humanos, coordinada por la PDDHH y ONUSAL, El Salvador, 1994, p. 135.

además de generarle responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados, podría enfrentar cualquier otro tipo de responsabilidad.

Obraría con culpa, negligencia e impericia; cuando en el ejercicio de sus competencias y consiente de que sus actuaciones pueden generar algún perjuicio o daño, no toma o adopta las providencias necesarias para evitar o reducir los riesgos del daño y, aun así, decide actuar.

Sostiene Carlos Nino que, cuando el agente prevé que su actividad voluntaria causará probablemente un resultado al que se atribuye una cierta responsabilidad penal y tiene una disposición tal que habría actuado igualmente si hubiera previsto ese resultado como cierto, a esa actitud podría llamársele "imprudencia", si el agente no quiso resultado mismo como fin o como medio para otro fin⁴³⁵.

Por su parte, dice el mismo autor⁴³⁶, que la negligencia implica falta de conocimiento de las circunstancias o del resultado de la acción, y por lo tanto es incompatible con la afirmación de que el agente decidió voluntariamente actuar sabiendo que ello implicaba asumir cierta responsabilidad penal.

4.3.3.3 De los parámetros para la determinación de la responsabilidad subjetiva del funcionario por la comisión de daños patrimoniales por el ejercicio ilícito de la acción cautelar de la incautación de bienes en el proceso de extinción de dominio.

La sola existencia del hecho antijurídico, provoca el daño moral; pero su cuantificación o determinación de montos, siempre debe de comprobarse. Los daños psicológicos o morales, ciertamente son difíciles de probarse, sin embargo, puede establecerse la intensidad del dolo sufrido, gravedad de la falta, circunstancias personales, aflicción, angustia, desesperanza, ansiedad, tiempo de duración, situaciones medibles psicológicamente a través de herramientas de la materia, siempre que sean presentados al proceso⁴³⁷.

4.4. De la extinción de la acción en general

La acción u omisión ilícita, atribuida a una persona, suele generar varias responsabilidades, y cada una de ellas es deducida en el proceso o procedimiento que corresponda, previo al ejercicio de su respectiva acción. Por tanto, no se deben de confundir las causas de extinción de la responsabilidad o de la pena, con las causas de extinción de la acción. Así que, el no ejercicio de la acción o

⁴³⁵ **Carlos Santiago Nino**, Los límites de la responsabilidad penal, editorial Astrea, Buenos aires, 1980, p. 418.

⁴³⁶ **Carlos Santiago Nino**, óp. Cit. P. 424.

⁴³⁷ Así lo ha dicho la Sala de lo Civil de la CSJ, en sentencia dictada el 24 de junio de 2015, en proceso Ref. 230-CAC-2010, por sentencia dictada por la Cámara de la tercera sección del Centro de San Vicente, por supuesta infracción de ley, en el sub motivo de error de Derecho en la apreciación de la prueba.

continuidad de esta, el mero transcurso del tiempo, y en razón del principio de seguridad jurídica, produce efectos extintivos en la acción y, en la sanción, si una vez determinada, no se procede a su ejecución. Lo anterior, permite hablar de prescripción extintiva de la acción y de la sanción, respectivamente.

Otra forma de extinción de la acción, es el resarcimiento que el supuesto responsable hace a la persona afectada con sus acciones; la resolución por medio del cual se sobresee definitivamente al supuesto infractor, o la declaratoria o absolución dictada en favor del supuesto responsable.

Si se está ejerciendo una acción penal, hay que tener en cuenta que esta genera una responsabilidad civil y una penal; así que, unas son las causas de extinción de la acción penal del delito y otras, de la acción civil de este. Art. 45 C.Pr.Pn. La extinción de la responsabilidad penal, no extingue la responsabilidad civil; art. 125 C.Pn.

La responsabilidad penal tiene un carácter público y públicas son también las acciones penales, mientras que la responsabilidad civil es privada y sólo la persona afectada puede ejercer la acción civil. La responsabilidad civil se dirige al patrimonio del autor para procurar que repare los daños del delito y por su carácter patrimonial, puede buscar el patrimonio, aunque se encuentre en manos de terceros. La sanción –responsabilidad- civil, se rige por el principio del daño causado, este es su límite para evitar el abuso del Derecho y la arbitrariedad.

La restitución, la reparación y la indemnización; son modos de cumplir la responsabilidad civil del delito. La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o, en su defecto, el pago del respectivo valor.

La reparación, va referida a las cosas y tendrá en cuenta el precio de la cosa y la afección del agraviado; reconoce la reparación también de los daños morales. Los daños morales pueden tener una repercusión de orden material –dolor, descrédito profesional o puramente ideal –honor, honestidad, propia imagen-. El daño moral solo puede ser reestablecido mediante una valoración global de discrecional apreciación por el órgano judicial.

La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por los daños materiales o morales; puede reclamarla directamente el perjudicado, su familia o una tercera persona que acredite interés legítimo.

La responsabilidad civil puede ser directa, subsidiaria, solidaria. La primera es cuanto junto a los responsables penales, también serán responsables civiles directos sus herederos; o las personas jurídicas que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias como consecuencia de un hecho previsto en la ley penal, hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o pactada. Se trata de seguros de tráfico o en el ámbito profesional que cubre los riesgos de infracciones imprudentes. En los casos de coautoría se da una responsabilidad civil compartida entre la persona jurídica y el resto de los coautores no asegurados.

Es subsidiaria, está basada en un conjunto diverso de situaciones que sólo tienen en común el interés del legislador por evitar que finalmente, no pueda satisfacerse la responsabilidad civil, para ello prevé otras personas responsables distintas de quien cometió los hechos que guardaran con este una relación de subsidiaridad. Distingue el CP entre la responsabilidad civil subsidiaria común, cuando el responsable es una persona física, y especial, cuando es una persona jurídica.

Se puede transferir y, además, se aplica el derecho de preferencia y de repetición. La acción civil, el mismo CP reconoce que en cuestiones de extinción se seguirán las leyes civiles.

La acción de enriquecimiento injusto, se extingue por prescripción, art. 240 Cn., responde al principio civilístico de enriquecimiento sin causa, pues se exige no a quien realizó los hechos, sino al beneficiado.

La acción por enriquecimiento ilícito se extingue por prescripción, art. 11 de la ley de enriquecimiento ilícito; en similares términos lo propuso el art. 43 de la Ley de probidad que fue declarada inconstitucional.

4.4.1 De la extinción de la acción en los delitos en general.

Referirse a la extinción de la acción de los delitos, es analizar los motivos por los cuales, y una vez concurra el motivo en cuestión, la acción ya no despliega sus efectos; es decir, ya no es posible aplicar la sanción o reproche que para tal delito ha previsto el legislador. Ósea que, la acción ya no produce sus efectos, penales o civiles; salvo excepciones en virtud de las cuales, aunque la responsabilidad penal ya no se despliegue, la civil sí; art. 125 C.Pn.

Uno de los principios que rige el ordenamiento jurídico en general y penal en particular, es el de seguridad jurídica; previsto en los arts. 2, 21, 27 inciso 2 Cn.; en los que se reconoce el derecho a la seguridad –jurídica-, a la no retroactividad de las leyes y la prohibición de las penas perpetuas; de los que y como consecuencia, se desprende que los efectos de una infracción al ordenamiento jurídico, no puede estar desplegando sus efectos o consecuencias por siempre.

Por lo anterior, es que ya de forma concreta, el legislador penal, a partir del art. 31 del C.Pr.Pn., fija los motivos por los cuales se extingue la acción penal, entre las que destacan: la muerte del imputado, la prescripción de la acción penal, por mediación o conciliación, por la aplicación de un criterio de oportunidad, por revocación de la instancia particular, por el pago del máximo de la multa en los delitos sancionados con esta, por renuncia o abandono de la acusación o persecución exclusiva de la acción civil o por la muerte de la víctima en los delitos de acción privada; por el perdón de la víctima, por cumplimiento del plazo de prueba cuando se ha otorgado suspensión condicional del procedimiento,

por caducidad de la acción privada y cuando transcurra un año después de dictado un sobreseimiento provisional, sin que se haya solicitado reapertura⁴³⁸.

Se reitera que no es lo mismo la extinción de la acción penal, con la extinción de la pena –art. 96 C.Pn.–, pero que estas están relacionadas, pues si la acción se extingue, no habría lugar a la imposición de la pena que se establezca como reproche a la acción imputada.

Implica que, una vez declarada extinguida la acción penal, el supuesto infractor ya no deberá de responder por las consecuencias de la ilicitud de la acción; y que, en caso de ser procesado por ella, bien puede alegar en su defensa la concurrencia de las excepciones perentorias a las que diere lugar el motivo de extinción de la acción penal, e incluso, en algunas de ellas, el Juez las podría aplicar de oficio.

Para los efectos de la investigación, solo se desarrollarán aquellas causas que se relacionen o apliquen a los delitos de corrupción y por estar relacionada con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, y teniendo en cuenta que esta es autónoma, se reitera que, aunque el imputado de los delitos en cuestión sea declarado no responsable, bien podría enfrentar el proceso de extinción de dominio.

4.4.2 De la extinción de la acción penal en los delitos de corrupción.

Ya se ha dicho que, no es posible definir o enmarcar la corrupción a un solo delito tipo, y por tanto se acepta que esta sea penalmente combatida, tipificando –flexibilizando el principio de tipicidad– diversos actos de corrupción como delitos; por lo que, es necesario traer a cuenta los delitos que en esta investigación delimitamos y será sobre estos que se presentaran las causas de extinción de la responsabilidad penal.

Primero, se dejará constancia de cual o cuales, de las causas de extinción de la acción penal, no se aplican a los delitos de corrupción; así: la mediación o conciliación, por ser los delitos de corrupción pluri ofensivos y por cometerse en perjuicio de la colectividad; la revocatoria de instancia particular o por renuncia y abandono de la acción privada, por ser los delitos de corrupción de persecución oficiosa; el perdón o muerte de la víctima, por ser formalmente en perjuicio del Estado o de sus instituciones; o el pago del monto máximo de la multa, por estar estos delitos sancionados con pena privativa de libertad.

No obstante, lo anterior, y teniendo en cuenta el principio de mínima intervención y que los delitos de corrupción, pertenecen a los denominados delitos económicos, es pertinente analizar si debería de extinguirse la acción penal, si el imputado y antes de la sentencia penal en primera instancia –tal y como sucede con los delitos en contra de la Hacienda pública, art. 252 C.Pn.–, reembolsare el monto

⁴³⁸ **Gabriel Jaime Salazar y otros**, Derecho procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 2014, p. 256 y ss.

y sus beneficios que hubiere obtenido por medio de la acción ilícita corrupta; con lo que se evitaría lo dilatado e incierto del proceso penal, se evitaría además un eventual proceso de extinción de dominio y se obtendrían los fines esperados: restituir el bien o resarcir el perjuicio sufrido.

Si recordamos que los delitos de corrupción a los que me he referido en esta investigación⁴³⁹, entre los que se encuentra: Peculado, arts. 325 y 326; negociaciones ilícitas, art. 328; cohecho, arts. 330, 331 y 335; soborno transnacional, art. 335-A; enriquecimiento ilícito, art. 333; defraudación al fisco, art. 249; evasión de impuestos, art. 249-A; el art. 250 tipifica y sanciona el delito de apropiación indebida de retenciones o percepciones tributarias; en el art. 250-A, se tipifica y sanciona el delito de reintegros, devoluciones, compensaciones o acreditamientos indebidos; y en el art. 251, se tipifica y sanciona la proposición y conspiración para cometer los delitos antes mencionados; entre otros.

Sera entonces, a estos delitos a los que se le aplicaran las formas de extinción de la acción penal; primero se analizaran las formas de extinción que sean de aplicación a todos los delitos mencionados, luego las que lo sean a una parte de estos y finalmente, aquellas que lo sean a uno en particular; posteriormente, se reflexionara acerca de la posibilidad de que aun en el supuesto de absolución, se les pueda incoar el proceso de extinción de dominio.

La primera forma de extinción de la acción penal, aplicable a todos los delitos mencionados, es la muerte del imputado; debido a que la responsabilidad penal es personal, esta se extingue con el fallecimiento del supuesto responsable; pero bien puede subsistir la responsabilidad civil del delito.

La segunda forma de extinción de la acción penal, aplicable a los delitos antes citados, es la prescripción de la acción; consecuencia del principio de seguridad jurídica, nadie debe de estar expuesto indefinidamente en el tiempo, a que en su contra se franquee una acción penal por la supuesta acción u omisión delictiva. La acción penal prescribe según la forma o modalidad de su ejercicio y de la gravedad de la sanción; Art. 32 y ss. C.Pr.Pn.

La tercera forma de extinción de la acción penal, aplicable a todos los delitos comentados; es la aplicación de un criterio de oportunidad, el que por política criminal –art. 23 C.Pr.Pn.- y con el solo afán de desestructurar las redes de criminalidad de corrupción, se justificaría siempre y cuando concurren los supuestos que requiere el art. 18 y ss. del C.Pr.Pn., en lo pertinente, esto es: que el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho ilícito o brinde información que evite la continuación del mismo o que se cometan otros o contribuya decisivamente con el esclarecimiento de la participación de otros imputados.

Esta forma de extinción, sin duda es importante en los delitos de corrupción, los cuales suelen cometerse por estructuras complejas, difíciles de individualizar; la que debe de ser usada con criterios de objetividad y no dejando impune aquellos hechos que sean más graves que los que se pretenden esclarecer con el criterio de oportunidad concedido, pues de lo contrario, sería fácil caer en otro caso

⁴³⁹ Página 95 y ss.

de corrupción procesal. El criteriado, aun y cuando sea absuelto de la responsabilidad penal del delito, bien podría responder civilmente por este; art. 21 C.Pr.Pn.

También y siempre como una forma de expresión del principio de seguridad jurídica, se extinguirá la acción penal en todos los delitos en cuestión, si una vez decretado un sobreseimiento definitivo, transcurre un año sin que la FGR pida su reapertura; en cuyo, caso, el juez debe de proceder a dictar auto de sobreseimiento definitivo, todo, según los art. 31 No. 14 y 350 C.Pr.Pn.

En lo que a la suspensión condicional del procedimiento se refiere, como forma de extinción de la acción penal, que mencionan los arts. 31 No. 12 y 24 de C.Pr.Pn. en relación al art. 77 del C.Pn.; se debe de decir, que esta modalidad no aplica a todos los delitos que se han comentado, pues varios de ellos escapan a los presupuestos fijados, que son: sustantivos, que el delito tenga una pena privativa de libertad no mayor a tres años de prisión o con penas no privativas de libertad; adjetivas, que sea solicitado por las partes –fiscal y defensa-, que el imputado acepte su aplicación y que además admita los hechos que se le imputan, que se hayan reparado los daños causados por el delito o que se asuma la obligación de repararlos.

En los delitos en cuestión, esta forma solo se podría aplicar al delito de peculado por culpa, art. 326; puesto que los demás, todos tienen penas que exceden a los tres años de prisión; por lo que su aplicación sería muy restringida.

Una vez declarada la extinción de la acción, cualquier medida cautelar que se hubiere decretado en contra de la persona supuestamente responsable o sobre sus bienes o derechos; debe de pleno Derecho levantarse y de ser el caso, respondería el funcionario o el Estado, si hubiere lugar a daños y perjuicios.

Se puede entonces decir, que formalmente las causas de extinción de la acción en los delitos en general y en los delitos de corrupción en particular; ya están fijadas en el Código penal y en leyes penales especiales. Que la acción de extinción de dominio, dada su autonomía, no extingue la responsabilidad penal en los delitos de su procedencia; tampoco extingue la responsabilidad civil del delito.

La adopción de medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, tampoco extingue ni la acción penal en los delitos de corrupción, ni la responsabilidad civil de estos; pues como se ha dicho abundantemente, con su adopción no se decide el fondo del asunto que se ventila en el proceso en el que se dictan.

Dicho lo anterior, se debe de decir que la sola existencia de la acción de extinción de dominio y por su reciente data en El Salvador, no nos permite afirmar de si la expresada acción ha o no reducido los delitos económicos en general en los que procede, o la corrupción en particular; puesto que los casos que a la fecha se han judicializado, son en su mayoría previos a su vigencia.

Otra cosa que también es importante tener en cuenta es si dado el carácter ejemplarizante que se le ha querido impregnar a la jurisdicción en la que se tramita la acción de extinción, ha sido o no lo suficientemente utilizada, para generar el eventual efecto disuasorio que con ella se pretende; lo que, sin duda, se verá en años posteriores.

CONCLUSIONES

La política criminal, siguiendo postulados de la política económica nacional e internacional; ha debido replantearse a partir de la lesión masiva o pluri ofensiva de la criminalidad económica o macro criminalidad financiera; para alcanzar niveles de eficiencia adecuados.

La acción de extinción de dominio, es un instrumento de la política criminal internacional, adoptada por El Salvador; que combate principal y generalmente la criminalidad transnacional y económica, y los delitos de corrupción en particular; acción que se adecua o acomoda de mejor manera en el Estado social de Derecho; por la función que ahí cumple la propiedad. Esta acción, es una versión mejorada del comiso sin condena.

La acción de extinción de dominio, vista formalmente y dada su naturaleza autónoma; no extingue la eventual acción penal, civil o administrativa a la que podrían dar lugar sus supuestos de procedencia, y, por tanto, no le es aplicable el principio de no dos veces lo mismo, por no concurrir en esta, el mismo ordenamiento jurídico habilitante.

Las medidas cautelares, por estar fundadas principalmente en la verosimilitud o apariencia de buen derecho y en el peligro de la demora; no pre juzgan o anticipan criterio en la acción de extinción de dominio, ni en la acción penal en los delitos en general o de corrupción que la habilitan.

Las medidas cautelares dictadas en función del ejercicio de la acción de extinción de dominio, y atendiendo a lo reservado de la investigación, han sido decretadas preliminarmente por la FGR, avaladas por el Juez especializado de extinción y luego materializadas por la FGR.

La FGR, una vez ha materializado las medidas cautelares, procede a hacer entrega de los bienes o derechos incautados al CONAB para su administración provisional; quien, a partir de ahí y según el Derecho común, se vuelve un depositario judicial y, por tanto, sujeto a una eventual responsabilidad por su mala administración.

El CONAB, en el ejercicio de la administración provisional de bienes incautados, y previa presentación de la respectiva póliza de seguros; ha asignado en uso provisional a la PNC y FGR bienes muebles e inmuebles, para fortalecer la capacidad institucional de estas, especialmente las relacionadas con el combate al delito económico.

El CONAB, dentro la denominada administración provisional de los bienes cautelados, y según la naturaleza de estos; ha ejercido en tales bienes, actos propios de dueño, como la venta anticipada o la destrucción de los bienes; con lo que y aunque la norma se lo permita; se ha excedido en lo que a administración provisional se refiere.

La tutela judicial efectiva y, por tanto, la tutela administrativa efectiva; implican la inexistencia de sectores inmunes al control judicial y a la pronta y cumplida justicia; por tanto, es viable afirmar que quien se vea afectado por la adopción de medidas cautelares en ocasión del ejercicio de la extinción

de dominio, administrativas o judiciales, puede y debe recurrir de forma ordinaria o extra ordinaria la resolución que considera gravosa.

En atención a la naturaleza de la acción de extinción de dominio y al proceso que se diligencia, son de aplicación supletoria tanto las normas del Código procesal penal como las del Procesal civil y mercantil; así: En la fase investigativa, prueba y recursos, el CPP; en la fase procesal, las del CPCM. Contribuiría a la eficacia de estas, si en la LEDAB, se fijara el procedimiento de tales medidas.

Los jueces y demás funcionarios que intervienen en el proceso de extinción de dominio, de forma deliberada no están ejerciendo control de convencionalidad, sobre la base de tratados de derechos humanos, a las normas secundarias y terciarias que habilitan el ejercicio de la acción de extinción de dominio.

El Estado por el desempeño doloso, culposo o negligente de sus empleados o agentes; debe de responder subsidiariamente a quien le ocasionen daños y deducirles responsabilidad a sus servidores públicos. El Estado como persona del Derecho público o del Derecho privado es responsable extracontractualmente por acciones u omisiones de sus agentes, en los límites de sus funciones.

El Estado y/o sus funcionarios, deben de responder por los daños y perjuicios que causen por la adopción de medidas cautelares en el ejercicio de la acción de extinción de dominio, una vez sea desestimada la acción.

Las instituciones que integran el sistema de justicia y que tienen competencia en el ejercicio de la acción de extinción de dominio; no llevan estadísticas que permitan determinar si esta acción a o no reducido la criminalidad económica en general ni a la corrupción en particular.

INDICE BIBLIOGRAFICO UTILIZADO:

DOCTRINA:

A) LIBROS:

- 1.- Adán Nieto Martín y otros, Derecho penal económico, Textos de apoyo No. 5, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2009.
- 2.- Adán Nieto Martín, la corrupción en las transacciones comerciales internacionales; Estudios de Derecho penal, Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, 2004.
- 3.- Aida Kemelmajer de Carlucci, La cláusula penal; Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
- 4.- Alberto Martín Binder, Tensiones político criminales en el proceso penal, Monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, 1ª. Edición, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016.
- 5.- Alicia Gil Gil y otros, Derecho penal internacional; edición Dykinson, Madrid, 2016.
- 6.- Ana Isabel, Cerezo Domínguez; Análisis jurídico penal de la figura del comiso, Granada, Editorial Comares, 2004.
- 7.- Ana Isabel Pérez Cepeda, La política criminal internacional contra la corrupción; Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña; Universidad de Salamanca, España, 1a. edición, 2012.
- 8.- Antonio-Enrique Pérez Luño, la seguridad jurídica, Ariel Derecho, Barcelona 1991.
- 9.- Armando Antonio Serrano y otros, Manual de Derecho procesal penal, 1ª. edición de PNUD/El Salvador, 1998.
- 10.- Athanasios Hristoulas, El terrorismo y los cambios en el sistema internacional; Revista mexicana de Derecho público, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.
- 11.- Bernabel Moricete Fabián y otros, las medidas cautelares y las sanciones; Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2007.
- 12.- Carlos Santiago Nino, Los límites de la responsabilidad penal, editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.
- 13.- Carlos Abraham Calderón Paz, Derechos humanos versus impunidad: una aproximación al funcionamiento y alcances de la CICIG; 1ª. Edición, Guatemala, 2017.
- 14.- Carlos Báez Silva, inconstitucionalidad por omisión; Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. edición, México, 2014.
- 15.- Carlos Eduardo Cárdenas Chinchilla, Persecución penal del patrimonio ilícito criminal, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.
- 16.- Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Dolo, culpa y omisión en el lavado de dinero y activos: un enfoque desde la teoría del delito y el Derecho penal económico; monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, publicado por la Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, el Salvador, 2016.

- 17.- Carl Smith, *Leviatán: En la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Editorial Stuhart, y Cia., Argentina, 2002.
- 18.- Claus Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, 2ª. Edición, 1ª. Re impresión, Editorial Hamurabi, Argentina, 2002.
- 19.- Delmer Edmundo Rodríguez Cruz, *Conceptualización del Derecho penal económico*, Monográfico: Debate sobre el sistema penal y penitenciario, 1ª. Edición, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016.
- 20.- *De terrorismo y Derecho penal*, Grupo latino americano de estudios sobre Derecho penal internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015.
- 21.- Edgar Gutiérrez, *Guatemala fuera de control: la CICIG y la lucha contra la impunidad*; Revista Nueva sociedad, No. 263, Argentina, 2016.
- 22.- Edwin Hardin Sutherland, *el delito de cuello blanco*, edición de La Piqueta, Madrid, 1999.
- 23.- Eduardo Gamero Casado y otro, *Manual básico de Derecho administrativo*, 13ª. Edición, Editorial Tecnos, 2016, Madrid.
- 24.- Eduardo García de Enterría y otro, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II; 3ª. Edición, Civitas, Madrid, 1991.
- 25.- Ernesto Bustelo, *responsabilidad contractual y derechos humanos*; obra monográfica colectiva coordinada por Almudena Fernández Carballal, *contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.
- 26.- Elena Larrauri Pijoan y otros, *Monografía de ciencias penales*, Cap. I *Nociones de criminología y política criminal*; 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001.
- 27.- Federico Morandini, *Acceso a la información pública en las contrataciones públicas*, Monografía; publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.
- 28.- Fernando de Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad del Perú, Fondo Editorial, Séptima Edición, Perú, 2001.
- 29.- Florentín Meléndez Padilla, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*, edición especial, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2005.
- 30.- Heleno Claudio, *Terrorismo y criminalidad política*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- 31.- Francesco Carnellutti, *sistema de Derecho procesal civil*, Edición Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1944.
- 32.- Francisco Muñoz Conde; *Derecho penal, parte general*, editorial Tirant lo Blanc, 8ª. Edición revisada, Valencia, 2010.
- 33.- Francisco Muñoz Conde y otros, *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo*, Tirant Lo Blanch editores, Uruguay, 2003.
- 34.- Francisco Ternera Barrios, *Las medidas cautelares sobre sociedades*; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia, 2015.

- 35.- Gabriel Jaime Salazar y otros, Derecho procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 2014.
- 36.- Héctor Fix Fierro, Eficiencia y eficacia en la administración de justicia, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 1ª. edición, 2014, México.
- 37.- Hernán Alonso Correa Méndez. Facultad de Derecho, Medida Cautelar de Secuestro en el Proceso de Extinción de Dominio, Universidad Católica de Colombia, Colombia, 2017.
- 38.- Hernan Schlageter, Corrupción, instituciones arcaicas y posibles soluciones; publicado en Instituciones y democracia en El Salvador, edición de Konrad Adenauer Stiftung, El Salvador, 1994.
- 39.- Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Corrupción y Derecho penal: Condicionantes internacionales y reformas del Código penal; Monográfico: Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario; 1ª. Edición, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016.
- 40.- Iñaki Rivera Beiras y otros, Política criminal y sistema penal; Antropos editorial, Barcelona, 2005.
- 41.- Jaime Edwin Martínez Ventura, El delito de terrorismo en El Salvador, Monográfico Terrorismo y Derecho penal, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015.
- 42.- Javier Dondé Matute, Existe el Derecho penal internacional; Revista Mexicana de Derecho público, No. 3, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.
- 43.- Jorgelina Yedro, medidas cautelares, Tomo I; Edición Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.
- 44.- Jorge Mosset Iturraspe, Estudios sobre responsabilidad por daños, Tomo iv, editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 1982.
- 45.- José Antonio Choclán Montalvo, Sobre las tendencias de orientación de la política criminal a la consideración de los aspectos patrimoniales de los delitos, Universidad de la Rioja, España, 2000.
- 46.- José Antonio Pastor Ridruejo, Curso de Derecho internacional público y de Organizaciones internacionales, 8ª. Edición, Editorial Tecnos, España, 2002.
- 47.- José Antonio Vázquez Taín, Grandes juicios de la historia, Espasa Editores, Barcelona, 2018.
- 48.- José Enrique Silva, la responsabilidad de los jueces en la aplicación interna de la normativa internacional sobre derechos humanos, obra colectiva lectura sobre derechos humanos, coordinada por la PDDHH y ONUSAL, El Salvador, 1994.
- 49.- José María Méndez, derecho de indemnización por violación a los derechos humanos por error judicial; obra colectiva Lectura sobre derechos humanos, coordinada por la PDDHH y ONUSAL, El Salvador, 1994.
- 50.- José Roberto Barriere Ayala, el marco legal de los contratos públicos en El Salvador; Edición B y G consultores, El Salvador, 2015.
- 51.- Jorge Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª. edición ampliada y actualizada, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- 52.- José Zamyra Vega Gutiérrez, El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios; Libro homenaje a Claus Roxin, Fundación internacional de ciencias penales y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú, 2018.

- 53.- Juan Guillermo Duran, reflexiones sobre la buena fe en el Derecho, Universidad de La Sabana, vol. 2, Colombia, 1988.
- 54.- Juan Manuel Mayorca, Criminología, 3ª. Edición, Caracas, 1981.
- 55.- Juan Selles Ferreiro, Tratamiento procesal de la delincuencia organizada, 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2006.
- 56.- Kai Ambos y otra, terrorismo y Derecho internacional consuetudinario; Monográfico Terrorismo y Derecho penal, edición de Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015.
- 57.- Kevin M Sthephenson y otros, Barreras para le recuperación de activos, publicación del Banco internacional de reconstrucción y fomento/Banco mundial, Washington, 2014.
- 58.- Las Naciones Unidas y la prevención del delito, Departamento de información pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1991.
- 59.- Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Derecho de daños, 1ª. Edición, Civitas, Madrid, 1999.
- 60.- Luis Guillermo Velásquez, Bienes; Editorial Temis, Duodécima edición, Colombia, 2010.
- 61.- Loretta Ortiz Ahlf, Derecho internacional público, tercera edición, Oxford editores, México, 2006.
- 62.- Manual de procedimientos de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio, Edición de la Fiscalía General de la Nación, Colombia, 2009.
- 63.- Manuel Atienza, Introducción al Derecho, Barcanova, Barcelona, 1985.
- 64.- Manuel Ortells Ramos, Las medidas cautelares, Editorial La Ley, Madrid, 2000.
- 65.- Marcus Felson y otro; La ocasión hace al ladrón. teoría práctica para la prevención del delito; publicación de la Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2008.
- 66.- Marina Mariani de Vidal, Derechos reales, Tomo 1, 7ª. Edición actualizada, Víctor P de Zavalía S.A., Buenos Aires, 2004.
- 67.- Marina Mariani de Vidal, Derechos reales, Tomo 2, 7ª. Edición actualizada, Víctor P de Zavalía S.A., Buenos Aires, 2004.
- 68.- Marina Gascón Abellán, Interpretación y argumentación jurídica, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003.
- 69.- Mario David Ruiz Cabello, Extinción de dominio: una herramienta del Derecho civil ante la ineficacia del Derecho penal; publicado en Revista Alegatos, No. 77, México, 2011.
- 70.- Martín Alexander Martínez Osorio, El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales, edición de Save the Children El Salvador y el Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2008.
- 71.- Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho de la información, 1ª. edición de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2008.
- 72.- Marta García Mosquera, La personalidad jurídica de empresas transnacionales en la Unión europea; Libro homenaje a Claus Roxin, Fundación internacional de ciencias penales y Universidad Inca Garcilaso de la Vega del Perú; 2018.

- 73.- Miguel Antonio Guevara Quintanilla, en el derecho de acceso a la información pública y su relación con la cultura para la paz; 1ª. Edición, Impresora Panamericana, El Salvador, 2017.
- 74.- Miriam Geraldine Aldana Revelo, El proceso de extinción de dominio en El Salvador, Edición de la Unidad Técnica Ejecutiva del sector justicia, El Salvador, 2019.
- 75.- Miriam Geraldine Aldana Revelo y otro, Reglas de prueba en el proceso penal salvadoreño, edición de la Fiscalía General de la Republica, El Salvador, 2014.
- 76.- Miriam Mabel Ivanega, Control público, editorial Astrea, Argentina, 2016.
- 77.- Norberto Javier de la Mata Barranco, Los delitos de corrupción como delito contra la Administración: el objeto de tutela penal frente a ellos; en monográfico: debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, 1ª. Edición, publicado por la Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2016.
- 78.- Pablo Schiavi, El combate a la corrupción en materia de contrataciones públicas en Iberoamérica: especial referencia al caso uruguayo; Colección monográfica contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales, Instituto nacional de administración pública, Madrid, 2017.
- 79.- Pardo Ardila, J.E. La extinción de dominio, partes y tercería; Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2013.
- 80.- Patricia Jacqueline Feria Bello y otros, Bienes en el proceso penal, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Científicas y Ciencias Forenses; Colombia, 2009.
- 81.- Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares, Ara ediciones, Lima, 2006.
- 82.- Piero Calamandrei, Las providencias cautelares. Leyer editores, Bogotá D.C., 2009.
- 83.- Ricardo Pérez Manrique, Convención interamericana contra la corrupción: desafíos para el poder judicial, ponencia del seminario El poder judicial frente a la corrupción, Montevideo, Uruguay, 1998.
- 84.- Rodolfo Luis Vigo, ética y responsabilidad judicial, 1a. edición, Rubinzal –Culzoni, Santa Fe, 2007.
- 85.- Rubén Taramona, Procesos de ejecución y procesos cautelares, Lima, Huallaga, 1996.
- 86.- Teresa, Manso Porto; El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado; Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011.
- 87.- Wilson Alejandro Martínez Sánchez, La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Colombia, 2015.

B) REVISTAS:

- 1.- Adán Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal; Revista Ventana Jurídica No. 8, Año IV, volumen 2; Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.
- 2.- Alberto Martín Binder, en Política criminal, Derecho penal y sociedad democrática; conferencia dictada en el 1er. Congreso de ciencias penales, Derecho constitucional y derechos humanos, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, septiembre de 1992.

- 3.- Alberto Molinario, Derecho patrimonial y derecho real; citado por Camilo Antonio Velado Escobar, La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencial de sus principales instituciones; XI Certamen de investigación jurídica, publicado por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 1ª. Edición, El Salvador, 2017.
- 4.- Alfonso Bonilla Hernández, Fundamentos y práctica de la auditoria gubernamental; Ley de Corte de cuentas y control de la corrupción en El Salvador; publicación de la Asociación Probidad y Konrad Adenauer Stiftung, 1995.
- 5.- Alicia Ferrer Montenegro, Derechos económicos y derechos humanos: defensa contra la corrupción; Revista Uruguay de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.
- 6.- Augusto Duran Martínez, en Derechos humanos y corrupción administrativa, Revista Uruguay de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.
- 7.- Beatriz Venturini, el precio de los derechos humanos; Revista Uruguay de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.
- 8.- Berta Feder, la irrupción de la materia penal en el Derecho internacional; Jornadas de Derecho Internacional, revista publicada por la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, Uruguay, 1999.
- 9.- Borja Mapelli Caffarena, La responsabilidad civil del delito; Revista jurídica Ventana, No. 4, Año II, volumen 2; Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2004.
- 10.- Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Fundamentos de Derecho penal; Revista Ensayos para la capacitación penal, Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2003.
- 11.- Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Los aspectos criminológicos de la victimización; Revista Jurídica, año 6, número 1, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, El Salvador, 2006.
- 12.- Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador; Revista Ventana jurídica, No. 8, año IV, volumen 2; Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2008.
- 13.- Carlos Ernesto Sánchez Escobar, la participación delictiva en la criminalidad organizada, Revista Venta jurídica, No. 10, año VI, volumen 1, Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2013.
- 14.- Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa; Revista Ventana jurídica, No. 11, año VII, Volumen I; Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2014.
- 15.- Carlos Luis Martínez Artiga, Doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia, Revista de ciencias jurídicas Nuncius Iure, No. 11, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad modular abierta, El Salvador, 2019.

- 16.- Camilo Antonio Velado Escobar, La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: Breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencia de sus principales instituciones; XI Primer certamen de investigación jurídica, publicado por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, El Salvador, 2017.
- 17.- Dayhanna Jimena Angarita Salazar y otros, Hacia la contra cautela innominada: una materialización de la igualdad procesal; Revista de Derecho procesal contemporáneo, edición enero – junio de 2016, Bogotá, Colombia.
- 18.- Disraely Omar Pastor, Constitución y política criminal, Revista Derecho de la Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VI, número 1, 2006.
- 19.- Eduardo de Urbano Castrillo, La lucha contra la corrupción, desde la perspectiva judicial; Revista Jurídica Ventana, No. 6, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2006.
- 20.- Fernando Parducci Puglia, Aplicación del Derecho de origen internacional de los derechos humanos en la jurisdicción domestica de los Estados; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.
- 21- FUSADES, Sector privado: agente de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción, Boletín de estudios legales, El Salvador, 2019.
- 22.- FUSADES, Elementos necesarios para una adecuada Ley de extinción de dominio, Boletín de estudios legales, No. 149, El Salvador, 2013.
- 23.- Gestión fronteriza integral, modulo I, referido a la gestión de fronteras, Organización internacional para las migraciones, Perú, 2012.
- 24.- Gestión fronteriza integral, Organización Internacional para las migraciones, Modulo II, referido a la movilidad humana, Perú, 2012.
- 25.- Gestión fronteriza integral, Modulo III, relativo al control migratorio, Organización Internacional para las migraciones, Perú, 2010.
- 26.- Gestión fronteriza integral, Organización Internacional para las migraciones, Modulo V, referido al tráfico ilícito de migrantes, Perú, 2012.
- 27.- Gestión fronteriza integral, Organización Internacional para las migraciones, Modulo VI, referido a la protección de personas ante el crimen organizado transnacional, Perú, 2012.
- 28.- Gilberto Ramírez Melara, Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal; Revista Derecho, Época IV, números 14 y 15, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, 1999.
- 29.- Gilberto Ramírez Melara, las medidas cautelares en el proceso civil; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época V, Numero 1, 2001.
- 30.- Israel Creimer, El derecho al secreto bancario; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.

- 31.- Iván Meini, la pena: función y presupuestos; Revista Ventana jurídica, No. 11, año VII, Volumen 1 de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2014.
- 32.- Jaime Martínez Ventura, Maras y crimen organizado: relación y diferencias; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VII, Numero 2, 2010.
- 33.- José Carlos Chinchilla Coto, Las tensiones socio jurídicas que en el siglo XXI amenazan la legitimidad de la administración de justicia; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VII, Numero 3, 2011.
- 34.- José David Campos Ventura, La investigación del delito: una aproximación desde la perspectiva del Estado de Derecho; Revista Derecho, Época IV, No. 1, de la Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, 1995.
- 35.- José Luis Said, corrupción y después: notas sobre contratación pública espúrea; Cuadernos de Mariñan 2015, VIII Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano, Edición de la Diputación provincial de la Coruña, España, 2018.
- 36.- José María Ayala Ayala, Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: finalidad y criterios a considerar; Tercer congreso de Derecho administrativo en El Salvador, publicado por la Corte Suprema de Justicia, 2016.
- 37.- Juan Pablo Pio Guarnieri, de la relación entre el financiamiento de los partidos políticos y el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración; IX Jornadas de Derecho administrativo ibero americano 2016, Cuadernos de Mariñan; edición de la Diputación Provincial de La Coruña, España, 2018.
- 38.- Julio Olivo Granadino, aproximación conceptual al fenómeno de la responsabilidad de la empresa y el nuevo Derecho de soft law en la sociedad global; Revista Derecho, No. 1, Época VII, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, 2010.
- 39.- Luis Hernando Valero Montenegro, Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal, Revista Vía lures, junio 2009, Fundación Universitaria los libertadores, Colombia.
- 40.- Maite Aguirrezabal Grünstein, Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental, Revista Derecho, No. 23, Facultad de ciencias jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Chile, 2016.
- 41.- Manuel Alberto Restrepo Medina, Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial; Revista Vniversitas, núm. 112, de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2006
- 42.- Mariana Malet Vázquez, Factores que influyen sobre la corrupción, los efectos que esta provoca y propuestas para erradicarla; Revista Uruguay de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.

- 43.- Martín Prats, *Corrupción, Estado de Derecho y control de la sociedad civil*; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capítulo Uruguay; 2002.
- 44.- Mirian Mabel Ivanega, *La responsabilidad patrimonial de la Administración y de los servidores públicos*; Revista del VI Congreso de Derecho administrativo en El Salvador, publicado por la Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2019.
- 45.- Mónica Adriana Rizzi, *La prevención de la corrupción: instrumento indispensable para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*; VIII Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano 2015, Cuadernos de Mariñán, edición de la Diputación provincial de La Coruña, España, 2018.
- 46.- Nerio Martínez, José Norberto; *Introducción a las teorías de la pena*, Revista Jurídica, año 6, número 1, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, 2001.
- 47.- Oscar Fernández, *Crisis del Derecho penal burgués: un enfoque crítico del Estado de Derecho*; Revista Derecho, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, Época VII, Número 2, 2010.
- 48.- Patricia Faraldo Cabana, *Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa en el Código penal de El Salvador*; Revista Ventana jurídica No. 9, Año V, Volumen 1, publicada por la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura El Salvador, 2011.
- 49.- Ricardo Alberto Miranda Miranda, *De la teoría de la pena estatal a los principales problemas de política criminal que se suscitan en torno a la pena de prisión en El Salvador*, VII Certamen de investigación jurídica, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, El Salvador, 2013.
- 50.- Ricardo Alberto Langlois Calderón, *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio y diferencias con el Derecho civil, penal y administrativo*; X Certamen de investigación jurídica, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, El Salvador, 2016.
- 51.- Ricardo Mena Guerra, *Particularidades y matizaciones de los principios del Derecho administrativo sancionador*; Revista del VI Congreso de Derecho administrativo en El Salvador, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2019.
- 52.- Rodrigo de Souza Costa, *Terrorismo: un abordaje crítico*, Revista de ciencias jurídicas de la Universidad de Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, año I, No. 1, 2002.
- 53.- Rutilio Antonio Díaz Martínez, en su artículo denominado "Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal: especial referencia al Derecho salvadoreño, publicado en la Revista jurídica Ventana, No. 6, año III, volumen 2, Escuela de capacitación judicial del Consejo nacional de la judicatura, El Salvador, 2005.
- 54.- Samuel Aliven Lizama, *Requisitos Para Limitar Derechos Fundamentales en el Proceso Penal* Revista Jurídica La Ventana, publicada por el Consejo Nacional de la Judicatura y Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, año V, volumen 1, El Salvador, 2011.

- 55.- Silvia Izquierdo, Reparación e indemnización a víctimas de violaciones a derechos humanos; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.
- 56.- Tadeo Leandro Fernández, “Confiscación sobre el producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos”, Revista Pensar en Derecho, N° 1, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- 57.- Valero Montenegro, Luis Hernando, Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de Extinción del Dominio y en el comiso penal. Revista Vía Iuris. N° 6. Enero-junio de 2009.
- 58.- Vianney González López, Los costos de la corrupción en la estructura costo-país; Revista Uruguaya de Derechos humanos y corrupción, publicación de la Comisión de lucha contra la corrupción, Capitulo Uruguay; 2002.
- 59.- Víctor Rafael Hernández Mendible, La prevención de la corrupción y la contratación pública; Cuadernos de Mariñan 2015, VIII Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano, Edición de la Diputación provincial de la Coruña, España, 2018.
- 60.- Werner Ovalle Ramírez, la agenda de seguridad en Centroamérica, Colección de estudios centroamericanos, No. 4, edición de la Fundación ETEA, San Salvador, 2013.

C) TESIS:

- 1.- Carolina Mejía Liévano, Responsabilidad disciplinaria del servidor público en materia de contratación estatal, Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho; Colombia, 2006.
- 2.- Gilmar Giovanni Santander Abril, Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas; Tesis de Maestría en Derecho penal, de la Universidad Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca; Bogotá, 2018.
- 3.- Jenner Alonso Tobar Torres, Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia; Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, 2013.
- 4.- José Iván Caro Gómez, Los terceros en la acción de extinción de dominio en Colombia; Tesis de maestría, Universidad libre, Instituto de pos grado, maestría en Derecho penal, Colombia, 2011.
- 5.- Patricia Vargas González, El comiso del patrimonio criminal; Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012.
- 6.- Melissa Muñoz Ramírez y otra, La extinción de dominio y la afectación de derechos: un análisis comparativo; tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2017.

LEGISLACION:

A) NACIONAL:

- 1.- Constitución de la Republica de El Salvador, Decreto constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. No. 234 del 16 de diciembre de 1983.
- 2.- Código penal, D.L. 1030 del 26 de abril de 1997 y publicado en el D.O. No. 105, Tomo 355 del 10 de junio de 1997.

- 3.- Código procesal penal, D.L. 733 del 16 de enero de 2009, publicado en el D.O. No. 20, Tomo 382 del 30 de enero de 2009.
- 4.- Código de comercio, D.L. 671 del 8 de mayo de 1970; publicado en el D.O. No. 140, Tomo 228, del 31 de julio de 1970.
- 5.- Código Civil, Decreto ley, del 23 de agosto de 1859, publicado en la Gaceta Oficial No. 85 - Tomo 8 del 14 de abril de 1860.
- 6.- Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, D.L. 534 del 13 de noviembre de 2013, publicado en el D.O. 223, Tomo 401 del 28 de noviembre de 2013.
- 7.- Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal; D.L. No. 458 del 1 de septiembre de 2010, publicada en el D.O. No. 169, Tomo 388 del 10 de septiembre de 2010.
- 8.- Ley especial contra actos de terrorismo, D.L. No. 108 del 21 de septiembre de 2006 publicado en el D.O. No. 193, tomo No. 373, del 7 de octubre de 2006; reformada por D.L. No. 348 publicado en el D.O. No. 81, tomo 411 del 3 de mayo de 2016.
- 9.- Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, D.L. número 190 del 20 de diciembre de 2006, publicado en el D.O. No. 13, Tomo No. 374, del 15 de enero de 2007.
- 10.- Ley especial contra la trata de personas, D.L. No. 824 del 16 de octubre de 2014; publicado en el D.O. No. 213, Tomo 405 del 14 de noviembre de 2014.
- 11.- Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, D.L. 2833 del 8 de mayo de 1959, publicado en el D.O. No. 87 del 24 de abril de 1959.
- 12.- Ley de procedimientos administrativos, aprobada por D.L. No. 856, publicado en el D.O. No. 30, Tomo 418 del 13 de febrero de 2018 y vigente desde el 14 de febrero de 2019.
- 13.- Ley contra el lavado de dinero y activos, D.L. No. 498 del 2 de diciembre de 1998; publicado en el D.O. No. 240, Tomo 341 del 23 de diciembre de 1998; reformada por D.L. 104, publicado en el D.O. 173, Tomo 408 del 23 de septiembre de 2015.
- 14.- Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, D.L. 153 del 2 de octubre de 2003; publicado en el D.O. No. 208, Tomo 361 del 7 de noviembre de 2003.
- 15.- Ley especial para la intervención de las telecomunicaciones, D.L. 285, del 18 de febrero de 2010; publicado en el D.O. No. 51, Tomo 386, del 15 de marzo de 2010.
- 16.- Ley especial contra el delito de extorsión, D.L. No. 953, publicado en el D.O. No. 56, Tomo 406, del 23 de marzo de 2015.
- 17.- Ley de ética gubernamental D.L. No. 873 del 13 de octubre de 2011; publicado en el D.O. No. 229, Tomo No. 393 del 7 de diciembre de 2011.
- 18.- Ley especial contra la trata de personas, D.L. No. 824, del 16 de octubre de 2014; publicado en el D.O. No. 13, Tomo 405, del 14 de noviembre de 2014.

- 19.- Ley de partidos político, D.L. No. 307 del 14 de febrero de 2013, publicado en el D.O. No. 40, el 27 de febrero de 2013.
- 20.- Ley general de los deportes en El Salvador, D.L. No. 469 del 15 de noviembre de 2007, publicada en el D.O. No. 235, del 17 de diciembre de 2007.
- 21.- Ley de mejora regulatoria, D.L. No. 202, del 12 de diciembre de 2018, publicado en el D.O. No. 5, Tomo 422, del 9 de enero de 2019.
- 22.- Ley de acceso a la información pública, D.L. No. 534 del 2 de diciembre de 2010, publicado en el D.O. No 70 el 8 de abril de 2011.
- 23.- Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública, D.L. No. 868 del 5 de abril de 2000, publicado en el D.O. No. 88 del 15 de abril de 2000.
- 24.- Ley para la devolución o venta en pública subasta de vehículos automotores o piezas automotrices secuestrados o decomisados, D.L. No. 251 del 22 de enero de 2004, publicado en el D.O. 32, tomo 362 del 17 de febrero de 2004.
- 25.- Ley orgánica de la Fiscalía General de la Republica, D.L. 1037 del 27 de abril de 2006; publicado en el D.O. 95, del 25 de mayo de 2006.
- 26.- Ley orgánica de la Policía Nacional Civil, D.L. No. 653, del 6 de diciembre de 2001; publicado en el D.O. No. 240 del 19 de diciembre de 2001.
- Decreto de reforma a la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, D.L. 355, publicado en el D.O. 87, Tomo 411, del 12 de mayo de 2016.
- 27.- Decreto de reforma a la ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, D.L. 734 del 18 de julio de 2017; publicado en el D.O. No. 137, Tomo 416 del 24 de julio de 2017.
- 28.- D.L. 714, creación del Juzgado especializado de extinción de dominio y de asignación de competencia transitoria a la Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro; del 13 de junio de 2014, publicado en el D.O. 109, Tomo 403, del 13 de junio de 2014.
- 29.- Reglamento de la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de bienes de origen o destinación ilícita; Decreto ejecutivo No. 72, del 28 de mayo de 2014, publicado en el D.O. número 98, del 30 de mayo de 2014.
- 30.- Reglamento de la ley de acceso a la información pública, Decreto ejecutivo No. 136, del 1 de septiembre de 2011, publicado en el D.O. No. 163, Tomo 392, del 2 de septiembre de 2011. Declarado inconstitucional.
- 31.- Reglamento de la Ley de ética gubernamental, Acuerdo No. 48, del 13 de febrero de 2013, publicado en el D.O. No. 58, Tomo 399 del 2 de abril de 2013.
- 32.- Reglamento relativo a la dirección funcional del fiscal general de la República en la policía nacional civil, Decreto Ejecutivo No. 33, del 21 de abril de 1994, publicado en el D.O. No. 85, Tomo 323 del 9 de mayo de 1994.

- 33.- Política de persecución penal de la Fiscalía General de la Republica, promulgada mediante Decreto de la FGR, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; publicado en el Diario Oficial No.172, Tomo No. 416, del dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete.
- 34.- Disposiciones especiales para la protección integral de los miembros de la policía nacional civil, fuerza armada, dirección general de centros penales, fiscalía general de la república y órgano judicial, D.L. 824, del 1 de noviembre de 2017, publicado en el D.O. 213, del 15 de noviembre de 2017.
- 35.- Resolución del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Administración de Bienes según Acuerdo No. 2. -Punto No 5, Sesión ordinaria No.9 de fecha 30 de abril del año 2015.
36. Código de ética de los servidores públicos de la Corte de Cuentas de la Republica, julio de 2016.

B) INTERNACIONAL:

- 1.- Carta de la Organización de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco, el 26 de junio de 1945; ratificada por D.L. 134 del 12 de julio de 1945; publicado en el D.O. 191 del 4 de septiembre de 1945.
- 2.- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ratificada por D.L. No. 655 el 14 de septiembre de 1993, publicado en el D.O. No. 198, Tomo 321 del 25 de octubre de 1993.
- 3.- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ratificada por D.L. 164 del 16 de octubre de 2003, publicada en el D.O. 211, Tomo 361 del 12 de noviembre de 2003.
- 4.- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Mérida, en diciembre de 2003 y ratificada el por D.L. No. 325 del 25 de junio de 2004, publicado en el D.O. N° 131, Tomo N° 364, del 14 de julio de 2004.
- 5.- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena, en 1988; ratificada por D.L. No. 655 del 14 de septiembre de 1993, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 321, del 25 de octubre de 1993.
- 6.- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena, el 19 de diciembre de 1988; ratificada por D.L. N° 655, del 14 de septiembre de 1993, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 321, del 25 de octubre de 1993.
- 7.- Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado por D.L. No. 197 del 26 de noviembre de 2015; publicado en el D.O. No. 236, Tomo 409, del 22 de diciembre de 2015.
- 8.- Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá, en 1948; ratificada por El Salvador, por D.L. publicado en el D.O. No. 130 del 15 de junio de 1950.
- 9.- Convención Interamericana contra la corrupción; suscrita en Caracas, en 1996, ratificada por D.L. N° 351, del 9 de julio de 1998, publicado en el D.O. N° 150, Tomo 340, del 17 de agosto de 1998.
- 10.- Convenio marco de seguridad democrática en centro américa, adoptado en Honduras, el 15 de diciembre de 1995 y ratificado por D.L. No. 947 del 22 de enero de 1997, publicado en el D.O. N° 31, Tomo 334, del 17 de febrero de 1997.

- 11.- Tratado marco de seguridad democrática en centro américa, suscrito en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995; ratificado por D.L. N° 947, del 22 de enero de 1997, publicado en el D.O. N° 31, Tomo 334, del 17 de febrero de 1997.
- 12.- Tratado centroamericano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados apropiados o retenidos ilícita o indebidamente; ratificado por D.L. N° 700, del 9 de mayo de 1996, publicado en el D.O. N° 101, Tomo N° 331, del 3 de junio de 1996.
- 13.- Convenio centro americano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, suscrito el 11 de julio de 1997, ratificado por D.L. No. 126 del 30 de octubre de 1997, publicado en el D.O. 227 del 4 de diciembre de 1997.
- 14.- Protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; Protocolo ratificado por D.L. 238, del 18 de diciembre de 2003, publicado en el D.O. No. 240, Tomo 361, del 23 de diciembre de 2003.
- 15.- Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la República de El Salvador y la República Oriental del Uruguay, suscrito el 26 de septiembre de 2012 y ratificado por D.L. No. 519 del 31 de octubre de 2013, publicado en el D.O. 224 del 29 de noviembre de 2013.
- 16.- Convenio de Cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de El Salvador; suscrito el 10 de marzo de 1997 y ratificado por D.L. No. 23 del 12 de junio de 1997, publicado en el D.O. 124 del 7 de julio de 1997.
- 17.- Declaración de Guatemala para una región libre de corrupción, adoptada el 15 de noviembre de 2006, en la 12ª. Segunda conferencia internacional anticorrupción.
- 18.- Declaración de Guatemala para una zona libre de corrupción, dada en la Ciudad de Guatemala, por los jefes de Estado y de gobierno de los países del Sistema de Integración Centro americana, el 15 de noviembre de 2006.
- 19- Resolución 3514 del 15 de diciembre de 1975, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- 20.- Declaración de las Naciones Unidas, relativa a los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder, suscrita en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
- 21.- Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Preventivas, adoptada en Uruguay, el 8 de mayo de 1979.
- 22.- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969.

C) EXTRANJERA:

- 1.- Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Guatemala, Convenio de creación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), 12 de diciembre de 2006, ratificado el Congreso de la República el 01 de agosto de 2007.

JURISPRUDENCIA:

A) NACIONAL

- 1.- Corte Suprema de Justicia, resolución del 14 de diciembre de 2017, en incidente de conflicto de competencia número 215-COM-2017.
- 2.- Corte Suprema de Justicia, resolución en incidentes de conflicto de competencia entre juzgados de paz y el de extinción de dominio; ref. No. 61-2015, del 10 de septiembre de 2015.
- 3.- Corte Suprema de Justicia, resolución cautelar del 6 de octubre de 2015.
- 4.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad, Ref. N° 146-2014/107-2017, publicada en el D.O. N° 103, Tomo N° 419, del 6 de junio 2018.
- 5.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad número 13-2012, del 5 de diciembre de 2012.
- 6.- Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad, ref. número 52-2003, dictada el 1 de abril de 2004.
- 7.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de inconstitucionalidad, ref. numero C-374-97, del 13 de agosto de 1997.
- 8.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad, dictada a las doce horas y treinta minutos del 28 de mayo de 2018, en proceso acumulado, clasificado bajo el número 146-2014/107-2017.
- 9.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad del día nueve de febrero de dos mil dieciocho; ref. número 6-2016/2-2016.
- 10.- Sala de lo Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad, del veinticuatro de agosto de dos mil quince, ref. 22-20007/42-2007/89-2007/96-2007.
- 11.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad dictada el veintiocho de marzo de dos mil seis, proceso referencia 2-2005.
- 12.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad dictada el 20 de enero de 2009, ref. 65-2007.
- 13.- Sala de lo Constitucional, en su sentencia de inconstitucionalidad, dictada el 10 de abril de 2013, ref. número 9-2010.
- 14.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo dictada el 8 de mayo de 2013, proceso ref. número 310-2013.
- 15.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo, dictada en el proceso ref. 462-2011, 14 de agosto de 2013.
- 16.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo, referencia 607-2010, dictada el 11 de enero de 2013.
- 17.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo, referencia 111-2002, de fecha 25 de noviembre de 2002.

- 18.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución del 12 de septiembre de 2014; dictada en proceso de amparo ref. 280-2014.
- 19.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo, dictada a las nueve horas con veintiséis minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil siete, en proceso ref. 91-2006.
- 20.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo dictada el 3 de enero de 2002; procesos acumulados ref. 282-2000 y 288-2000.
- 21.- Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo, dictada el 4 de febrero de 2011, proceso ref. 228-2007.
- 22.- Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo dictada el 4 de noviembre de 1997, en el proceso ref. 44-C-96.
- 23.- Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de amparo, dictada el 4 de febrero de 2011, proceso ref. 228-2007.
- 24.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de habeas corpus, dictada el día 9 de junio de 2003, proceso ref. 265-2002R.
- 25.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de habeas corpus, dictada el 25 de marzo de 2003, proceso ref. 169-2002.
- 26.- Sala de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, resolución dictada el 18 de abril de 2016, en proceso referencia 264-2015.
- 27.- Sala de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, resolución del nueve de noviembre de dos mil quince, referencia 323-2015.
- 28.- Sala de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia ref. 449/2016 del 24 de enero de 2017.
- 29.- Sala de lo contencioso administrativo, Corte Suprema de Justicia; resolución de las nueve horas diecisiete minutos del día quince de agosto de dos mil dieciséis; ref. 362-2016.
- 30.- Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia dictada el 25 de abril de 2005, proceso ref. 23-J-2003.
- 31.- Sala de lo civil de la Corte Suprema de Justicia, incidente de apelación, ref. número 12-APC-2017, resolución dictada el 18 de mayo de 2018.
- 32.- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de octubre de 2015, en proceso ref. APC/25/2011.
- 33.- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia dictada el 24 de junio de 2015, proceso Ref. 230-APC-2010.
- 34.- Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, Sentencia dictada a las quince horas y cincuenta y dos minutos, del día treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, apelación número INC-APEL-7-EXT-DOM-2016.

35.- Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil quince, recurso de apelación número INC-APEL-225-EXT-D-2015.

36.- Cámara primera de lo penal de la primera sección del centro, Sentencia dictada en el proceso ref. número 123-SD-ext.dom. -2015.

37.- Cámara primera de lo Penal de la primera sección del centro, Sentencia de apelación, Ref. número 164-SD-EXT-DOM-2015, del 9 de septiembre de 2015.

38.- Cámara segunda de lo civil de la primera sección del centro Sentencia dictada en proceso civil por enriquecimiento ilícito, del 20 de marzo de 2017.

B) INTERNACIONAL

1.- Corte Inter americana de derechos humanos, Sentencia del 6 de mayo de 2008, en el caso Acevedo Buendía y otros versus Perú.

2.- Corte Inter americana de derecho humanos, caso Fontevecchia y D Amico Vrs. Argentina, resolución del 29 de noviembre de 2011.

3.- Corte Inter americana de derechos humanos, caso García Prieto versus El Salvador, resolución de levantamiento de medidas cautelares, del 20 de diciembre de 2015.

4.- Corte Inter Americana de Derecho Humanos, caso Valle Jaramillo vs. Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2007.

5.- Corte Interamericana de derechos humanos, Sentencia de reparación, dictada el 20 de enero de 1999.

6.- Comisión Inter americana de derechos humanos, resolución 1/18, aprobada en Bogotá, en el marco del 167 periodo de sesiones, el 2 de marzo de 2018.

C) EXTRANJERA

1.- Sala de casación penal de la Corte Suprema de Bogotá, Colombia; Resolución del 6 de septiembre de 2017; proceso ref. número 13969-2017.

2.- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso administrativo, sección 3ª., sentencia del 17 de julio de 2015.

OTRAS FUENTES:

A) PROYECTOS DE LEY

1.- Proyecto de Ley especial de pérdida de dominio sobre bienes de origen o destinación ilícita y de la administración y destino de bienes incautados y decomisados, de 2012.

2.- Ante proyecto de Ley de creación de la Comisión Internacional contra la corrupción e impunidad, del 20 de agosto de 2019.

3.- Anteproyecto de Ley integral de probidad, Corte Suprema de Justicia, 2019.

B) HISTORICAS

- 1.- Ley modelo de extinción de dominio, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito para América Latina y el Caribe, abril de 2011.
- 2.- Ley Transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado, D.L. No. 668, del 19 de marzo; publicado en el D.O. No. 58, Tomo 330.
- 3.- Ley del Tribunal de probidad, Decreto 69 del 11 de febrero de 1949 del Consejo Revolucionario de Gobierno, El Salvador.
- 4.- Ley de probidad, D.L. No. 225 del 16 de diciembre de 2015, publicado en el D.O. No. 237, publicado el 23 de diciembre de 2015.
- 5.- Reglamento de la Fiscalía General de la Republica relativo al patrimonio especial de bienes decomisados, publicado en el D.O. No. 79, Tomo 375 del 3 de mayo de 2007.
- 6.- Reglamento de la Unidad de investigación financiera relativo al patrimonio especial de bienes comisados de la Fiscalía General de la Republica, publicado en el D.O. No. 79, Tomo 375 del 3 de mayo de 2007.
- 7.- Decreto legislativo No. 7 del 20 de diciembre de 1948, relativo a la inmovilización de bienes del presidente Salvador Castaneda Castro y varios de sus funcionarios.
- 8.- Consejo Nacional de Administración de Bienes, CONAB; Memoria de labores, 2016.
- 9.- Consejo Nacional de Administración de Bienes, CONAB; Memoria de labores, 2017.
- 10.- Consejo Nacional de Administración de Bienes, CONAB; Memoria de labores, enero 2018 a abril de 2019.

C) ELECTRONICA

- 1.- Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Penal*, consulta hecha en el Sistema Virtual de la ECJ del CNJ, www.cnj.gob.sv.
- 2.- Transparencia internacional: las personas y la corrupción: América latina y el Caribe. Barómetro global de la corrupción, 2017, disponible en <https://www.transparency.org>.
- 3.- Gracia Martín, Luis, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español"; Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, Universidad de Zaragoza, España, 2016.