

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONOMICO



TEMA DE INVESTIGACIÓN:

**“CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL TRATAMIENTO JURIDICO
APLICABLE A LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS DE LA
FUNCION PUBLICA EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONOMICO**

PRESENTADO POR:

LICDA. GEORLENE MARISOL RIVERA LOPEZ

DOCENTE ASESOR:

DR. SAUL ERNESTO MORALES

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2020

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento extensivo a quienes contribuyeron a mi proceso de formación, en especial a la Universidad de El Salvador, por la oportunidad de seguir aprendiendo.

INDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO 1	13
1. Planteamiento general sobre la corrupción	13
1.1. Definición de la corrupción	16
1.2. Elementos y características de la corrupción.....	20
1.3. Tipos de Corrupción.....	23
1.4. La corrupción pública	24
1.5. Vinculación de la corrupción y la función pública	27
2. Aspectos conceptuales sobre la función pública	28
2.1. Aproximación a la definición de la Función pública	28
2.2. Aspectos integradores de la función pública	30
2.2.1. Interés publico	31
2.2.2. Servicio público	32
2.2.3. El órgano público.....	35
2.2.4. El cargo o función.....	35
2.2.5. El funcionario público.....	36
2.3. El bien jurídico protegido en los Delitos contra la función pública	37
2.3.1. El correcto funcionamiento de la función pública	40
3. Aspectos históricos y conceptuales en relación al Enriquecimiento sin causa 41	
3.1. Origen Constitucional de la regulación del “Enriquecimiento ilícito”	44
3.1.1. Análisis de la Constitución de 1962 y 1983	45
3.2. Antecedente Histórico respecto de la regulación del delito de Enriquecimiento ilícito en el código Penal	46
4. Incremento patrimonial no justificado como presupuesto del ejercicio de acciones jurisdiccionales.....	47

4.1.	Definición del “incremento patrimonial no justificado”	47
4.2.	Empobrecimiento de otra persona	49
4.3.	Relación de causalidad entre el enriquecimiento injustificado y el empobrecimiento	49
4.4.	La no justificación como presupuesto de ilicitud	50
4.5.	El origen del incremento patrimonial.....	51
CAPÍTULO 2	54
1.	Instrumentos Internacionales	54
1.1.	Convención Interamericana Contra la Corrupción	54
1.2.	Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción.....	56
1.3.	La Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. La cual fue adoptada por los Jefes de Estado en la Cumbre de la Unión Africana celebrada en Maputo el 11 de julio de 2003	59
1.4.	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	61
2.	Marco Constitucional	61
2.1.	Sujeción de los Funcionarios al ordenamiento Jurídico. (Art. 235 Cn)	62
2.2.	Regulación Constitucional sobre el enriquecimiento Ilícito. (Art.240 Cn).....	62
2.3.	Responsabilidad de los Funcionarios. (Art. 244 Cn)	63
2.4.	Garantía Constitucional de la presunción de inocencia	63
3.	Leyes Secundarias.....	63
3.1.	Código Penal Salvadoreño	63
	3.1.1. Concepto de Funcionario, Empleado Público y Municipal, Autoridad Pública y Agente de Autoridad Art. 39	64
	3.1.2. Regulación del Enriquecimiento Ilícito Art. 333 Código Penal.....	65
3.2.	Código Procesal Penal Salvadoreño Vigente	65
	3.2.1. Presunción de inocencia.....	65
	3.2.2. Finalidad de la Prueba.....	65

3.3. Ley Sobre El Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Y Empleados Público	66
3.4. Ley de Probidad	68
3.4.1. Aspectos Relevantes sobre la Propuesta de Ley de Probidad	69
3.4.2. Sentencia de Inconstitucionalidad de la propuesta de Ley de Probidad	73
3.5. Ley especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita	75
3.5.1. Proceso Especial de Extinción de Dominio	78
4. Otros cuerpos normativos vinculados al combate de la corrupción	84
4.1. Ley de Ética Gubernamental	84
4.2. Ley de la Corte de Cuentas de la Republica	86
CAPÍTULO 3	88
1. Mecanismos administrativos establecidos para la neutralización de los incrementos patrimoniales no justificados de la función pública	89
1.1. Control de la Corte de Cuentas de la Republica y juicio de cuentas	90
1.1.1. Organización administrativa de la Corte de Cuentas de la República.....	92
1.1.2. Función Jurisdiccional de la Corte de Cuentas la República	94
1.1.2.1. Estructura Jurisdiccional	96
1.1.3. El Juicio de Cuentas.....	96
1.1.3.1. Auto de Apertura	96
1.1.3.2. Pliego de Reparos	97
1.2. Función de la declaración patrimonial de la función pública	99
1.3. El Tribunal de Ética Gubernamental.....	101
1.3.1. Sanciones impuestas por el Tribunal de Ética Gubernamental	102
1.4. Acceso a la información Pública	103
2. Mecanismos Jurídicos, de carácter Judicial; aplicable al Enriquecimiento Ilícito Injustificado de la Función Pública	107
2.1. El delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo de sancionar el aumento patrimonial de la función pública.....	107

2.2.	Noción del delito de enriquecimiento ilícito	108
2.3.	El carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito	111
2.4.	Aproximación al bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito	113
2.5.	Características del sujeto activo en el caso de enriquecimiento ilícito de Funcionario Público.....	117
2.6.	El incremento patrimonial y su falta de justificación como elemento de tipicidad	118
3.	El juicio Civil de enriquecimiento ilícito	119
3.1.	Función de la sección de probidad de la Corte suprema de Justicia	119
3.1.1.	Naturaleza del Enriquecimiento ilícito	120
4.	La Extinción de Dominio como mecanismo de Política Criminal	124
4.1.	Aspectos generales sobre el Derecho de Propiedad y su relación con la Extinción de Dominio	124
4.1.1.	Modelos de Recuperación de los Bienes y Extinción de Dominio	126
4.1.2.	Diferencia entre Decomiso de Activos y Decomiso Penal	131
4.2.	Definición y caracterización de la Extinción de Dominio	131
4.2.1.	Características que definen la Extinción de Dominio.....	132
4.3.	Naturaleza de la Extinción De Dominio	135
4.4.	Procedencia de la acción de extinción de dominio en los casos de incremento patrimonial no justificado	139
4.5.	Medidas cautelares en el Proceso de Extinción de Dominio	140
4.5.1.	Características de las Medidas Cautelares	141
4.6.	Distinción entre decomiso, comiso, expropiación y confiscación, en relación a la extinción de dominio	142
4.6.1.	Decomiso.....	142
4.6.2.	El comiso.....	143
4.6.3.	La expropiación	145
4.6.4.	La confiscación.....	146
4.7.	Actividad probatoria en la extinción de dominio	147

4.7.1. La Auditoria Forense y su efectividad en el proceso de Extinción de Dominio	147
CAPÍTULO 4	150
1. Problemas de Legitimidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito.....	150
1.1. Argumentos que Fundamentan la Inconstitucionalidad del Delito de enriquecimiento Ilícito.....	152
1.2. Argumentos a favor de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos	154
1.3. Análisis de las presunciones Legales	156
1.4. Valoraciones sobre prueba indiciaria y su relación con las presunciones legales	159
2. Diferencias entre enriquecimiento ilícito (Civil) y la acción de Extinción de Dominio.....	163
3. Derecho Comparado sobre la Extinción de Dominio	166
3.1. Colombia	167
3.2. México.....	171
3.2.1. Aspectos relevantes en el proceso de Extinción de Dominio.....	175
3.3. Guatemala.....	176
4. Análisis Comparativo de la Regulación Constitucional de la Extinción de dominio en el Derecho comparado.....	180
5. Jurisprudencia Relevante en relación a los incrementos patrimoniales no justificados	182
CONCLUSIONES	193
RECOMENDACIONES	195
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	196

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada “Criterios para la Determinación del Tratamiento Jurídico Aplicable a los Incrementos Patrimoniales no Justificados de la Función Pública en la Legislación Salvadoreña” se ha desarrollado como requisito de graduación para optar al grado de Master en Derecho Penal Económico, Programa desarrollado por la Unidad de Post Grados de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Está, es integrada por cuatro capítulos, en los cuales se abordan diferentes temáticas sobre el tema central, siendo el combate de la corrupción pública a partir de la regulación de los incrementos patrimoniales de quienes ejercen función pública.

Por lo anterior en el capítulo 1 denominado Precisiones Conceptuales Sobre el Fenómeno de la Corrupción y su vinculación con el Incremento Patrimonial no Justificado de la Función Pública; se inicia haciendo un abordaje amplio sobre el concepto de corrupción, su caracterización, así como su desarrollo. Ahora bien, el fenómeno de la corrupción ha sido enfocado a la corrupción pública, por lo que seguidamente se establecen las precisiones conceptuales vinculadas a la función pública, distinguiendo cada uno de los elementos que la integran, estableciendo así el vínculo existente entre la corrupción y la función pública.

Una vez establecidos los elementos anteriormente detallados, se establece una aproximación a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos relativos a la función pública, por lo que consecuentemente se hace un abordaje histórico en cuanto a la incorporación de la figura del enriquecimiento ilícito, abordando los aspectos doctrinarios y jurídicos en cuanto a su incorporación tanto en la Constitución Salvadoreña y el Código penal.

Para finalizar el capítulo 1 se establece la definición del incremento patrimonial no justificado, como presupuesto para la habilitación de diversas acciones jurisdiccionales que son objeto de análisis en la presente investigación.

El capítulo 2 denominado; “Instrumentos jurídicos relativos a la regulación de los incrementos patrimoniales no justificados de la función pública; se desarrolla el marco regulatorio aplicable, tanto a la prevención como a la sanción de los incrementos patrimoniales no justificados de quienes ejercen función pública.

Iniciando con los Mecanismos de carácter internacional, siendo estos las diversas Convenciones cuya finalidad es el combate de la corrupción. Posteriormente se desarrolla el marco constitucional, con énfasis a la regulación de la figura de Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

Continuando en la temática desarrollada se establece la regulación en legislación secundaria Nacional, incluyendo el Código penal, Código Procesal Penal, La Ley Sobre el Enriquecimiento

Ilícito de Funcionarios y Empleados públicos, el proyecto de Ley de Probidad, el cual fue aprobado y posteriormente expulsado del ordenamiento jurídico Salvadoreño y la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita.

Adicionalmente se presentan otros cuerpos normativos que están vinculados al combate de la corrupción de los funcionarios públicos y que establecen regulaciones tanto de aspectos administrativos como judiciales; dentro de dichos instrumentos se pueden mencionar la Ley de Ética Gubernamental, la Ley de Corte de Cuentas de la Republica, entre otros.

El capítulo 3, el cual es denominado; Análisis de los mecanismos jurídicos administrativos y judiciales aplicables a la prevención y sanción del incremento patrimonial no justificado de la función pública, constituye una base medular de la presente investigación, dividiéndose en dos aspectos fundamentales.

El primero de los apartados contiene el desarrollo de los mecanismos administrativos establecidos para neutralizar los incrementos patrimoniales no justificados de la función pública, siendo así que se explica cuáles son los controles realizados por la corte de Cuentas de la Republica, la vinculación de la declaración patrimonial de los funcionarios, se establece la importancia de los controles que pueden realizarse se través del Tribunal de Ética gubernamental y por medio de la figura del acceso a la información pública.

El segundo apartado del capítulo 3 contiene el análisis de los Mecanismos Jurídicos, de carácter Judicial; aplicable al Enriquecimiento Ilícito Injustificado de la Función Pública. Siendo el primer tema desarrollado el delito de enriquecimiento ilícito, haciendo un abordaje doctrinario y jurisprudencial sobre la naturaleza de este delito, la aproximación del bien jurídico protegido, los elementos de tipicidad, entre otros.

Posteriormente se desarrolla lo relativo a la institución Civil del Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y empleados públicos, estableciendo la función que ejerce la sección de probidad de la Corte Suprema de Justicia y la distinción entre la etapa administrativa y judicial que corresponden al Juicio de Enriquecimiento ilícito de naturaleza civil.

Como último apartado del capítulo 3, se presentan las precisiones conceptuales sobre la extinción de dominio y su procedencia en los presupuestos de incrementos patrimoniales no justificados. En ese sentido se hace un abordaje que incluye la definición y caracterización de la acción de extinción de dominio, así como los presupuestos de su procedencia, las medidas cautelares aplicables en dicho proceso y las reglas relativas a la actividad probatoria.

El último capítulo de la presente investigación denominado “Análisis de los problemas para la determinación del régimen jurídico aplicable al incremento patrimonial no justificado de la función pública”, plantea una serie de aspectos que son considerados puntos de controversia, pues señalan los problemas de aplicación de las instituciones analizadas en el capítulo 3.

Como primer tema desarrollado se encuentra el análisis de los problemas de legitimidad que se discuten en relación al delito de enriquecimiento ilícito por su supuesta vulneración a la presunción de inocencia. Posteriormente y siendo que es un tema estrechamente vinculado se desarrolla lo relativo a las presunciones legales y la relación de estas con la valoración de la prueba en las diversas jurisdicciones que son objeto de análisis en la presente investigación.

Otro aspecto de mucha relevancia son los criterios de diferenciación entre la acción de Enriquecimiento ilícito de naturaleza civil y la acción de extinción de dominio. Ahora bien, para ilustrar de manera más amplia la regulación sobre extinción de dominio, se presenta un análisis de derecho comparado de la regulación de la acción de extinción de dominio, en los países de Colombia, México y Guatemala.

Para finalizar el capítulo 4, se abordan aspectos relevantes contenidas en la jurisprudencia Nacional, vinculada al tratamiento jurídico de los incrementos patrimoniales no justificados de la función pública.

Presentado al final de los 4 capítulos las conclusiones y recomendaciones que han sido producto del resultado de la presente investigación.

CAPÍTULO 1

PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE EL FENOMENO DE LA CORRUPCION Y SU VINCULACION CON EL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO DE LA FUNCION PÚBLICA.

Sumario: 1. Planteamiento general sobre la corrupción. 1.1. Definición de la corrupción. 1.2. Elementos y características de la corrupción. 1.3. Tipos de corrupción. 1.4. La corrupción Pública. 1.5. Vinculación de la corrupción y la función pública. 2. aspectos conceptuales sobre la función pública. 2.1. Aproximación a la definición de la función pública. 2.2. Aspectos integradores de la función pública. 2.3. el bien jurídico protegido en los delitos contra la función pública. 3. Aspectos históricos y conceptuales en relación al enriquecimiento sin causa. 3.1. Origen constitucional de la regulación del enriquecimiento ilícito. 3.2. Antecedente histórico respecto de la regulación del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal. 4. Incremento patrimonial no justificado como presupuesto del ejercicio de acciones jurisdiccionales. 4.1. Definición de incremento patrimonial no justificado.

1. Planteamiento general sobre la corrupción.

Desde tiempos remotos se tiene constancia de que la corrupción, entendida esta como el uso desviado del poder público para obtener un beneficio privado, ha sido práctica habitual en todas las sociedades¹. Sin embargo, y pese a su origen tan antiguo, ha sido en las últimas décadas cuando ha adquirido unas magnitudes desorbitadas, afectando tanto a países pobres como a ricos, a todo tipo de Gobierno, a altos cargos de organizaciones internacionales, a dirigentes de empresas multinacionales, etc.

Esta expansión trae su causa en algunos de los elementos caracterizadores de la era de la globalización, los cuales han contribuido a la internacionalización del crimen, en general, y de la corrupción, en particular.

¹ Pérez Cepeda, Ana Isabel, “La política criminal internacional contra la corrupción”, Artículo académico, Universidad de Salamanca: 3.

Así, junto a los factores clásicos que tradicionalmente se han apuntado como favorecedores de las prácticas corruptas², la discrecionalidad de los funcionarios públicos, los procesos de privatización, la tolerancia social hacia las mismas, etc, en los últimos tiempos han aparecido otros relacionados con la emergencia de instituciones y organizaciones internacionales, que ha hecho surgir toda una categoría de funcionarios o empleados públicos no pertenecientes a los Estados, pero con competencias y capacidad de adopción de importantes decisiones susceptibles de desviación, y aquellos íntimamente relacionadas con el proceso globalizador.

En este último ámbito, poner de relieve como las empresas transnacionales, que cuentan con un potencial mayor que algunos Estados, han adoptado desde hace tiempo estrategias globales, haciendo uso de los sistemas de información modernos y de la apertura de las frontera, hacen objeto de agresión a las tecnologías sensibles, y por tanto, vulnerables; se benefician de las diferencias económicas entre el primer, segundo y tercer mundo, de las desregulaciones político-financieras de las comunidades económicas, de las necesidades de consumo de viejas y nuevas sociedades, etc. Esta tendencia esconde una amenaza para la sociedad en la medida en que se reduce la visibilidad tanto de los crímenes como de sus víctimas³.

El proceso de globalización de la economía propicia prácticas corruptas en el comercio internacional como consecuencia de la existencia de asimetrías o diferencias que se producen a cualquier nivel económico, político, social o jurídico, que son aprovechadas por las empresas para alcanzar los fines propuestos al amparo de las mismas.

También es evidente que la globalización genera un espacio económico carente de una regulación efectiva y, paralelamente, la ausencia de una respuesta uniforme. Los delincuentes y empresas se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad económica, continúa habiendo distintos niveles de reproche social, de represión penal y gravedad de las penas.

² Blanco Cordero, Isidoro. *“La corrupción desde una perspectiva criminológica: Un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”*. In: Pérez Álvarez, Fernando (ed.): *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, (2004): 274-291

³ Pérez Zepeda, Ana Isabel. *“La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno”*. Iustel, (2007); 84.

Ante esta situación, las empresas realizan “jurisdicción shopping”, que consiste en la elección de aquellos territorios con las legislaciones penales más flexibles o flojas en materia de sobornos para realizar las transacciones comerciales corruptas⁴. En este contexto, la diversidad de los sistemas penales hace surgir importantes núcleos de impunidad que serán aprovechados por las organizaciones criminales empresariales para fijar el escenario de su intervención.

Por otra parte, el espectacular desarrollo de las telecomunicaciones en esta era ha permitido la utilización del sistema financiero a la voluntad de los delincuentes, quienes pueden disponer de los rendimientos de sus actividades corruptas en cualquier lugar del planeta con un simple clic en el ratón del ordenador, dificultándose así el rastreo de ese dinero pues no deja tras de sí las “huellas” que dejaba el dinero en metálico.

En este contexto adquieren una importancia fundamental los denominados paraísos fiscales⁵; territorios que, además de gozar de un régimen fiscal especialmente favorable para quienes operan en ellos, el secreto bancario, la opacidad y su tradicional rechazo a la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad económica son particularidades que los definen.

Estas características de los también denominados centros offshore no sólo rompen la integridad de los sistemas tributarios nacionales al reducir gravemente las bases imponibles, generando lo que se ha llamado competencia fiscal nociva, sino que facilitan la labor de los corruptos a la hora de ocultar los fondos procedentes de sus actividades delictivas.

Estos factores han propiciado un auge de la corrupción clásica, es decir, de la **corrupción vinculada al funcionamiento de la Administración pública** y, junto a ella, la aparición de nuevas formas de corrupción vinculadas a las transacciones económicas.

⁴ Fabián Caparros, Eduardo A. “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”. Valencia: Tirant lo Blanch, (2003): 37.

⁵ En el mundo financiero anglosajón las instituciones se refieren a los paraísos fiscales de acuerdo a la terminología establecida por el Fondo Monetario Internacional (FMI), que los denomina Offshore Financial Centers (OFC), cuya traducción literal al castellano es “Centros Financieros Exteriores” (CFE), también comúnmente denominados “Centros Financieros Offshore” (CFO). El término tax haven, que hace referencia a los paraísos fiscales, es empleado en escritos más críticos con estas jurisdicciones. Véase PAREDES, Juan Diego, “*Los paraísos fiscales a discusión*”, publicado en Jornadas de Economía Crítica, Valladolid, (2014): 57.

Tradicionalmente, el término “corrupción” se ha empleado para describir comportamientos que acontecen en el marco de las relaciones entre administrado y Administración Pública, por lo que siempre había de estar presente un funcionario público para poder hablar de corrupción, no obstante, en la actualidad ya se desarrolla el concepto de corrupción en el ámbito privado, en los siguientes apartados se hará un abordaje de la corrupción en su forma tradicional.

1.1. Definición de la corrupción.

El término “corrupción” procede del latín *corruptus*, que significa “estar roto”. Y algo ha de estar roto en la sociedad cuando proliferan actos que hoy día se dirigen a este término. Es ciertamente complejo delimitar conceptualmente el fenómeno de la corrupción. Su origen se encuentra en la sociología y en la ciencia política.⁶

La corrupción, como se ha establecido, es un problema social, económico y político⁷ que supone un ejercicio desviado del poder. Precisamente es esta desviación del poder la que se pone a la venta y genera la aparición de un mercado de corrupción⁸. En él intervienen personas racionales que actúan movidas por cálculos de expectativas de beneficios y costes que pueda generar dicho mercado, tratando siempre de obtener el máximo de ganancias.

Existen determinados factores de naturaleza estructural que pueden incentivar a una persona a adoptar la decisión de actuar de forma corrupta como, por ejemplo, situaciones de inestabilidad económica, bajos salarios de los empleados públicos de un país o la inestabilidad en el puesto. Pero la decisión calculada de actuar de forma corrupta depende de las oportunidades de obtener beneficios.

Los niveles de corrupción se incrementan cuando se ponen en práctica políticas que aumentan el poder discrecional de los funcionarios o los monopolios gubernamentales en la economía. La

⁶ De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “*Iniciativas internacionales contra la corrupción*”, en Eguzkilore, Número 17, (diciembre 2003); 5-26.

⁷ Blanco Cordero, Isidoro, “*Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España*”, European inklings:153.

⁸ Blanco Cordero, Isidoro, “*La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional*”, en SERTA IN MEMORIAM ALEXANDRI BARATTA, (2004): 267-296.

ausencia de mecanismos de control, de guardianes eficaces, tanto formales como informales, determinará un incremento de las actividades corruptas.

La mayoría de las definiciones de la corrupción vinculan este fenómeno al ejercicio de la función pública, y básicamente la entienden como la utilización de la autoridad para obtener beneficios personales en violación al interés público. Ahora bien, este tipo de definiciones además de ser demasiado amplias y poco precisas, suelen circunscribir el fenómeno de la corrupción al ámbito estatal. No obstante la corrupción no es sólo un problema del sector público sino también de la criminalidad de los actores económicos, por lo que debe ser entendida ante todo como “un poder oculto que define las relaciones recíprocas entre la economía y la política”⁹.

Una definición sobre el fenómeno de la corrupción, se puede encontrar en el autor Carlos S. Nino, quien la conceptualiza como: “*la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento*”¹⁰

La definición anterior hace referencia tanto la corrupción activa como la pasiva, y de incluir el fenómeno de la corrupción en el campo privado. Por otra parte, contiene los elementos centrales que caracterizan a la corrupción desde una perspectiva jurídico-penal.

En este sentido, el penalista alemán Kindhäuser ha definido a la corrupción como la “*vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido*”¹¹.

Por lo que de las definiciones anteriormente expresadas; se pueden realizar las siguientes afirmaciones respecto de la corrupción;

⁹ Bizcay, P. “La Justicia Penal y el control de los delitos económicos y de corrupción”, en Sistemas Judiciales, Nº 11, Buenos Aires, 2006, <http://www.sistemasjudiciales.org/content/>

¹⁰ Nino, Carlos Santiago. “*Un país al margen de la ley*”, 1º edición, Ariel, Buenos Aires, (2005): 109.

¹¹ Kindhauser, U. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, Traducción de Percy García Cavero, en Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 3, 2007, Universidad de Talca, Chile, p. 6, http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf.

- a) En primer lugar, la corrupción supone una relación entre dos agentes, o más precisamente, un intercambio irregular de prestaciones entre dos partes, el receptor de la ventaja y el otorgante de la misma. Debe existir entre ambos un verdadero pacto o acuerdo delictivo con obligaciones recíprocas.
- b) En segundo término, para que exista corrupción, además del intercambio irregular de prestaciones, el receptor de la ventaja debe encontrarse en una especial posición de deber en favor de otro. Debe estar obligado a cumplir determinados deberes para lo cual fue designado en la función o cargo que ocupa. La corrupción supone entonces una relación trilateral, en la medida que al receptor de la ventaja se le debe haber encargado cumplir una función en favor de un tercero.
- c) Por último, como tercer elemento del concepto de corrupción, debe existir una incompatibilidad de intereses entre la ventaja obtenida y la especial posición de deber en la que se encuentra el receptor. La ventaja debe ir en contra del interés del correcto ejercicio de la función o cargo desempeñado.

Caracterizado el fenómeno como la conjunción de los tres elementos descriptos más arriba, se puede decir siguiendo la tesis del autor Kindhäuser que la corrupción no constituye un delito autónomo, sino una particular forma de agresión de diversos intereses penalmente protegido.

Por otra parte, en los diversos cuerpos normativos internacionales relativos a la corrupción no se encuentra una definición universal sobre dicho concepto, limitándose a describir diversas prácticas consideradas corruptas.

En ese sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción,¹² no define lo que se entenderá por corrupción, pero se identifican las clases de comportamientos que deben ser catalogados como "actos de corrupción". Dicho instrumento en su artículo VI.1 define las conductas de la siguiente manera:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios

¹² Convención Interamericana Contra la Corrupción (Organización de los Estados Americanos, Marzo 1996)

como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e) La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹³, en su Capítulo III, titulado "Penalización y aplicación de la ley", exige o recomienda, en su caso, a los Estados Parte la penalización de una serie de conductas, entre las que destacan: a) el soborno de funcionarios públicos nacionales; b) soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales; c) la malversación o peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; d) el tráfico de influencias; e) el abuso de funciones; f) el enriquecimiento ilícito; g) el soborno en el sector privado y; f) la malversación o peculado de bienes en el sector privado.

En este orden de cosas llama la atención, inmediatamente, que lo que tendrían en común la mayoría de tales conductas es que, con independencia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados, todas ellas serían casos de infracción de deberes funcionariales con el objeto de obtener ventajas indebidas para sí o para terceros.

¹³ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, (Organización de las Naciones Unidas, México 2003)

En el ámbito nacional de acuerdo al Art. 3 literal f de la ley de ética gubernamental, la corrupción 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 tercero¹⁴.

1.2. Elementos y características de la corrupción.

En esencia puede afirmarse que cuatro son los elementos de la corrupción:

- a) la violación o transgresión de una norma, b) el intercambio clandestino entre el marco político y económico, c) la finalidad de apropiarse de recursos de forma contraria a la ley y, d) la modificación de las relaciones de poder en los procesos decisionales¹⁵

De manera más amplia, la corrupción está caracterizada por una serie de elementos que se detallan a continuación;

- a) **Quien la realiza debe de tener un deber posicional;** Toda persona que se corrompe indefectiblemente debe trasgredir, por acción u omisión, las reglas que conforman el contenido de su rol dentro de la sociedad. Es importante destacar que para que exista un acto de corrupción se requiere que el sujeto defraude los deberes que trae implícito su posición o cargo, que no son exclusivamente deberes legales como en el caso de los funcionarios públicos que los tienen taxativamente previstos en la ley. En ese sentido los deberes posicionales se definen como aquellos que se adquieren a través de algún acto voluntario en virtud del cual alguien acepta asumir un cierto papel cuyo contenido o ámbito de validez está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva¹⁶. Así, toda posición social¹⁷ se resume a un cúmulo de expectativas que orienta las conductas de la persona que lo detenta, llegando a existir roles que incluyen además, la atribución de competencias para la toma de decisiones sin que ello implique que dichas atribuciones deban ser legalmente establecidas, es decir, se encuentren institucionalizadas.

¹⁴ Ley de Ética Gubernamental (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2011)

¹⁵ URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Elementos de la ética judicial”; Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2006, pág. 17 y ss.

¹⁶ Garzón Valdés, Ernesto; “El concepto de corrupción”, [Nº 56, 1995](#): 15.

¹⁷ Piña Rochefort, Juan Ignacio; “Rol social y sistema de imputación. Editorial Bosch. Barcelona. (2005):14.

Por eso, la persona que se corrompe manifiesta un sentimiento de deslealtad hacia sus deberes posicionales. Las posiciones o roles sociales se caracterizan por cinco notas distintivas: i) todos se refieren a algo previamente dado, o impuesto, a su portador, ii) consisten en un cúmulo de orientaciones de conducta, iii) se armonizan con otros modos de conducta para formar un todo, iv) como todos los modos de conductas prescritos, deben ser aprendidos por el individuo y vi) desde la perspectiva del individuo, ningún rol lo agota, ya que puede sin ningún problema desempeñar una multiplicidad de roles.

- b) Existencia de un marco normativo de referencia:** Se ha matizado que la corrupción es un fenómeno que se presenta en los distintos ámbitos de la vida social, por lo que la misma asume variadas naturalezas, económica, política, ética y jurídica. Pero como prácticamente casi todas las actividades sociales se encuentran reguladas por un sistema normativo, es imposible hablar de corrupción sin hacer referencia al marco normativo dentro del cual se produce el acto corrupto, que, en definitiva, es el que determinará si éste se reputa como corrupto. Por marco normativo se entiende el conjunto de leyes, reglamentos, ordenamientos y disposiciones diversas que regulan los distintos ámbitos de la vida social, que va desde la regulación de la actividad pública en sí misma y sus relaciones con los particulares, hasta los intercambios surgidos entre particulares.¹⁸
- c) El acto de corrupción puede llegar a tener relevancia jurídico penal;** El sistema normativo también condiciona que un acto calificado como corrupto sea penalmente relevante o no. Puede darse la circunstancia de que un acto o actividad sea catalogado como corrupto por una parte de la legislación positiva de un país¹⁹, por ejemplo, en las leyes de comercio, pero que dicho supuesto fáctico no sea contemplado como delito dentro del código penal. Esto es así porque el tratamiento de una situación fáctica como delito es un atributo privativo del sistema punitivo vigente en un determinado Estado.

¹⁸ López Presa, José Octavio, “Corrupción y cambio”, Fondo de Cultura Económica, México (1998) :77

¹⁹Rodríguez Gómez, Carmen, “Aspectos penales de la corrupción en la administración pública”, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): La corrupción en un mundo globalizado, Editorial Ratio Legis, Salamanca, (2004.): 192.

- d) Variación de los sujetos de acuerdo a la práctica corrupta;** El sustrato fáctico y la complejidad de un acto de corrupción son los factores que hacen depender el número de participantes en el mismo. En principio, pueden darse situaciones en las que solamente participa un sujeto, como el caso de un funcionario público que se apropia de recursos públicos que los administra por razón de su cargo, hecho en el cual la calidad de agente corruptor y corrupto-decisor se dan en la misma persona. Sin embargo, la posición tradicional sostiene que los actos de corrupción suponen la intervención de al menos dos partes en los que se distinguen a un sujeto privado (corruptor) y un sujeto que tiene facultades de decisión (agente decisor o corrupto)²⁰, que puede ser tanto un sujeto que ejerce un cargo público, como cualquier sujeto que sin pertenecer a la función pública, tenga en el ejercicio de sus funciones laborables competencias que le otorgan poder y decisión, estando las mismas taxativamente previstas en su sistema normativo.
- e) Expectativa de recibir beneficios patrimoniales;** Existe consenso entre los autores de que todo acto corrupto tiene como fin último la expectativa de obtener beneficios patrimoniales para las partes participantes. Es importante destacar que se requiere la expectativa de recibir un beneficio y no el hecho de recibir en sí, ya que la obtención material efectiva del beneficio es una cuestión empírica irrelevante, en razón a que una persona se corrompe a pesar de que inmediatamente después de haber realizado la práctica corrupta decide no aceptar la contraprestación pactada, renuncie al reclamo del pago o una vez obtenidos los fondos pertinentes los devuelva íntegramente²¹.

Cuando intervienen sujetos que poseen deberes posicionales los beneficios serán “extrapositionales”, puesto que son adquiridos por actividades ilícitas y externas a lo que el sujeto realiza regularmente. En cuanto a la naturaleza de los beneficios, estos son casi siempre de índole económica y se presentan de varias formas (dinero en efectivo, adquisición de bienes muebles e inmuebles, compra de activos o deudas puestas en el

²⁰ García España, Elisa, “El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa”, Editorial Comares. Granada, (2006): 18

²¹ Malem Seña, Jorge; “La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, Editorial Gedisa. Barcelona, (2002):34.

mercado) cuyo resultado es el enriquecimiento del patrimonio de los sujetos intervinientes en el acto corrupto.

A los efectos de esta investigación y analizados los caracteres más importantes que componen la corrupción, se puede definir como la violación de una obligación de aquellos que, prevaliéndose de la capacidad o competencia que le son conferidas institucionalmente para decidir en el ejercicio de sus obligaciones, aseguran la obtención de un beneficio extraposicional, ya sea para sí o para terceros, mediante actos u omisiones que suponen además, una conducta inmoral.; Ahora bien es necesario precisar los tipos de corrupción para delimitar el ámbito de la corrupción pública.

1.3. Tipos de Corrupción.

Son múltiples y muy variadas las clasificaciones que podrían establecerse en torno a las modalidades de corrupción existentes. En primer lugar y en relación al ámbito en el que se circunscriben los decisores, la corrupción puede ser pública o privada. Por la naturaleza propia de la presente investigación, se abordará ampliamente la concepción de corrupción pública.

No obstante, la clasificación anterior, dentro de cada ámbito, puede hablarse de diversas corrupciones. Así por ejemplo en la esfera pública puede hacerse mención de la corrupción política, administrativa o judicial y en la esfera privada de la corrupción económica, religiosa, deportiva, etc.

En segundo lugar, atendiendo a las personas intervinientes en los actos de corrupción y con relación a lo anteriormente mencionado, puede extraerse la conclusión de que para llevar a cabo una conducta corrupta al menos es necesaria la presencia de dos personas: corruptor y corrompido.

Sin embargo, esto no es del todo cierto. Las tramas corruptas pueden adoptar una diversidad de maneras. Así, los corruptos pueden actuar solos, como en el caso de la malversación de fondos. O pueden hacerlo por medio de estructuras.

Las estructuras pueden ser a) orgánicas; cuando se trata de organizaciones permanentes, b) inorgánicas; que son estructuras creadas ad hoc²².

En tercer y último lugar, tomando como referencia la opinión pública y las prácticas sociales desde las que se juzga el hecho, la mayoría de los teóricos tienden a distinguir tres formas de corrupción existentes.

En tal sentido, puede hablarse en primer término de corrupción negra, que son aquellos actos de los cuales la generalidad de la sociedad no duda en calificar como corruptos.

En segundo término, de corrupción blanca, conformada por actos tan usuales para la sociedad que no se consideran corruptos.

En tercer término de corrupción gris, a la que Lamo de Espinoza se refiere como “zona de penumbra”²³ y las acciones que se circunscriben en la misma no queda claro si se pueden catalogar o no como corruptas, pues en última instancia, depende de cómo se perciben socialmente.

Este sentido sugiere dejar un amplio margen de actuación guiado por criterios subjetivos, tendente a obrar por intereses privados más que por intereses generales.

1.4. La corrupción pública.

Precisamente, la definición de la corrupción pública no ha sido un aspecto pacífico²⁴, muy al contrario, los matices son muy variados. La complejidad que supone ofrecer un concepto preciso ha provocado el efecto inverso, esto es, que se evite definirlo, acudiendo a la solución de asimilar la corrupción pública a los tipos penales de corrupción. Esta opción distorsionaría el concepto, ya que equipara la corrupción punible a la corrupción pública.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, la corrupción pública se ha definido como “una mala administración o un mal gobierno dolosos en el ejercicio de poderes públicos que no busca

²² Nieto, A., “Corrupción en la España democrática”, Barcelona, Ariel, (1997): 79.

²³ Malem Seña, J. F., op. cit. :37.

²⁴ Nieto García, Alejandro; “Corrupción en la España democrática”, Barcelona, Ariel, (1997): 76.

el interés general, sino el beneficio de una persona física o jurídica”²⁵. Por lo general, cuando se habla de corrupción administrativa se suele asociar a la corrupción burocrática, a las conductas corruptivas desarrolladas por los funcionarios públicos, es decir, por los agentes de la Administración Pública concebida esta como una organización puesta al servicio de la comunidad, que “sirve con objetividad a los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”²⁶. Visto así, parece sencillo delimitar el círculo de personas que pueden incurrir en esta tipología de corrupción. Sin embargo, por las tendencias actuales del Derecho administrativo y la amplia gama de instituciones y funciones que en la actualidad presenta la administración pública, no todas las personas que trabajan en ella o que prestan algún servicio en la misma son funcionarios públicos.

Dentro de la propia corrupción pública existe otra tipología subyacente de suma relevancia. Se trata de distinguir en atención al sujeto que promueve o ejecuta la corrupción.

Este criterio permite dejar patente la diferencia esencial entre la corrupción política y la administrativa. En la primera, están implicados políticos, sean electos o nombrados por razones de confianza y, la segunda, está conformada por funcionarios o empleados públicos, seleccionados, en principio, por criterios basados en la meritocracia y estabilidad en el puesto.

Sin embargo la clara separación entre política y administración es inviable, sobre todo en los puestos superiores de la Administración”²⁷. Esta aseveración deriva del hecho de que estos puestos, tanto de la Administración como de las Entidades dependientes, son ocupados por personas elegidas por sus superiores de la escala de jerarquía administrativa en base a la potestad discrecional que les es conferida, distanciándose así de las reglas estipuladas para entrar en el cuerpo de funcionarios de carrera, es decir, del mérito y la capacidad, rigiendo ahora el criterio de la confianza en la que el designado, como funcionario “político” que es, guarda lealtad al que lo nombró.

²⁵ Ponce Solé, Juli; “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, Anuario del Gobierno Local, nº1 (2012):100.

²⁶ Constitución de la Republica de El Salvador; (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983) “Art. 218; *Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada*”.

²⁷ Villoria Mendieta, M., “Ética Pública y Corrupción”: Curso de ética administrativa. Madrid, Tecnos, (2000): 51.

Lo que sí se puede establecer entre el político y el funcionario es una diferenciación de funciones. Al político, en el ámbito de la Administración Pública, lo que le compete es adoptar, conforme al marco del programa político que diseñó, los programas, planes y directrices de acción de la Administración y a los funcionarios, ejecutar de forma neutral y eficiente los planes del Gobierno.

Para el autor Nieto García la corrupción pública empieza cuando el poder, que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público, “no se utiliza correctamente al desviarse de su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal”²⁸.

La corrupción pública también ha sido definida desde una triple dimensión: como una quiebra de las normas legales, lo cual constituye una concepción estrictamente jurídica, o la quiebra de las normas éticas no escritas; lo que constituye una posición ética, por último se plantea una concepción sociológica; relativas a cómo se debe ejercer el servicio público, “para proporcionar servicios o beneficios a ciertos grupos o ciudadanos de forma oculta, con ganancia directa o indirecta, en mente”.

La característica principal de la corrupción pública es que en ella imprescindiblemente participa un funcionario público, por lo que corresponde analizar la vinculación de la corrupción con la función pública.

²⁸ Nieto García, Alejandro; “Corrupción en la España democrática”, Barcelona, Ariel, (1997):7

1.5. Vinculación de la corrupción y la función pública.

La Constitución Salvadoreña reconoce el ejercicio de la función pública²⁹, Por medio de estos preceptos el constituyente ha establecido el marco constitucional que establece las notas primordiales que deben caracterizar al modelo de función pública y de su elemento primordial, el funcionario público, ya que toda sociedad que recibe los servicios del Estado le interesa contar con una organización funcionarial eficiente y sostenida sobre los principios de probidad, legalidad, desinterés, eficacia, disciplina, fidelidad y respetuosa con los derechos fundamentales.

De lo anterior puede afirmarse que se reconoce la función pública, como un bien jurídico merecedor de tutela.

La materia de protección se refiere a la forma de actuación de los funcionarios que prestan servicios en nombre del Estado conforme a unos fines y en el sometimiento a los principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia³⁰.

Lo que quiere decir que la función pública no se protege per se, su prestigio o dignidad, sino que el interés merecedor de protección es la actividad pública y los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a sus ciudadanos, todos ellos, de acuerdo a los principios de un Estado Social de Derecho³¹. Esto es así porque la función pública no se justifica ni legítima por sí misma sino en cuanto es un instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales³².

Sobrados son los casos de funcionarios públicos o gobernantes de Estados democráticos o de regímenes autoritarios que de forma injustificada han incrementado considerablemente su patrimonio mientras estaban o ejercían el poder y tras dejarlo han fijado su residencia o se han

²⁹Constitución de la Republica De El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983) Art. 218; “*Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada*”.

³⁰ Demetrio Crespo, Eduardo; “Corrupción y delitos contra la administración pública”. op. cit. 71

³¹ Morales Prats, Fermín; Rodríguez Puerta, María José; “Delitos contra la administración pública”, en: Morales Prats, Fermín (Coordinador): Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 8ª Edición. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, (2009) : 1594

³² Caro Coria, Dino Carlos; “El delito de enriquecimiento ilícito, en: San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos; Reaño Peschiera, José Leandro; “Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales”, Editorial Jurista, Lima, (2002): 130.

refugiado en terceros países llevándose consigo los bienes adquiridos ilícitamente, esto como manifestación de diversos actos de corrupción, de ahí que la función pública como bien jurídico, se encuentre estrechamente vinculada con el fenómeno de la corrupción pública.

2. Aspectos conceptuales sobre la función pública.

2.1. Aproximación a la definición de la Función pública.

El Estado como forma perfeccionada de una sociedad, fijado en un territorio determinado y organizado jurídicamente, es creado con el fundamento de conseguir y alcanzar unos fines que están definidos en la Constitución que no son otros que la realización de un orden jurídico, social y político, justo y equitativo, que promueva el interés público en beneficio de los propios ciudadanos.

El primer y primordial fin de la organización estatal es sin dudas, tener la capacidad de dar respuestas a las necesidades colectivas de la sociedad.

Esta necesidad es un estado-situación que se ha presentado en todas las épocas, regímenes y realidades sociales, el cual está ligado necesariamente al instinto natural de auto conservación³³ de todo organismo vivo, y por lo tanto, también del Estado.

Al no poder estar ajeno a esta realidad, el Estado tiene el deber de conectar mediante normas jurídicas las necesidades fácticas que se presentan en la sociedad con sus fines, cuya protección tiene encomendada a las “funciones públicas” que son aquellos cometidos materiales (prestación de servicios públicos) que sirven para promover directamente el interés general mediante la satisfacción de necesidades colectivas.

El concepto de servicio público se convierte en el centro medular para una correcta comprensión de lo que son las funciones públicas, siendo definido; “como aquella prestación de utilidad o provecho que pretende satisfacer necesidades de consumidores o usuarios (ciudadanos de un estado), que se

³³ Álvarez García, Vicente; “El concepto de necesidad en Derecho público”, Editorial Civitas, Madrid, (1996): 33

pone a su disposición en un proceso de producción en el que con frecuencia participa el propio usuario³⁴.

En una primera aproximación, se puede afirmar que la función pública es una parte o subsistema del Estado moderno que constituye un instrumento para la consecución de los fines estatales, los cuales son atribuidos por la ley fundamental de cada Estado soberano³⁵. Esta función de carácter global está anclada en el principio del Estado de Derecho de acuerdo a un orden funcional atribuido a la división de los poderes que universalmente corresponde al pensamiento de MONTESQUIEU.

Estas tres entidades públicas en las que se divide funcionalmente la actividad del Estado, como también los demás organismos públicos extra-poderes o descentralizados son “funciones públicas”, siendo todos especies de un mismo género (de un todo indivisible, el Estado) pero con características y funciones propias que los hacen diferentes³⁶. La característica principal de estas tres funciones del Estado es que en conjunto prestan servicios públicos a la ciudadanía dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Por otra parte, una realidad objetiva importante a destacar es que la administración pública, como conjunto de órganos estatales que desarrollan la función administrativa del Estado (Poder Ejecutivo), posee una participación cuantitativa y cualitativamente diferente con relación a las otras entidades estatales.

Con relación al aspecto cuantitativo, la administración pública por su estructura jurídico-política y constitucional, le corresponde proveer a la ciudadanía la mayor parte de los servicios públicos generales³⁷.

³⁴ Beltrán, Miguel; “El problema de la calidad en los servicios públicos”, en: Trinidad Requena, Antonio (Coordinador): Evaluación y calidad en las organizaciones públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, (2000):30

³⁵ Embid Irujo, Antonio; “La fidelidad de los funcionarios a la constitución”, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, (1987):41

³⁶ Chase Plate, Luis E. “La función pública en Paraguay, en: La profesionalización de la función pública en Iberoamérica”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, (2002):176

³⁷ Santamaría Pastor; Juan Alfonso; “Principios de Derecho Administrativo General”, Tomo I. Editorial Iustel, Madrid, (2004): 24

Desde el punto de vista cualitativo, la administración provee servicios públicos que en principio son otorgados y administrados por entidades públicas, admitiéndose actualmente en determinados casos la concesión de los mismos a empresas privadas mediante el procedimiento de la concesión³⁸ siempre y cuando la razón de la delegación sea optimizar la prestación de los servicios y mejorar las condiciones de vida de los miembros de la comunidad³⁹.

La concesión de servicios públicos sólo puede darse en el ámbito de la administración pública, ya que la naturaleza de los servicios públicos que le corresponden a los demás poderes del Estado no es susceptible de delegación a particulares.

Todo este vasto complejo organizativo que comprenden las instituciones públicas es necesario para que el Estado pueda ejercitar aquellas actividades funcionales con las cuales pretende cumplir sus fines propuestos, es decir, dicha estructura es el presupuesto para un óptimo alcance del interés general.

De este modo, puede decirse que la función pública “son las actividades desarrolladas por los órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines específicos, que no son otros que la consecución de los intereses generales de todos los ciudadanos de un país determinado”.

La aceptación o rechazo de las decisiones emanadas de la función pública dependen mucho del contenido de sus objetivos y de la percepción que ellos causan en los beneficiarios de los servicios públicos.

2.2. Aspectos integradores de la función pública.

La definición propuesta de función pública se halla sustentada por dos supuestos jurídicos que le sirven de base, de acuerdo a cómo se contempla y se regula su actividad funcional, pudiendo hablarse de una función pública en un sentido objetivo y en otro subjetivo⁴⁰.

³⁸ Palomar Olmeda, Alberto; “Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos”. 7ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, (2003):17

³⁹ Schmidt-Assmann, Eberhard; “La teoría general del Derecho administrativo como sistema”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, (2003):182

⁴⁰ Palomar Olmeda, Alberto; “Derecho de la función pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos”. op. cit. 18.

En ese sentido es distinguir los términos; “función pública” y “funcionario público”. El primero constituye el órgano-institución (ministerio, cámara de diputados, juzgado penal, presidencia de la nación) que comprende el organismo público, ya que la idea de función pública se desenvuelve dentro de la teoría del Estado, y en ese sentido tiene vida permanente, que es la vida misma del Estado.

El segundo se refiere al órgano individuo o funcionario, que es la persona física que ejerce la función pública, que ostenta la investidura y que tiene vida temporaria conforme al ordenamiento jurídico constitucional y legal, y es mutable y cambiante.⁴¹

Ahora bien, es necesario abordar los elementos integradores de la función pública.

2.2.1. Interés público.

El Estado es un ente tan importante para el entramado social porque constituye e impone un mundo simbólico en gran medida responsable de la configuración del orden social y, por lo tanto, de la determinación de las relaciones sociales.

MERTON señala que toda estructura social formal que esté racionalmente organizada, implica la adopción de normas de actividad definidas con claridad en las que, idealmente, cada serie de acciones está funcionalmente relacionada con los fines de la organización.⁴²

Por ello, la sociedad asigna al Estado una dinámica propia, normas y objetivos legalmente reconocidos que tienen como fin primordial el aseguramiento de la existencia de la comunidad político social a través de la búsqueda del bienestar general o interés público y la conservación de su propio sistema. De esta forma, el concepto de interés público o general cumple una función justificadora de toda decisión o acción pública, siendo su principal fuente de legitimación.

El interés público puede ser enfocado desde dos perspectivas: a) como autorización legal para imponer restricciones a las actividades de los particulares, y b) como elemento de orientación de la actividad del Estado⁴³.

⁴¹ Canasi, José; “Derecho Administrativo, Parte general”, Volumen I. Editorial Depalma. Buenos Aires, (1972): 533

⁴² Merton, Robert K. “Teoría y estructura sociales.” op. cit. 275.

⁴³ Ramírez Candia, Manuel de Jesús; “Derecho administrativo” Asunción, (2004) :42

La segunda acepción es la que se ajusta al interés público como principio que debe regir la actuación de la función pública, y la misma hace referencia al conjunto de necesidades que es víctima el hombre (entendiéndose como conglomerado de individuos humanos y no solamente a uno), surgidas de sus propios requerimientos de supervivencia y de su interacción social, de los cuales surge un interés de que sean satisfechas.

De ahí que se considere al “interés” como aquella posición subjetiva del hombre frente a la utilidad ofrecida por determinados bienes o servicios que son capaces de satisfacer sus necesidades⁴⁴, por lo que al agregarse el término “público” se refiere a que el Estado tiene la obligación de tutelar los intereses de toda la colectividad humana que habita en su territorio. La satisfacción de las situaciones fácticas de necesidad del ser humano es la verdadera finalidad y justificación de la actividad del Estado, que se consigue mediante la prestación de bienes y servicios⁴⁵.

2.2.2. Servicio público.

El servicio público como parte del Derecho público, es una de las instituciones más polémicas y debatidas en el ámbito de la ciencia del Estado, y su importancia radica en las estrechas relaciones que mantiene con la función pública y el Estado.

En relación a la función pública, el autor Bielsa ha llegado a decir que el servicio público depende casi enteramente de la organización funcionarial, siendo su presupuesto necesario⁴⁶.

Esto es así, porque la función pública está constituida por un conjunto de personas que sirven al Estado cumpliendo las tareas técnicas de ejecución de los servicios públicos, por lo que esta institución encuentra condicionada su actuar eficaz de prestación de actividades y bienes a los ciudadanos, a una correcta selección, instrucción y proporción de personas cualificadas profesionalmente para la eficiente realización de sus actividades materiales.

⁴⁴ Alessi, Renato; “Instituciones de Derecho administrativo”, Tomo II. op. cit. 447.

⁴⁵ Garrido Falla, Fernando; “Tratado de Derecho administrativo”, 9ª Edición, Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid, (1989): 302

⁴⁶ Bielsa, Rafael; “La función pública”. op. cit. 72

En cuanto a su relación con el Estado, los servicios públicos constituyen las actividades que justifican la existencia del ente estatal, ya que por medio de sus prestaciones satisface los intereses generales, siendo esta su finalidad esencial⁴⁷. En otras palabras, la causa de todo servicio es el interés público, y por ende, la actuación misma del Estado.

Por otra parte, el servicio público puede ser definido de dos maneras: de una manera orgánica o formal, o de una manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por ser una cierta organización, es decir, por una empresa regida por la administración. La definición material se refiere a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización que la ejerce. Desde esta perspectiva, el servicio público es la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés público⁴⁸.

En conclusión, puede afirmarse que todo el servicio ajustado a un Estado Social y Democrático de Derecho, constituye una actividad de prestación regulada por el Derecho público que tiende a satisfacer las necesidades públicas que surgen en la colectividad humana de un país determinado y en un momento histórico dado. Esta actividad debe ser siempre de titularidad pública, sin perjuicio que la entidad estatal facultada a prestar el servicio lo conceda a una persona privada por razones que beneficien al Estado mismo o a los propios ciudadanos.

Habiendo desarrollado los elementos de la función pública en sentido objetivo; es importante acotar los elementos integradores de la función pública en sentido subjetivo.

Resulta lógico que el Estado y sus instituciones públicas, como entes ideales, no puedan existir sino a través de una serie de personas que trasmitan la voluntad estatal y ejerzan prestaciones de actividad personal para cumplir con sus fines propuestos⁴⁹.

⁴⁷ Ramírez Candía, Manuel de Jesús; "Derecho administrativo". op. cit. 305

⁴⁸ Vedel, Georges; "Derecho Administrativo". Traducido por Juan Ricon Jurado, Editorial Aguilar, Madrid, (1980): 688.

⁴⁹ Lalinde Abadía, Jesús; "Los medios personales de gestión del poder público en la historia española". Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, (1970): 9.

A este grupo de personas que cumplen una función, trabajando o prestando servicios dentro de las instituciones públicas, constituye la función pública en sentido subjetivo. Es tan importante este colectivo para el correcto desenvolvimiento de la vida social y pública que su justificación tiene una interrelación muy profunda con el mismo fundamento del Estado, lo que ha llevado a los autores a afirmar que el carácter del Estado será determinado decisivamente por el funcionario que sirve al Estado.⁵⁰

El funcionario público por lo tanto asume una posición de garante al ser el encargado de gestionar y ejecutar las actividades por las que se desenvuelven los servicios públicos, y se constituye en pieza imprescindible en la conservación, continuación y mantenimiento de los mismos.

Dentro de la función pública puede verificarse diferentes grados de responsabilidad, que van desde el agente público que es un mero ejecutor de las decisiones internas de una entidad pública, hasta el que se encuentra investido de autoridad para tomar decisiones en representación del órgano y tiene a su disposición recursos patrimoniales públicos.

Para alcanzar el interés general, es importante que el funcionario ajuste su actuar en la misma dirección de la voluntad estatal y utilice adecuadamente los medios que se ponen a su disposición, y para ello, el Estado decide cómo deben funcionar los servicios públicos y sus respectivas modalidades y asimismo, establece un régimen jurídico, que fija los derechos, deberes, prohibiciones y responsabilidades con el fin de regular la conducta del funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Para entender la compleja estructura del aspecto subjetivo de la función pública es necesario analizar los tres elementos fundamentales que posee dicha organización que son el órgano, el cargo o función y la persona física que presta su servicio, es decir, el funcionario.

⁵⁰ Kresalja Baldo, “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, Revista Themis; N° 39, (1998): 44.

2.2.3. El órgano público.

Toda entidad pública constituye una red de unidades funcionales cada una de las cuales tiene encomendada la realización de un conjunto de funciones o tareas que se encuentran bajo la responsabilidad de una persona física o colegiado de personas que ostentan la dirección del ente. Para que cada una de estas entidades pueda cumplir con sus fines debe disponer de una estructura orgánica que le permita cumplir materialmente con la función que constitucionalmente le corresponde. Los órganos públicos pueden ser definidos como aquellas unidades de acción o centros de competencia que son creadas por el Derecho para ejercer las funciones estatales que le autoriza el ordenamiento jurídico y que son administrados por medio de sus agentes, cuya actuación es imputada a la persona jurídica a la que pertenece.⁵¹

Se sostiene que el concepto de órgano ha tenido una evolución realmente atormentada, y de las abundantes teorías que existen al respecto cabe señalar que, mientras para la doctrina clásica la noción de órgano se refería a la persona física del servidor del Estado, otros autores defendieron que el concepto debía aplicarse no tanto a la persona, cuanto al complejo de funciones unificadas en una figura abstracta, del que la persona física sería mero titular; para otros, en cambio, el complejo de funciones debería designarse “oficio”, siendo el órgano la unidad formada por las funciones y su titular.⁵²

Esta última noción ofrece lo que para nosotros es el elemento medular de un órgano: la competencia, es decir, un conjunto de funciones o materias que son atribuidas al órgano para su gestión. Si decimos que al órgano se le encomiendan una serie de actividades o funciones, es porque el ordenamiento jurídico le ha dotado de capacidad jurídica para actuar en el ámbito de las relaciones jurídicas, y así poder cumplir con su fin instrumental.

2.2.4. El cargo o función.

El cargo o función es el lugar o posición que una persona ocupa dentro de un órgano determinado, el cual se encuentra integrado por un conjunto de funciones a ser desarrolladas por su titular⁵³.

⁵¹ Ramírez Candía, Manuel de Jesús; “Derecho administrativo”. op. cit. 87

⁵² Santamaría Pastor, Juan Alfonso; “Principios de Derecho administrativo general”, Tomo I. Editorial Iustel, Madrid, (2004) 404.

⁵³ Alessi, Renato; “Instituciones de Derecho administrativo”. op. cit. 99.

Cada cargo representa una o varias actividades legalmente establecidas cuyo contenido está formado por derechos, deberes y obligaciones, y es individualizado bajo una denominación que permite clasificarlos y distribuidos en el conjunto orgánico⁵⁴

2.2.5. El funcionario público.

La estructura del órgano posee un elemento objetivo que viene constituido por el cargo. Pero como el cargo no es más que una mera abstracción, es lógico afirmar que el órgano no puede cumplir sus funciones sino por medio de personas físicas que ocupan los cargos y realizan las actividades que vendrán a ser jurídicamente imputadas al órgano. De ahí la importancia que posee el funcionario público como elemento subjetivo, siendo el motor que mantiene con vida la estructura de las entidades públicas.

En una aproximación a la definición de funcionario público, en sentido amplio se puede decir que funcionario público es todo individuo que ejerce una función pública en virtud de una relación funcional con cualquiera de los tres poderes clásicos del gobierno (Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial), u órganos de creación constitucional o legal, ya sea que éstos dependan jerárquicamente de otros o sean entidades descentralizadas (entes autónomos, servicios descentralizados, gobiernos departamentales)⁵⁵

Otro sector doctrinal parte de la distinción entre funcionarios públicos y empleados públicos. Los funcionarios públicos son los agentes públicos investidos de autoridad para expresar la voluntad externa del órgano público, y los empleados serían las personas que expresan la voluntad interna del órgano público, es decir, ejecutan las decisiones que emanan de las autoridades del órgano⁵⁶.

⁵⁴ Ramírez Candía, Manuel de Jesús. Derecho administrativo. op. cit.88.

⁵⁵ Martins, Daniel Hugo, “Constitución y administración”, Editorial Librería Jurídica A.M. Fernández. Montevideo, (1993). 531

⁵⁶ Ramírez Candía, Manuel de Jesús, “Derecho administrativo” op. cit. pág. 394

Mayer otorga un contenido diferente a esta clasificación según la esfera del Derecho en que nace la relación jurídica. Así, la relación de los funcionarios públicos es de Derecho público y la del empleado, una locación de servicios de carácter civil⁵⁷

Desde un punto de vista restrictivo, se puede decir que un funcionario público es toda persona que, por medio de designación de autoridad competente o por elección popular, cumple una función pública en virtud de una relación de Derecho público en cualquiera de los órganos del Estado, y por el cual recibe una remuneración prevista en el presupuesto general de un Estado.

2.3. El bien jurídico protegido en los Delitos contra la función pública.

El Derecho penal se concibe como un subsistema de control social del Estado que actúa ante los fenómenos criminales que se verifican en una sociedad y en un momento dado⁵⁸. Pero su grado de intervención nunca es primario sino subsidiario, en el sentido de que sólo actúa cuando otros medios de control social fallan al no ser capaces de contener ciertos conflictos graves desde un punto de vista social⁵⁹.

De esta manera, el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la evitación de comportamientos humanos socialmente dañosos para ellos⁶⁰.

El Estado es el que designa los bienes a ser protegidos y su forma de protección, por lo que dicha determinación corresponde a una decisión política del legislador. Sin embargo, y aunque se reconozca que en un Estado Social y Democrático de Derecho formalmente la creación y sanción de normas penales corresponde constitucionalmente al Poder Legislativo, esa prerrogativa no puede estar basada exclusivamente en el mero capricho de sus titulares, sino que debe estar amparada y sustentada en el individuo y la sociedad, quienes a través del proceso democrático

⁵⁷ Morey, Juan, "La función pública. Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación" op. cit. 21.

⁵⁸ Díez Ripollés, José Luis., "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", RJPLD N° 30, (1997) :1.

⁵⁹ Santana Vega, Dulce María, "Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos-penales colectivos", RAP N°9, (2001):161.

⁶⁰ Roxin, Claus, "La teoría del delito en la discusión actual". Traducido por Manuel Abanto Vásquez. Editorial Grijley, (2007):92

transmiten su decisión de proteger sus condiciones más preciadas para que luego las instancias políticas materialicen dicha decisión social⁶¹.

El concepto de bien jurídico ha surgido como un instrumento liberal y garantista para limitar el poder arbitrario e ilimitado del Estado en la selección y definición de los bienes a ser protegidos por el Derecho penal, que en muchos de los casos no se constataba un verdadero interés trascendental para el individuo o el contexto social, sino más bien se fundamentaba en el quebrantamiento de mandatos religiosos o ético-morales. De ahí la importancia de entender por qué la función pública, es considerado un bien jurídico que merece ser tutelado penalmente.

El Estado, como garante de los derechos subjetivos, establece un sistema organizado de instituciones públicas que tienen la función de hacer efectivas las expectativas de los ciudadanos, entre las que se encuentran la satisfacción de los derechos sociales y las prestaciones públicas positivas.

La función pública está estrechamente ligada a la soberanía estatal, pues en su ejercicio pueden distinguirse claramente las distintas actividades o funciones que constitucionalmente son atribuidas a los poderes del Estado⁶² que ejecutadas materialmente corresponden los servicios públicos dirigidos a la comunidad.

La función pública tiene a su cargo la organización de los servicios públicos y la tarea de proporcionar los elementos necesarios para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, y para el efectivo cumplimiento de estos fines la Constitución de la República, otorga legitimidad al Estado para crear las distintas clases de impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos, para que con ellos pueda organizar la explotación de los servicios públicos⁶³.

Pues bien, considerar a la función pública bien jurídico digno de protección penal no es tarea difícil. Su importancia se justifica no sólo por el hecho de que esté prevista y regulada en la

⁶¹ Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio, "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico" Salamanca, (1990): 2

⁶² Octavio De Toledo Y Ubieta, Emilio, "La prevaricación del funcionario público", Editorial Civitas, Madrid, (1980) :299

⁶³ Constitución de la Republica, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983)

Constitución, sino también por el papel destacado que cumple en la realidad social como institución encargada de proporcionar los medios materiales que posibilitan el desarrollo personal y social de los individuos de un Estado.

Por eso es entendida como un bien jurídico supraindividual que tiene expresa referencia en las personas y grupos sociales a quienes beneficia. Un autor que destaca la importancia que tienen las instituciones públicas como bienes dignos de protección es ROXIN, sosteniendo que el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para la convivencia, sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin.

Reconoce que, en el Estado moderno, junto a la protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado. Mediante esta doble función, el Derecho penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado, ya que sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad⁶⁴

El importante rol que cumple la función pública como organismo encargado de realizar las actividades de prestación de servicios que hacen efectivos los derechos fundamentales de los ciudadanos, hace que no se pueda discutir su condición de bien jurídico supraindividual digno de ser protegido por el Derecho penal, ahora bien, es indispensable precisar que es lo que en realidad tutela el derecho penal en relación a la función pública.

⁶⁴ Roxin, Claus, "Problemas básicos del Derecho penal" Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid, (1976): 21.

2.3.1. El correcto funcionamiento de la función pública.

La tendencia más difundida en la actualidad y que más adeptos tiene en la doctrina, es aquella que sostiene que el aspecto de la función pública que se intenta proteger mediante los delitos de funcionario público es el correcto funcionamiento de la función pública como institución prestacional al servicio de un país y sus ciudadanos⁶⁵.

Según esta postura, lo que se intenta proteger es el correcto ejercicio de las funciones que constitucionalmente son otorgadas a la función pública, las cuales resultan imprescindibles para el mantenimiento del sistema social, y que de acuerdo **BUSTOS RAMÍREZ** consisten en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses⁶⁶.

El aspecto positivo de esta concepción radica en que permite negar que cada vez que un funcionario público infringe los deberes y obligaciones de su cargo deba considerarse indefectiblemente lesionado el objeto de tutela, y así mismo, explica satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en los cuales se verifican comportamientos que son realizados por sujetos que no poseen la condición de funcionario público, pero igualmente pueden contribuir a afectar las prestaciones públicas objetivamente consideradas⁶⁷.

Ahora bien, habiendo abordado los aspectos generales de la corrupción y su vinculación con la función pública, corresponde analizar la conducta que es el supuesto de la presente investigación; esto es el incremento patrimonial no justificado, a efectos de luego analizar el tratamiento jurídico aplicable.

⁶⁵ Manzini, Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal Italiano” Volumen V. 4ª Edición, Torino, (1962):1.

⁶⁶ Hortal Ibarra, Juan Carlos, “Manual práctico de Derecho penal. Parte especial”, 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, (2004): 1042.

⁶⁷ De La Mata Barranco, Norberto J. ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción? CIVC N° 23, (2009) :248

3. Aspectos históricos y conceptuales en relación al Enriquecimiento sin causa.

“La figura jurídica del enriquecimiento sin causa, fue creada por los romanos, considerándola como una responsabilidad civil nacida de una obligación cuasicontractual. Suponía el enriquecimiento de una persona, a partir del empobrecimiento de otra, o en provecho de un acto inmoral, sin causa que lo justificara. En aras de la justicia y equidad, se obligaba a la repetición o restitución de los bienes, a fin que cada parte poseyera lo que le correspondía.⁶⁸

Con el correr del tiempo se agregaron figuras jurídicas bajo el amparo del enriquecimiento sin causa, como por ejemplo la *condictio indebiti*, cuyo objeto era la devolución de lo pagado por error; la *condictio furtiva*, que buscaba la devolución de un mueble que había sido despojado sin derecho; la *condictio ob turpem causam*, que pretendía la devolución de lo adquirido por una prestación inmoral, etc.

Los códigos modernos siguen regulando el enriquecimiento ilícito o sin causa justificada, bajo, la luz de la justicia y equidad.⁶⁹

Por ejemplo, el Código Civil, regula en los artículos 2046 y 2048⁷⁰; el pago de lo no debido, cuyo objeto es que el deudor repita lo pagado por error, o el saneamiento por evicción señalado en el artículo 1649 ordinal primero.

De igual forma, en materia penal se prohíbe el enriquecimiento ilícito, para aquellos casos en que una persona (funcionario) aumente su patrimonio por una causa que constituya un ilícito o acto antijurídico penal, artículo 333 del Código Penal.⁷¹

Independientemente la rama del derecho que regule la figura del enriquecimiento ilícito o sin causa, su fundamento es que nadie puede incrementar su patrimonio a costa de otra persona natural o jurídica, o de un acto ilegal o inmoral. El objeto es: corregir los desequilibrios patrimoniales sin causa o justificados a partir de un ilícito civil o penal cometido por el particular, e inclusive, por el servidor público.

⁶⁸ Cámara Segunda de Lo Civil de La Primera Sección Del Centro, Sentencia Ref. 1-PCEIF-16 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL SALVADOR) 2017.

⁶⁹ *ibid*

⁷⁰ Código Civil, (Asamblea Legislativa, El Salvador) 1972

⁷¹ Código Penal (Asamblea Legislativa, El Salvador) 1998.

El principio de esta figura jurídica deviene de una causa meramente ética; como aplicación de la equidad al corregir un desplazamiento patrimonial privado de causa lícita o ilícita, para salvaguardar la Legalidad y Seguridad Jurídica.⁷²”

Por lo anterior, surge la importancia de distinguir en enriquecimiento ilícito de los funcionarios cuyo fundamento legal se encuentra en la constitución de la Republica y el delito de Enriquecimiento ilícito regulado en el código penal, que si bien es cierto ambos tienen como finalidad; regular o sancionar un incremento patrimonial no justificado, en el caso concreto de los funcionarios públicos; su objeto y reglas del proceso varían, así también respecto de la acción de extinción de dominio, (en el presupuesto de incremento patrimonial no justificado) en ese sentido se ha pronunciado la Sala de lo Civil⁷³. Estableciendo los alcances de cada uno de los procesos de la siguiente manera;

“El texto constitucional expresa: "Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa, a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio, lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes".

Lo anterior supone tres aspectos fundamentales: [a] Que el juicio civil por enriquecimiento sin causa solo tiene procedencia cuando el funcionario lo hace acrecentando su patrimonio a costa de la Hacienda Pública o Municipal, ello es, porque tiene la administración de esos bienes; por ende, este juicio no tiene vinculación con otros tipos de enriquecimiento ilícito, como el de carácter penal, que si puede también corresponderse con el abuso de la función pública, aunque no se administren bienes, y por ello es que el precepto constitucional dice "[...] sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes". Distinguiendo como primer elemento el objeto del proceso Civil y desvinculándolo de otras acciones que pueden ejercerse, por otra parte, la resolución en mención también expresa:

⁷² Cámara Segunda de Lo Civil de La Primera Sección Del Centro, Sentencia Ref. 1-PCEIF-16 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL SALVADOR) 2017.

⁷³ Sala de lo Civil, Sentencia Ref. 12-APC-2017, (Corte Suprema de Justicia, el Salvador),2018.

“[b] Que aunque el enriquecimiento ilícito sea de orden civil, por afectar la Hacienda Pública o Municipal, la forma de afectación puede ser diversa, en cuanto que la administración de bienes es un acto complejo y no solo debe entenderse apropiación o distracción de los bienes administrados, pueden concurrir otros aspectos, que afecten los bienes de carácter estatal o municipal; empero, sí es presupuesto sine qua nom para el juicio civil de enriquecimiento sin causa, que el funcionario tenga la administración de bienes de la Hacienda Pública o Municipal, porque la responsabilidad civil se erige sobre el enriquecerse sin justa causa a costa de dichas haciendas.

*[c] Por el contrario, si del juicio resulta que el enriquecimiento del funcionario o empleado tuvo como componente una conducta delictiva, entonces, al tratarse de un hecho estrictamente penal, ello dará lugar a este tipo de procedimiento, puesto que además del enriquecimiento ilícito civil, por un superlativo aumento del patrimonio del funcionario, que teniendo a su cargo bienes de carácter estatal o municipal, no pudo explicar satisfactoriamente su acrecimiento, concurren conductas específicas constitutivas de delito, por las cuales deberá de responder. **En resumen, de todo ello, el juicio por enriquecimiento sin causa, que es de orden estrictamente civil, (Juzgamiento de Derechos reales, del art. 567 del código civil) se limita a enjuiciar el aumento del patrimonio del funcionario o empleado – incluido su grupo familiar–, cuando el funcionario o empleado lo hace a costa de la Hacienda Pública o Municipal, es decir, cuando administra bienes, sin que pueda explicar razonablemente el aumento de su patrimonio**”⁷⁴*

Respecto de dichos procesos, se realizará un análisis detallado posteriormente. Ahora bien, una vez delimitados los aspectos conceptuales respecto de la figura del enriquecimiento ilícito, es necesario establecer su origen tanto en el ámbito constitucional como penal.

⁷⁴ Al respecto es necesario señalar cual es el origen delictivo, atendiendo a lo establecido en el art. 1 del código penal en relación al art. 1308 del código civil, como fuente de las obligaciones el delito penal relacionado a lo establecido en el art. 42 inciso ultimo del código civil y en relación al 2065 C.civil. Pues en este caso ya no estarían siguiendo no solo los bienes reales si no una imputación objetiva de acuerdo al art. 4 del código penal.

3.1. Origen Constitucional de la regulación del “Enriquecimiento ilícito”.

Es la constitución del año 1950, la primera en regular, desde la perspectiva de la ley suprema, el enriquecimiento ilícito. Así, el Art. 217 estableció:

“Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

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 justa⁷⁵.

Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto. Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos.

La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de su patrimonio.

Los juicios por enriquecimiento sin causa justa, sólo podrán incoarse dentro de dos⁷⁶ años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento⁷⁷.

⁷⁵ Constitución de la República de El Salvador. (1950). Art. 217

⁷⁶ El plazo establecido para el ejercicio de la acción en el proceso de Enriquecimiento ilícito es un hecho variable respecto de la Regulación actual en la Constitución Salvadoreña, puesto que en la primera regulación (1950) la acción prescribía en dos años.

⁷⁷ Constitución de la República de El Salvador. (1950). Art. 217

3.1.1. Análisis de la Constitución de 1962 y 1983.

En la Constitución del año 1962⁷⁸, no hay mayor variación respecto de la figura del Enriquecimiento Ilícito; estableciendo en el Art. 216 lo siguiente;

“Art. 216.- Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

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.

Los funcionarios y empleados que la ley determina están obligados a declarar el estado de su Patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos.

La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios. Los juicios por enriquecimiento sin

⁷⁸ Constitución de la Republica de El Salvador. (1962) Art.216

causa justa, sólo podrán incoarse dentro de dos años⁷⁹ siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento”.

3.2. Antecedente Histórico respecto de la regulación del delito de Enriquecimiento ilícito en el código Penal.

En el Código Penal del año de 1973 se regula por primera vez en forma expresa el delito de enriquecimiento ilícito; específicamente en el Art. 447 de dicho cuerpo normativo. Este precepto tiene relevancia dado que da origen a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito.

La disposición estaba redactada así: *“Art. 447 “El funcionario o el empleado público que sin incurrir en ninguno de los delitos de este capítulo se enriqueciere sin justa causa, a costa de la Hacienda Pública o Municipal será sancionado con prisión de seis meses a seis años. Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital de 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 hubiese 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 justa⁸⁰”*

Este injusto desde su origen tiene la característica de ser subsidiario puesto que se aplicaba en defecto que no se pudieran probar las otras conductas típicas del Capítulo I, denominado “Delitos cometidos por Funcionarios y Empleados Públicos”, de la Sección Segunda “Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos”.

En relación al art. 1974 es necesario recalcar que la regulación del delito de enriquecimiento establecía una presunción, esto debido a que en ese momento la legislación penal tenía un enfoque

⁷⁹ En la Constitución del año 1962, se mantuvo el plazo de prescripción de 2 años, tal cual lo reulaba la Constitución de 1950, es hasta la Constitución de 1983 que se amplía el plazo de prescripción de 2 a 10 años.

⁸⁰ Código Penal, (Asamblea Legislativa El Salvador, 1973) Art. 447

causalista⁸¹, situación que varió significativamente en la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito del año 1998.

4. Incremento patrimonial no justificado como presupuesto del ejercicio de acciones jurisdiccionales.

Como ya se explicó en el apartado anterior, el incremento patrimonial no justificado, da lugar a la intervención de diversos ordenamientos, tanto en el ámbito civil, penal o administrativo.

Ahora bien, en vista a que el enriquecimiento ilícito es una figura penal compleja, casi sin antecedentes legislativos y de escaso progreso doctrinal y jurisprudencial, se asume la hipótesis de que el legislador se ha inspirado para crear este delito en los presupuestos establecidos en la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa del Derecho civil, dicha figura también es un presupuesto de la acción de extinción de dominio.

En esencia, son cuatro los elementos comunes que podemos encontrar en la prohibición de enriquecimientos injustos del Derecho civil; estos son: i) un enriquecimiento, ii) un empobrecimiento, iii) la relación causal entre estos dos elementos y iv) que el enriquecimiento se haya producido sin una causa prevista en el ordenamiento jurídico. A continuación, se analizarán cada uno de dichos presupuestos.

4.1. Definición del “incremento patrimonial no justificado”.

Existe enriquecimiento cuando una persona ha experimentado una transferencia o desplazamiento de bienes y derechos en su patrimonio que antes no le pertenecían, y que le ha derivado una ventaja o provecho económico, los cuales no sufren una recíproca desventaja equivalente⁸².

En la realidad existen varios modos en los que el enriquecimiento se exterioriza, los cuales pueden ser positivos, negativos, directos e indirectos.

⁸¹ Sistema clásico de la Teoría del Delito; Sustentado en sus inicios por Von Liszt y luego retomado en su versión neoclásica por Edmund Mezger. Véase; Díaz Aranda, Enrique; “Dolo (Causalismo – finalismo- funcionalismo y la Reforma Penal en México”, México, Porrúa (2000): 28-36

⁸² Figueiredo, Marcelo, “*Probidad de Administrativa*”. op. cit. 41;

a) Enriquecimiento positivo.

El enriquecimiento positivo se da cuando un nuevo bien corporal o derecho ya sean derechos reales o personales se agrega a la fortuna del sujeto beneficiado (*lucrum emergens*), o uno ya existente aumenta de valor⁸³.

Dicho enriquecimiento puede consistir en la recepción de dinero, bienes, la explotación de una obra, una prestación, una situación jurídica más ventajosa o en el goce o uso temporal de un bien⁸⁴. La característica principal de esta clase de enriquecimiento es el ingreso de un nuevo valor, ventaja o beneficio que viene a alterar o modificar la situación económica patrimonial de un sujeto.

b) Enriquecimiento negativo

En el enriquecimiento negativo un sujeto evita la disminución de su patrimonio (*damnum cessans*) que normalmente le incumbe, a pesar de no ingresar ningún derecho que le resulta de utilidad. En este caso existe un consumo de cosas o servicios recibidos, o expensas hechas por un tercero si el enriquecido ha evitado su costo, es decir, la erogación de un gasto⁸⁵.

Ejemplo del enriquecimiento en sentido negativo se configura cuando se extingue o reduce un pasivo ya sea pagando una deuda, o extinguiendo un gravamen o evitando una pérdida patrimonial, evitando gastos que en otras circunstancias hubieran tenido que hacerse⁸⁶.

El enriquecimiento como se expresó anteriormente también puede ser directo; en este caso el enriquecimiento se genera cuando el propio beneficiario se procura asimismo e inmediatamente la ventaja que aumenta su patrimonio.

Por otra parte, el enriquecimiento es indirecto cuando la ventaja es adquirida a través de la conducta de un tercero.

⁸³ Von Tuhr, A. “*Tratado de las obligaciones*”, Editorial Comares, Granda, (2007): 240.

⁸⁴ Fabrega Ponce, Jorge, “*El enriquecimiento sin causa*” Tomo I. Editorial Plaza. Bogotá, (1996), 241.

⁸⁵ Rebollo Puig, Manuel, “El enriquecimiento injusto de la administración pública”, op. cit. 26;

⁸⁶ Fabrega Ponce, Jorge, “*El enriquecimiento sin causa*”, op. cit. 244.

El contenido del enriquecimiento siempre debe significar al sujeto activo una ventaja que le resulte un valor económico calculable o determinable que aumenta su patrimonio, debido a que, tanto en el delito de enriquecimiento ilícito como en todo acto de corrupción pública, el móvil es siempre el ánimo de lucro del funcionario público.

4.2. Empobrecimiento de otra persona.

Todo enriquecimiento injusto tiene por efecto el incremento patrimonial de una persona y el correlativo empobrecimiento de otra.⁸⁷ Esta última sufre injustamente la pérdida de una cosa o un derecho que se desplaza y se integra en el patrimonio del enriquecido, siendo esta situación la que da origen al principio general del derecho de que no es justo que nadie se enriquezca en perjuicio o a costa de otro.

4.3. Relación de causalidad entre el enriquecimiento injustificado y el empobrecimiento.

La doctrina civilista establece como tercer requisito de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa, la comprobación de una “relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento”.

La doctrina sobre este aspecto sostiene que lo que se quiere expresar con esta frase es que entre ambos fenómenos debe existir una correlación, correspondencia, es decir, un vínculo de conexión que es fácil de apreciar⁸⁸. Existen ordenamientos jurídicos que omiten el requisito del correlativo empobrecimiento, siendo suficiente que el enriquecimiento se haya producido de manera injusta y a costa de otro.

Contrariamente a lo que se requiere en el ámbito civil, en los hechos que persigue el delito de enriquecimiento ilícito es muy difícil que el correlativo empobrecimiento del particular o del Estado que produce el incremento patrimonial del funcionario salga a la luz o al conocimiento público, debido al carácter discrecional que caracteriza a estos hechos o porque las víctimas

⁸⁷ Núñez Lagos, Rafael, “El enriquecimiento sin causa en el Derecho español”. op. cit. 124

⁸⁸ Núñez Lagos, Rafael, “El enriquecimiento sin causa en el Derecho español” op. cit. 112

deciden no denunciarlos, pasando a formar parte de la gran cifra negra que existe en relación a los hechos de corrupción⁸⁹.

De ahí que todo enriquecimiento patrimonial de un funcionario que no guarda relación con sus ingresos legítimos, se presume que ha sido producido por la distracción de fondos públicos o por las dádivas y beneficios económicos proporcionados por los particulares que participan o son víctimas de los hechos de corrupción, y que debido a su carácter oculto no pueden probarse.

4.4. La no justificación como presupuesto de ilicitud.

En cuanto al cuarto requisito citado, el delito de enriquecimiento ilícito se ha apartado totalmente del criterio asumido por el Derecho civil para justificar la prohibición de los enriquecimientos injustos. Esto es debido a que si bien el Derecho civil como el Derecho penal efectúan una valoración de los enriquecimientos indeseables que pretenden regular, cada uno posee unos fundamentos distintos para emitir el juicio negativo que motiva la correspondiente consecuencia jurídica de acuerdo a la naturaleza de cada ámbito jurídico (la obligación de restitución y la imposición de una pena).

El Derecho civil fundamenta la prohibición de los enriquecimientos cuando son realizados sin una justa causa, es decir, sólo permite los desplazamientos de bienes y valores de un patrimonio a otro cuando son realizados a través de un título jurídico válido y bajo los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

En este ámbito jurídico la prohibición de los enriquecimientos radica en la injusticia que crean los desplazamientos de valores económicos realizados sin una causa jurídica, constituyendo ésta el centro de gravedad de la institución⁹⁰.

⁸⁹ De Jorge Mesas, Luis Francisco, “*La eficacia del sistema penal*”, Criminología, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, (1994):77

⁹⁰ Fabrega Ponce, Jorge, “El enriquecimiento sin causa” op. cit. 320.

En cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito los bienes que incrementan el patrimonio del funcionario siempre se introducen a través de una causa o título jurídico lícito previsto en el ordenamiento (propiedad, posesión o usufructo)⁹¹

De la interpretación de la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito se infiere que la referencia para fundamentar la ilicitud del enriquecimiento patrimonial experimentado por un funcionario constituye la capacidad económica que le otorga sus ingresos legítimos (su remuneración legal y cualquier otra fuente lícita declarada).

Si del examen técnico contable realizado al patrimonio del funcionario se llegase a la conclusión de que su capacidad económica no tiene la suficiente entidad para solventar el valor de los bienes que ha adquirido o de las obligaciones que ha extinguido, el legislador considera ilícito ese enriquecimiento porque presume que el funcionario ha podido incrementar su patrimonio con los beneficios obtenidos de la comisión de actos de corrupción durante el ejercicio de su cargo.

Por lo tanto, lo ilícito del enriquecimiento de un funcionario radica en su falta de correspondencia con la capacidad económica que le otorga sus ingresos legítimos, circunstancia que no explicaría razonablemente la adquisición de los bienes o la extinción de las obligaciones que producen el incremento de su patrimonio.

4.5. El origen del incremento patrimonial.

Para el caso que nos ocupa en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito se presume que todo incremento apreciable del patrimonio de un funcionario que no pueda ser justificado con sus ingresos legítimos, ha sido obtenido por fuentes económicas provenientes de la comisión de hechos punibles durante el ejercicio de su cargo público.

Así, la adquisición de bienes o la extinción de obligaciones que enriquece el patrimonio del funcionario se produciría en la mayoría de los casos gracias a las ventajas económicas que son

⁹¹ Fabrega Ponce, Jorge, El enriquecimiento sin causa” op. cit. 322.

proporcionadas por particulares, algunos en contraprestación de un acto del funcionario que les beneficia o les evita ciertos costos⁹², y otros en cambio, como víctimas de algún chantaje ilegal.

En el primer caso, el particular desencadena el hecho delictivo peticionando al funcionario público la desviación de sus funciones o tiene un plan preconcebido con éste último, existiendo en consecuencia una coincidencia entre los dos sujetos de la pareja criminal⁹³.

Por ejemplo, una de las causas que hace empobrecer a los particulares constituye la extrema burocratización del aparato estatal ataviado de procedimientos administrativos largos y engorrosos, lo cual hace que el ciudadano se sienta obligado a ofrecer incentivos o aceptar propuestas económicas por parte de los funcionarios para conseguir la aceleración o simplificación de estos trámites⁹⁴.

En el segundo caso, el particular se encuentra frente al chantaje o extorsión del funcionario, quien exige una cantidad o recompensa para liberarlo de un mal mayor o simplemente abusa de su cargo público para obtener una ventaja económica.

De esta manera, el funcionario y el particular pueden jugar diversos papeles en un suceso delictivo, pero lo que sí es cierto es que en los hechos de corrupción los particulares se encuentran compelidos a entregar dadas o ventajas patrimoniales que son exigidas por los funcionarios, lo que conlleva un desplazamiento de valores económicos que les ocasiona una disminución o empobrecimiento de su patrimonio y que en definitiva produce el enriquecimiento ilícito del funcionario.

Por último, cabe señalar que el funcionario también puede enriquecer su patrimonio a través de la distracción o malversación de recursos del Estado, cuando éste tiene a su cargo competencias funcionales de administración y disposición de caudales públicos.

⁹² Artavia Araya, Fernando, “Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción” RCS N° 119, Universidad de Costa Rica, (2008):18.

⁹³ Landrove Díaz, Gerardo, “*La moderna victimología*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, (1998):169.

⁹⁴ Landrove Díaz, Gerardo, “*La moderna victimología*”, op. cit. 43.

En estos casos el empobrecido es el Estado cuyo patrimonio se ve disminuido por obra de estas conductas corruptas, constituyendo hechos más graves en relación a los anteriormente citados, ya que sus consecuencias no afectan a un sujeto en particular sino a toda la sociedad.

Los anteriores requisitos del incremento patrimonial no justificado, han sido recogidos por la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil; la cual ha establecido:

“Lo antes dicho, está en armonía y tiene sustento en los elementos esenciales que demarcan civilmente la existencia de un enriquecimiento sin causa justa, cuyo contenido exige que concurran y se acredite lo siguiente: [a] La ventaja patrimonial o enriquecimiento, puede ser de bienes, utilidades, ganancias, beneficios o similares, por ello se refiere a una ventaja de carácter económico o pecuniaria con la cual se mejora un patrimonio. Dicha ventaja puede ser positiva o negativa, ya sea acrecentando haberes o evitando gastos en menoscabo patrimonial. [b] El empobrecimiento es todo aquello que sin causa sale, pierde, destruye o se deja de percibir algo por parte del individuo empobrecido. Bajo dicha concepción, quien no ha sufrido un empobrecimiento, no tiene legitimación ni interés alguno que alegar, dado que no ha tenido ninguna pérdida que reportar. [c] El desplazamiento del patrimonio como nexo de causalidad – enriquecimiento y empobrecimiento correlativos–; es decir, que el incremento patrimonial sea consecuencia del perjuicio del otro. [d] La ausencia de causa, es la falta de justificación, razón legal o motivo legítimo por el cual deba efectuarse el desplazamiento de un patrimonio a otro, por ello, para que la acción proceda es necesario que no exista un antecedente jurídico que sea fuente de obligación entre los patrimonios correlativos.”⁹⁵

⁹⁵ Sala De Lo Civil; Sentencia Ref. 12-APC-2017, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

CAPÍTULO 2

INSTRUMENTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LA REGULACION DE LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS DE LA FUNCION PUBLICA

Sumario: 1. Instrumentos Internacionales. 1.1. Convención Interamericana Contra la Corrupción. 1.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 1.3. La Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. La cual fue adoptada por los Jefes de Estado en la Cumbre de la Unión Africana celebrada en Maputo el 11 de julio de 2003. 1.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 2. Marco Constitucional. 3. Leyes secundarias. 3.1. Código Penal Salvadoreño. 3.2. Código Procesal Penal Salvadoreño. 3.3. Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados públicos. 3.4. Ley de Probidad. 3.5. Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita. 4. Otros cuerpos normativos vinculados al combate de la corrupción. 4.1. Ley de Ética Gubernamental. 4.2. Ley de la Corte de Cuentas de la Republica.

En el presente apartado se desarrollarán los cuerpos normativos que están vinculados a la erradicación de la corrupción y al tratamiento jurídico de los Incrementos patrimoniales no justificados de la Función pública.

1. Instrumentos Internacionales.

1.1. Convención Interamericana Contra la Corrupción.

La Convención Interamericana Contra la corrupción, de ahora en adelante CICC es un tratado a través del cual los 34 Estados Miembros de la OEA han asumido el compromiso de trabajar conjuntamente en la lucha contra la corrupción y adoptar decisiones específicas en esta materia.

Con un enfoque integral, esta Convención establece medidas para prevenir, detectar, investigar, sancionar actos de corrupción y recuperar activos producto de los mismos.

En los considerandos de dicha Convención, se hace referencia a aspectos fundamentales vinculados a la Corrupción, entre ellos reconoce que, a menudo la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos; así también que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente; siendo necesario para su

combate la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos.

En el Art. II del cuerpo legal en comento, se establecen los propósitos con los que fue creada la Convención, estos propósitos son;

“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

En el Art. III, se regulan las medidas preventivas, de tal manera que puedan ser adoptadas y que vayan acorde con el sistema institucional de cada país, a fin de garantizar un correcto desempeño de las funciones públicas y el uso adecuado de los bienes del Estado, así como la restricción de la comisión de actos de corrupción de funcionarios públicos, y otra serie de medidas.

En el Art. IV se han establecido los actos de corrupción, a los cuales les es aplicables la presente convención, tales supuestos son *“a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para*

un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

En el Art. IX, es fundamental en relación a la presente investigación, pues la Convención sugiere a los Estados Partes adoptar las medidas necesarias para tipificar el Enriquecimiento Ilícito como delito, pues se considera importante regular la conducta de los funcionarios cuando su patrimonio es incrementado significativamente luego de haber ejercido el cargo para el cual fueron electos, delito que en la legislación penal salvadoreña se encuentra regulado en el artículo 333 C. Pn y del cual se hará referencia posteriormente.

El Salvador firmó la Convención Interamericana contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996. La ratificación tuvo lugar el 26 de octubre de 1998. El depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos fue el 18 de marzo de 1999. Todo esto ocurrió durante la administración presidencial del Dr. Armando Calderón Sol.⁹⁶

1.2. Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción⁹⁷.

Al igual que el instrumento jurídico anterior, la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción, de ahora en adelante CNUCC, es un instrumento jurídico que se suma a la lucha de muchos países en el combate a la corrupción; y es por ello que la misma considera que la corrupción es un problema que ataca desde los ámbitos éticos individuales, hasta el buen desarrollo de una sociedad y sus condiciones jurídicas, traspasando inclusive las fronteras nacionales.

⁹⁶ López Jaime, “Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción”, PROBIDAD, El Salvador Noviembre 2003.

⁹⁷Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; (Oficina de Las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, New York) 2004.

En la convención también se refleja la preocupación de los Estados suscriptores en relación al tema, y es por ello que se reconoce en dicho instrumento que se requiere de ayuda mutua y asistencia técnica entre sus miembros suscriptores para lograr disminuir los niveles de corrupción en cada nación firmante, y contemplan como uno de sus propósitos “promover la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

El Salvado firmó la Convención el 10 de diciembre de 2003, la ratificó el 28 de junio de 2004 y depositó su instrumento de ratificación el 1 de julio de 2004. Los tratados internacionales constituyen leyes de la República, por lo tanto, la Convención se puede aplicar directamente.

El Art. 8 de la convención establece una serie de conductas que los diferentes funcionarios públicos deben de cumplir y respetar para evitar realizar actos de corrupción.

En relación a lo anterior, es necesario decir que la CNUCC regula una serie de figuras delictivas en relación al tema de la corrupción por parte de funcionarios públicos, dichas figuras jurídicas son parte de las sugerencias contenidas en la convención para los estados.

Estas figuras son: Art. 15 Soborno de funcionarios públicos, Art. 17 Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público. El tráfico ilícito y el abuso de funciones, pese a encontrarse regulados en la presente convención en sus arts. 18 y 19, aún no se contemplan en el capítulo II del Título XVI del C. Pn. salvadoreño en el cual se regulan los delitos de corrupción.

En el Art. 20 de la CNUCC se regula lo concerniente a la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, estableciendo; *“Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.”*

En otros temas contenidos en la Convención se resaltan algunas reglas que deben seguirse para perseguir a los funcionarios que cometen esta clase de delitos, la cooperación que se deben prestar los Estados Partes dentro de la misma Convención, así como las reglas generales que se aplican con la adopción de la misma. Un aspecto fundamental en relación al combate de la corrupción, es lo establecido en el Art. 29, pues se establece la imprescriptibilidad de dichos delitos. No obstante, El Salvador a la fecha no se ha regulado de tal manera.

Al respecto el informe emitido por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito del “Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Singapur sobre la aplicación por parte de El Salvador de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015”, ha establecido: *“Los plazos de prescripción parecen breves y las posibilidades de interrupción escasas (art. 242 de la Constitución, arts. 32, 33, 36 y 86 del Código Procesal Penal)⁹⁸ por lo que se recomienda: que considere la posibilidad de ampliar los plazos de prescripción para delitos de corrupción, o de ampliar las causas de interrupción (art. 29).*

El 28 de junio de 2004 se publicó en el Diario Oficial número 119 del Tomo 363 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, junto al Acuerdo número 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 27 de febrero de 2004 y el Decreto Legislativo número 325 del 20 de mayo del mismo año. Con esto El Salvador se convirtió en el primer país de América Latina en ratificar dicho tratado.⁹⁹

⁹⁸ Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Singapur sobre la aplicación por parte de El Salvador de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015. (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito) 2005, p5.

⁹⁹ López Jaime, “*Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción*”, PROBIDAD, El Salvador Noviembre 2003

1.3. La Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. La cual fue adoptada por los Jefes de Estado en la Cumbre de la Unión Africana celebrada en Maputo el 11 de julio de 2003¹⁰⁰.

Dicha convención denominada de ahora en adelante AUCPCC entró en vigor el 6 de agosto de 2006. El Preámbulo de la Convención recuerda a los Estados Parte de la Unión Africana su deber de coordinar e intensificar su cooperación, la unidad y la cohesión de los esfuerzos para lograr una vida mejor para los pueblos de África. Como principal postulado, la Convención establece la necesidad de respetar la dignidad humana y fomentar la promoción de los derechos económicos, sociales y políticos de conformidad con los instrumentos relacionados con los derechos humanos.

Se reconoce que la libertad, la igualdad, la justicia, la paz y la dignidad son objetivos esenciales para el logro de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos, y la necesidad de formular y llevar a cabo con carácter preventivo una política común destinada a proteger a la sociedad contra la corrupción. Por estas y otras razones, la Convención se propone alcanzar cuatro objetivos:

- a) promover y fortalecer el desarrollo en África de los mecanismos de lucha contra la corrupción;
- b) promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte;
- c) eliminar los obstáculos para el disfrute de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales; y finalmente,
- d) establecer las condiciones necesarias para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de asuntos públicos.

Estructuralmente la AUCPCC es similar a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Está compuesta por un preámbulo y 28 artículos que contienen medidas de naturaleza preventiva, criminalizadora y de asistencia y cooperación mutua.

Por un lado, los Estados Parte acuerdan la adopción de medidas destinadas a establecer, mantener y fortalecer a las autoridades en la lucha contra la corrupción y los sistemas de seguimiento y

¹⁰⁰ Del Carpio Delgado Juana, “*El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional*”, Revista General de Derecho Penal N° 23 Universidad Pablo de Olavide, (2015) 34.

auditoria, y en particular los procedimientos de contratación, adquisición y gestión de los bienes y servicios públicos.

Adoptar medidas para garantizar a los ciudadanos que denuncien casos de corrupción que pueden hacerlo sin temor a represalias, así como promover la educación de las poblaciones a respetar los bienes públicos y sensibilizarlos en la lucha contra la corrupción a través de programas educativos, y la promoción de un entorno propicio para el respeto de la ética.

Por otro lado, el ámbito de aplicación de la Convención se extiende a todos los delitos relacionados con la corrupción que según el art. 4 son, entre otros, el cohecho activo y pasivo, cualquier acción u omisión de un funcionario en el ejercicio de sus funciones o de cualquier persona con la finalidad de obtener ilícitamente beneficios para sí o para un tercero; la malversación de caudales públicos; “el enriquecimiento ilícito” y el blanqueo de capitales procedentes de los delitos de corrupción.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, según el art. 1 AUCPCC, en el que se contienen las definiciones principales, se *entiende por enriquecimiento ilícito, el “incremento significativo del patrimonio de un funcionario público o de cualquier otra persona que él o ella no pueda razonablemente justificar en relación con sus ingresos”*. Considerado como un acto de corrupción según el art. 4.g) AUCPCC, recibe un tratamiento por separado en el art. 8 AUCPCC.

Según dispone el numeral 1 de este artículo, los Estados Parte se comprometen, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, a adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones el delito de enriquecimiento.

En el numeral 2 se establece que los Estados Parte que hayan tipificado el enriquecimiento ilícito como delito en su derecho interno, dicho delito se considerará un acto de corrupción o un delito conexo a los efectos de esta Convención.

Y, finalmente, en su numeral 3, se prevé que todo Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito como delito deberá, en la medida en que sus leyes lo permitan, proporcionar asistencia y cooperación al Estado requirente en relación con este delito según lo dispuesto en la Convención.

Como puede observarse, la tipificación del enriquecimiento ilícito es un compromiso para los Estados Parte, el mismo efecto que tiene la CICC para los Estados Parte que no hayan formulado reservas al respecto.

Sin embargo, es necesario establecer, que el ámbito de aplicación del delito de enriquecimiento ilícito en la Legislación Salvadoreña y en otras, es más amplio que el previsto en las Convenciones vistas anteriormente.

Pues no sólo contempla el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, sino que también lo hace con relación a “cualquier otra persona”, lo que supone que un particular, independientemente de su profesión, cargo, estatus económico, etc. puede ser responsable penalmente por este delito.

1.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

De acuerdo al Art. 2 de dicha Convención, se entenderá por “grupo delictivo organizado”, a un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Se señala la presente convención pues muchos de los casos de los delitos relativos a la Corrupción, son realizados bajo la modalidad de Crimen organizado, conformándose enormes estructuras para conseguir los fines perseguidos por el funcionario.

2. Marco Constitucional.

En este apartado se presentarán las disposiciones de orden Constitucional que están vinculadas a la Función Pública, sus responsabilidades, así como las disposiciones vinculadas al enriquecimiento patrimonial no justificado de la función pública.

2.1. Sujeción de los Funcionarios al ordenamiento Jurídico. (Art. 235 Cn)¹⁰¹

El Art. 235 Cn establece; “Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”.

2.2. Regulación Constitucional sobre el enriquecimiento Ilícito. (Art.240 Cn)

“Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

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.

Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo.

¹⁰¹ Constitución de la Republica, (Asamblea Constituyente El Salvador)1983

Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios. La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

Los juicios por enriquecimiento sin causa justa sólo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento”.

2.3. Responsabilidad de los Funcionarios. (Art. 244 Cn)

La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley, y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron.

2.4. Garantía Constitucional de la presunción de inocencia.

En La *Constitución de la República de El Salvador* (CN) en su artículo 12 inciso primero, regula la presunción de inocencia “toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. Se hace referencia a la presente disposición puesto que uno de los problemas señalados por la doctrina relativos al delito de enriquecimiento ilícito es el referido a la vulneración de la presunción de inocencia y sus efectos en cuanto a la carga de la prueba¹⁰².

3. Leyes Secundarias.

3.1. Código Penal Salvadoreño.

¹⁰² Véase, Sancinetti, M. A., Delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: un tipo violatorio del Estado de Derecho. Buenos Aires, (1994):23 y ss.

Para el caso, el Código Penal salvadoreño tipifica en su Título XVI los “Delitos relativos a la Administración Pública”, Capítulo II “De la Corrupción”, Libro II “Parte Especial de los Delitos y sus Penas”, tal y como se expuso con anterioridad algunos de estos delitos son descritos como actos de corrupción en los Artículos 6 y 10 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, por lo que se presenta una breve mención respecto del tipo penal descrito en el Código Penal Salvadoreño.

En este sentido es necesaria la aclaración de que el capítulo relativo a la corrupción de los funcionarios públicos regulado en el Código Penal, no fue implementado en función de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por lo que varias de las conductas reguladas por la misma no forman parte aun de dicho Código.

Algunos aspectos a destacar vinculados a la presente investigación y cuya regulación se establecen en el Código penal salvadoreño, son los siguientes;

3.1.1. Concepto de Funcionario, Empleado Público y Municipal, Autoridad Pública y Agente de Autoridad Art. 39.-

“Para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil”.

La definición de funcionarios regulados en el código penal, excluye al funcionario y empleado público a las personas que prestan servicio en una entidad legislativa o judicial.

3.1.2. Regulación del Enriquecimiento Ilícito Art. 333 Código Penal. -

“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. (9)

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”.

Se elimina la presunción que estaba regulado en el código penal de 1973, ya que la corriente que influye en el código penal actual es la teoría finalista del delito.

3.2. Código Procesal Penal Salvadoreño Vigente¹⁰³.

En relación al Código Procesal Penal, se hace necesario identificar una serie de disposiciones que están vinculadas con la presente investigación;

3.2.1. Presunción de inocencia.

*Art. 6.- “Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. **La carga de la prueba corresponde a los acusadores**”.*

3.2.2. Finalidad de la Prueba.

En el Título V referente a la prueba en el capítulo uno hace mención a las disposiciones generales y en el artículo 174, se establece la finalidad de la prueba, *“las pruebas tienen por finalidad llevar al conocimiento del juez o tribunal los hechos y circunstancias objetos del juicio, especialmente lo relativo a la responsabilidad penal y civil derivada de los mismos.*

¹⁰³ Código Procesal Penal. (2010) Asamblea Legislativa, El Salvador

3.3. Ley Sobre El Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Y Empleados Público.¹⁰⁴

A continuación, se desarrollan, las disposiciones de mayor relevancia de la presente Ley¹⁰⁵.

El Art. 1 contiene el ámbito de aplicación; el cual literalmente expresa;

“Art. 1.- La presente ley se aplica a los funcionarios y empleados públicos que en el texto de la misma se indican, ya sea que desempeñen sus cargos dentro o fuera del territorio de la República”

Así también la Ley delimita quienes son considerados funcionarios y empleado públicos;

“Art. 2.- Para los efectos de esta ley se consideran funcionarios y empleados públicos: 1º.- LAS PERSONAS QUE CON EJERCICIO DE AUTORIDAD O JURISDICCIÓN O BIEN SIN ÉL, POR ELECCIÓN POPULAR, POR ELECCIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA, POR NOMBRAMIENTO DE AUTORIDAD COMPETENTE O POR DESIGNACIÓN OFICIAL, PARTICIPEN DE MANERA PRINCIPAL O SECUNDARIA EN LAS FUNCIONES O ACTIVIDADES PÚBLICAS DE LOS ORGANISMOS DEPENDENCIAS O INSTITUCIONES CENTRALIZADAS O DESCENTRALIZADAS, DEL ESTADO O DEL MUNICIPIO.(3) 2º.- Las personas que de cualquier manera administren, manejen bienes o fondos del Estado o del Municipio, o dispongan de ellos ya sea por disposición de la ley, de los reglamentos o por designación oficial”

Uno de los principales mecanismos de control que determina esta ley es la obligación de rendir declaración jurada patrimonial a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección de Probidad.

En ese sentido el artículo 3, ordena a los funcionarios y empleados públicos comprendidos en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, rendir ante la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, una declaración jurada de su patrimonio, la cual deberá ser presentada por escrito,

¹⁰⁴ Es importante hacer notar que la Ley de Enriquecimiento Ilícito, data desde el año 1959; habiendo a la fecha únicamente reformas, siendo una Ley que a la fecha tiene muchos vacíos y no se adapta a las necesidades de la situación actual.

¹⁰⁵ Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados públicos. (1959) Asamblea Legislativa, El Salvador.

personalmente o mediante representante con poder especial, en el término de sesenta días a partir de la toma de posesión a su cargo o de finalización de sus funciones.

Con dicho mecanismo de control se pretende hacer un balance entre el patrimonio inicial y el final y que posibilitará detectar incrementos mal habidos o desproporcionados en razón de su salario.

El contenido de la declaración patrimonial de los servidores públicos es una relación y estimación de sus bienes y los créditos a su favor o en su contra; de los bienes o los créditos a favor o en contra de sus cónyuges o sus hijos y de los salarios devengados, rentas obtenidas particularmente y de su procedencia, acciones y participaciones sociales propias y de sus parientes.

El Art. 7 es de los más destacados porque proporciona una definición de enriquecimiento ilícito. Tal disposición expresa que “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.

De acuerdo a dicha Ley para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta:

1° Sus condiciones personales;

2° La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios;

3° La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento”.

El Art. 10 estatuye la facultad de denuncia popular. Todo ciudadano tiene el derecho de acudir ante la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia a denunciar a cualquier servidor público que se estuviere enriqueciendo ilícitamente en perjuicio de la Hacienda Pública o Municipal, siempre y cuando tenga pruebas de ello.

Las sanciones que puede imponer la Sección de Probidad por violación a la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos son la multa (la cual debe ser adecuada a las condiciones económicas presentes de los servidores públicos; cesación en el ejercicio del cargo por no declarar en forma legal el estado del patrimonio y la restitución al Estado o al Municipio de todo lo que hubieren adquirido ilegalmente.

3.4. Ley de Probidad¹⁰⁶.

Como parte de las iniciativas en crear una Ley que supla los vacíos que en la actualidad tiene la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos, se trabajó en una propuesta de Ley que se denominó “Ley de Probidad”

Dicha normativa planteaba en sus considerandos;

- i) Que la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos fue promulgada mediante Decreto Legislativo N° 2833 del 24 de abril de 1959, y publicada en el Diario Oficial N° 87, Tomo N° 183, del 18 de mayo de 1959, por lo que data desde hace más de cincuenta y cinco años y ya no cumple con la finalidad para la que fue promulgada.*
- ii) Que el artículo 240 de la Constitución de la República establece la obligación para los servidores públicos de declarar su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, por lo que es necesario establecer normas que regulen adecuadamente su efectivo cumplimiento.*
- iii) Que El Salvador ha suscrito Convenios Internacionales que promueven la aplicación de medidas, dentro de las instituciones de cada Estado, destinadas a crear, mantener y fortalecer*

¹⁰⁶ Si bien la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos fue reformada en 1959, 1974 y en 1992, los cambios introducidos son insuficientes para adecuar la legislación nacional al marco jurídico internacional y garantizar un mejor control del enriquecimiento ilícito y de los conflictos de interés. Es necesario, por tanto, diseñar un nuevo modelo legal que ofrezca un adecuado equilibrio entre las normas constitucionales y las convenciones internacionales por un lado, y la eficacia en el control y sanción de la corrupción.

sistemas de declaración de ingresos, activos y pasivos, evitar conflictos de interés de los servidores públicos y darles publicidad a tales declaraciones cuando corresponda, a fin de combatir la corrupción.

iv) 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.”

a) Objeto de la Ley Art. 1.- La presente Ley tiene por objeto establecer procedimientos para determinar el patrimonio de los sujetos obligados de acuerdo a la misma, así como imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley.

Ámbito de Aplicación

b) Ámbito de aplicación; Art. 2.- La presente Ley se aplicará a los funcionarios y empleados públicos establecidos en este cuerpo normativo, permanentes o temporales, remunerados o ad honorem, que ejerzan o hayan ejercido su cargo por elección, nombramiento o contrato emanado de la autoridad competente, que presten servicio en cualquier entidad estatal, autónoma, municipal o sociedades de economía mixta, dentro o fuera del territorio de la República. Los sujetos establecidos en este artículo se denominarán en el transcurso de esta Ley como sujetos obligados.

c) Presunción de Enriquecimiento Ilícito Art. 3.- 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.

3.4.1. Aspectos Relevantes sobre la Propuesta de Ley de Probidad¹⁰⁷.

¹⁰⁷ El análisis presentado corresponde a la publicación del Ante proyecto de la Ley de Probidad Publica, como parte del esfuerzo de la Sociedad Civil por instaurar altos estándares de probidad. El grupo gestor se denominó “Equipo

En primer lugar, se incorpora un catálogo de los conceptos más importantes que se emplean en la Ley, con la finalidad de facilitar su comprensión y aplicación. En este catálogo se incluyen términos como conflicto de interés, grupo familiar, institución pública, intervención en el manejo de bienes, fondos y derechos de las instituciones públicas, probidad, servidor público y sujeto obligado a declarar.

En segundo lugar, la Ley de Probidad Pública asume como idea central que la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito y de los conflictos de interés, requieren que la Dirección de Probidad, encargada de implementar la Ley de Probidad Pública, cuente con la autonomía, el personal y los recursos financieros necesarios para cumplir todas las acciones de control, investigación y sanción que la misma ley le encomienda.

Por tal razón, se considera que la eficacia de las labores de la Dirección de Probidad son fundamentales, no solo para la identificación y sanción de las infracciones administrativas vinculadas al enriquecimiento ilícito y a los conflictos de interés, sino también para que la Fiscalía General de la República pueda iniciar las investigaciones penales en los casos de delitos de enriquecimiento ilícito u otros delitos conexos, a partir de la información que la Dirección de Probidad le remita.

En este sentido, la Ley de Probidad Pública distingue claramente entre las infracciones y sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones que la misma ley establece y que encarga a la Dirección de Probidad, y la responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito u otros conexos que tipifica el Código Penal y que compete investigar a la Fiscalía General de la República. Para lograr la eficacia en sus labores, la Ley de Probidad Pública establece un amplio catálogo de atribuciones y funciones de la Dirección de Probidad que, conformada por un grupo interdisciplinario, le permitirán recibir las declaraciones juradas de patrimonio, procesar la información que contienen, investigar y sancionar por la comisión de alguna infracción

gestor de la Ley de Probidad Pública y estaba integrado por Instituciones tales como Fusades, ISD, Universidad Francisco Gavidia, Funde, ANEP, entre otros.

administrativa y, en su caso, comunicar a la Fiscalía General de la República la existencia de indicios del delito de enriquecimiento ilícito u otros conexos.

En tercer lugar, se reivindica la importancia de la declaración jurada de patrimonio como instrumento que permite al Estado conocer el estado patrimonial de los sujetos obligados y ejercer su función de control, prevención y sanción del enriquecimiento ilícito y conflictos de interés. En tal sentido, la Ley de Probidad Pública contiene una extensa y detallada regulación de los elementos y datos que ha de contener la declaración jurada de patrimonio, así como las oportunidades, plazos y procedimientos para su presentación.

En cuarto lugar, y en relación a los sujetos obligados a presentar declaración jurada de patrimonio, la Ley de Probidad Pública, siguiendo la propuesta de algunas convenciones sobre la materia, que han sido ratificadas por El Salvador, establece que el servidor público es la persona natural que presta servicios, retribuidos o no, permanentes o temporales en la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción, así como aquellos que integran las juntas directivas de las sociedades de economía mixta, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado. Comprende a los funcionarios y empleados públicos, autoridad pública y agente de autoridad en todos sus niveles jerárquicos. El concepto de servidor público propuesto por la Ley de Probidad Pública satisface las exigencias del principio de legalidad y amplía el universo de sujetos obligados.

Una de las características más novedosas de la Ley de Probidad Pública en el ámbito de los sujetos obligados, es que regula el mecanismo para presentar la declaración jurada de patrimonio durante los nueve años posteriores al ejercicio del cargo, buscándose así que los eventuales enriquecimientos ilícitos cometidos durante el ejercicio del cargo, pero que se exteriorizan una vez que el sujeto deja el mismo, puedan ser investigados.

De igual forma, se ha regulado la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio en los casos de reelección, cambio de cargo y reorganización administrativa; y se ha previsto la

obligación de ampliar la declaración jurada de patrimonio cuando exista una modificación del estado patrimonial, cubriéndose así una amplia gama de situaciones que la actual ley no regula.

Con lo anterior, la ley atiende el fin teleológico de la Constitución en procurar la satisfacción del bien común sobre el bien privado, especialmente en cuanto a la probidad en el manejo y administración de los bienes, fondos y derechos del Estado y del municipio. Es de destacar también que la Ley de Probidad Pública prevé un conjunto de obligaciones a los titulares de las instituciones y a los oficiales de enlace que habrá de existir en cada una de ellas, con el fin de lograr una adecuada articulación con la Dirección de Probidad en el suministro e intercambio de información.

En quinto lugar, la Ley de Probidad Pública contiene un prolijo catálogo de infracciones y sanciones administrativas vinculadas a la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio. Así, se prevé la multa por incumplimiento en la presentación de la misma, o por no atender el requerimiento de la Dirección de subsanarla. Además, la destitución del servidor público sin responsabilidad para la institución en los casos en que no se cumple con la obligación de declarar su patrimonio a la toma de posesión del cargo, reelección, cambio de cargo, reorganización administrativa, actualización o cuando sea requerido por la Dirección, dentro de los quince días después de haber sido previamente sancionado.

Finalmente, la inhabilitación para quienes no presenten su declaración jurada de patrimonio a la toma de posesión, reelección, cambio de cargo, reorganización administrativa, actualización, cuando sea requerido por la Dirección, o al cese de funciones, además de las sanciones correspondientes.

La Ley de Probidad Pública prevé también infracciones y sanciones para los titulares y oficiales de enlace de las instituciones públicas que incumplen sus obligaciones, así como para las personas que no proporcionen la información requerida por la Dirección de Probidad, a efecto de comprobar la veracidad de las declaraciones juradas de patrimonio.

Las sanciones administrativas que contempla la Ley de Probidad Pública son respetuosas del principio de proporcionalidad. Para evitar cualquier acto indebido en su aplicación, se ha

incorporado a la ley un nuevo catálogo de multas apegadas a la gravedad de los hechos cometidos, con criterios objetivos y claros que habrán de ser empleados por la Dirección de Probidad para determinar la imposición de la sanción.

3.4.2. Sentencia de Inconstitucionalidad de la propuesta de Ley de Probidad.¹⁰⁸

De acuerdo a la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las catorce horas con once minutos del día nueve de febrero de dos mil dieciocho. Se le dio trámite a varias demandas¹⁰⁹ acumuladas, presentadas con el fin de que se declarase la inconstitucionalidad por omisión parcial de la Ley de Probidad, por la supuesta contradicción con el art. 240 inc. 1° y 4° Cn. y por violación refleja del art. 144 inc. 2° Cn. en relación con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC).

Los problemas jurídicos que fueron considerados por la Sala de lo Constitucional que debían ser resueltos se enuncian los siguientes; *“determinar: (i) si la iniciativa de ley que algunos Diputados de la Asamblea Legislativa dieron a la LP, constituye o no un vicio de forma por infracción a lo establecido en el art. 133 ord. 3° de la Constitución; (ii) si el contenido de la LP transgrede el mandato que derivaría del art. 240 incs. 1° y 4° Cn., referente a la obligación del Órgano Legislativo de emitir la normativa que contenga los mecanismos necesarios para garantizar la probidad de funcionarios en el manejo de fondos públicos y, además, investigar y sancionar el enriquecimiento ilícito; y (iii) si el contenido de la LP transgrede el art. 144 inc. 2° Cn. por violación refleja, con respecto a la presunta vulneración de la CNUCC y la CICC.*

¹⁰⁸ Sala de lo Constitucional; Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 6-20161, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador)2018

¹⁰⁹ Los procesos constitucionales acumulados han sido promovidos por el ciudadano Herbert Danilo Vega Cruz (Inc. 2-2016) para que se declare la inconstitucionalidad, por vicios de forma y de contenido, de la Ley de Probidad (LP), contenida en el Decreto Legislativo n° 225, de 16-XII-2015, publicado en el Diario Oficial n° 237, tomo 409, de 23-XII-2015, por la supuesta infracción a los arts. 1, 2, 85, 86, 131 ord. 31°, 133 ord. 3°, 135 y 182 ord. 6° Cn.; y por los ciudadanos Roberto Enrique Rubio Fabián, Roberto Mauricio Rivera Ocampo, Claudia Beatriz Umaña Araujo, Javier Castro De León, Raúl Alberto García Mirón y Francisco Javier Argueta Gómez (Inc. 6-2016), con el fin de que se declare la inconstitucionalidad por omisión parcial de la Ley de Probidad, por la supuesta contradicción con el art. 240 inc. 1° y 4° Cn. y por violación refleja del art. 144 inc. 2° Cn. en relación con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC).

Luego de expresar las valoraciones correspondientes en relación a la determinación de la iniciativa de Ley; la Sala considero;

(...)“En razón de que algunos diputados de la Asamblea Legislativa dieron iniciativa a la LP, contenida en el Decreto Legislativo n° 225, de 16-XII-2015, la cual en su contenido regula materias de organización y funcionamiento de la Sección de Probidad de la CSJ y además, modifica la competencia que el art. 240 Cn. otorga al Pleno de la CSJ para conocer en los procedimientos de enriquecimiento ilícito, se concluye que deviene en inconstitucional por vicio de forma al haber vulnerado el art. 133 ord. 3° Cn., que faculta única y exclusivamente a la CSJ para ejercer iniciativa de ley en materias relativas a la organización del Órgano Judicial y a la jurisdicción competencia de los tribunales, y así se declarará en el fallo. 2. La constatación del vicio de forma produce consecuencias en la totalidad de la LP. Si bien no todo el contenido de ella corresponde a las materias vedadas de la iniciativa de ley del Legislativo, el vicio se extiende a todo el cuerpo normativo impugnado, ya que conteniendo vicios de forma, no pueden conservar vigencia ninguna de sus disposiciones” (...)

Fundamentando en ese sentido que; *(...)“El proceso de inconstitucionalidad por vicios de forma tiene por finalidad determinar si la emisión de un cuerpo normativo ha vulnerado alguna de las disposiciones constitucionales que se refieren al procedimiento de formación de ley. En ese sentido, cuando se viola una norma constitucional sobre producción jurídica, no interesa el contenido específico que posee el objeto de control más que para efectos de determinar cuáles son las formas que se le deben exigir. Si bien se ha admitido que el vicio de forma puede afectar solamente una de las partes de una ley (sentencia de 4-XI-2011, Inc. 15-2011), ello no es procedente en este caso específico por los resultados y efectos que produciría” (...)*

Como medida cautelar en la admisión de la demanda se suspendió provisionalmente los efectos de la Ley de Probidad, y en consecuencia, mantuvo la vigencia de la **Ley Sobre El Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Y Empleados Público** para que continuara formando parte del ordenamiento jurídico, en desarrollo del mandato constitucional del art. 240 Cn. En virtud de dicha resolución, la Ley de Probidad en ningún momento produjo efectos jurídicos, con lo cual la ley

que pretendía derogar continuó aplicándose por la CSJ en varios casos de enriquecimiento ilícito, siendo la Ley que sigue estando vigente.

En la sentencia emitida por la Sala se declaró:

“1. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, la Ley de Probidad contenida en el Decreto Legislativo n° 225, de 16-XII-2015, publicado en el Diario Oficial n° 237, tomo 409, de 23-XII-2015, porque se aprobó por iniciativa de ley de los Diputados de la Asamblea Legislativa no obstante que regula materias relativas a la organización del Órgano Judicial, y a la jurisdicción y competencia de los tribunales, lo cual viola el art. 133 ord. 3° C., que faculta exclusivamente a la CSJ para ejercer iniciativa de ley en dichas materias.

2. La Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, promulgada mediante Decreto Legislativo n° 2833, de 24-IV-1959, publicado en el Diario Oficial n° 87, tomo 183, de 18-V-1959, continuará aplicándose como efecto de la presente sentencia.

3. Cese la medida cautelar adoptada por resolución de 11-I-2016 en el proceso de Inc. 6-2016, debido a que la normativa impugnada ha sido declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento jurídico salvadoreño”.

3.5. Ley especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita.¹¹⁰

La Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, entro en vigencia en El Salvador en el año 2013, por medio de Decreto Legislativo N° 534, publicado en el Diario Oficial.

En el Art. 1 de la presente Ley se plantea el Objeto de la Ley; El cual expresa; *“El objeto de la presente Ley consiste en normar el procedimiento que regula la acción de extinción de dominio a*

¹¹⁰ Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación ilícita, (Asamblea Legislativa, El Salvador)2013

favor del Estado, sobre aquellos bienes que se encuentran dentro de los presupuestos que dan lugar a la misma.”

“Asimismo, regula lo concerniente a la administración de los bienes y su destinación.”

Así también delimita en el At. 2 el Ámbito de Aplicación;

“Art. 2.- Esta Ley se aplicará a los bienes de interés económico, de origen o destinación ilícitos ubicados dentro o fuera del territorio nacional, cuando su origen, incremento o destino se ubique dentro de los presupuestos contemplados en la misma, siempre que la acción de extinción de dominio sea iniciada en El Salvador.”

En el Art. 6, la presente Ley regula los presupuestos que darán lugar a la extinción de dominio, abarcando en dichos supuestos aquellos bienes que directa o indirectamente provienen de actividades ilícitas, los productos mezclados, los medios o instrumentos utilizados para la comisión de delitos, así como el de productos derivados de comisión de delitos en el extranjero;

“Art. 6.- Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes:

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

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;

c) CUANDO SE TRATE DE BIENES QUE CONSTITUYEN UN INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO DE TODA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, QUE PROVENGAN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS. (2)

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;

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;

f) DEROGADO; (2)

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 equivalente 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;

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; e,

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.

El Art. 23 regula lo vinculado a la procedencia de las medidas cautelares; Aplicación de Medidas Cautelares; el cual regula al respecto;

“Sobre los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio se podrán decretar las medidas cautelares contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, bajo las reglas y condiciones establecidas en el mismo, con las modificaciones establecidas en la presente Ley.

PARA DECRETAR O RATIFICAR LAS MEDIDAS CAUTELARES DEBERÁ EXISTIR APARIENCIA DE BUEN DERECHO Y PELIGRO EN LA DEMORA PARA LOS FINES DEL PROCESO. EN TODO CASO, LAS MEDIDAS CAUTELARES DEBERÁN RESPONDER A LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD, IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD”

Al respecto el código procesal civil y mercantil¹¹¹ en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares regula los siguientes aspectos fundamentales:

“Universalidad de la aplicación Art. 431.- En cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria”.

¹¹¹ Código Procesal Civil y Mercantil; (Asamblea Legislativa, El Salvador) 2010.

“Presupuestos Art. 433.- Las medidas cautelares sólo podrán adoptarse cuando el solicitante justifique debidamente que son indispensables para la protección de su 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 inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución.”

El solicitante deberá acreditar, en forma adecuada, la buena apariencia de su derecho, y para ello deberá proporcionar al juez elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia del derecho, tal como lo afirma el solicitante, es más probable que su inexistencia.

La acreditación de la apariencia de buen derecho y del peligro, lesión o frustración por demora deberán justificarse en la solicitud, en la forma que sea más pertinente y adecuada.

En los artículos 25 al 41, de la Ley Especial de Extinción de Dominio; se regula el proceso de extinción de dominio; el cual se detalla a continuación.

3.5.1. Proceso Especial de Extinción de Dominio.

El proceso de extinción de dominio consta de dos etapas¹¹², una etapa inicial o de investigación la cual le corresponde al fiscal especializado, de conformidad a las atribuciones que la misma ley le confiere¹¹³ y una segunda etapa procesal que se inicia a partir de la promoción que presente la Fiscalía General de la República ante el tribunal especializado.

¹¹² Ley especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, (Asamblea Legislativa, el Salvador)2013

¹¹³ Sobre la etapa de investigación inicial debe señalarse que se encuentra designada al Ministerio Público, de acuerdo al art. 27 de la LEDAB, institución a quien le corresponde por ley la promoción de la acción extintiva y quien además será el encargado de dirigir la investigación a través de sus fiscales especializados, con el objeto de identificar, localizar y ubicar los bienes sobre los cuales podría recaer la acción, por encontrarse en un presupuesto de extinción de dominio, para lo cual será necesario también localizar los posibles afectados en sus derechos sobre los bienes que se encuentren bajo un presupuesto de extinción de dominio. En esta misma etapa la agencia fiscal tiene facultades de recopilar la información que sea necesaria y que evidencie la concurrencia de algún presupuesto extintivo; también puede desvirtuar la presunción de buena fe exenta de culpa de algún afectado o interesado. Esta investigación, según el art. 25 LEDAB puede iniciarse de oficio, por denuncia o aviso, y será el fiscal quien dirigirá la misma, cuando considere que concurre los presupuestos establecidos en la ley como causales de extinción del dominio.

a. **La Etapa de inicial o Etapa de investigación.**

Como una etapa pre-procesal, está dirigida a desarrollar las labores de verificación que permitan al Estado, a través del órgano judicial, identificar bienes que se encuentren en alguna de las causales del Artículo 6 de la citada ley, para así elaborar la pretensión del Estado que se tendrá que plasmar en la solicitud que da inicio al proceso¹¹⁴.

No se fija un término definido¹¹⁵ para el agotamiento de ésta, pero ello no implica que sea indefinido ese plazo, sino que debe ceñirse a los parámetros de lo razonable, acorde con la complejidad para estructurar las causales y la cantidad de bienes.

Esta etapa goza del carácter reservado¹¹⁶, salvo cuando se acuda a la imposición de medidas cautelares, ya que la elaboración de la pretensión en esta etapa no implica la afectación de ningún derecho, por cuanto en este estado se identifican e individualizan los bienes susceptibles de afectar. En esta etapa el fiscal especializado de oficio, por denuncia o aviso, dirigirá la investigación cuando concurra los presupuestos previstos en la ley especial de extinción de dominio que anteriormente se explicaron, tan pronto el fiscal tenga el conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de la aplicación de la ley, este deberá informar a la Unidad Fiscal Especializada.

Conforme a dicha Ley la fase inicial o de investigación concluirá con la presentación de la solicitud de procedencia de la acción de extinción de dominio o la resolución de archivo de la investigación. (Art. 28).

b. **Etapa Procesal.**

¹¹⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA** Sentencia con referencia C 740-03, en donde establece la estructura del proceso de extinción de dominio y la primera etapa es: Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que (i) se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio, (ii) se pueden practicar medidas cautelares y (iii) se ejercen facultades de administración sobre los bienes afectados con tales medidas.

¹¹⁵ En cuanto a su finalización, el art. 28 LEDAB hace referencia a que esta fase concluirá con la presentación de la solicitud de extinción de dominio o en su caso con el archivo fiscal, archivo que no otorga la calidad de cosa juzgada, por lo que al existir nuevos elementos se puede reabrir el caso. Sin embargo, como puede observarse no se establece un plazo estipulado para la conclusión y finalización de la llamada etapa de investigación en el procedimiento de extinción de dominio, por lo que la misma actualmente se encuentra supeditada a la opinión del fiscal que se encuentra a cargo de una investigación.

¹¹⁶ Se critica que en esta etapa se limita el acceso a las investigaciones, asociado a lo indefinido del plazo de investigación, podría constituir un Estado Policía, no permitiendo el ejercicio de una defensa efectiva desde el inicio de las investigaciones. Sin embargo, existen posturas que validan el carácter de reserva que se le da a esta etapa, pues de lo contrario podría haber alteración y desplazamiento de los bienes o afectación en las investigaciones.

La fase procesal inicia con la presentación por parte del fiscal, de la solicitud¹¹⁷ de la acción de extinción de dominio ante el juez especializado, la cual debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 29¹¹⁸ de la ley de Extinción de Dominio debe ser de manera escrita y contendrá la narración completa de los hechos en los que se fundamenta la pretensión; la descripción e identificación de los bienes sujetos a la acción; la identificación de los sujetos afectados y el ofrecimiento de pruebas conducentes, así como también las medidas cautelares¹¹⁹ o actos urgente de comprobación que requieran autorización judicial.

Presentada la solicitud, el tribunal especializado resolverá en un término no superior a cinco días, indicando las razones que fundamente su decisión, si esta solicitud se admite y se da inicio al trámite o se previene al fiscal para que en un término de tres días subsane los defectos formales.

En la misma resolución se resolverá sobre las medidas cautelares que se hubieran solicitado y su ejecución, la reserva de las actuaciones y ordenara la notificación de la misma, corriendo traslado a los afectados para que estos se pronuncien en un plazo de veinte días. (Lo que constituye un emplazamiento dentro del proceso¹²⁰)

¹¹⁷ Nótese el concepto de Solicitud; La ley se separa del concepto de demanda o requerimiento para el ejercicio de la Acción en el proceso de extinción de dominio.

¹¹⁸ Ver requisitos de Demanda Art. 276CPCM: “Todo proceso judicial principiará por demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión. La demanda debe contener: 1º La identificación del Juez o tribunal ante el que se promueve; 2º El nombre del demandante y el domicilio que señale para oír notificaciones; 3º El nombre del demandado, su domicilio y dirección, estándose en otro caso a lo previsto en este código; El nombre del procurador del demandante, su dirección, haciendo constar el número de fax o el medio técnico que le permita recibir comunicaciones directas del tribunal; 5º Los hechos en que el demandante funda su petición, enumerándolos y describiéndolos con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa; 6º Los argumentos de derecho y las normas jurídicas que sustenten su pretensión; 7º Los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales; 8º Las peticiones que se formulen, indicándose el valor de lo demandado; 9º El ofrecimiento y determinación de la prueba. Cuando sean varias las pretensiones que se plantean, se expresarán en la petición con la separación debida. Si las peticiones principales fuesen desestimadas, las que se hubieran formulado subsidiariamente se harán constar por su orden y en forma separada. Según la clase de proceso de que se trate, la demanda podrá contener especificaciones distintas, conforme se determine en este código y en otras leyes.

¹¹⁹ Las cuales deben cumplir los requisitos que establecen los Art. 431 y siguientes del CPCM.

¹²⁰ Véase Art. 181 y siguientes del CPCM: “Art. 181.- Todo demandado debe ser debidamente informado de la admisión de una demanda en su contra, a fin de que pueda preparar la defensa de sus derechos o intereses legítimos. A tal efecto, el demandante deberá indicar la dirección donde puede ser localizado el demandado. Si manifestare que le es imposible hacerlo, se utilizarán los medios que el juez considere idóneos para averiguar dicha circunstancia, pudiendo dirigirse en virtud de la obligación que tiene toda persona o autoridad de colaborar, a registros u organismos públicos, asociaciones, entidades o empresas que puedan dar razón de ella, quienes deberán rendir el informe respectivo en un plazo que no excederá de diez días, el cual será determinado a juicio prudencial del juez.

En esta etapa procesal habrá, que hacer la distinción entre los principales y afectados indirectos, debiendo el ente Fiscal cumplir con los requisitos de los litisconsorcios. (76 CPCM)

Finalizado el termino para que el afectado se pronuncie se fijara la fecha de la audiencia preparatoria, la cual se efectuará dentro de los diez días siguientes.

b.1. Audiencia preparatoria.

Se consagra un procedimiento breve para el ejercicio de la acción, el cual está diseñado para garantizar los derechos de contradicción y oposición, ya que en esta etapa se parte de la resolución de inicio que contienen los bienes afectados debidamente identificados y el nexo de relación de causalidad del bien y las causales, previstas en la ley.

El procedimiento está revestido de las garantías legales y procesales comunes a cualquier trámite, consagrando, además, aquellas que le permiten al afectado desarrollar un papel protagónico en materia probatoria; frente a este aspecto, el trámite se asemeja al de un proceso dispositivo en el cual los afectados tienen el derecho de probar las manifestaciones de su oposición para desvirtuar la pretensión de Estado.

El reconocimiento de derechos y garantías también se extiende a aquellos considerados como terceros de buena fe exentos de culpa, en la audiencia preparatoria se procederá a: a) Plantear incidentes, excepciones y nulidades; b) verificar la legitimación y el interés de las partes intervinientes en el juicio y c) resolver sobre la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas.

El juez debe considerar para la admisión de las pruebas, que sean propuestas en la forma y momento legalmente establecido; que se ha obtenido por medios lícitos y que las pruebas deben ser útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad. Finalizada la audiencia, se procederá a la lectura del acta y se señalará día y hora para la audiencia de sentencia, que se llevará a cabo dentro de los quince días hábiles siguientes y se tendrá por notificada a las partes.

b.1.1. Consideraciones sobre la Fase de la audiencia preparatoria.

Al respecto de las etapas del proceso de extinción de dominio es necesario hacer algunas consideraciones propias de la fase probatoria.

El primero de ellos responde a la naturaleza del proceso de Extinción, siendo que este se adapta a las reglas del CPCM: el cual establece en el Art.239¹²¹; Que los proceso declarativos son: 1°. El proceso común. 2°. El proceso abreviado.

No estando claro a cuáles reglas estará sujeto el proceso de Extinción de dominio; por una parte, en la fase preparatoria del proceso común el CPCM establece al respecto al emplazamiento del demandado¹²²; *“Admitida la demanda, se hará la comunicación de ella a la persona o personas contra quienes se entable, y se les emplazará para que la contesten dentro de los veinte días siguientes”*.

Por otra parte el Art. 290 del CPCM; *“Evacuados los trámites correspondientes de alegaciones iniciales o transcurridos los plazos sin haberlas realizado, el Juez, dentro de un plazo de tres días, convocará a las partes a una audiencia preparatoria, que se celebrará en un plazo no mayor de sesenta días contados desde la convocatoria judicial”*.

Al respecto sobre la etapa procesal en cuestión, la Ley de Extinción plantea que Una vez notificada la admisión de la solicitud de extinción de dominio, el juez especializado correrá traslado a los afectados, para que estos se pronuncien en **el plazo de veinte días** poniendo a su disposición las actuaciones.

Finalizado este último plazo, el juez especializado fijará día y hora para la realización de la audiencia preparatoria, la cual se efectuará dentro de los **diez días siguientes**.

Sobre lo anterior si bien es cierto el plazo del emplazamiento es de 20 días, lo cual constituye un plazo corto para el demandado, atendiendo a la complejidad de lo que se investiga en el proceso de extinción; la convocatoria de audiencia está limitada a un plazo de 10 días; lo que dificulta aún más la obtención de cualquier elemento de prueba que favorezca al demandado. Contrario el ente

¹²¹ Código Procesal Civil y Mercantil; (Asamblea Legislativa, El Salvador)2010

¹²² Código Procesal Civil y Mercantil, (Asamblea Legislativa, El Salvador) 2010, Art. 283

Fiscal el cual no ha sido limitado en la investigación inicial, lo cual conlleva una amplia situación de ventaja en relación al demandado¹²³.

Sin embargo, tampoco puede afirmarse que el proceso de extinción de dominio este sujeta a las reglas del proceso abreviado, regulado en los Art. 418 y siguientes del CPCM. Siendo una etapa muy compleja en la cual tiene que valorarse si puede existir afectación de los Derechos del demandado, sobre todo lo relativo al Derecho de Defensa y al principio de igualdad de las partes¹²⁴.

b.2. Audiencia de Sentencia.

En el desarrollo de la audiencia y siguiendo el orden de intervención de la audiencia preparatoria, las partes presentarán sus alegatos iniciales, producirán las pruebas en la forma prescrita y expondrán los argumentos de hecho y de derecho que sustentan su petición. Son admisibles todos los medios de prueba que sean útiles y pertinentes, en donde corresponde a cada una de las partes, bajo el principio de Carga dinámica de la prueba,¹²⁵ prescribe que los hechos debe probarlos quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, probar los fundamentos que sustentan su posición procesal.

Al respecto sobre la carga dinámica de la prueba; principio, también llamado de la autorresponsabilidad de las partes, supone la identificación del interés jurídico para probar, y

¹²³ Acogiendo las mejores prácticas contenidas en el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011), el artículo 118 del Código consagra como eje principal de la etapa preprocesal una serie de fines u objetivos que se deben cumplir durante la fase inicial de la acción y que están concebidos para que la investigación logre su fin principal de estructurar en debida forma la pretensión extintiva, además de actuar "...como estándares probatorios y cognitivos y como requisitos de procedibilidad, en el sentido de que si no se cumple con ellos, no se puede seguir a la siguiente etapa dentro del proceso de extinción de dominio",

¹²⁴ Se debe recordar que el juez de extinción ostenta una doble condición dentro del nuevo esquema, no solo como juez de conocimiento para resolver sobre la pretensión presentada por la Fiscalía General, sino también como garante constitucional de las actuaciones realizadas durante la investigación, por lo cual está en la obligación de no reconocer legitimidad de las actuaciones del ente investigador si encuentra que la fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, como claramente lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C 540, 2011).

¹²⁵ Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, Bogotá, D.C, Leyer, 1ª edición, (2006) 21,

radica en las partes el deber de soportar las consecuencias derivadas de su inactividad demostrativa derivada de su negligencia, error o intencionalidad.

En cuanto a esa distribución de la carga de la prueba, el Estado tiene la obligación de llegar a una inferencia razonada sobre el origen ilícito de los bienes; acto seguido, el posible afectado debe efectuar su oposición que no puede consistir en las “solas manifestaciones” entendidas como negaciones indefinidas sobre la procedencia no-ilícita de los bienes, sino que debe aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia del Estado¹²⁶.

4. Otros cuerpos normativos vinculados al combate de la corrupción.

4.1. Ley de Ética Gubernamental.

Entra en vigencia en el año 2006. De acuerdo al Art. 1 el objeto es *“normar y promover el desempeño ético en la función pública; salvaguardar el patrimonio del Estado, prevenir, detectar y sancionar la corrupción de los servidores públicos, que utilicen los cargos o empleos para enriquecerse ilícitamente o cometer otros actos de corrupción”*.

De acuerdo al Art. 2 dicha ley es aplicable *“a todos los servidores públicos, permanentes o temporales, remunerados o ad-honorem, que ejerzan su cargo por elección, nombramiento o contrato, que presten servicio en la administración pública, dentro o fuera del territorio nacional”*

Asimismo, quedan sujetos a esta Ley en lo que fuere aplicable, las demás personas que, sin ser servidores públicos, administren bienes o manejen fondos públicos.

Para efectos de esta Ley se definen los siguientes conceptos relevantes;

“Artículo 3. Para los efectos de esta ley se entiende por:

¹²⁶ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso”... “ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes”. C-740 de 2003.

a) **Función Pública.** Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

b) **Funcionario Público.** Persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública, con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo.

c) **Empleado Público.** Persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública y que actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico, dentro de las facultades establecidas en su cargo¹²⁷.

d) **Servidor Público.** Persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública.

e) **Fondos Públicos.** Son los provenientes de la hacienda pública o municipal que se utilizan para el cumplimiento de funciones, finalidades, potestades o actividades de naturaleza pública¹²⁸.

f) **Corrupción.** Es el abuso del cargo y de los bienes públicos, cometidos 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.

En dicho cuerpo normativo se define el enriquecimiento ilícito como el “*aumento del capital de un funcionario o servidor público o de su grupo familiar, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que 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 causa justa*”

Dentro de las prohibiciones éticas para los funcionarios públicos se establecen las siguientes que se consideran de vital importancia, ya que pueden dar lugar a un incremento patrimonial no Justificado;

“Artículo 6. Son prohibiciones éticas para las personas sujetas a esta Ley:

¹²⁷ Véase Art. 39 Código Penal Salvadoreño.

¹²⁸ Véase Art. 240 Constitución de la Republica de El Salvador.

a) Solicitar o aceptar, directamente o por interpósita persona, cualquier bien o servicio de valor económico o beneficio adicional a los que percibe por el desempeño de sus labores, por hacer, apresurar, retardar o dejar de hacer tareas o trámites relativos a sus funciones.

b) Solicitar o aceptar, directamente o por interpósita persona, cualquier bien o servicio de valor económico o beneficio adicional a los que percibe por el desempeño de sus labores, para hacer valer su influencia en razón del cargo que ocupa ante otra persona sujeta a la aplicación de esta Ley, con la finalidad de que éste haga, apresure, retarde o deje de hacer tareas o trámites relativos a sus funciones.

c) Percibir más de una remuneración proveniente del presupuesto del Estado, cuando las labores deban ejercerse en el mismo horario, excepto las que expresamente permita el ordenamiento jurídico” (...)

Así también dicha Ley regula un proceso sancionatorio por infracción de las prohibiciones éticas que se encuentran tipificadas en la Ley.

4.2. Ley de la Corte de Cuentas de la Republica.

Está vigente desde el año 1995. La Corte de Cuentas es una institución con funciones jurisdiccionales que tiene como misión constitucional la “fiscalización de la Hacienda Pública¹²⁹”, y que está directamente vinculada con el enriquecimiento ilícito porque una adecuada contraloría permite detectar tempranamente las erogaciones ilegítimas de caudales públicos.

Instituye el Sistema Nacional de Control y Auditoría de la Gestión Pública, y es a través de su aplicación que la Corte de Cuentas cumple con su misión constitucional. De acuerdo a este cuerpo normativo la finalidad de la Corte es;

“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

¹²⁹ La Hacienda Pública es la parte de la Teoría Económica que estudia la intervención del Estado en la economía, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, a través de los ingresos y gastos públicos, lo que se denomina actividad financiera del Estado. La Hacienda Pública persigue entender la lógica económica que subyace a las actuaciones del Sector Público en las dos facetas básicas del análisis económico: cómo resuelve el Sector Público los problemas asignativo y organizativo y cómo esto afecta al resto del sistema económico.

GENERAL Y LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO EN PARTICULAR, ASÍ COMO 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”

De acuerdo al Art. 2 la Corte de Cuentas es un ente independiente del Órgano Ejecutivo en lo Funcional y en lo Administrativo. Dicha independencia se fundamenta en su carácter técnico y sus actuaciones son independientes a cualquier interés particular.

Según el Art. 3 la Jurisdicción de la Corte está constituida de la siguiente manera;

“Art. 3.- Están sujetas a la fiscalización y control de la Corte todas las entidades y organismos del sector público y sus servidores, sin excepción alguna. La jurisdicción de la Corte alcanza también a las actividades de entidades, organismos y personas que, no estando comprendidos en el inciso anterior, reciban asignaciones, privilegios o participaciones ocasionales de recursos públicos. En este caso el control se aplicará únicamente al ejercicio en que se haya efectuado el aporte o concesión y al monto de los mismos.”

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES APLICABLES A LA PREVENCIÓN Y SANCION DEL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Sumario:1. Mecanismos administrativos establecidos para la neutralización de los incrementos patrimoniales no justificados de la función pública. 1.1. Control de la Corte de Cuentas de la República y juicio de cuentas. 1.2. Función de la declaración patrimonial de la función pública.1.3. el Tribunal de Ética Gubernamental. 1.4. Acceso a la Información Pública. 2. Mecanismos Jurídicos, de carácter Judicial; aplicable al Enriquecimiento Ilícito Injustificado de la Función Pública. 2.1. El delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo de sancionar el aumento patrimonial de la función pública. 2.2. Nación del delito de Enriquecimiento ilícito. 2.3. El carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito. 2.4. Aproximación al bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito. 2.5. Características del sujeto activo en el caso de enriquecimiento ilícito de Funcionario Público. 2.6. El incremento patrimonial y su falta de justificación como elemento de tipicidad. 3.El juicio Civil de enriquecimiento ilícito. 3.1. Función de la sección de probidad de la Corte suprema de Justicia. 3.2. Procedimiento administrativo y judicial del Enriquecimiento Ilícito. 4. La Extinción de Dominio como mecanismo de Política Criminal. 4.1. Aspectos generales sobre el Derecho de Propiedad y su relación con la Extinción de Dominio. 4.2. Definición y caracterización de la Extinción de Dominio. 4.3. Naturaleza de la extinción de dominio. 4.4. Procedencia de la acción de extinción de dominio en los casos de incremento patrimonial no justificado. 4.5. Medidas cautelares en el Proceso de Extinción de Dominio. 4.6. Distinción entre decomiso, comiso, expropiación y confiscación, en relación a la extinción de dominio.4.7. Actividad probatoria en la extinción de dominio.

Una vez que ha sido identificada una conducta socialmente desvalorada que lesiona o pone en riesgo un interés importante para el sistema de convivencia, los responsables de la política criminal de un Estado deben precisar cómo y mediante qué instrumentos van hacer frente y contrarrestar esa conducta.

Gracias al avance que ha desarrollado la política criminal se puede decir que actualmente los Estados cuentan no sólo con su sistema penal, sino también con otros tipos de instituciones que actúan para prevenir los hechos delictivos¹³⁰.

Para hacer frente a los hechos de corrupción cometidos en la función pública, el Estado posee un conjunto instrumentos jurídicos entre los que se encuentran procedimientos de control y fiscalización internos. Como primer apartado de este capítulo se desarrollarán los mecanismos administrativos que tienen como finalidad neutralizar la practica correctiva de la que se viene haciendo referencia.

1. Mecanismos administrativos establecidos para la neutralización de los incrementos patrimoniales no justificados de la función pública.

El Estado hace actuar a sus mecanismos de prevención secundaria cuando el conflicto criminal se manifiesta, y se orientan selectivamente a ciertos sectores de la sociedad que presentan mayores riesgos de padecer o protagonizar el problema social. La delincuencia llevada a cabo dentro de la función pública es un problema complejo, y para prevenir los constantes abusos y desviaciones funcionales de los servidores públicos, el Estado cuenta con determinados medios de control social formal regulados en el ordenamiento administrativo.

¹³⁰ Mejía, Henry Alexander; “Corrupción pública en El Salvador, algunas cuestiones puntuales”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 271, Mayo– Agosto, (2018), 337

1.1. Control de la Corte de Cuentas de la Republica y juicio de cuentas.

El ejercicio de la función pública exige en muchos casos la custodia y conservación de una gran cantidad de recursos públicos que pertenecen a toda la colectividad. Por eso, el Estado como garante de la correcta distribución y aplicación de los recursos públicos, debe establecer dentro de su estructura jurídica un organismo que se encargue del control de la actuación de los distintos entes públicos, y de detectar la mala administración de los bienes puestos a disposición de los funcionarios públicos, con el fin de evitar errores, corregirlos y, en última instancia, determinar la responsabilidad en los casos de mala administración¹³¹.

La función de control sobre las entidades públicas puede ser efectuada por diferentes órganos, internos o externos. El control interno es ejercido por una persona u órgano ubicado dentro de la propia entidad pública sometida al control. Por ejemplo: la auditoria interna realizada por un ministerio sobre sus órganos funcionales. Por otra parte, el control externo ocurre cuando la actividad de control es ejercida por órganos que no forman parte del sujeto administrativo controlado.

El control externo implica que la realización de la misma, se delega a un órgano extrapoder; este término se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de alguno de los tres poderes clásicos del Estado, y consisten por lo común, en órganos que poseen competencias generalmente muy específicas que desde el punto de vista cuantitativo son menos extensas que las conferidas por la Constitución a los tres poderes clásicos, aunque desde el punto de vista cualitativo pueden ser de gran transcendencia, como es en particular el caso de un tribunal constitucional, intérprete final de la Constitución.¹³²

Es en la Constitución política de la Republica de El salvador, emitida el 20 de enero de 1939, mediante el Decreto 158, publicado en el Diario Oficial No. 15, Tomo 126, en donde se establece la creación de la Corte de Cuentas de la República.

¹³¹ Ramírez Candía, Manuel de Jesús, “Derecho Administrativo”, op. cit. 628.

¹³² Sagües, Néstor Pedro, “Problemática de los órganos extra poder en el diagrama de división de los poderes”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, (2007):301 -302.

Actualmente, la Constitución de la República¹³³, establece a la Corte de Cuentas de la República de ahora en adelante CCR, como un órgano constitucional, independiente, en lo funcional y económico del resto de los órganos del Gobierno, con un fin fiscalizador de la actividad económico financiera de la Administración.

Dicha institución para el cumplimiento de la misión constitucional que le ha sido atribuida, desempeña tres funciones; a) función administrativa, b) función fiscalizadora propiamente y c) Función jurisdiccional. Dicha institución tiene a su cargo la fiscalización de la Hacienda Pública en general y la ejecución del Presupuesto en particular.

En esencia la función de fiscalización implica la necesidad de defender el patrimonio público, entendido como tal todo “aquel que está integrado por recursos y bienes que, en el más amplio sentido pertenecen a la Administración”¹³⁴. Por tanto, su control debe de realizarse con los atributos de independencia para que su cometido sea efectivo y eficiente.

La Ley Orgánica de la CCR establece en su Art. 5 en relación al art. 95 de la Constitución de la República, las diferentes atribuciones derivadas de la función fiscalizadora de la institución.

Dichas atribuciones hacen que la función fiscalizadora sea de carácter amplio, siendo que el control no se reduce meramente a la legalidad de las actuaciones, sino que supone un conocimiento completo, desde cualquier perspectiva, de la gestión financiera del Estado.

Se pretende pues, que a través de esta función se pueda contar con una exacta evaluación del manejo del presupuesto, y no sólo en su aspecto de sujeción a la legalidad sino, quizás más significativo políticamente, en el aspecto de ‘buena gestión’, es decir, de eficiencia, de racionalidad y de aprovechamiento al máximo de los recursos estatales¹³⁵.

¹³³ Constitución de la República, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983) Art.195.

¹³⁴ FUSADES, “La legislación salvadoreña en materia de control de fondos públicos”, Departamento de Asuntos Legales, junio 2006.

¹³⁵ Mejía, Henry Alexander; “Corrupción pública en El Salvador, algunas cuestiones puntuales, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 271, Mayo –Agosto,(2018):338

Alguna de las atribuciones establecidas en el Art. 5 de la ley en mención son las siguientes:

- 1) Practicar auditoría externa financiera y operacional o de gestión a las entidades y organismos que administren recursos del Estado; 2) Dictar las políticas, normas técnicas y demás disposiciones para: a) La práctica del control interno; b) La práctica de la auditoría gubernamental, interna o externa, financiera y operacional o de gestión; c) La determinación de las responsabilidades de que se trata esta Ley; 3) Examinar y evaluar los resultados alcanzados, la legalidad, eficiencia, efectividad y economía de la gestión pública; 4) Examinar y evaluar los sistemas operativos, de administración e información y las técnicas y procedimientos de control interno incorporados en ellos, como responsabilidad gerencial de cada ente público; 5) Evaluar las unidades de auditoría interna de las entidades y organismos del sector público.

En conclusión, esta función fiscalizadora se caracteriza por ser una actividad administrativa, cuyo ejercicio está encomendado al Presidente de la Corte de Cuentas de la República, de acuerdo lo establece el artículo 6 inciso 2 de la Ley Orgánica de la CCR; y para cuya realización es necesaria una organización y estructura compuesta adecuada que la Constitución confiere a la CCR.

1.1.1. Organización administrativa de la Corte de Cuentas de la República.

De acuerdo a lo establecido en el Art. 6 de la Ley de la Corte de Cuentas de la Republica, para el cumplimiento de sus funciones administrativas, la Corte se dividirá en las unidades organizativas que establezca su Reglamento Orgánico-Funcional.

El aspecto Administrativo, está conformado por las auditorías ejecutadas por la Corte de Cuentas; Previo a entrar a conocer cómo se lleva a cabo la auditoría en las diferentes instituciones públicas, así como los tipos de auditoría que realiza la CCR, se considera preciso definir en que consiste ésta.

La auditoría “consiste en revisar y comprobar los Registros financieros de una organización para determinar si se han observado las políticas dictadas por la administración”¹³⁶ De acuerdo al manual de auditoría gubernamental; la Corte de Cuentas de la Republica, realiza los siguientes tipos de auditoría:

a) **Auditoría Financiera.**

Es el examen de las transacciones, registros, informes y estados financieros; del cumplimiento de la legalidad de las transacciones y el cumplimiento de otras disposiciones; y del control interno financiero; con el objeto de emitir una opinión sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros”¹³⁷ Dicha auditoria se realiza en tres etapas; la etapa de planificación, etapa de ejecución y etapa de informe.

b) **Auditoría Operacional o de Gestión**

Es aquella a través de la cual el Equipo de Auditoría, verifica todas las actividades relativas al proceso de la gestión de una organización, con el objeto de establecer el grado de eficiencia (lo cual está relacionado con la productividad), eficacia (relacionada con la cantidad y calidad del producto), economía (términos y condiciones con los que se adquieren los recursos), equidad, excelencia y valoración de costos ambientales, con que son manejados los recursos¹³⁸, y al igual que la Auditoría Financiera está compuesta por la Fase de Planificación, Fase de Ejecución y Fase de Informe, no obstante en cada una de las fases varía algunos elementos.

c) **Examen Especial.**

¹³⁶ Guajardo Cantú, Gerardo, “*Contabilidad Financiera*”, 4ta. Edición, Editorial Mc Graw Hill, México, (2004): 22.

¹³⁷ Corte de Cuentas de la República, “*Manual de Auditoría Gubernamental*”, San Salvador, (2006):3.

¹³⁸ Sección 3, Capítulo II de las Normas de Auditoría Gubernamental, emitidas por la Corte de Cuentas de la República, en septiembre del 2004.

Este tipo de Auditoría, a diferencia de las dos anteriores, es la que se practica mayormente dentro de la Ley, ya que su finalidad es analizar puntualmente cualquiera de los aspectos comprendidos en el Art. 30 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República “ ...1) Las transacciones, registro, informes y estados financieros; 2) La legalidad de las transacciones y el cumplimiento de otras disposiciones; 3) El control interno financiero; 4) La planificación, organización, ejecución y control interno administrativo; 5) La eficiencia, efectividad y economía en el uso de los recursos humanos, ambientales, materiales, financieros y tecnológicos; 6) Los resultados de las operaciones y el cumplimiento de objetivos y metas.

En las entidades, organismos y personas a que se refiere el inciso segundo del Art. 3, la auditoría gubernamental examinará el uso de los recursos públicos” Esta auditoría puede ser ordenada por El Presidente de la Corte o por cualquiera de los Directores de Auditoría según sea el caso y se efectúan a raíz del Plan Anual de Trabajo, Denuncias de alguna persona ante el Departamento de Participación Ciudadana de la Corte, incidencia en los Medios de Comunicación Social o por irregularidades que se encontraron en el desarrollo de la Auditoría (Financiera, Operacional o de Gestión) que por la magnitud de su alcance no le es posible a ese Equipo entrar a analizar puntualmente algunos de los aspectos mencionados.

1.1.2. Función Jurisdiccional de la Corte de Cuentas la República.

La función jurisdiccional de la Corte de Cuentas de la República, está reconocida en el Art. 3 de la Ley¹³⁹; el cual expresamente establece;

“Están sujetas a la fiscalización y control de la Corte todas las entidades y organismos del sector público y sus servidores, sin excepción alguna. La jurisdicción de la Corte alcanza también a las actividades de entidades, organismos y personas que, no estando comprendidos en el Inciso anterior reciban asignaciones, privilegios o participaciones ocasionales de recursos públicos.”

Por otra parte, el art. 1 del Reglamento para la función jurisdiccional establece que; “La Función Jurisdiccional de las Cámaras de Primera y Segunda Instancia de la Corte de Cuentas de la República, que en adelante podrá abreviarse “La Corte”, tendrá lugar solo respecto de las

¹³⁹ Ley de la Corte de Cuentas de la República, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1995)

atribuciones, facultades y funciones del Presidente de la Corte que impliquen **actos Jurídicos de establecimiento de responsabilidad de carácter patrimonial**; su asiento será la ciudad de San Salvador.

La jurisdicción de las Cámaras a que se refiere el inciso anterior, abarca a todas aquellas entidades, organismos y servidores del sector público y terceros a que se refiere la Ley de la Corte, y se extenderá a todo el territorio nacional y a las embajadas y representaciones consulares de nuestro país en el extranjero.

La función de enjuiciamiento contable, debe entenderse: “cuando del respectivo examen de las cuentas” se deduce la existencia de una infracción a la ley que regula el gasto, o si la operación no es exacta, o si existen errores u omisiones, o indicios de haberse cometido algún delito; y tratándose de las cuentas de ingreso, se detecta error en la calificación de la base imponible, falta de liquidación de ingresos causados, errores en las liquidaciones de ingresos, o falta de pago de ingresos liquidados, se formula un acto de reparo, “entendido como la tacha u objeción que el órgano de control efectúa a una cuenta luego que ésta ha sido examinada” el cual, de no ser subsanado, conlleva a una declaración de responsabilidad”¹⁴⁰

Al respecto debe de señalarse que sería conveniente el nombramiento de un fiscal adscrito, cuya función sería dar seguimiento preventivamente a aquellos casos de corrupción que podrían ser constitutivo de delitos.

Este proceso de cuentas, de conformidad al artículo 15 de la Ley Orgánica de la CCR, tiene por finalidad conocer de los supuestos que originan la llamada responsabilidad patrimonial para obtener, en último término, el reintegro de los dineros que se gastaron inadecuadamente o de aquellos que oportunamente no ingresaron por la deficiente o ilegal determinación, liquidación o calificación del ingreso.

¹⁴⁰ Mejía, Henry Alexander; Corrupción pública en El Salvador, algunas cuestiones puntuales, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 271, Mayo –Agosto, (2018): 348.

Así, mediante este proceso se determina la existencia o no de una infracción u omisión que conlleva a una responsabilidad patrimonial y que, originalmente, ha sido detectada como consecuencia del examen a profundidad efectuado en la fase administrativa fiscalizadora.

1.1.2.1. Estructura Jurisdiccional.

La Corte, está Compuesta por seis Cámaras: Cámara Primera de Primera Instancia, Cámara Segunda de Primera Instancia, Cámara Tercera de Primera Instancia, Cámara Cuarta de Primera Instancia, Cámara Quinta de Primera Instancia y Cámara de Segunda Instancia. Las Cámaras de Primera Instancia están compuestas por dos Jueces, un Secretario de Actuaciones y los colaboradores jurídicos necesarios; la Cámara de Segunda Instancia está Compuesta por los Magistrados, el Presidente de la Corte, un Secretario de Actuaciones y los colaboradores jurídicos que sean necesarios.

Las Cámaras de Primera Instancia son las responsables de iniciar de oficio el Juicio de Cuentas conforme lo establecido en el Art. 53 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República.

1.1.3. El Juicio de Cuentas.

El Informe de Auditoría anteriormente citado, es remitido a la Unidad de Recepción y Distribución de Informes de Auditoría (URDIA), si éste no contiene hallazgos es remitido por la URDIA a la Dirección Jurídica; pero si éste contiene hallazgos la Recepción y Distribución de Informes de Auditoría tiene cinco días para remitirlo a una de las cinco Cámaras de Primera Instancia.

A continuación, se detallan las etapas que integran el juicio de cuentas.

1.1.3.1. Auto de Apertura.

Una vez recibido el Informe de Auditoría, es estudiado y analizado por la Cámara correspondiente, realizado dicho análisis se determina si los hallazgos encontrados dentro del mismo son elementos suficientes para iniciar de oficio el proceso.

Si existen elementos suficientes se emite el Auto de Apertura, con el cual da inicio de oficio al Juicio de Cuentas y se manda a oír al Fiscal General de la República para que se muestre parte en el proceso.

En el caso que la Cámara determine que los hallazgos encontrados por los auditores no reúnen los requisitos establecidos por la Ley y disposiciones relacionadas, puede emitir dos resoluciones;

- a) Una resolución desestimatoria; porque a criterio de los Jueces no se violentan normativas legales.
- b) Se emite resolución solicitando a la Dirección de donde proviene el Informe para que amplíe, aclare o subsane prevenciones realizadas, una vez superada la deficiencia se emite el Auto de Apertura.

1.1.3.2. Pliego de Reparos.

Una vez iniciado el Juicio de Cuentas, se le habilita al Fiscal General un plazo de quince días para mostrarse parte, esto de conformidad al Art. 66 de la LCCR.

La Cámara de primera instancia realizará un análisis y estudio profundo de cada uno de los hallazgos contemplados en el Informe, a efecto de elaborar el Pliego de Reparos, atribuibles a cada uno de los funcionarios y empleados actuantes o terceros si los hubiere, así como sus fiadores cuando corresponda, emplazándolos para que hagan uso de sus derechos.

Entre los elementos que no deben de faltar en el Pliego de Reparos están: la condición del reparo, la norma violentada, el tipo de responsabilidad de cada Reparación y los funcionarios o empleados actuantes que responden, de los Reparos según sea el caso.

1.1.3.3. Emplazamiento y notificaciones.

El plazo para hacer uso de su derecho de defensa, por parte de las personas emplazadas será de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de verificado el emplazamiento. Las partes podrán presentar las pruebas pertinentes en cualquier estado del proceso antes de la sentencia.¹⁴¹

1.1.3.4. Sentencia en primera instancia.

Si por las explicaciones dadas, pruebas de descargo presentadas, o por los resultados de las diligencias practicadas, se considerare que ha sido suficientemente desvirtuado los reparos. La Cámara declarará desvanecida la responsabilidad consignada en el juicio y absolverá al reparado, aprobando la gestión de este.

En caso de rebeldía, o cuando a juicio de la Cámara no estuvieren suficientemente desvanecidos los reparos, ésta pronunciará fallo declarando la responsabilidad administrativa o patrimonial o ambas en su caso, condenando al reparado a pagar el monto de su responsabilidad patrimonial y la multa correspondiente cuando se trate de responsabilidad administrativa, quedando pendiente de aprobar su actuación en tanto no se verifique el cumplimiento de su condena.

Un aspecto importante a tomar en cuenta es lo establecido en 26 del “Reglamento para la Determinación de Responsabilidades”, el cual prescribe si de los resultados de la fiscalización aparecieran indicios precisos y concordantes de actos penados por la ley, el Presidente de la Corte de Cuentas de la República deberá hacerlos del conocimiento del Fiscal General de la República para que éste inicie el proceso penal correspondiente¹⁴².

¹⁴¹ Ley de la Corte de Cuentas de la República, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1995) Art. 68.

¹⁴² Un aporte significativo en dicho proceso, lo constituiría el establecimiento de fiscales permanentes que acompañen el proceso, a efecto de poder identificar los indicios de la supuesta comisión de delitos y formar parte del proceso investigativo en dicha instancia administrativa.

1.2. Función de la declaración patrimonial de la función pública.¹⁴³

Los cuerpos normativos sobre las declaraciones juradas de bienes y rentas presentan características y alcances distintos según cada país, pero lo importante es que actualmente existe una tendencia global a exigir este tipo de obligación, principalmente, por impulso de los distintos convenios internacionales sobre corrupción. De acuerdo a cada ordenamiento jurídico, esta obligación puede comprender a toda persona que ejerce una función pública, no importando su modo de ingreso, otras sólo comprenden a los altos cargo, y hay algunas que extienden sus alcances a los cónyuges y descendientes.

Por otro lado, existen legislaciones que promueven la publicidad de las cuentas del funcionario como garantía de transparencia hacia los ciudadanos, en contraposición a las que restringen el acceso público confiriendo a las declaraciones un carácter confidencial y reservado.

La constitución de la República de El salvador, ha establecido con obligación fundamental para los funcionarios públicos, la presentación de declaración jurada de patrimonio¹⁴⁴

Así también la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, establece en el artículo 3, dicha obligación; el cual literalmente expresa;

¹⁴³ La Corte Suprema de Justicia en pleno, se ha referido en el siguiente sentido; “Ahora bien, en relación con el contenido de las declaraciones patrimoniales, el art. 240 de la Cn. prescribe que: “*La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración*”. Dicha facultad ha sido desarrollada en el art. 8 de la LEIFEP, el cual dispone que la CSJ: “*Podrá adoptar las providencias y resoluciones” siguientes: (i) tomar las medidas que estimare necesarias, cuando el caso lo amerite, para comprobar la veracidad de las declaraciones de patrimonio, sirviendo sus resultados únicamente para los efectos que determina esta ley; (ii) ordenar el secuestro preventivo de los bienes del funcionario o empleado público, contra quien aparecieren graves indicios de enriquecimiento ilícito, comisionando para ello a un funcionario o autoridad judicial; (iii) nombrar el personal subalterno y delegados que fueren necesarios para la práctica de las diligencias que ordenare; y (iv) las demás que señalan las leyes y reglamentos. Del contenido de las citadas disposiciones se colige que la CSJ, a través de la Sección de Probidad, puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para cumplir con la obligación que la Constitución le impone de corroborar la veracidad de los datos que se le presenten.”*

¹⁴⁴ Constitución de la Republica, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983) Art. 240 Inc. 3°.

“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”

La revelación pública y periódica del estado financiero de los funcionarios, es sin dudas uno de los mejores mecanismos preventivos contra la corrupción en el sector público, ya que posibilita una mayor transparencia y conocimiento del patrimonio de los miembros de la función pública a todos los ciudadanos, siendo un requisito esencial para aumentar la confianza de la sociedad en la imagen y prestigio de la función pública de un determinado país.

La publicidad del servicio público deviene del sentido que la Constitución otorga a la función pública que nos recuerda que todos los funcionarios públicos, están al servicio del país, y es por eso que la ciudadanía debe tener la posibilidad de poder controlar el ejercicio de sus funciones con tal de evitar cualquier tipo de conflicto de intereses que se pudieran suscitar entre el interés general y los privados del propio funcionario¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Sommermann, Karl Peter; “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en: García Macho, Ricardo (Editor): Derecho administrativo de la información y administración transparente, Editorial Marcial Pons, Madrid, (2010): 11- 12.

1.3. El Tribunal de Ética Gubernamental.

Este organismo administrativo nace en virtud de los compromisos adquiridos por El Salvador, tanto en la Convención Interamericana Contra la Corrupción¹⁴⁶ y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción¹⁴⁷, donde establece ambas convenciones que los Estados creen organismos especializados que permitan prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción.

El Tribunal de Ética Gubernamental, de ahora en adelante (TEG) fue creado en el mes de julio de 2006, como una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia, independiente del Órgano Ejecutivo. Es un cuerpo colegiado, integrado por cinco miembros, electos uno por la Asamblea Legislativa (quien será el Presidente) y los demás designados por la Presidencia, Corte Suprema de Justicia, Corte de Cuentas de la República, y otro por el Ministerio Público, con igual número de suplentes.

Sus nombramientos son por un periodo de cinco años en sus cargos, pudiendo ser reelectos.

El Tribunal nombrará a los miembros de las Comisiones de Ética, en cada una de las instituciones administrativas que conforman la Administración, para que éstas trabajen en coordinación con el referido Tribunal, para el cumplimiento de sus funciones.

Además, a propuesta de las Comisiones, el Tribunal podrá nombrar los Agentes de Enlace cuya función primordial es realizar los actos de comunicación y cumplir con las demás instrucciones que se le encomienden.

Según la nueva ley que data desde enero de 2012¹⁴⁸, dentro de sus funciones elementales, pueden clasificarse en tres:

- a) Capacitar y promover a los servidores públicos sobre la ética en la función pública, a fin de difundir los principios, deberes, derechos y las prohibiciones éticas que establece la ley. En virtud de lo anterior el TEG, tiene su plan anual operativo para dar capacitación y

¹⁴⁶Convención Interamericana Contra la Corrupción; (Organización de Estados Americanos, Caracas, 1996)

¹⁴⁷ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Organización de las Naciones Unidas, México, 2003)

¹⁴⁸ Ley de Ética Gubernamental; (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2012)

transmisión, a todos los funcionarios con la intención de concientizar a los servidores públicos en el tema de la ética pública.

- b) Definir los mecanismos para garantizar la transparencia dentro de la Administración pública, lo cual para tales efectos ha decretado dos acuerdos. El primero sobre la transparencia y publicidad de los actos administrativos, con el propósito de que las personas naturales o jurídicas puedan tener acceso a la información pública, sobre trámites y procedimientos administrativos. Y el segundo sobre el uso racional de los recursos del Estado o del municipio, con fin de evitar el despilfarro de los valores o bienes públicos y que éstos sean utilizados para fines personales, familiares, sociales o políticos. En todo caso que sea contrario a los fines institucionales. Asimismo, da directrices esenciales sobre el uso de todos los bienes que sirven para el funcionamiento de la Administración.

- c) Tramitar las denuncias que presente cualquier persona, o conocer de oficio en los casos determinados por la ley para iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En caso que se compruebe el cometimiento de la infracción ética del funcionario o ex funcionario, según el caso se aplicará la sanción de multa correspondiente. En consecuencia, el TEG llevará un registro de sanciones impuestas a servidores públicos.

1.3.1. Sanciones impuestas por el Tribunal de Ética Gubernamental.

El artículo 42 de la Ley de Ética Gubernamental¹⁴⁹, establece en cuanto a las sanciones; *“Una vez comprobado el incumplimiento de los deberes éticos o la violación de las prohibiciones éticas previstas en esta Ley, el Tribunal sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otra a que diere*

¹⁴⁹ Ley de Ética Gubernamental; (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2012)

lugar, impondrá la multa respectiva, cuya cuantía no será inferior a un salario mínimo mensual hasta un máximo de cuarenta salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio.

El Tribunal deberá imponer una sanción por cada infracción comprobada”.

1.4. Acceso a la información Pública.

La corrupción es un mal que aqueja a todas las sociedades y que mina a las instituciones; la corrupción es de dos vías, por lo que para que ésta exista se requiere una persona que esté dispuesta a pedir o recibir y otra que se encuentre motivada a ofrecer o dar, con el fin de verse favorecida en una decisión, o de evadir el cumplimiento de requisitos o, simplemente, de no observar la ley.

Para luchar contra la corrupción se requiere que tanto el gobernante como la sociedad reconozcan los efectos nocivos de este flagelo y se reconozca la necesidad de contar con la participación responsable de ambos para prevenirla y combatirla.¹⁵⁰

Un gobierno transparente, que ponga a disposición de la sociedad la información con que cuenta, logrará una sociedad más participativa en la toma de decisiones y, por lo tanto, más consciente de la necesidad de respetar la ley y de exigir a sus gobernantes la observancia estricta de la ley.

En ese sentido, la sociedad cumple una función muy importante en la prevención y lucha contra la corrupción. Cuanto más transparente sea el gobierno en su actuar y rinda cuentas de su administración, la sociedad será más responsable y participativa. Dicha participación se potenciaría a través de medidas de concienciación sobre la corrupción; ésta es la idea que consagra la Convención¹⁵¹.

¹⁵⁰ Olamendi, Patricia; “Acción mundial contra la Corrupción”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Mexico, (2003); 53

¹⁵¹ Olamendi, Patricia; “Acción mundial contra la Corrupción”, op. Cit. 55

En el marco de los esfuerzos que se han realizado tanto a nivel internacional como en los países para fortalecer la transparencia y prevenir la corrupción, uno de las medidas que ha recibido mayor atención en los últimos años es la promoción del acceso a la información.

El derecho de acceso a la información es amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también conocida como Pacto de San José; en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.

“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”¹⁵²

Esta explosión de leyes de acceso a la información tiene su origen no sólo en el reconocimiento de su carácter como derecho fundamental, sino también en su rol como derecho instrumental, es decir, como condición sine qua non para la realización de derechos económicos, sociales y culturales en áreas tan diversas como la salud, el funcionamiento de los poderes legislativos, la igualdad de género y la prevención y control de la corrupción.

El entendimiento del acceso a la información como un derecho instrumental, es decir, como mecanismo para exigir y facilitar el cumplimiento de otros derechos, permite la identificación de diversos usos del acceso a la información, entre los que destacamos en esta sección (i) la

¹⁵² Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Organización de las Naciones Unidas, San José Costa Rica, 1969) Art.13

consolidación democrática; (ii) la gestión pública; (iii) el desarrollo económico y (iv) la prevención y el control de la corrupción¹⁵³.

El acceso a la información no solamente puede sacar a luz casos de corrupción, sino que también puede prevenirla, generando mayores canales de participación, fortaleciendo la capacidad institucional y subrayando deficiencias en el sector público y privado, las cuales pueden ser ventanas de oportunidad para prácticas corruptas.

En el ámbito del sector privado, el acceso a la información contribuye a reducir asimetrías de información que, en ausencia de reglas del juego clara y mecanismos de sanción efectivos, son evitados frecuentemente a través de “negocios paralelos” con funcionarios del gobierno, incluyendo el pago de coimas o el tráfico de influencias.

Los autores Kolstad y Wiig (2009)¹⁵⁴ sustentan que al existir transparencia y facilidad en el acceso a la información se generan diversos impactos positivos en la sociedad: (i) la corrupción se vuelve más riesgosa y menos atractiva; (ii) se puede seleccionar la gente mejor preparada para ocupar cargos públicos; (iii) se hace más eficiente el uso de incentivos para que los funcionarios públicos actúen limpiamente y; (iv) se fortalece la confiabilidad en los actos de los gobiernos.¹⁵⁵

En este sentido, el alcance del acceso a la información como promotor de desarrollo, va más allá del impulso económico y se sitúa como una herramienta para fortalecer las instituciones, a partir de la prevención y el control de la corrupción.

¹⁵³ “ El acceso a la Información Pública un Derecho para ejercer otros Derechos”, Organización de los Estados Americanos, (2013): 15.

¹⁵⁴ Roberts, Alasdair; “Acceso a la información gubernamental”, Compendio de temas. En “La llave para la democracia” Carter Center, Noviembre (2002)

¹⁵⁵ Baena Olabe, Paloma; “El acceso a la información como herramienta para prevenir y controlar la Corrupción”, XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, (2010): 24.

Esta correlación negativa entre acceso a la información y corrupción, instrumentada a través de su prevención y control, puede ilustrarse en los procesos de rendición de cuentas horizontal, vertical y diagonal.

En el marco de la rendición de cuentas horizontal, pueden mencionarse los instrumentos administrativos y las diversas opciones de ingeniería institucional a través de las cuales el acceso y el uso compartido de la información entre distintos organismos del estado encargados del control de la corrupción, puede fortalecer el control mutuo entre diversos poderes del estado.

Habiendo agotado los mecanismos administrativos mayormente utilizados, corresponde analizar los diversos mecanismos judiciales establecidos los cuales son objeto de análisis en la presente investigación.

En la actualidad existen retos de diversa índole para el acceso a la información pública en el país. Sin embargo, los principales son aquellos que se presentan en materia de institucionalidad y cultura política. Cuando se habla de retos de la institucionalidad, se hace referencia a aquellos ligados a la entrada en vigor plena de la LAIP, así como de la necesidad del IAIP, cuyo nombramiento de sus comisionados se vuelve complicado, tanto por la conformación de las ternas como por los nombramientos que se hacen por parte del Ejecutivo.

Actualmente uno de los mayores problemas son las limitaciones o restricciones que se han impuesto como parte de una política encaminada a la poca transparencia en el manejo de Fondos públicos¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Vease: https://elfaro.net/es/202009/el_salvador/24803/Bukele-confecciona-un-IAIP-menos-transparente-v%C3%ADa-decretos-ejecutivos.htm
https://elfaro.net/es/202004/el_salvador/24237/El-Gobierno-tambi%C3%A9n-puso-en-cuarentena-el-acceso-a-la-informaci%C3%B3n-p%C3%BAblica.htm

También genera preocupación la ausencia de las respectivas UAIP en buena parte de las municipalidades, las cuales han sido identificadas como las oficinas públicas con menor grado de cumplimiento respecto a muchos de los requerimientos que hace la LAIP en materia de acceso a la información pública. La escasez de recursos tanto humanos como económicos ha sido el motivo por el cual las municipalidades han justificado su incumplimiento.¹⁵⁷

Por otra parte, se encuentra el reto ligado a la cultura de los funcionarios públicos, que tiende a considerar la información como un tesoro que se debe proteger tras las paredes de las instituciones públicas, y no como un bien que pertenece al público y, por lo tanto, que se debe exhibir. Los periodistas manifiestan que si bien existe ahora un instrumento legal como la LAIP y un discurso favorable a la transparencia y el acceso a la información, lo cierto es que la mentalidad de muchos funcionarios públicos de alto nivel aún se encuentra renuente a transparentar información que consideran no debe ser pública. Para ello, citan ejemplos en los que tanto la Asamblea Legislativa como la Presidencia de la República se han negado a revelar sus gastos en publicidad.¹⁵⁸

2. Mecanismos Jurídicos, de carácter Judicial; aplicable al Enriquecimiento Ilícito Injustificado de la Función Pública.

2.1. El delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo de sancionar el aumento patrimonial de la función pública.

Los cargos y empleos públicos no pueden ser una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la nación más no a los apetitos y avidez de sus impulsos. Si esta dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, en buena hora, pero lo que sí es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se haya usado el cargo o la función para acumular o hacer riqueza de manera ilícita.

¹⁵⁷ PNUD; “Acceso a la información pública”, Manual para Periodistas, El Salvador, (2013) 20

¹⁵⁸ PNUD; “Acceso a la información pública”, Manual para Periodistas, El Salvador, (2013) 21

Es menester señalar que el enriquecimiento ilícito es un delito que tiene su campo de aplicación en el marco de la corrupción. La estrategia de lucha contra la misma reclama con insistencia la necesidad de privar a los corruptos de sus bienes ilícitamente obtenidos¹⁵⁹. Esta estrategia se basa en el recurso a mecanismos de naturaleza penal¹⁶⁰ y se asienta esencialmente en tres pilares;

- a) El primer pilar es quizás el más conocido, la sanción del blanqueo de capitales como delito, que permite castigar penalmente a quienes legitiman los bienes de origen criminal. Se trata de un instrumento fundamental para hacer frente a la delincuencia que genera grandes beneficios económicos.
- b) El segundo pilar es el comiso de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a los corruptos procediendo a asignárselas al Estado. Esta herramienta se ha desarrollado de forma vertiginosa en los últimos años, mediante diversas modalidades de comiso que amplían enormemente su ámbito de aplicación. Baste mencionar aquí el denominado comiso ampliado y el comiso civil, también conocido como “extinción de dominio” en Latinoamérica.
- c) El tercer pilar consiste en recurrir al delito fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción. Pues bien, puede afirmarse que en el marco de los delitos de corrupción existe un cuarto pilar en esta estrategia dirigida a asfixiar económicamente a los funcionarios corruptos: la sanción penal del enriquecimiento ilícito de los empleados públicos.

2.2. Noción del delito de enriquecimiento ilícito.

Como ya se dijo anteriormente, el enriquecimiento ilícito es un delito que tiene su campo de aplicación especialmente en el marco de la corrupción. De hecho, esta figura delictiva se prevé normalmente para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales.

¹⁵⁹ Blanco Cordero, Isidoro; “El Delito de Enriquecimiento Ilícito desde la perspectiva Europea”, Revista Electrónica de la AIDP, (2013): 3.

¹⁶⁰ Blanco Cordero, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), Editorial Comares, Granada, (2008): 69-106

Una referencia expresa a esta figura delictiva se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que de ahora en adelante se abreviara (UNCAC), cuyo art. 20 alude al delito de enriquecimiento ilícito, y dispone expresamente que: *“con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”*.

Como se puede observar, no es un precepto obligatorio para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Los Estados parte que no han incluido este delito en su ordenamiento jurídico alegan limitaciones constitucionales, referidas en particular al principio de la presunción de inocencia, y vulneración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, entre los que se suele aludir normalmente a los relativos a la carga de la prueba, problemas relacionados con los sistemas de divulgación de activos e ingresos y la aplicación (y posible superposición) de leyes vigentes, como la legislación fiscal y contra el blanqueo de dinero, a casos de enriquecimiento ilícito¹⁶¹.

El tipo penal en estudio responde a la necesidad de sancionar de manera más eficaz la corrupción de los servidores públicos; obedece, entonces, al hecho evidente que muchos funcionarios y empleados públicos ostentaran riquezas, sin razón alguna que las justificara, sumado al problema de falta de pruebas que fundamenten la comisión de los demás delitos que resguardan la Hacienda Pública mediante los cuales se enriquecen ilícitamente los servidores públicos.

¹⁶¹ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Grupo de examen de la aplicación Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). Informe temático preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/6, 22 de marzo de 2013, n° 15.

El Código Penal Salvadoreño regula en el artículo 333 el delito de enriquecimiento ilícito, el cual está redactado de la siguiente manera:

“El funcionario 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 disimular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

Sobre la estructura del delito de enriquecimiento Ilícito se discuten diversas posturas; estas podrían reducirse a aquellos que piensan que se trata de un delito de acción, otros de omisión y otros de una figura compleja¹⁶².

Determinado sector de la doctrina afirma, que se trata de un delito complejo. Exige un enriquecimiento apreciable del autor y la no justificación de su procedencia, al ser debidamente requerido para que lo haga. El primero (enriquecerse ilícitamente) es un acto positivo. La segunda un acto negativo (no justificar). Representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y, por consiguiente, el deber de justificar.

Creus¹⁶³ por otra parte sostiene que el enriquecimiento es una circunstancia del tipo que no tiene ninguna de las características de las condiciones objetivas de punibilidad ni de procesabilidad y que no integra la conducta típica del agente que es la de no justificar; ya que el enriquecimiento es algo que preexiste a la acción típica, pero no la integra. Por esto el autor sostiene que es un tipo omisivo.

En este mismo orden y dirección se encuentran De Luca y López Casariego al tratar la presente figura delictiva como un delito de omisión¹⁶⁴, dado que sostienen “que el delito de enriquecimiento

¹⁶² Nuñez, Ricardo; “Tratado Derecho Penal”, Lerner, Córdoba, Argentina: 265.

¹⁶³ Creus, Carlos, “Derecho Penal parte especial”, Tomo II, Astrea, Bs. As. Argentina, (1998): 323.

¹⁶⁴ De Luca-López Casariego, “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional. Suplemento de Jurisprudencia Penal”, a cargo de Francisco J. D’Albora, Edit. La Ley, Buenos Aires, 25 de febrero de 2000; De Luca-López

ilícito no consiste en enriquecerse sino en no justificar ante la autoridad requirente la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”. El delito se consuma solamente cuando el funcionario no justifica, es decir, cuando el requerido no da las explicaciones conforme a derecho de un incremento patrimonial apreciable

En otro sentido Fontán Balestra¹⁶⁵, afirma que no es la única figura en que se procede de tal modo la inversión de la carga de la prueba, sin haber provocado reacción; Para este autor la acción, es enriquecerse ilícitamente y el no justificar ese enriquecimiento es una condición de punibilidad.¹⁶⁶

No obstante todo lo expuesto y anticipando un tema que será discutido en el capítulo posterior, es necesario que establecer existen autores que justifican la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en la teoría de las cargas dinámicas de la prueba; y ven con buenos ojos la inversión de la carga de la prueba: poner en cabeza del imputado la producción dirimente de la prueba.

En efecto, se indica que: “La noción de las cargas probatorias dinámicas es ajena, por esencia, al proceso penal. No obstante ello, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados constituye el caso paradigmático de ella, porque en este caso el interés en la prueba se coloca en cabeza del imputado, quien por otra parte es el que se encuentra en mejores condiciones de acreditar la licitud de su enriquecimiento”¹⁶⁷ .

2.3. El carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito.

La función que cumple la subsidiaridad está relacionada con la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptibles de impunidad,

Casariego, “Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, Su No Justificación y Problemas Constitucionales”, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública - II, edit. RubinzalCulzoni, dirigida por el Edgardo Donna, (2005):117.

¹⁶⁵ Fontán Balestra Carlos, “Tratado Derecho Penal”, Tomo VII, Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina, (1971), 323

¹⁶⁶ Tal y como se relacionó anteriormente no estamos en presencia de un caso de inversión de la prueba si no elementos del tipo penal

¹⁶⁷ Acosta, Daniel Fernando, “Cargas Probatorias dinámicas y proceso penal” en Peyrano, Jorge W. (director) Lépori White, Inés (coordinadora) “Cargas Probatorias Dinámicas”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, (2004):540.

por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales.

Desde esta perspectiva, la subsidiaridad no siempre y necesariamente va a guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda por lo general a cláusulas abiertas de tipicidad que hacen difícil la labor de interpretación y pueden permitir desbordamientos de criminalización¹⁶⁸.

El delito de enriquecimiento ilícito carecería de la descripción de acción típica¹⁶⁹, no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de prueba.

Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Como puede observarse, la ratio legis (razón político criminal de creación del delito), permite establecer el carácter subsidiario de este supuesto típico.

El enriquecimiento ilícito, al tratarse de un tipo penal de peligro abstracto, sería sólo aplicable ante la falta de otro delito contra la administración pública. La doctrina predominante reconoce el carácter subsidiario del delito en análisis, el mismo que operaría para impedir, precisamente, que, por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio de la función y que razonablemente no sea justificado.

¹⁶⁸ Rojas Vargas, Fidel. “Delitos contra la administración pública”. 3ra. Edición, Grijley, Lima, (2003), 188.

¹⁶⁹ Código Penal, (El Salvador, Asamblea Legislativa,1998) Art.33

2.4. Aproximación al bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito.

Todos los países que han decidido incluir el delito de enriquecimiento ilícito en el catálogo de conductas penalmente relevantes, lo hacen con el indisimulado propósito de sortear las dificultades probatorias que suelen encerrar la comisión de los delitos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

El enriquecimiento ilícito ha sido considerado por el legislador como un delito que tiene como objeto de tutela a la “función pública”, en vista a su ubicación sistemática en el código penal, por la delimitación de su sujeto activo el cual esa delimitado al funcionario público y por la exigencia de que las modalidades de conductas se realicen durante el ejercicio de las funciones públicas.

Ahora bien, se debe advertir que la colocación sistemática no es un dato definitivo sino indiciario, de ahí que las rúbricas clasificatorias no deben sobrevalorarse puesto que no necesariamente marcan el bien jurídico protegido a través de los delitos particulares. Por ello, es necesario contrastar la voluntad del legislador y establecer el alcance real de la tutela proyectada y del tipo finalmente construido¹⁷⁰

Si el bien jurídico protegido por los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones es la función pública, entendida ésta como institución prestacional de actividades y servicios imprescindibles para un país y sus ciudadanos, es fácil precisar que las modalidades de ataque descritas en el delito en estudio son incapaces de afectar mediata ni inmediatamente las condiciones de funcionamiento de dicha organización pública ; pues estas consisten en actos patrimoniales que son realizados enteramente en la esfera privada del sujeto activo (a manera de ejemplo, adquisición de la propiedades, cancelación de deudas u obligaciones), en los que no se vislumbra un ejercicio abusivo o ilegal del cargo público lo cual constituye una característica principal de los delitos de funcionario público.

¹⁷⁰ Blanco Cordero, Isidoro, “El delito de blanqueo de capitales”, 3ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona, (2010):191.

Es más frente al carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito; como se ha expresado anteriormente; es aplicado cuando no se puede probar la comisión de otros delitos que originarían la mejoría patrimonial del funcionario público, es lógico deducir que el bien jurídico ya se encuentra vulnerado por el delito previo, por lo que la sanción penal del mero incremento patrimonial injustificado nada añade al menoscabo sufrido por el bien jurídico¹⁷¹.

Estas consideraciones permiten sostener que en el delito de enriquecimiento ilícito; no se reconoce ni se protege algún interés de tutela, mucho menos al bien jurídico función pública, ya que de las conductas punibles que describe no se desprende ningún tipo de peligro para el correcto desenvolvimiento de las funciones que realiza dicha institución, de ahí que su tipificación puede ser considerada inadecuada a los efectos del principio de lesividad del bien jurídico.

En este sentido, algunos autores afirman que la tipificación de una conducta resulta inadecuada cuando de ella no se va a obtener protección alguna del bien jurídico o si va a ocasionar más daños que beneficios¹⁷². Puede decirse que el legislador ha creado un delito que describe conductas punibles sin referencia alguna a un desvalor del resultado, y, por lo tanto, ha intervenido ilegítimamente en las esferas privadas del sujeto activo, rebasando así los límites dentro de los cuales el Derecho penal le permite actuar.

Esto visto del sentido garantista del Derecho penal; no obstante, dicha posición la cual resulta fundamentada; por otra parte, se han presentado las siguientes consideraciones en relación al bien jurídico.

López Betancourt menciona que el tipo de enriquecimiento ilícito responde a la necesidad de combatir la corrupción de los servidores públicos, quienes con frecuencia abusan de su poder para enriquecerse ilegalmente¹⁷³.

¹⁷¹ Vidales Rodríguez, Caty, “El delito de enriquecimiento ilícito. Su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación penal colombiana”, Universidad Internacional de la Florida. Miami, (2008): 42.

¹⁷² Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Pérez Cepeda, Ana Isabel. Derecho penal y constitución (Lección 3), en: Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. op. cit. 91.

¹⁷³ López Betancourt, Eduardo, “Delitos en particular” Tomo II. Editorial Porrúa, México, (1998):549.

Para Aranda la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública son los bienes jurídicos tutelados por este delito¹⁷⁴.

Zarazo Oviedo entiende que lo que se protege con el delito de enriquecimiento ilícito es el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración pública, y el respeto que a ella y a quienes la representan, como así también el prestigio, el decoro, el deber del cargo y la disciplina con los que la actividad de la administración pública debe manifestarse¹⁷⁵

La Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que el bien jurídico protegido por el delito de enriquecimiento ilícito es la moral social, bien jurídico que tiene expresa tutela constitucional en el art. 34 de la Constitución política de Colombia¹⁷⁶. Sin embargo, dicha postura tiene muchas críticas; ya que el Derecho Penal no puede estar regulando cuestiones vinculadas a la moral.

Creus opina que se trata de prevenir conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales prevaleciendo de la condición de funcionario por parte del agente¹⁷⁷.

Para Saravia Toledo Y Villada lo que se intenta proteger es la insospechabilidad y probidad del desempeño de la función o el empleo público en ejercicio, y simultáneamente se ampara el prestigio de la administración y de la función misma en cuanto a garantizar un desempeño moralmente intachable y patrimonialmente transparente¹⁷⁸

Una postura que parece muy acertada es la que defiende que el delito de enriquecimiento ilícito protege el patrimonio público.

¹⁷⁴ Díaz Aranda, Enrique, “Enriquecimiento ilícito de servidores públicos”, Editorial Cárdenas, México, (1999) 71.

¹⁷⁵ Zarazo Oviedo, Luis Arnoldo; “El enriquecimiento ilícito, Aspectos jurídico-procesales”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá. (1993) 60.

¹⁷⁶ Corte Constitucional De Colombia; Sentencia C-319 (Colombia, julio de 1998.)

¹⁷⁷ Creus, Carlos, “Derecho penal Parte especial”, op. cit.323.

¹⁷⁸ Saravia Toledo, Rogelio; Villada, Jorge Luis, “Curso de Derecho penal Parte especial”, op. cit. 757

En efecto, manifiesta DONNA que existe una posición en la doctrina que sostiene que el incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de fondos públicos confiados al funcionario y con relación sus funciones no permitiría alegar la violación de la presunción de inocencia, sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos¹⁷⁹

Desde el punto de vista criminológico, todo funcionario público que realiza un acto de corrupción se halla movido por un ánimo de lucro que en la mayoría de los casos es satisfecho por las dádivas ofrecidas por los particulares. Esto es debido a que todo acto de corrupción implica una transacción o intercambio voluntario de favores, bienes o servicios, que en relación a los últimos siempre media un componente económico que genera mercados ilegales en términos de oferta, demanda, costes y beneficios¹⁸⁰

En conclusión resulta poco pacífica la delimitación del bien jurídico protegido por el delito de enriquecimiento ilícito; sin embargo puede afirmarse que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en las legislaciones de diversos países; ha respondido a la necesidad de alcanzar determinados objetivos político criminales relacionados con una mayor eficacia del sistema penal dirigido a combatir los hechos de corrupción, criterio que podría representar una ruptura con el principio de lesividad exigido en un Estado Social y Democrático de Derecho; pero que a la vez se vuelve un compromiso para aquellos países suscriptores de las diversas Convenciones relativas al combate de la corrupción.

Dicha situación, entre otras que serán abordadas más adelante constituyen argumentos para que en determinados Países; como el caso de España, no se encuentre tipificado dicho delito, así como por los cuestionamientos de constitucionalidad que giran alrededor del mismo.

¹⁷⁹ DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho penal. Parte especial” op. cit. 384.

¹⁸⁰ Lamo De Espinosa, Emilio, “Delitos sin víctimas. Orden social y ambivalencia moral”, Editorial Alianza Universidad Madrid, (1993):15.

2.5. Características del sujeto activo en el caso de enriquecimiento ilícito de Funcionario Público.

El concepto de funcionario público que se da en las Convenciones es especialmente amplio de forma que puede acotar todas las formas que revisten quienes son funcionarios, servidores, empleados, o cualquier otra persona que desempeñe un cargo, función pública o servicio público¹⁸¹.

Así, el art. 2 de la CNUCC define al funcionario público como “i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de dicha Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

Como podrá observarse, el concepto es suficientemente amplio como para abarcar a los funcionarios públicos propiamente dichos, a particulares que ejercen función pública, y a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, en suma, a cualquier persona que se haya incorporado a la actividad pública mediante ley y que participe en las funciones públicas, independiente de su nivel jerárquico.

¹⁸¹ Del Carpio Delgado, Juana; “ El Delito de Enriquecimiento Ilícito, análisis de la normativa internacional”, Revista General de Derecho Penal IUSTEL, N° 23, (2015): 40.

En ese sentido, aunque el hecho de que el sujeto activo sólo pueda ser quien tenga la cualidad de funcionario público o aquel que sea considerado a estos efectos como tal, no supone excluir de responsabilidad a los familiares o allegados que intervengan en el enriquecimiento ilícito, ni menos que en las investigaciones efectuadas por la presunta comisión de este delito no se ponga especial cuidado en investigar el patrimonio de aquellos.

Al configurarse el enriquecimiento ilícito como un delito especial propio, la responsabilidad de los demás intervinientes en el hecho de que no tengan la cualidad de funcionario público, es decir, de los extraneus, habrá que determinarla según las reglas generales de la participación que rijan en cada ordenamiento jurídico o analizar si su conducta puede ser constitutiva de un delito distinto. Para el caso de la Legislación Salvadoreña; se previó la figura autónoma del enriquecimiento ilícito por particulares; señalando en el inciso 2º del art. 333; *“En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.*

2.6. El incremento patrimonial y su falta de justificación como elemento de tipicidad.

Al respecto se debe de establecer, que no existe una definición normativa de lo que constituye un incremento patrimonial con el calificativo de no justificado.

Puede afirmarse que el incremento patrimonial que puede producirse tanto con el aumento del activo como con la disminución del pasivo del funcionario público¹⁸².

Por un lado, el aumento del activo puede producirse con la incorporación de bienes, muebles o inmuebles, corporales e incorporales y los derechos o valores, que sean susceptibles de ser valorados económicamente. Por otro lado, la cancelación de deudas o extinción de obligaciones produce la disminución del pasivo. La mayoría de legislaciones sólo se refieren al “incremento patrimonial”, sin hacer distinción alguna a las formas en que puede incrementarse el patrimonio, como es el caso del art. 333 del Código Penal.

¹⁸² Fontán Balestra, “Derecho Penal. Parte Especial”, 17ª ed., actualizado por G. Ledesma, Buenos Aires, (2008) 983;

Para determinar este incremento no sólo debe tenerse en cuenta los ingresos que, como funcionario público reciba del Estado, sino cualquier otro tipo de ingresos. En este sentido hay que tener en cuenta que el funcionario público puede percibir otro tipo de ingresos no relacionados directamente con el ejercicio de su función pública como, por ejemplo, la procedente de una actividad económica, de una herencia, de una remuneración procedente del sector privado, de las ganancias que le pueda generar la gestión de sus bienes inmuebles, inversiones financieras, etc.

Pero si bien en las Convenciones se habla de un incremento “significativo”, no se establece un parámetro cuantitativo a partir del cual, éste tiene relevancia penal.

3. El juicio Civil de enriquecimiento ilícito.

3.1. Función de la sección de probidad de la Corte suprema de Justicia.

La Constitución Salvadoreña en el Título VIII sobre la “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, en el artículo 240, establece que los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente.

A efectos de determinar el enriquecimiento ilícito de los ejercen la función pública se ha creado la Sección de Probidad¹⁸³ dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia, quien ejercerá las funciones de control patrimonial de todos los funcionarios públicos.

De conformidad al artículo 3 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP), que data desde 1959¹⁸⁴, esta obliga a los servidores públicos de alto rango jerárquico, para que dentro de los sesenta días siguientes a que tomen posesión de sus cargos, rindan por escrito declaración jurada del estado de su patrimonio, ante la Sección de Probidad.

¹⁸³ Mediante el Decreto No. 69 de fecha 11 de febrero de 1949 estableció el Tribunal de Probidad cuya finalidad era poder reintegrar el dinero que funcionarios y empleados públicos habían obtenido sin causa justa de la Hacienda Pública.

¹⁸⁴ Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto N° 2.833 de fecha 24 de abril de 1959).

Si no cumplen con la referida obligación la Corte Suprema de Justicia podrá seguir un procedimiento administrado sancionador.

Además, según el artículo 240 inciso 3 de la Constitución, la Corte en Pleno tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en dicho artículo.

Iguales obligaciones tendrán los servidores públicos al cesar en sus cargos presentando una nueva declaración del estado de sus patrimonios. Con el fin de probar que no se han enriquecido ilícitamente.

3.1.1. Naturaleza del Enriquecimiento ilícito.

De acuerdo a lo regulado en el artículo 240 inciso 2 de la Constitución y el artículo 7 de la LEIFEP, 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 uno solo en su conjunto.

De acuerdo al Art. 240 Cn inciso final, Los juicios por enriquecimiento sin causa justa sólo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento.¹⁸⁵

Resulta evidente que el acto antijurídico es la no justificación de la adquisición de bienes por el servidor, ya que este enriquecimiento sin causa, pone en peligro el bien jurídico de la

¹⁸⁵ Existe un debate a la fecha, respecto si los diez años que establece la disposición constitucional, hace referencia a una Caducidad o a la prescripción.

administración pública. Ante ello, surge la necesidad de regular y sancionar de manera tajante el aumento patrimonial ilegítimo de un funcionario a costa de los recursos estatales, de la hacienda pública o del cargo que desempeña, sin que ello suponga un robo, hurto o apropiación del dinero del Estado; por lo que la defensa del sujeto pasivo se limitará a justificar el aumento patrimonial por los medios legalmente establecidos.

Bajo ese entendido, es importante tener en cuenta que no es necesario que el funcionario maneje; fondos del Estado para poder enriquecerse injustificadamente, ya que el provecho no solo puede devenir de la sustracción de dinero del erario del Estado, sino que el funcionario puede beneficiarse de su cargo para incrementar su patrimonio.¹⁸⁶

3.2. Procedimiento administrativo y judicial del Enriquecimiento Ilícito¹⁸⁷

El artículo 3 LEIFEP, ordena a los funcionarios y empleados públicos -comprendidos en el artículo 5-, rendir ante la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, una declaración jurada de

¹⁸⁶ Cámara Segunda De Lo Civil De La Primera Sección Del Centro; Sentencia Proceso Declarativo de Enriquecimiento sin causa, referencia 1-PCEIF-16, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2017)

¹⁸⁷ Véase sentencia de CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO, fecha 09 de febrero de 2016: “a. *El primero se relaciona con la obligación que tienen los funcionarios de presentar la declaración de sus bienes al tomar posesión de su cargo y al cesar en su ejercicio. En cuanto a ello, el Constituyente previó que ambas declaraciones deben ser presentadas ante la CSJ. b. El segundo se refiere a la atribución de la CSJ de “comprobar la veracidad de la declaración” que le ha sido presentada. Para el desempeño de dicha competencia el Constituyente no prescribió –al menos expresamente– otra limitante más que la de mantener “en reserva” la declaración y que esta “únicamente servirá para los efectos previstos”. c. El tercero es una consecuencia de los resultados obtenidos al indagar sobre la veracidad de los datos contenidos en la declaración. Así, si los resultados de la aludida comprobación arrojan indicios de enriquecimiento sin causa justificada por parte de un funcionario, procederá la CSJ a ordenar el inicio del respectivo “juicio por enriquecimiento sin causa justa”. Según los términos de la Constitución, existe 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 sus ingresos por cualquier justa causa. Dicha disposición no indica qué debe entenderse por aumento patrimonial notablemente superior, por lo que ello deberá evaluarse en cada caso concreto. Sin embargo, la frase escogida por el Constituyente no sugiere que deba fijarse a través del señalamiento de cantidades o porcentajes específicos que puedan estandarizarse, sino que alude a una determinación que debe hacerse caso por caso, pudiendo concluirse toda vez que, después de contrastado el patrimonio inicial y el final del ejercicio del cargo, sea evidente que el aumento –o parte de él– no tiene sustento en actividades lícitas, que haya declarado el funcionario. B. La fase jurisdiccional, por su parte, debe ser instada por la CSJ con fundamento en los resultados que proporcione la investigación efectuada a partir de los datos de las declaraciones patrimoniales presentadas por los funcionarios obligados a ello. 2. A. Ambas etapas se desarrollan de la forma prescrita en la LEIFEP, en conjunto con lo dispuesto en la Ley Orgánica Judicial. Esta última ley, en su art. 114 establece que las facultades de recibir las declaraciones y de comprobar la veracidad de los datos contenidos en ellas serán ejercidas por la Sección de Probidad, que forma parte de la misma CSJ, dejando incólume la competencia del tribunal para decidir si procede o no el inicio del juicio civil respectivo contra el presunto funcionario responsable.*”

su patrimonio, la cual deberá ser presentada por escrito, personalmente o mediante representante con poder especial, en el término de sesenta días a partir de la toma de posesión a su cargo o de finalización de sus funciones.

La Sección, estudiará y analizará las declaraciones presentadas, para determinar si el incremento patrimonial, es acorde a los medios de ingreso declarados al inicio y final del período en el cargo. Ante cualquier irregularidad (incremento no justificado), la Sección podrá prevenir a los funcionarios para que, subsanen las inconsistencias y podrá solicitar a instituciones públicas o privadas que remitan información que se considere pertinente, para verificar si las declaraciones juradas son conforme a los bienes que realmente poseen.

Si del resultado de la información, se determinare indicios de enriquecimiento injustificado, remitirá la investigación al pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que, de considerarlo necesario, se inicie el proceso común, a fin que los servidores justifiquen y comprueben el origen de los bienes señalados, desplegándose así, todas las garantías constitucionales, sustantivas y procesales que les amparan.

De acuerdo al art. 8 de la LEIFEP; La Corte Suprema de Justicia podrá adoptar las providencias y resoluciones que a continuación se expresan:

“1ª.- Tomar las medidas que estimare necesarias, cuando el caso lo amerite, para comprobar la veracidad de las declaraciones de patrimonio, sirviendo sus resultados únicamente para los efectos que determina esta ley.

2ª.- Ordenar el secuestro preventivo de los bienes del funcionario o empleado público, contra quien aparecieren graves indicios de enriquecimiento ilícito, comisionando para ello a un funcionario o autoridad judicial, quien procederá a dicho secuestro inmediatamente que reciba la orden escrita de la Corte Suprema de Justicia. Si dicho secuestro recayere sobre bienes raíces se anotará preventivamente en el Registro de la Propiedad, aplicándose lo dispuesto en el Artículo 151 Pr. El embargo a que se refiere esta disposición podrá dejarse sin efecto, si el interesado

consignara una cantidad en dinero que el Tribunal estimare satisfactoria, o rindiere garantía hipotecaria o fianza otorgada por una Institución de Crédito, equivalentes a las sumas que se ordenare consignar; todo a petición del mismo interesado. (1)

3ª.- Nombrar el personal subalterno y delegados que fueren necesarios para la práctica de las diligencias que ordenare.

4ª.- Las demás que señalan las leyes y reglamentos”

El art. 9 de la LEIFEP establece que cuando del examen de las declaraciones de patrimonio, aparecieren indicios de enriquecimiento ilícito contra algún funcionario o empleado público, la Corte Suprema de Justicia pronunciará resolución ordenando a la Cámara de lo Civil de la Sección a donde corresponda el domicilio del empleado o funcionario, que inicie juicio por enriquecimiento ilícito contra éste, debiendo la Corte Suprema certificarle la documentación pertinente.

El Tribunal correrá traslado a la FGR para que interponga la demanda en el término de ley y se continúe con él trámite procesal bajo las reglas del proceso declarativo común, prescritas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Como podrá verse, existen dos trámites independientes entre sí: 1) el administrativo, en el que la Sección de Probidad realiza la investigación patrimonial de los funcionarios, y la Corte Suprema de Justicia que advierte indicios de enriquecimiento sin causa; y, 2) el judicial, cuya finalidad es salvaguardar los derechos de audiencia y defensa de los funcionarios y empleados públicos, puesto que es esta la instancia idónea para que presenten toda la prueba necesaria para justificar el origen o medios legítimos de adquisición de los bienes señalados por la Sección de Probidad, y los demandados por la Fiscalía General de la República; quien actúa como demandante en representación del Estado de El Salvador, debiendo invocar la tutela jurisdiccional del derecho subjetivo para defender sus derechos¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Cámara Segunda De Lo Civil De La Primera Sección Del Centro; Sentencia Proceso Declarativo de Enriquecimiento sin causa, referencia 1-PCEIF-16, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2017)

El inicio del proceso; tiene una modificación significativa; dado que previo al inicio una vez la Cámara reciba las actuaciones, deberá realizar la notificación a las partes, sobre el envío de las investigaciones que ha realizado la sección de probidad; a efectos de que Fiscalía General de la Republica formalice el inicio proceso, presentando la respectiva demanda con los requisitos que exigen los art. 239, 240, 276 y siguientes del código procesal civil y mercantil.

Las sentencias condenatorias firmes serán ejecutadas por la misma Cámara sentenciadora, de conformidad con el procedimiento común. En caso de sentencia absolutoria ejecutoriada el tribunal respectivo ordenará que cesen las restricciones impuestas 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. (Artículos 14, y 15 LEIFEP)

Cuando la sentencia fuere condenatoria, los responsables de enriquecimiento sin causa justa serán condenados a restituir al Estado o al Municipio, lo que hubieren adquirido indebidamente. En todo caso de sentencia condenatoria ejecutoriada el funcionario o empleado público culpable quedará inhabilitado para ejercer cualquier cargo público, durante el plazo de diez años. (Arts.20 y 21 LEIFEP)

4. La Extinción de Dominio como mecanismo de Política Criminal.

4.1. Aspectos generales sobre el Derecho de Propiedad y su relación con la Extinción de Dominio.

Para poder entender el concepto de la extinción de dominio, se vuelve fundamental hacer unas acotaciones sobre el Derecho de Propiedad.

El derecho de propiedad se enmarca en un Orden Público Económico, de una institución jurídica integrada por una serie de normas constitucionales que establecen las bases de nuestro sistema económico y el marco en que se deberán desarrollar las relaciones entre el Estado, los particulares y la sociedad.

El Orden Público Económico se define como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.¹⁸⁹

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de propiedad ostenta un carácter:

- a. **Absoluto**; esto significa que confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho.
- b. **Exclusivo**; quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular y
- c. **Perpetuo**; porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible

La perpetuidad del derecho de propiedad debe entenderse desde un doble punto de vista, considerando que el propietario:

- a. Ostenta esta condición desde que adquiere el derecho hasta que fallece (generándose su transmisión por herencia),
- b. Conserva su derecho hasta que su voluntad lo permita y en este orden de ideas puede ejecutar una serie de operaciones orientadas a despojarse de su propiedad, a saber: hacer parte de títulos traslaticios de dominio (como compraventas, permutas o donaciones), intervenir en tradiciones a partir de las cuales se entregan bienes con la finalidad de transferir el dominio o incluso, abandonar sus bienes para que otro se los apropie a través de modos de adquisición (como la prescripción y la ocupación).

¹⁸⁹ Petar Rajevic, Enrique; “La propiedad Privada y los Derechos Adquiridos ante la Planificación Urbana; Revista Chilena del Derecho, Volº 25 Nº 1, 73

Sin embargo y tal como normalmente acontece en el derecho, la característica de la perpetuidad no es un dogma o regla que se va a cumplir en todos los casos y presenta un amplio catálogo de excepciones, entre las cuales se encuentran la expropiación y la **“extinción del derecho de dominio”**.

La primera de ellas regulada por la Constitución habilitándola únicamente en el inciso 1º del Art. 106 en el supuesto que *“La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización”*¹⁹⁰.

El concepto de utilidad pública es definido como lo que produce provecho, comodidad o interés a la comunidad, a la que puede servir o aprovechar en alguna línea. El interés social por su parte, significa que el Estado puede expropiar para resolver problemas sociales a favor de las clases económicas débiles.

Así también en dicha disposición se prohíbe expresamente la *“Confiscación”*¹⁹¹; esta es definida de manera general como la adjudicación que se hace al Estado, tesoro público o fisco de los bienes de propiedad privada.

Una de las excepciones a la característica de perpetuidad del Derecho de Propiedad, es la extinción de Dominio, lo cual se desarrollará en los siguientes apartados.

4.1.1. Modelos de Recuperación de los Bienes y Extinción de Dominio.

Se sostiene, en la mayoría de los países que tienen regulada la extinción de dominio, que esta tiene como finalidad el combate contra la corrupción y la criminalidad organizada, en su aspecto económico para debilitarlas y no se reproduzca y así, ser reutilizado en función social.

¹⁹⁰ Constitución De La Republica, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983)

¹⁹¹ *“Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles”*.

Es necesario establecer que en el ámbito internacional existen dos grandes tipos de sistemas para recuperar los productos e instrumentos del crimen. Ambos sistemas difieren esencialmente en los procedimientos utilizados y en las pruebas requeridas. Estas diferencias han generado discusiones sobre si se debe regular como una sanción penal o por medio de una acción real y de forma independiente al proceso penal. De seguido, se exponen las principales características de cada uno:

4.1.1.1. Decomiso de activos¹⁹²;

Es conocido también como decomiso in rem, confiscación in rem o sistema de propiedad contaminada. Se afirma que “tiene como objeto los bienes vinculados o considerados como producto o instrumentos del delito. Esto exige que se encuentre una relación entre los activos identificados y el delito”. Tiene como base, ser una acción contra el activo mismo, y no contra el individuo. Así se aplica a aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se presume son producto directo o indirecto de actividades ilícitas.

“Generalmente, tiene que establecerse la conducta criminal en un estándar de prueba de balance de probabilidades, lo que suaviza la carga sobre el gobierno y significa que puede ser posible obtener el decomiso cuando hay evidencia insuficiente para apoyar una condena penal. Dado que la acción no es contra un individuo demandado, sino contra la propiedad, el dueño de la propiedad es un tercero que tiene derecho a defender la propiedad”¹⁹³.

En este orden de ideas, los autores en la obra citada, se plantean algunos temas que tienen relación con la pérdida del producto del hecho ilícito, cualquier bien o derecho en ocasión del delito que, cometido, ya sea en el curso de la acción o después, a raíz de la comisión, estos son:

a) Productos obtenidos directa o indirectamente del resultado del delito:

En general, el producto se define como cualquier cosa de valor que se obtiene directa o indirectamente como resultado del delito. Los productos indirectos no se derivan directamente de

¹⁹² Jean-Pierre Brun et al, “Manual para la recuperación de activos”. Una guía orientada a los profesionales, España; Ediciones Gondo, S.A., (2011) 11,12.

¹⁹³ Theodore Greenberg et al, “Recuperación de Activos Robados”. Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso de Activos sin Condena, Colombia, Mayo Ediciones S.A, (2009), 11

la comisión del delito, sino que son beneficios adicionales que no se habrían producido de no ser por la comisión de un delito.

b) Productos mezclados:

*(...) “A medida que se blanquea el producto, se puede mezclar con otros activos que no se derivan de ningún delito, y se puede convertir en otro tipo de activo (...). Como resultado, estos activos no son, técnicamente, el producto directo del delito, sino más bien los activos obtenidos a partir del producto original”.*¹⁹⁴

c) Producto derivado de delitos cometidos en el extranjero:

“Dado que los casos de corrupción suelen dar lugar a situaciones en las que la conducta ilegal ocurre en una jurisdicción y los fondos son invertidos en otras, las leyes de confiscación permiten normalmente la recuperación de los activos que se han obtenido como resultado de delitos cometidos en el extranjero. Algunas jurisdicciones tienen una legislación autorizando la confiscación del producto del delito, si la conducta es ilegal en ambas jurisdicciones. Otras tienen una lista de delitos graves y concretos que justifican la confiscación, tales como corrupción en el extranjero, tráfico de drogas y delitos violentos”¹⁹⁵

d) Instrumentos del delito:

“Los instrumentos son generalmente activos utilizados o destinados a ser utilizados de cualquier forma o para cometer o facilitar la comisión de un delito.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p.135.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p.13.

Los activos pueden convertirse en instrumentos, a pesar de que hayan sido legítimamente adquiridos con fondos legalmente obtenidos. Es el uso ilegal del que ha sido objeto lo que los convierte en un instrumento.

En ese sentido es importante hacer notar que es este el mecanismo que ha sido adoptada por la Legislación Salvadoreña en la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita; la cual en el Art. 6, regula los presupuestos que darán lugar a la extinción de dominio, abarcando en dichos supuestos aquellos bienes que directa o indirectamente provienen de actividades ilícitas, los productos mezclados, los medios o instrumentos utilizados para la comisión de delitos, así como el de productos derivados de comisión de delitos en el extranjero;

“Art. 6.- Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes:

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

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;

c) CUANDO SE TRATE DE BIENES QUE CONSTITUYEN UN INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO DE TODA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, QUE PROVENGAN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS. (2)

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;

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;

f) DEROGADO; (2)

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 equivalente 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;

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; e,

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.”

4.1.1.2. Decomiso penal:

A su vez conocido como decomiso in personam. Es una acción que se dirige contra la persona, requiere que se declarada culpable por la comisión de un delito. Se requiere que el juez condene “más allá de toda duda razonable” (convicción íntima).

“Los sistemas de decomiso penal pueden basarse en el objeto, lo que significa que la autoridad procesal tiene que probar que los activos en cuestión son productos o instrumentos del crimen. Alternativamente, pueden ser sistemas basados en el valor, que permiten el decomiso del valor del beneficio que el delincuente obtiene del crimen, sin probar la conexión entre el crimen y el objeto específico de propiedad.

Esta forma de recuperación de bienes, también está regulada en nuestra legislación, como parte de las consecuencias accesorias de la comisión del hecho delictivo; exigiendo a diferencia del proceso de extinción de dominio, una sentencia condenatoria en el ámbito penal¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Código Penal Salvadoreño, Art. 127.- Sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez

4.1.2. Diferencia entre Decomiso de Activos y Decomiso Penal.

En rasgos generales se plantean las siguientes diferencias entre el Decomiso de Activos y el Decomiso Penal, sostenidas por el autor Guillermo Jorge¹⁹⁷;

“(…) en materia de decomiso penal in personam, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso solo podrá ser aplicado por un tribunal de justicia; el imputado tendrá siempre derecho a recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, la prohibición de juicios in absentia impediría el decomiso frente a casos de fuga y el decomiso se dificultaría frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción in rem, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles.

Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera”

4.2. Definición y caracterización de la Extinción de Dominio.

La acción de extinción de dominio, entendida como la facultad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener una sentencia declaratoria de titularidad del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación, pago o indemnización alguna.

Para la doctrina, *“la Extinción de dominio se entiende como; una acción de secuestro y confiscación de bienes que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio*

o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos

¹⁹⁷ Guillermo Jorge [et al]; dirigido por Guillermo Jorge, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, (Argentina, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2008), 30.

independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos¹⁹⁸”

Así también en el nuevo Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia la consagra como: “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 afectado¹⁹⁹”

En el caso de El Salvador la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, la define en los siguientes términos;

“Art. 8.- 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.”

4.2.1. Características que definen la Extinción de Dominio.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia²⁰⁰ C-740 de 2003-20 examinó la constitucionalidad de la referida norma, reiterando en cuanto a la naturaleza de la acción de extinción de dominio, añadiendo que cuenta con la facultad de aplicarse retrospectivamente y es imprescriptible. En esa oportunidad, sostuvo que el Constituyente originario, dotó a la acción de extinción de dominio de una particular naturaleza, por tratarse de una acción **constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad**. En desarrollo de lo anterior, señaló que “es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que

¹⁹⁸ Fondevila Gustavo y Alberto Mejía Vargas, “Reforma Procesal Penal: Sistema Acusatorio y Delincuencia Organizada”, México, (2010): 40.

¹⁹⁹ Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia

²⁰⁰ Sala de la Corte Constitucional de Colombia; (Sentencia C-958/14,diciembre 2014)

otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático”.

Así mismo, destacó que se trata de **una acción pública** porque “el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social”.

En términos sencillo debe de entenderse que 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 delincuencia organizada. Cuya finalidad es 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.

Por lo anterior se establece que dicha acción es de naturaleza instrumental, por medio de ella se pretende combatir a la criminalidad y a las actividades relacionadas.

A su vez, **configura una acción judicial**, por cuanto a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado, cuya declaración de extinción de dominio se garantiza por medio de la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción.

Es una acción autónoma e independiente pues no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado, motivada por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción de dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del

particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.

Al mismo tiempo, es una acción directa porque su procedencia está supeditada 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 social.

Es una acción autónoma²⁰¹ 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 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 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

²⁰¹ Véase ; Ley de Extinción de dominio; “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.*” .

adquirido, y que en consecuencia no puede gozar de la protección jurídica del Estado; es una institución basada en el interés público, no particular.²⁰²

Al respecto en jurisprudencia Salvadoreña se ha establecido “*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.*”²⁰³

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 internacional²⁰⁴, 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.

4.3. Naturaleza de la Extinción De Dominio.

La extinción de dominio, como cualquier instituto procesal tiene aspectos que la diferencia de otros; se pretende es hacer un acercamiento a su naturaleza jurídica y analizar los aspectos que caracterizan. Se han generado debates sobre la ley de extinción de dominio ¿Es una figura jurídica de carácter civil o es de carácter penal? o, ¿Es de naturaleza distinta?

Existen autores que consideran a la extinción de dominio como un híbrido jurídico; porque, aunque es una acción real, la misma precisa de investigaciones de carácter penal, en ese sentido Hormanza ha señalado que: “(...) *esta tiene un carácter sui generis que reviste una diferencia importante*

²⁰² Corte Constitucional de Colombia, (Colombia, Sentencia bajo referencia 146-2014/107-2017); se afirma que, una consecuencia jurídico patrimonial, que se ejerce contra las personas naturales o jurídicas que pretenden afirmar la adquisición o destinación legítima de los bienes.

²⁰³ Cámara Primero De Lo Penal, Incidente de Apelación No. 7/Ext.dom./2016 emitida a las quince horas 52 minutos del 31 de mayo de dos mil 2016.

²⁰⁴ Código Procesal Penal Salvadoreño; art. 4; expresa que los jueces y magistrados, solo estarán sometidos a la Constitución., al Derecho internacional vigente.

respecto al decomiso penal. Mientras que el decomiso tradicional se considera una “sanción”, la extinción de dominio se entiende como una “consecuencia patrimonial” derivada del origen ilícito de los bienes y consistente en la transmisión a favor del Estado con carácter definitivo de bienes originados en actividades ilícitas o con destinación ilícita, por sentencia o decisión final de una autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna”²⁰⁵

Por otra parte la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, plantea lo siguiente;

“Artículo 2. Concepto: La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.

La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso²⁰⁶”

Al respecto de dicha discusión la Corte Constitucional de Colombia, ha sentado dos posiciones al respecto;

La primera postura la define como una acción no penal a través de la cual se impone una consecuencia jurídica de contenido patrimonial derivada de las actividades delictivas.

La segunda postura, asimila a la de extinción de dominio como una típica figura de índole penal o sancionatoria²⁰⁷. De las dos posturas antes expuestas se debe reconocer que ha sido la primera posición la que ha marcado la tendencia mayoritaria, reconociendo la extinción del dominio como

²⁰⁵ Hólge, et. al., “Ley Modelo contra Extinción de Dominio”, Revista REF COmunidad # 2, Red de Fiscales contra el Crimen Organizado, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (Panamá, 2011): citado en: José de Jesús González Rodríguez, Extinción de Dominio (Escenarios Internacionales, Contexto en México y Propuestas Legislativas), (México: Centros de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2012), 17.

²⁰⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, *Ley Modelo sobre la Extinción de Dominio* (2011), Art. 2

²⁰⁷ “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”. Salvamentos de voto a la sentencia C-374/97 presentados por los magistrados Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz.

una consecuencia jurídica patrimonial del delito, totalmente ajena y distinta del derecho sancionatorio o penal²⁰⁸.

Por otra parte, son diversas las posturas que pretenden explicar la naturaleza de la extinción de dominio, unas sostienen que es una sanción penal o patrimonial²⁰⁹, derivada del comiso penal y de la confiscación²¹⁰; mientras que otros afirman que la naturaleza de la acción de extinción de dominio es civil o administrativa.

Y es que entender la naturaleza jurídica de un instituto, es decir, conocer cuál es su razón fundamental, finalidad, esencia y ubicación entre las distintas categorías del derecho, resulta trascendental, pues de ello dependerá la comprensión de las distintas reglas que son aplicables a esta novedosa figura y los demás institutos que le resultan inherentes o compatibles.

Así mismo la Jurisprudencia ha establecido que la acción de extinción de dominio tiene naturaleza declarativa, lo cual significa que el dominio no se pierde como consecuencia de una sentencia judicial en materia penal, sino como corolario de la concurrencia de alguna de las causales previstas para ese efecto.

La sentencia simplemente declara el acaecimiento de la causal, y ordena el paso de la titularidad de los bienes al Estado, sin contraprestación alguna.²¹¹

²⁰⁸ Sobre el particular, la Corte Constitucional de Colombia puntualizó lo siguiente: “Y es que el carácter de la extinción del dominio es exclusivamente patrimonial y constituye una consecuencia no penal sino económica de los actos imputables a una persona. Estos, por tanto, no exigen necesariamente el dolo para merecer sanción, aunque no puede olvidarse que la culpa grave, de acuerdo con nuestra ley civil, se asimila al dolo” Sentencia C-374 de 1997.

²⁰⁹ Corte Constitucional De Colombia; Sentencia bajo referencia; C-740-2003; “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.**”

²¹⁰ Tobar Torres, Jenner Alonso, “Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia”; Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, (2013) 24.

²¹¹ Sánchez, Wilson, Et al; “Extinción del Derecho de Dominio en Colombia”, UNODC, Bogotá, Colombia, (2015). 12.

La naturaleza declarativa de la extinción de dominio es fundamental para entender una de sus principales características:

- e) **La intemporalidad**; esta intemporalidad consiste fundamentalmente en la posibilidad de declarar extinguido el derecho de dominio en cualquier tiempo, aun cuando el hecho que configura la causal de extinción hubiere acaecido antes de la entrada en vigencia de la ley de extinción de dominio.

Esta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que, si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir de legalidad algo que nunca lo tuvo o que lo perdió.

De otra parte, esa intemporalidad de la extinción es consecuente con la doctrina dominante sobre los derechos reales, a la luz de la cual estos se adquieren solo en la medida que medie el título y el modo previsto en la ley. En el caso de los bienes de origen ilícito, el individuo carece de un justo título que lo legitime a adquirir el derecho de dominio, pues aunque se verifique el perfeccionamiento del modo, ninguna persona puede alegar válidamente como título legítimo de propiedad, la comisión de una conducta prevista en la ley como ilícita.²¹²

Dicha intemporalidad, es reconocida en el Art. 6 de la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita; **“La acción de extinción de dominio procederá con independencia en cuanto a que los presupuestos establecidos en la presente Ley hayan ocurrido con anterioridad a su vigencia”**.

De todo 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

²¹² **Ibíd**em, p. 13

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

Al respecto la Sentencia de Constitucionalidad²¹³ de la Ley especial de extinción de dominio, ha establecido que; *“la extinción de dominio afirmando que no se trata de una sanción penal o administrativa, sino de un instrumento que se adecua a las disposiciones constitucionales que estatuyen normas constitutivas y regulativas acerca del derecho de propiedad. En suma, la extinción de dominio: (a) es una consecuencia jurídico-patrimonial autónoma, aún y cuando se enfíle contra las personas naturales o jurídicas que pretendan afirmar la adquisición o uso legítimo del bien; (b) se desarrolla mediante el ejercicio de acción de naturaleza in rem, de forma independiente de quien sea su titular; (c) el ejercicio de la acción de extinción de dominio da lugar a un proceso jurisdiccional con amplias oportunidades de contradicción; y (d) culmina con una sentencia de corte declarativo.*

En síntesis, es el órgano jurisdiccional del Estado quien tiene la competencia para declarar por medio de sentencia declarativa la extinción de dominio; la cual inicia de oficio por el Estado o por medio de cualquier ciudadano que informe de la existencia de bienes susceptibles de esta acción.

Por lo anterior, esta acción se dirige exclusivamente contra la forma ilícita o delictiva de apropiación o disposición de bienes de quien ostente ser titular o tenga interés en el derecho de propiedad.

4.4. Procedencia de la acción de extinción de dominio en los casos de incremento patrimonial no justificado.

La Ley especial de Extinción de dominio y de la Administración de los Bienes de origen Ilícito o destinación Ilícita; regula como supuesto de procedencia el siguiente;

²¹³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

- b) *Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial²¹⁴ 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 patrimonio aumenta de manera significativa, sin una aparente justa causa.

Es este último concepto 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 lícita que justifique el incremento.

Dicha causal mira el patrimonio en su conjunto y no un bien en específico, 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.

El problema radica, en el caso de los funcionarios y empleados públicos; en que si dicho supuesto excluye a la figura del enriquecimiento ilícito regulado en el art. 240 de la Constitución de la Republica, situación que será objeto de análisis en el capítulo 4 de la presente investigación.

4.5. Medidas cautelares en el Proceso de Extinción de Dominio.

Al igual que los procesos de otra índole, la acción de extinción de dominio cuenta con sus propias medidas cautelares. Las mismas cumplen la función de asegurar que se pueda aplicar lo resuelto en la sentencia.

Las medidas cautelares se definen como actos jurisdiccionales dictados durante la tramitación de un proceso, para procurar su eficacia, procurando el efectivo cumplimiento de la sentencia del

²¹⁴ Luis Guillermo Velásquez, 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.

caso, que determina la obligación de disponer lo necesario para impedir que la tramitación procesal genere perjuicios irreparables o de difícil reparación²¹⁵.

Las medidas cautelares, si bien se asemejan a las de un proceso penal, 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.

En ese contexto la ley Modelo sobre la Extinción de Dominio, propuesta por las Naciones Unidas, contempla tres medidas cautelares para este proceso, las cuales son:

“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 cautelares²¹⁶.

4.5.1. Características de las Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares son instrumentales para lograr la eficacia de la Sentencia dictada en el Proceso de Extinción de Dominio o para asegurar la enajenación del bien durante la etapa inicial de investigación.

Este tiene un carácter accesorio, y requieren ser materializadas, lo que implica la entrega de bienes en administración al Consejo Nacional de Administración de Bienes, (CONAB), para así generar el cese del poder adquisitivo derivado de la aparente vinculación ilícita o la interrupción de la instrumentalización delictiva del bien²¹⁷.

²¹⁵ Aldana Revelo, Miriam Geraldine, “El proceso de Extinción de Dominio en El Salvador”, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, UTE, San Salvador (2019); 100.

²¹⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,

²¹⁷ Aldana Revelo, Miriam Geraldine, “El proceso de Extinción de Dominio en El Salvador”, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, UTE, San Salvador (2019); 101

La decisión judicial o administrativa debe responder a presupuestos legales para legitimar su imposición, tales como;

- a. Que se trate de un bien de interés económico.
- b. Que la necesidad de imposición de la medida cautelar devenga de elemento objetivos que acrediten el mínimo de los indicios sobre el nexo de la actividad ilícita con los bienes identificados.
- c. Que de no imponerse la cautela corre el riesgo de destruirse u ocultarse, transformarse o transferirse el dominio del bien, entre otros.²¹⁸

El art. 23 de la LEDAB, establece de forma expresa que se impondrán las medidas cautelares contempladas en la Legislación Civil y Mercantil, con los matices propios de la materia. Sobre este punto habrá que determinar, cuál será el procedimiento aplicar cuando un empleado o funcionario público ha sido sometido a diversos procesos que tienen como fundamento un incremento patrimonial no justificado.

4.6. Distinción entre decomiso, comiso, expropiación y confiscación, en relación a la extinción de dominio.

4.6.1. Decomiso.

Tradicionalmente, el decomiso es una medida cautelar de carácter procesal; también excepcionalmente se entiende como modo público de adquirir el dominio de las cosas.

La CNUCC, establece en el art. 31 , la obligación a cada Estado parte, de habilitar esta pena accesoria²¹⁹, y se advierte que la mayoría de los supuestos que lo habilitan, están referidos o

²¹⁸ Ibid, 101.

²¹⁹ Art. 35: 1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

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.

En diversos Países, suele distinguirse 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 equivalentes²²⁰. También se habla decomiso sin condena²²¹ 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.

4.6.2. El comiso.

La doctrina española define el comiso como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva.²²²

Este se define 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 experimentar²²³.

En el marco de la CNUCC, art. 31; se entiende por decomiso la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente, es decir que, en el lenguaje internacional, decomiso es sinónimo de comiso.

²²⁰ Valero Montenegro, Luis; “Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal”, Revista Vía Iures, Fundación Universitaria los libertadores, Colombia, (Junio 2009) 79.

²²¹ 40 Recomendaciones Del GAFI; La recomendación 3, de 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.

²²², Cerezo Domínguez Ana Isabel; “Análisis jurídico penal de la figura del comiso”, Granada, Editorial Comares, (2004) 5.

²²³ Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal, parte general, editorial Tirant lo Blanc, 8ª. Edición revisada, Valencia, (2010). 621.

La doctrina plantea una serie de variantes en cuanto a la figura del comiso; clasificándolo de la siguiente manera:

4.6.2.1. El comiso directo.

El comiso directo recae sobre los bienes que pertenecen a la persona penalmente responsable, por ser culpable de un delito doloso o imprudente. No obstante, no podrán recaer sobre cualquiera de sus bienes, solamente se verán afectados a aquellos efectos, instrumentos y ganancias que tienen vinculación directa con el delito cometido.

4.6.2.2. Comiso por sustitución o valor equivalente.

No siempre la ejecución del comiso se puede llevar a cabo sobre los bienes directamente relacionados con el delito cometido, en ocasiones, la imposibilidad fáctica de su confiscación, ha llevado al legislador a autorizar que se aprehendan bienes distintos por un valor equivalente a los implicados en el ilícito.

4.6.2.3. Comiso ampliado.

En determinadas ocasiones vinculadas con una tipología de delitos y de los sujetos que lo cometen, el legislador ha decidido, ante la imposibilidad de discernir entre los bienes de origen lícito y los que son de la actividad delictiva, ampliar el decomiso a aquellos bienes respecto de los cuales su titular es incapaz de demostrar su licitud. Esta solución se adopta para que el sujeto que comete la infracción no se enriquezca injustamente.

La doctrina para aplicar el comiso ampliado, plantea cuatro requisitos:

- a) Que haya una persona física o jurídica condenada por una infracción penal,
- b) Que la condena sea por determinados delitos previamente establecidos que lo justifiquen,
- c) Que los delitos hayan sido en el marco de una asociación o agrupación delictiva, y
- d) Que el ilícito pueda generar un beneficio económico.

En el caso de la Legislación salvadoreña, el comiso está regulado en el código Penal²²⁴, como un sentencia accesoria; es decir 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.

Es por todo lo anterior , en *prima facie*, que la extinción sea diferente al comiso penal, porque este ultimo en su sentido más tradicional, requiere de la declaratoria de culpabilidad penal para poder privar al condenado de los objetos, instrumentos, productos y ganancias derivadas del delito y únicamente respecto de los que sean de su propiedad²²⁵.

En cambio, la acción de extinción de dominio no requiere declaratoria de culpabilidad penal del propietario o poseedor; es totalmente independiente del proceso penal y puede ir dirigida contra terceros que los adquieran o posean, siempre y cuando conozcan o adviertan su procedencia ilícita. De ahí deriva su clara autonomía del Derecho penal²²⁶.

4.6.3. La expropiación.

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.

²²⁴ VEASE; “Código Penal Salvadoreño: “Art. 127.- Sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposo”

²²⁵ Establece el art. 128 del Código Penal: “Comiso: sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe que a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos. El comiso sólo procederá cuando los objetos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado”.

²²⁶ Sánchez García De Paz, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Edit. Dykinson, Madrid, (2005) 166-188.

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.

Esto de acuerdo a la Constitución Salvadoreña 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.²²⁷

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.

4.6.4. La confiscación.

La confiscación implica el despojo absoluto de los bienes de una persona a título de sanción penal, existiendo consenso internacional frente a su proscripción por considerarse violatoria de los derechos humanos; en el caso de El Salvador, la confiscación está prohibida, según lo dispuesto en el inciso final del art. 106 Cn.²²⁸

Al respecto es necesario reflexionar 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,

²²⁷ Art. 106.- La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización. Cuando la expropiación sea motivada por causas provenientes de guerra, de calamidad pública o cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, caminos o vías públicas de cualquier clase, la indemnización podrá no ser previa. Cuando lo justifique el monto de la indemnización que deba reconocerse por los bienes expropiados de conformidad con los incisos anteriores, el pago podrá hacerse a plazos, el cual no excederá en conjunto de quince años, en cuyo caso se pagará a la persona expropiada el interés bancario correspondiente. Dicho pago deberá hacerse preferentemente en efectivo. Se podrá expropiar sin indemnización las entidades que hayan sido creadas con fondos públicos. Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles

²²⁸FUSADES, “Elementos necesarios para una adecuada Ley de extinción de dominio” boletín de estudios legales número 149, (mayo de 2013) 2.

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. 5.²²⁹

4.7. Actividad probatoria en la extinción de dominio.

La acción de extinción de dominio, de estirpe constitucional, se erige como un instrumento vital en la reivindicación de la función social propiedad y del amparo de su adquisición con justo título y con arreglo a las leyes civiles; se trata de una herramienta judicial de carácter autónomo, basada en el principio que afirma que los derechos solo pueden surgir de hechos lícitos, y por consiguiente el delito no los puede originar.

Esta es la razón para que la persona que adquiera un bien mediante el ejercicio de actividades ilícitas no tenga en realidad derecho alguno sobre ese bien, aunque así se perciba en apariencia. Es por ello que el proceso pone a disposición del órgano de persecución un escenario en el que se puede, sin afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos, identificar y recuperar tales bienes²³⁰ el cual solo será posible a través del uso de los medios de pruebas idóneos, siendo una de las actividades de mayor relevancia las auditorias forenses.

4.7.1. La Auditoria Forense y su efectividad en el proceso de Extinción de Dominio.

²²⁹ Ibidem, 3

²³⁰ Martínez Sánchez, Wilson Et al; “Extinción del Derecho de Dominio en Colombia”, UNODC, Bogotá, Colombia, (2015). 275

Como primer aspecto fundamental es necesario establecer una definición en relación a la auditoría Forense; citando a la autora Natalia Baracaldo²³¹ quien hace una enumeración de diversas definiciones, entre las cuales están;

“Según Cano y Lugo (CANO, 2005) en su libro “Auditoría Forense en la Investigación Criminal del Lavado de Dinero y Activos”, definen a la auditoría forense como una auditoría especializada en descubrir, divulgar y atestar sobre fraudes y delitos en el desarrollo de las funciones públicas y privadas. En términos contables, la auditoría forense es la ciencia que permite reunir y presentar información financiera, contable, legal, administrativa e impositiva, para que sea aceptada por una corte o un juez en contra de los perpetradores de un crimen económico”.

Por su parte, la Asociación de Examinadores de Fraude (ACFE por sus siglas en inglés) define la contabilidad forense o auditoría forense como el uso de las habilidades profesionales en temas relacionados con potenciales o actuales litigios civiles o penales, aplicando, pero no limitado a, los principios contables y de auditoría de general aceptación; la determinación de la pérdida de beneficios, ingresos, activos, o daños; la evaluación del control interno; fraude; y cualquier otro asunto relacionado con conocimientos contables en el sistema jurídico .

En efecto, la auditoría forense es un tipo de auditoría especializada. La auditoría forense es diferente a la auditoría financiera.

Una definición bastante integral que, para efectos del presente ensayo, reúne los aspectos fundamentales es la siguiente; *“La Auditoría forense es el uso de técnicas de investigación criminalística, integradas con la contabilidad, conocimientos jurídico-procesales, y con habilidades en finanzas y de negocio, para manifestar información y opiniones, como pruebas en los tribunales. El análisis resultante además de poder usarse en los tribunales, puede servir para resolver las disputas de diversas índoles, sin llegar a sede jurisdiccional”*²³²

Los principales objetivos de la Auditoría Forense son;

²³¹ Baracaldo Lozano, Natalia Andrea; “La Importancia de la Auditoría Forense en la Investigación de Fraudes y Delitos Financieros”, Encuentro Nacional de Contadores Públicos, Colombia, (2015) 3

²³² CANO, Miguel, LUGO, Danilo; “Auditoría Forense: en la investigación criminal del lavado de dinero y activos”.- Ediciones ECOE.2da. Edición.-, Colombia, Junio (2008) 75

- f) Luchar contra la corrupción y el fraude, para el cumplimiento de este objetivo busca identificar a los supuestos responsables de cada acción a efectos de informar a las entidades competentes las violaciones detectadas.
- g) Evitar la impunidad, para ello proporciona los medios técnicos validos que faciliten a la justicia actuar con mayor certeza, especialmente en estos tiempos en los cuales el crimen organizado utiliza medios más sofisticados para lavar dinero, financiar operaciones ilícitas y ocultar diversos delitos.
- h) Disuadir, en los individuos, las prácticas deshonestas, promoviendo la responsabilidad y transparencia en los negocios.

Evaluar la credibilidad de los funcionarios e instituciones públicas, al exigir a los funcionarios corruptos la rendición de cuentas ante una autoridad superior, de los fondos y bienes del Estado que se encuentran a su cargo.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Sumario: 1. Problemas de Legitimidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito. 1.1. El delito de Enriquecimiento Ilícito y presunción de inocencia. 1.2. Análisis de las presunciones Legales; y su relación a la Carga de la Prueba. 1.3. Valoraciones sobre prueba indiciaria y su relación con las presunciones legales. 2. Diferencias entre enriquecimiento ilícito (Civil) y la acción de Extinción de Dominio. 3. Derecho Comparado sobre la Extinción de Dominio. 3.1. Colombia. 3.2. México. 3.3. Guatemala. 4. Análisis Comparativo de la Regulación Constitucional de la Extinción de dominio en el Derecho comparado. 4. Jurisprudencia relevante en relación al incremento patrimonial no justificado.

1. Problemas de Legitimidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito.

En el presente apartado se establecerán las críticas que se giran en torno a la aplicación del delito de Enriquecimiento Ilícito. Razones por las cuales algunos países han optado por no incluirlo dentro de su ordenamiento jurídico²³³.

El delito de Enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el Art. 333, del código Penal Salvadoreño, el cual literalmente expresa:

“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. (9)

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

²³³ En América Latina varios países sancionan penalmente en delito de enriquecimiento ilícito en aplicación esencialmente de la Convención interamericana contra la corrupción. Entre ellos Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú y Venezuela.

Como ya se expresó anteriormente, el delito de enriquecimiento ilícito tiene un carácter subsidiario²³⁴ y su fundamento es la prevención de la impunidad de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos por dificultades probatorias²³⁵.

En efecto, ante la supuesta impresión negativa que causa en la sociedad la absolución de un funcionario, quien detenta un apreciable patrimonio, debido a la imposibilidad de probar el delito que permitió su acumulación, se opta por crear la figura delictiva de enriquecimiento ilícito que se utiliza en los casos en los que no se acredita la actividad criminal específica que lleva a cabo el funcionario público para la obtención de su patrimonio.

Tal como se desarrolló en el apartado sobre la regulación del delito de enriquecimiento ilícito; este encuentra su asidero en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), cuyo art. 20 dispone expresamente que:

“con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Como se puede observar, no es un precepto obligatorio para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

Los Estados parte que no han incluido este delito en su ordenamiento jurídico alegan limitaciones constitucionales, referidas en particular al principio de la presunción de inocencia, y vulneración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, entre los que se suele aludir normalmente a los relativos a la carga de la prueba y otros que se desarrollaran posteriormente.

²³⁴ Tal y como lo expresa Donna, quien ha afirmado; *“Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ellos se construye el tipo penal.”*

²³⁵ Rojas Vargas, Fidel, *“Delitos contra la administración pública”*,. 3ra. Edición, Grijley, Lima, (2003) 628

Sin embargo, frente a tales pociões, también se encuentran argumentos a favor de la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito, sin que esto implique vulneraciones de carácter constitucional.

1.1. Argumentos que Fundamentan la Inconstitucionalidad del Delito de enriquecimiento Ilícito.

Uno de los problemas fundamentales que se plantean entorno del delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, dado que invierte la carga de la prueba en el ámbito penal.

La presunción de inocencia cuenta con amplio reconocimiento a nivel del Derecho internacional de los Derechos humanos. Así, en Europa se reconoce en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuyo artículo 6, apartado 2 (derecho a un proceso equitativo) dispone: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

Este derecho fundamental está compuesto por dos reglas. La primera representa una regla de tratamiento que expresa que toda persona acusada de un delito es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y así se lo debe considerar durante el tiempo que dure el proceso que dirima la constatación de su culpabilidad. La segunda implica una regla de juicio que expresa que el juez sólo puede imponer una pena cuando se ha demostrado en juicio la plena culpabilidad del imputado en el hecho punible que se le atribuye. Esta regla se halla vinculada básicamente a la prueba de los hechos sindicados al imputado que son objeto del proceso, a quien incumbe exclusivamente a la parte acusadora, es decir, al ministerio público.²³⁶

²³⁶ Moreno Catena, Víctor, “La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal, en: Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales”. Cuadernos penales José María Lidón N° 7. Universidad de Deusto. Bilbao. (2010) 21.

El enunciado que plantea que, “toda persona imputada es inocente mientras no se demuestre lo contrario” como manifestación de la presunción de inocencia, es violentado mediante la creación de tipos penales de sospecha que consideran culpable a su autor hasta que éste demuestre lo contrario. El trato y la consideración como no autor o partícipe de un hecho punible imposibilita un adelantamiento de la consecuencia jurídico-penal, que sólo puede imponerse recién en el momento procesal oportuno y mediante la correspondiente sentencia condenatoria que declare la culpabilidad del imputado.

Por lo anterior algunos autores sostienen que la presunción de inocencia representa una insoslayable garantía procesal que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, gozando de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad.²³⁷

Desde esta perspectiva, autores sostienen; que Teniendo a la vista el tipo penal de enriquecimiento ilícito, es claro que el legislador sospecha que en el enriquecimiento patrimonial injustificado de un funcionario público subyace una actividad delictiva, pero como no puede acreditarla efectivamente por dificultades probatorias, ha decidido utilizar un atajo: en vez de que el Estado acredite lo que sospecha, se le impone al funcionario público la tarea de demostrar su inocencia²³⁸, es aquí donde se configura la inversión de la carga de la prueba, pues el funcionario es quien debe soportar la carga de la prueba y por lo tanto a falta de prueba o cuando ésta es insuficiente, la carga

²³⁷ Mestre Delgado, Esteban, “Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia”.

²³⁸ Nández Basualto, Héctor, “Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno.”(2000)794

se resuelve a favor de la parte contraria a la que la soporta. En definitiva es el Estado quien gana y es el funcionario quien pierde, pues resulta culpable de manera inevitable.²³⁹

Ahora bien en la tipificación del delito de Enriquecimiento ilícito en el código penal Salvadoreño, no se establece una presunción de culpabilidad respecto del enriquecimiento, lo cual será analizado posteriormente. Por otra parte, es importante recalcar que El Estado Salvadoreño ha ratificado las diversas Convenciones sobre la Corrupción, sin reservas, por lo que ha asumido el compromiso de incorporar en su legislación el delito de Enriquecimiento ilícito.

1.2. Argumentos a favor de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

Uno de los principales argumentos que surgen a favor de la constitucionalidad, se relaciona con la especial posición en la que se encuentra el funcionario público. En efecto, el funcionario es arrastrado a asumir obligaciones distintas de quienes no ejercen la función pública, como es, en lo que aquí interesa, rendir cuentas de los bienes que posee. En este orden de ideas, en cuanto a la carga de la prueba, la obligación del funcionario de dar explicaciones es derivación de la particular situación pública en que se encuentra, luego de un marcado enriquecimiento y resulta exigencia del principio republicano de gobierno que debe aquilatarse con las restantes garantías constitucionales²⁴⁰. Y se llega a afirmar que el mero hecho de ingresar a la función pública conlleva la renuncia al derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, las

²³⁹ Joaquín Francisco Pacheco, “Estudios de Derecho penal”, 5ª Edición. Madrid, (1996).76.

²⁴⁰ Angelini, Luis M., “Comentario sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/comentarioilicito.htm>, consultado el día 9/04/2018.

afirmaciones anteriormente expresadas, tiene su fundamento en las diversas connotaciones que se le atribuyen a los elementos de tipicidad del Delito de Enriquecimiento ilícito²⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha sostenido que “...*el enriquecimiento ilícito es un tipo comisivo que se consuma cuando el funcionario aumenta sus activos o disminuye sus pasivos de una manera incompatible con el nivel de ingresos*”.

En esta interpretación, tanto el debido requerimiento como la falta de justificación ‘sólo pueden entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio y tiene como objetivo asegurar al funcionario el conocimiento de la imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado que, en principio, se le atribuye²⁴².

Si bien diversos autores ven un déficit en la descripción normativa, que llevaría a la inversión de la carga de la prueba; no obstante, ello, avalan su constitucionalidad tratándolo como un delito comisivo.

Sin embargo, existen autores que advierten la alteración de la carga probatoria que implica el presente delito y tratan de salvarlo interpretando que estamos en presencia de un delito de omisión, o sea, se castiga el que: “al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”. Así, el enriquecimiento ilícito sería un delito

²⁴¹ Como se desarrolló en apartados anteriores, sobre la tipicidad del Delito de enriquecimiento ilícito, se discute si este es un tipo comisivo o un tipo omisivo.

²⁴² Jorge, Guillermo, “Enriquecimiento Ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso” en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dirección Leonardo G. Pitlevnik, tomo 9, Editorial Hammurabi. Buenos Aires, (Año 2010), 28.

de omisión propia, por el cual se reprimiría la infracción de un deber que pesaría sobre los funcionarios públicos, puesto que existiría el deber de justificar en todo momento su situación patrimonial.

El segundo de los argumentos que se esgrimen a favor de la Constitucionalidad del Delito de Enriquecimiento ilícito, está vinculado con la carga dinámica de la prueba. En efecto, se indica que: “La noción de las cargas probatorias dinámicas es ajena, por esencia, al proceso penal. No obstante, ello, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 333, Cód. Penal) constituye el caso paradigmático de ella, porque en esta ínsula el interés en la prueba se coloca en cabeza del imputado, quien por otra parte es el que se encuentra en mejores condiciones de acreditar la licitud de su enriquecimiento”

Ahora bien, en esa línea de argumentación, es necesario hacer referencia a las presunciones legales y su relación con la actividad probatoria.

1.3. Análisis de las presunciones Legales²⁴³; y su relación a la Carga de la Prueba.

El derecho Canónico ha dado origen a una división triple de presunciones que es la que siguen la mayoría de Códigos modernos; ella es, la de Presunciones Iuris Et de Iure, Iuris Tantum, Iuris Facti. A pesar de su específica denominación, se utiliza en los Códigos la división en presunciones legales y presunciones judiciales; en las primeras se agrupan las Iuris Et de Iure y Iuris Tantum, en las segundas se comprenden las Iuris Facti.

Las presunciones legales son afirmaciones de certeza que la ley establece, a partir de experiencias generales que identifican lo que normalmente sucede en el devenir de los acontecimientos, donde a una determinada causa le sucede una lógica consecuencia.

Si se las considera verdaderas, sin prueba en contrario, se denominan presunciones iuris et de iure,

²⁴³ Art. 45 del Código Civil, en relación al Art. 20, 414,415 del Código Procesal Civil y Mercantil

y si admiten prueba en contrario se las llama *iuris tantum*²⁴⁴.

El que tiene a su favor la presunción *iuris tantum* solo deberá probar los presupuestos en que se basa la presunción, y si alguien quiere desvirtuarla será esta persona quien deberá probar que la presunción *iuris tantum* no se ajusta a la realidad. En la legislación Salvadoreña, las presunciones se encuentran reguladas: Art. 45 del Código Civil, en relación al Art. 20, 414,415 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Frente a estas presunciones la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en sentencia C-388/00, así: “...Las presunciones legales (presunciones *iuris tantum*) no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes. En efecto, al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos.

Ahora bien, a diferencia de las llamadas presunciones de derecho (*iuris et de iure* o auténticas ficciones jurídicas), las presunciones legales admiten prueba en contrario.

La consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, las más de las veces, el sujeto beneficiado debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia –al menos procesal– del hecho presumido. La demostración de los hechos antecedentes no es, usualmente, un asunto complicado.

En consecuencia, puede afirmarse que una determinada presunción legal beneficia a una de las partes del proceso, pues la libera de la carga de demostrar el hecho que se presume y que resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial.

²⁴⁴ Al respecto el Código Civil Salvadoreño; llega a identificarse la presunción *Iuris Et de Iure* como presunción “de derecho”; y a la presunción *Iuris Tantum*, como la simplemente legal. Art. 45 C. C.

No obstante, al beneficiar a una de las partes, la ley que establece la presunción termina por afectar a la parte contraria, que resulta finalmente compelida a demostrar la inexistencia del hecho presumido, bien directamente, ora desvirtuando los llamados hechos antecedentes. Por esta razón, un sector de la doctrina ha entendido que las presunciones tienen el efecto procesal de invertir la carga de la prueba²⁴⁵.

En las condiciones anotadas, es pertinente preguntarse si la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso, en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia, de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción.

Por una parte, se ha sostenido que la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso. En efecto, nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales.

En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones.

En otras palabras, la razonable correspondencia entre la experiencia reiterada y aceptada, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales.

Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba.

²⁴⁵ Al respecto sobre las presunciones y la presunción de inocencia; se sostiene que la limitación de la presunción de inocencia, está sujeta esencialmente a dos condiciones. En primer lugar, las presunciones han de ser razonables, esto es, han de preverse para supuestos excepcionales y de importancia menor, de manera que la regla general sea la de presunción de inocencia. En segundo lugar, exige que la presunción no sea irrefutable, es decir, ha de ser posible presentar prueba en contrario.

Es por lo anterior que un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta.

Ahora bien, resulta evidente que el legislador no puede establecer presunciones que no obedezcan a las leyes de la lógica o de la experiencia, o que no persigan un fin constitucionalmente valioso. Ciertamente, cuando las presunciones aparejan la imposición de una carga adicional para una de las partes del proceso, es necesario que las mismas respondan, razonablemente, a los datos empíricos existentes y que persigan un objetivo que justifique la imposición de la mencionada carga. De otra manera, se estaría creando una regla procesal inequitativa que violaría la justicia que debe existir entre las partes y, en consecuencia, el derecho al debido proceso del sujeto afectado.

En suma, para que una presunción legal resulte constitucional es necesario que la misma aparezca como razonable; es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin.

1.4. Valoraciones sobre prueba indiciaria y su relación con las presunciones legales²⁴⁶.

Con las definiciones antes expuestas puede concluirse que a la presunción no se le puede considerar dentro de la clasificación de medio de prueba, ya que no puede regularse por parte del legislador ni puede establecerse un procedimiento para su producción en juicio²⁴⁷.

²⁴⁶ Sobre las presunciones la Sala de lo civil ha establecido: “Finalmente, el art. 414 CPCM establece: Cuando la ley establezca una presunción, la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto al estar probados los hechos en que se base. Si la presunción legal admite prueba en contrario, la actividad probatoria se podrá dirigir tanto a demostrar que los indicios probados inducen a un hecho distinto o a ninguno, como a efectuar la contraprueba de dichos indicios para establecer su inexistencia. En los casos en los que la presunción legal admita prueba en contrario, en la sentencia se deberá justificar y razonar los argumentos que han llevado al tribunal a la concreta decisión sobre si el hecho presunto es la consecuencia de los indicios.

²⁴⁷ En este sentido, Serra Domínguez señalaba que: Mientras los medios de prueba requieren, en cuanto realizados en el proceso, normas de procedimiento que regulen su actuación, normas establecidas en las leyes procesales positivas; en cambio en la presunción no requiere norma alguna de procedimiento.

Existe un grupo de doctrinarios que sí considera a la presunción como un medio de prueba para precisar hechos en el proceso, conforme se entiende de las siguientes definiciones, en las cuales se encuentra como factor común la fijación formal de una situación, que tiene como consecuencia el descubrimiento de una circunstancia nueva, por lo que a partir de esto se prueba lo requerido por las partes procesales:

- a) “Son operaciones intelectuales, imperadas o autorizadas por el Derecho positivo o consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado, que consisten en tener como cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho (el indicio o base)”²⁴⁸
- b) “Las presunciones consisten en una actividad intelectual por medio de la que se fija formalmente por el juez o por el legislador la existencia de un hecho, denominado presunto, partiendo de la realidad de otro, denominado base o indicio, del cual depende el hecho presunto”.²⁴⁹
- c) “La presunción supone esa operación intelectual que, partiendo de un hecho que se tiene por cierto, fija la existencia de otro hecho, teniendo en cuenta al nexo que une a ambos”.

Respecto a estas definiciones, el Tribunal Supremo Español ha dictado el siguiente criterio jurisprudencial: “La presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base a) el hecho demostrado; b) la afirmación presumida c) el hecho que se trata de deducir; y d) el nexo de ambas afirmaciones, “interferencia”, que ha de ajustarse a un lógico criterio humano, sin que sea preciso la ineludibilidad o univocidad, sino únicamente la sujeción a las reglas de la sana

Así como los medios de procedimiento deben ser propuestos por las partes, dentro del término establecido para dicha proposición y en la forma ordenada por la ley, la presunción no requiere para su utilización ni previa posición, ni tiene tiempo o forma establecidos para tal proposición. Serra Domínguez, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, T. XVI (Madrid, 1991), 634 y 635.

²⁴⁸ De la Oliva Santos, con Díez-Picazo Giménez, “Derecho Procesal Civil. El proceso de declaraciones”. (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000), 373

²⁴⁹ Idem, 374

crítica”²⁵⁰. Estos criterios se fundamentan en el razonamiento de que se trata de un medio de prueba supletorio, en ausencia de la existencia de una prueba directa²⁵¹.

La forma en la cual se usa una presunción como método probatorio, según Juan Luis Gómez Colomer, está compuesta de “una afirmación, hecho base o indicio, de una afirmación o hecho presumido y de un enlace²⁵²”:

- a) Afirmación base, hecho base o indicio: Se denomina de esta forma porque en aquella tiene origen la presunción, pudiendo estar conformada por una o varias circunstancias. Lo fundamental para que se pueda usar como base de la presunción es que debe estar probada dentro de la causa, a través de cualquier medio de prueba que las partes tengan a su disposición.
- b) Afirmación presumida o hecho presumido: Es la consecuencia del hecho base, y en ella se sustenta la suposición de la parte que quiere beneficiarse. Mediante este supuesto se introduce al proceso un elemento de prueba que no puede obtenerse en documentos, testimonios o pericias.
- c) El nexo lógico o enlace entre ambos hechos: Mediante esta conexión entre el hecho base y el hecho presumido se forma la presunción como tal. Esta presunción puede determinarse por disposición legal o directamente por el juzgador.

Este requisito de conexión lógica no es una exigencia en la jurisprudencia española, aquí se ha desarrollado el concepto *facta concludentia*²⁵³. La operación lógica por la cual se saca conclusiones entre situaciones de forma general es la inducción, que se utiliza según lo manifestado por Elí de Gortari para “generalizar la experiencia²⁵⁴”

²⁵⁰ STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto.jco. 3. (RJ 4735/2006). Sala 1ª, de 4 de mayo de 1998 (RJ1998/3220); y de 24 de mayo de 2004, fto. Jco.9. (RJ 4033/2004).

²⁵¹ Serra Domínguez, “Presunciones. Estudios de Derecho Probatorio”. (Lima: Communitas, 2009) 756.

²⁵² Juan Luis Gómez Colomer, “Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil” (Valencia: Tirant Lo Blanc, vigésimo cuarta edición, 2016), 301.

²⁵³ La sentencia del Tribunal Supremo español del 3 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3382) señala que: no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontramos ante una verdadera presunción, sino ante los “*facta concludentia*”, que efectivamente han de ser concluyentes e inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho – base diversos hechos – consecuencia, y

²⁵⁴ Xavier Abel Lluch, “Derecho Probatorio”. (España: Bosch editor, 2012), 426

Para determinar de manera particular la conclusión de un proceso se usa la deducción, en la cual se juzga caso por caso según las condiciones que se presenten.

Una vez analizadas las presunciones y su vinculación con la valoración de la prueba, puede afirmarse que, en el delito de enriquecimiento ilícito, no puede configurarse un sistema de carga dinámica de la prueba, pues esto sería aceptar presunciones de culpabilidad. Lo cual sería contrario a la presunción de inocencia.

Resultando la posición más pacífica, partir de la premisa, que el delito de Enriquecimiento ilícito es un delito de infracción de deber, en el cual se le exige al funcionario, justificar los incrementos patrimoniales que este puede presentar y que han dado lugar a una imputación penal.

Ahora bien, en el proceso de extinción de dominio, el titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio. Así, el juez ha de llegar a la convicción de los hechos fundamento de las pretensiones a partir de la responsabilidad de probar de las partes; inicialmente de la fiscalía y de los afectados en sus oposiciones y cualquier duda que suponga su decisión habrá de ser resuelta a partir de la carga de la prueba para decidir en contra de la parte que debió probar y no lo hizo.

Pero además en esta materia, el proceso de extinción supone una realidad producto de la evolución jurídica, de las necesidades, científicas, tecnológicas, sociales, políticas y culturales que demandan en una materia como está la aplicación de la carga dinámica de la prueba y el decreto oficioso de pruebas por parte del juez.

Han surgido así excepciones a la distribución de la carga de la prueba a partir de la verificación de situaciones excepcionales en las cuales el acceso a los medios de prueba queda en manos de las partes o de sus particulares condiciones, dando pie a una redistribución de la carga de la prueba deducida de consagraciones legales y jurisprudenciales y que buscan tanto proteger a la parte más débil de la relación como la de imponer probar a quien le quede más fácil.

En ese sentido en el proceso de extinción de dominio, la noción de la carga dinámica de la prueba consiste en radicar la cargas de probar los hechos en cabeza de quien encuentre mejores condiciones para aportar la prueba al proceso, de conformidad con sus condiciones intelectuales, profesionales, sociales, económicas, las cuales lo hacen ver en una situación de ventaja probatoria ante la contraparte, o sencillamente porque le queda más fácil probar.

2. Diferencias entre enriquecimiento ilícito (Civil) y la acción de Extinción de Dominio.

El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, el cual se encuentra regulado en la legislación salvadoreña en el artículo 240 Cn., establece que: *“los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes”*.

Del texto del artículo mencionado se puede extraer que para la aplicación del enriquecimiento ilícito se requieren ciertos requisitos: a) que el o los sujetos activos deben ser funcionarios o empleados públicos, para lo que no es imprescindible que administres fondos públicos, únicamente se requiere un cargo público; b) el objeto material del delito puede ser devenido de fondos de la Hacienda Pública o de la Hacienda Municipalidad; c) la temporalidad en que puede ser invocado este enriquecimiento ilícito (10 años).

Además, respecto al enriquecimiento ilícito la Constitución deja abierta la posibilidad de que existan otros tipo de responsabilidades; tal es el caso de la figurar la responsabilidad penal, cuando un funcionario incurra en actos que puedan constituir delito, al tenor de lo establecido en el art. 333 C.P.²⁵⁵; también pueden incurrir en responsabilidad civil cuando haya afectación a derechos

²⁵⁵ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997), que en el art. 333 dice: *“El funcionario, autoridad 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”*.

patrimoniales concretos de personas determinadas o determinables y la responsabilidad administrativa cuando se transgredan normas administrativas sancionatorias.

Por lo anterior es necesario señalar algunas diferencias entre la figura de extinción de dominio y el enriquecimiento ilícito regulado en la Constitución:

- El art. 240 Cn., establece un plazo de prescripción de la acción de enriquecimiento ilícito, siendo estos 10 años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo. En cambio, para la acción extintiva no existe un plazo de prescripción que limite su ejercicio, pues está de acuerdo a los Criterios de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, es vista como “una acción retrospectiva”, que incluso alcanza bienes adquiridos previo a la entrada en vigencia de la LEDAB;
- La acción de enriquecimiento ilícito está dirigida exclusivamente contra los sujetos mencionados en el art. 240 Cn., mientras que la acción de extinción de dominio posee un ámbito de aplicación extenso, pues esta puede ser invocada contra cualquier persona que sea titular de bienes cuyo origen o destino sea en actividades ilícitas; y por supuestos que no se limitan únicamente al incremento patrimonial no justificado.
- El enriquecimiento ilícito es “personal” pues se dirige contra las personas mencionadas en el art. 240 Cn²⁵⁶., mientras que la acción de extinción de dominio es de “carácter real²⁵⁷” pues el asunto son los bienes y la discusión radica en comprobar que los mismos han sido utilizados o destinados para actividades ilícitas.

²⁵⁶ Sin embargo, este punto es discutible frente a la prescripción de la acción de enriquecimiento ilícito, ya que, si la finalidad del juicio de Enriquecimiento lo constituye el regresar a la Hacienda pública, los bienes o valores sobre los cuales se ha enriquecido el funcionario; transcurridos los diez años, podría dar lugar al ejercicio de una acción real en contra de los Bienes y no en contra de los funcionarios. O aplicar la figura de la extinción de dominio.

²⁵⁷ Se trata de una acción legal autónoma contra el patrimonio criminal. En cuanto a su naturaleza no puede considerarse su naturaleza jurídica como penal, civil o administrativa sancionadora stricto sensu, pues es in rem, es decir, enfocada a bienes concretos, determinados y con valor económico sobre los cuales una persona ostenta una titularidad “aparente

En ese contexto la Sala de lo Constitucional, ha sostenido en la resolución de inconstitucionalidad referencia 146-2014, que existen diferencias latentes entre la acción de extinción de dominio y las figuras supra mencionadas²⁵⁸.

En dicho pronunciamiento se establecieron diferencias relevantes:

- a) “que el enriquecimiento ilícito es una acción constitucional, mientras que la extinción de dominio es una figura legal que persigue fines constitucionalmente legítimos;
- b) El enriquecimiento ilícito no se aplica a particulares que participan en actos de corrupción mientras que la extinción de dominio sí²⁵⁹;
- c) El enriquecimiento ilícito está sujeto a un plazo de diez años luego que el funcionario haya dejado su cargo, mientras que la extinción de dominio no está sujeta a ningún plazo de prescripción. Pese a estas notas que dotarían de cierta autonomía a la acción de extinción de dominio, la Sala Constitucional estableció la primacía aplicativa del enriquecimiento ilícito por sobre la extinción de dominio en los casos de incremento patrimonial no justificado de funcionarios y empleados públicos, situación que es contemplada también en la letra c del art. 6 LEDAB²⁶⁰.

De los aspectos más destacados en la sentencia en análisis, son las reglas que se establecen al respecto del orden en la aplicación de la acción de enriquecimiento ilícito y de extinción de dominio; sobre lo cual estableció:

- a) Aambos institutos operan de forma simultánea o sucesiva si se tratan de distintos bienes;
- b) Si se trata sobre los mismos bienes, prevalece en enriquecimiento ilícito por tener rango constitucional y referirse al incorrecto ejercicio de la función pública;
- c) A los bienes que no quedaron comprendidos dentro de la acción de enriquecimiento ilícito, por su ocultamiento, encubrimiento por terceros, etc, puede aplicárseles la extinción de dominio;

²⁵⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

²⁵⁹ La afirmación citada de la sentencia en estudio, resulta discutible, puesto que bajo la figura del enriquecimiento ilícito, puede ejercerse acción contra el conyugue y los hijos, por otra parte si se analiza desde la perspectiva penal, el inciso segundo del Art. 333, regula el enriquecimiento ilícito por particulares.

²⁶⁰ Art. 6 LEDAB: Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: [...] Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

- d) Los particulares que intervinieron en los actos de corrupción gubernamental que originaron el enriquecimiento ilícito se encuentran sometidos al régimen de extinción de dominio; y
- e) El aumento de capital o los bienes obtenidos por los servidores públicos que no se relacionen con el correcto ejercicio de la función pública les es aplicable la extinción de dominio.

En conclusión entonces sobre el orden de aplicación de estos institutos puede afirmarse; que el enriquecimiento ilícito se persigue un fin netamente restitutorio de lo sustraído al Estado debido a un incorrecto ejercicio de la función pública, mientras que la extinción de dominio persigue asegurar el respeto a los valores constitucionales que disciplinan la obtención de riqueza: el trabajo honesto, el fomento y protección a la propiedad intelectual, la libertad de empresa y la función social de la propiedad. Por ende, el único límite admisible para la no aplicación posterior de la acción de extinción de dominio es cuando se ha resarcido plenamente lo sustraído al Estado o cuando el servidor público demuestra de forma fehaciente que el aumento de su capital deviene de actividades lícitas debidamente comprobadas, lo cual será un aspecto que impedirá el ulterior proceso de extinción de dominio; lo que se denomina el efecto negativo de la cosa juzgada.

Sin embargo, si se demuestra dentro del proceso de enriquecimiento sin justa causa, que el capital emergente deviene de actividades delictivas ajenas a los diversos contenidos de la hacienda pública o el mismo comprende no únicamente afectaciones al erario estatal sino a la sociedad en general es válida la aplicación de la extinción de dominio o la persecución penal por los delitos que corresponden.²⁶¹.

3. Derecho Comparado sobre la Extinción de Dominio.

La figura de la extinción de dominio ha sido adoptada por varios países latinoamericanos; a manera de ejemplo Colombia adoptó la extinción de dominio a través de la Ley 1708 de 2014; México mediante la Ley Federal y las leyes Estatales de Extinción de Dominio); Guatemala por el Decreto N° 55 de 2010 y por último El Salvador mediante el Decreto N° 534 de 2013. Para el caso de Honduras ha concebido esta acción como de Privación De Dominio De Bienes De Origen Ilícito, mediante el Decreto N° 27 del 2010; conservando todos los países antes mencionados el

²⁶¹ Martínez Osorio, Martin Alexander: “La Extinción de Dominio es Constitucional”

establecimiento de una figura jurídica que responda a criterios de comiso in rem que puedan ser declarado por sentencia judicial de manera autónoma e independiente del proceso penal.

3.1. Colombia.

Colombia fue pionero en Latinoamérica en la creación del instituto de la extinción de dominio, mediante la reforma de su Constitución Política realizada en el año 1991, en la cual se atribuyó a la propiedad privada una vinculación con valores y principios éticos sociales que fundamentan el Estado y el reconocimiento que los bienes deben cumplir en relación a la función social²⁶².

Colombia ha sido un país inmerso en problemas como el narcotráfico y el enriquecimiento ilícito, por lo que se vio obligada a incorporar herramientas jurídicas de lucha contra esos actuareos criminales. Consecuencia de lo anterior surgió la figura de extinción de dominio en esa nación²⁶³.

Fue así que, en el desarrollo de la función social de la propiedad, la nación colombiana creó la figura de extinción de dominio por no explotación de un bien y de expropiación en sus diferentes modalidades²⁶⁴.

Es mediante el Decreto Legislativo 2790 de 1990, que Colombia incorporó en el artículo 57 un modelo de extinción de dominio, siendo que posteriormente derivó en la creación de un instituto procesal penal, mediante el Decreto 99 de 1991, ley en la que se empleó por primera vez la extinción de derecho de dominio a favor del Estado de aquellos bienes adquiridos con fondos de actividades ilícitas. A continuación, a través de la Ley 333 de 1996, se reconoce su autonomía y se aprueba como verdadero instituto jurídico²⁶⁵

²⁶² Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, sentencia dentro del proceso de inconstitucionalidad referencia C-374-1997 (Colombia:1997).

²⁶³ Jenner Alonso Tobar Torres, "Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia", *Civilizar*, No.26 (2014): 17. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n26/v14n26a03.pdf>

²⁶⁴ *Ibíd.* 18.

²⁶⁵ Gilmar Santander Abril et al., *La Extinción del Derecho de dominio en Colombia Especial. Referencia al nuevo Código* (Colombia: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ONUDC, 2015) 54. https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf

La vigencia de esta Ley 333 del 19 de diciembre de 1996 se mantuvo hasta el 3 de septiembre de 2002, en razón de la aprobación de la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002, ley con la cual se le brindó a la extinción de dominio un carácter autónomo respecto del derecho penal.²⁶⁶ Posteriormente se afirmó esta acción extintiva a través de la sentencia C740-2003, emitida por la Corte Constitucional colombiana, proceso con el cual se intentó declarar la inconstitucionalidad de la ley 793 de 2001.

Con esta nueva ley aprobada en el 2002 y la sentencia C740-2003, Colombia pasó a definir y darle otro concepto a la acción extintiva, propiciando con ello un diseño procesal propio y definiendo su naturaleza como una acción real que consistía en la declaratoria de la pérdida del derecho de dominio, al tratarse de un derecho meramente aparente, por haber sido adquirido el bien en cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 34 de la Constitución colombiana, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular²⁶⁷.

Para cumplir los fines perseguidos constitucionalmente, se creó el Código de Extinción de Dominio de Colombia²⁶⁸, normal legal que regula el proceso de extinción de dominio..

Colombia reconoció el carácter real de esta acción, ya que recae sobre bienes producto de actividades ilícitas o instrumentalizadas por estas, de las que se deriva; además le dotó de características especiales, pues el artículo 4 de la Ley antes citada reconoció su autonomía e independencia de la responsabilidad penal²⁶⁹.

En el año 2014, finalmente la nación colombiana aprobó el Código de Extinción de Dominio (CED), el que dotaba a esta acción de mayor fuerza e independencia a la figura y se estableció la naturaleza jurídica, así como la constitucionalidad de esta. Dicho cuerpo normativo está compuesto por 217 artículo, en los que se regula todo lo relacionado a la parte procesal y de investigación en los procesos extintivos, regulando desde conceptos básicos, garantías fundamentales, principios

²⁶⁶Ibíd pág. 51.

²⁶⁷ Aldana. *El proceso de extinción de dominio en El Salvador*, 60.

²⁶⁸ Código de Extinción de Dominio (Colombia: Congreso de Colombia, 2014).

²⁶⁹ Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia, sentencia dentro del proceso de inconstitucionalidad referencia C 740-2003 (Colombia:1997).

generales del proceso, sujetos procesales, recursos, medidas cautelares precautelares e intra-cautelares, etapa pre-procesal, entre otros.

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 que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado, lo anterior de conformidad al art. 15 del CED.

Posteriormente, en el art. 17 del CED²⁷⁰ se reconoce las características esenciales de la acción de extinción de dominio, siendo las siguientes:

- De carácter constitucional; pues esta acción se desprende propiamente desde el texto constitucional.
- Pública;
- Jurisdiccional;
- Directa;
- De carácter real y de contenido patrimonial, independientemente de quien lo tenga en su poder o la haya adquirido.

Para la legislación colombiana, al tenor de su CED, la acción de dominio será impuesta sobre los bienes siguientes:

1. Cuando sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita;
2. Cuando correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción;
3. Cuando provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento u objeto material de la actividad ilícita;

²⁷⁰ Código de Extinción de Dominio (Colombia: Congreso de Colombia, 2014).

4. Cuando formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas;
5. Cuando hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas;
6. Cuando de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas;
7. Cuando constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios de los anteriores bienes;
8. Los de procedencia lícita, cuando sean utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia;
9. Los de procedencia lícita, cuando sean mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia;
10. Los bienes de origen lícito, cuando su valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, siempre que la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exento de culpa;
11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos;
12. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas.

3.1.1. Aspectos relevantes sobre la legislación colombiana.

- a) El implemento de la figura de la “retribución por denuncia”, de acuerdo al art. 120 CED, es que establece un beneficio económico a aquellas personas que puedan denunciar y con ello dar inicio a una investigación y promoción de la acción de extinción de dominio. Este beneficio consiste en que el Estado compartirá las ganancias de estos ilícitos, con un 5% de estos bienes.
- b) El afectado puede optar por una sentencia anticipada; de hacerlo, tiene derecho a hacerse acreedor de una retribución de hasta un 5% del valor de los bienes que sean objeto de

sentencia anticipada, lo que parece ser una recompensa por entregar bienes producto de ilícito.

Las condiciones de aplicación de esta retribución de sentencia anticipada son las siguientes: 1.- adelantar acciones a favor de las víctimas de actividades ilícitas de las cuales tenga conocimiento a través de acciones idóneas a cesar los efectos del delito o que permitan el efectivo restablecimiento del derecho o de la reparación de los perjuicios causados; 2.- ayudar a la desarticulación de organizaciones criminales a través de la identificación e individualización de sus dirigentes e integrantes y el aporte de elementos de prueba que permitan la demostración de sus responsabilidad penal; 3.- contribuir en la eliminación de la infraestructura económica de las organizaciones criminales a través de la identificación de bienes ilícitos que puedan ser posibles de comiso penal o extinción de dominio y el aporte de elementos de juicio que permitan obtener las sentencias respectivas.

3.2.México.

Los Estados Unidos Mexicanos incursionó en la acción de extinción de dominio y para tales efectos tuvo que modificar su Constitución, introduciendo en el art. 22 de la Constitución Política de esa nación el instituto de la acción de extinción de dominio para el Distrito Federal, la cual surtió efectos a partir del 3 de diciembre de 2008 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008²⁷¹. Consecuentemente aprobó la Ley Federal de Extinción de Dominio (LFED), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009, la cual entró en vigencia a partir del 27 de agosto de 2009.

Constitucionalmente hablando, para la nación mexicana la extinción de dominio posee un procedimiento que se regirá por reglas, entre las cuales se mencionan:

1.- Será jurisdiccional y autónomo del material penal;

²⁷¹ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, (México: Cámara de Diputados del Congreso, 1917). Art. 22, inc. 3. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

2.- Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito, respecto de los bienes siguientes:

- c) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
- d) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
- e) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o no hizo algo para impedirlo.
- f) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado de estos delitos se comporte como tal.

3.- Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Importante mencionar que la iniciativa para modificar el sistema penal mexicano y de esta manera crear una ley de extinción de dominio tuvo origen mediante el ejecutivo federal del 9 de marzo de 2007, en el que se mencionan las circunstancias relativas a la necesidad de adecuar la legislación de ese país a la normativa internacional.

Como consecuencia de la modificación a su carta magna México inicialmente creó la Ley Federal de Extinción de Dominio (LFED)²⁷², la que tuvo vigencia hasta el año 2019; posteriormente, entró

²⁷² Ley Federal de Extinción de Dominio, Estados Unidos Mexicanos, véase en línea http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFED_120116.pdf

en vigencia la Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED)²⁷³, misma que a la fecha se encarga de normar la figura.

La LNED es la última reforma hecha a la extinción de dominio en la nación mexicana, mediante se reconoce la supremacía constitucional de esta figura, amparada en el art. 22 de su carta magna y de acuerdo a las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y demás instrumentos internacionales que regulan el decomiso.

La LNED está compuesta por 251 artículos, siendo los más relevantes los siguientes:

En el art. 3 de la LNED se establece que *“la acción de extinción de dominio es la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los bienes a que se refiere la presente Ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario o para quien se ostente o comporte como tal, ni para quien, por cualquier circunstancia, posea o detente los citados bienes”*.

El art. 4 LNED hace referencia a la materia que resolverá los procesos de extinción de dominio; expresa la disposición legal que en primacía será la LNED la encargada de regular el proceso y a falta de disposición expresa, se aplicarán las normas supletorias tales como:

- 1.- Respecto al procedimiento, a legislación aplicable será la civil federal;
- 2.- En lo relativo a la administración de los bienes, se estará a lo dispuesto en el Código Civil Federal;
- 3.- En cuanto a la preparación del ejercicio de la acción de extinción de dominio, a cargo del Ministerio Público, se estará a lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en el caso de las averiguaciones previas o procesos penales del sistema procesal mixto, al código aplicable en la materia.

²⁷³ Ley Nacional de Extinción de Dominio (México: Congreso General De Los Estados Unidos Mexicanos, 2019).

El art. 5 LNED se refiere a la reserva de la información obtenida por el Ministerio Público hasta que sea presentada ante la autoridad judicial. En el caso de las personas que sean citadas previo a la presentación judicial, **tendrán derecho a conocer la información relacionada con su persona y sus bienes.**

En México la acción de extinción de dominio procederá sobre aquellos bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse en particular, bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos, al tenor de lo establecido en el art. 7 LNED.

También, procederá la misma sobre:

- i. Bienes que **provengan** de la **transformación** o **conversión**, parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento y objeto material de hechos ilícitos;
- ii. Bienes de procedencia lícita utilizados para ocultar otros bienes de origen ilícito, o **mezclados** material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia;
- iii. Bienes respecto de los cuales el titular del bien no acredite la procedencia lícita de estos;
- iv. Bienes de origen lícito cuyo valor sea **equivalente** a cualquiera de los Bienes descritos en las fracciones anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento o aprehensión material;
- v. Bienes utilizados para la comisión de hechos ilícitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo, y
- vi. Bienes que constituyan ingresos, rentas, productos, rendimientos, frutos, accesorios, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes a que se refieren las fracciones anteriores.

El art. 8 LNED hace mención de que esta acción se ejercita a través de un proceso jurisdiccional de **naturaleza civil**, de **carácter patrimonial** y con prevalencia a la oralidad. Que el ejercicio de

la acción corresponde al **Ministerio Público** y que este proceso será autónomo, distinto e independiente de aquel o aquellos en materia penal de los cuales se haya obtenido la información relativa a los hechos que sustentan la acción o de cualquier otro que se haya iniciado con anterioridad o simultáneamente.

3.2.1. Aspectos relevantes en el proceso de Extinción de Dominio.

El art. 10 LNED hace referencia a la figura del **desistimiento de la acción de extinción de dominio**, la que puede invocarse por el Ministerio Público o los que intervienen en cualquier momento, por causa justificada, antes que se emita sentencia definitiva.

El art. 11 LNED se refiere a la **imprescriptibilidad** de la acción extintiva, haciendo una diferencia notoria, respecto de los bienes que son destinados para actividades ilícitas o de origen ilícito; en el primero de los casos **la acción prescribirá en veinte años**, contados a partir de que el bien se haya destinado a realizar hechos ilícitos; en el segundo de los casos, es decir los bienes obtenidos con origen ilícito, la acción es imprescriptible.

La misma disposición legal expresa en su inciso 2 que *“Las facultades del Ministerio Público para demandar la extinción de dominio, caducan en el plazo de diez años contados a partir del día siguiente a aquel en que el Ministerio Público a cargo de un procedimiento penal, informe a la unidad administrativa de la Fiscalía responsable de ejercer la acción de extinción de dominio, de la existencia de Bienes susceptibles de la aplicación de las disposiciones de esta Ley”*.

El art. 15 LNED hace referencia a la presunción de buena fe en la adquisición y destino de los bienes, mencionando un listado de circunstancias mediante las cuales los afectados pueden comprobar la buena fe en la adquisición de bienes; dentro de ese listado, el número III, es relacionado con **la publicidad** y es que esta se establece según la legislación mexicana mediante la inscripción de su título en el registro público de la propiedad correspondiente.

El art. 16 está relacionado con la **retribución a cierta persona que de manera eficaz y efectiva contribuya con la obtención de evidencia para la declaratoria de extinción de dominio**,

retribución que puede ser de hasta un 5% del producto que el Estado obtenga por la liquidación y venta de tales bienes.

3.3. Guatemala.

La denominada “Ley de Extinción de Dominio²⁷⁴”, expedida bajo el Decreto número 55- 2010, establece de forma inicial el objeto de la misma: “la identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos, así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva, a favor del Estado; el procedimiento que se deriva de ejercitar la acción de la extinción de dominio; la competencia y facultades de las autoridades respectivas para la ejecución de la Ley; las obligaciones de las personas individuales o jurídicas que se dedican al ejercicio de una profesión o actividades susceptibles de ser utilizadas para la transferencia, uso, ocultamiento y circulación de los bienes producto de actividades ilícitas o delictivas; y, los medios legales que permiten la intervención de las personas que se consideren afectadas por la aplicación de la presente Ley”²⁷⁵.

Define la extinción de dominio de la siguiente forma: “Es la pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes²⁷⁶ mencionados en la literal b) del presente artículo, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente Ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal”¹⁹³. Respecto a las actividades ilícitas o delictivas comprenden: “(...) actividades ilícitas o delictivas que darán lugar a la aplicación de la presente Ley, las acciones u omisiones tipificadas como delitos, cometidos por la delincuencia común o por la organizada (...)”²⁷⁷.

²⁷⁴ Estructura de la ley: CAPÍTULO I Extinción de Dominio CAPÍTULO II Acción de Extinción de Dominio CAPÍTULO III Debido Proceso y Garantías CAPÍTULO IV Competencia y Procedimiento CAPÍTULO V Administración de los Bienes y Recursos CAPÍTULO VI Disposiciones Finales, Transitorias y Derogatorias

²⁷⁵ Ley de Extinción de Dominio, Decreto N° 55-2010, http://www.cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/REFOR-INST_DOC01_20111125_ES.pdf, (accesado el 19 de mayo de 2016), 2.

²⁷⁶ Se entiende por bienes: Son todos aquellos que sean susceptibles de valoración económica, sean estos muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles, o intangibles, acciones, títulos y valores, cualquier derecho real, principal o accesorio. Igualmente lo serán todos los frutos, ganancias, productos, rendimientos o permutas de estos bienes.

²⁷⁷ Ibid, 3

La ley contiene un catálogo de las actividades ilícitas o delictivas hayan sido cometidas por la delincuencia común o la organizada, dentro de las cuales se incluyen:

- a) Tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; transacciones e inversiones ilícitas; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión; promoción o estímulo a la drogadicción; encubrimiento real y encubrimiento personal.
- b) Lavado de dinero u otros activos.
- c) Ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales.
- d) Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero.
- e) Peculado; malversación; concusión; fraude; colusión; cohecho pasivo y activo; evasión; cooperación en la evasión; evasión culposa; asesinato, cuando se realice por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro; plagio o secuestro; estafa propia, cuando el agraviado sea el Estado; estafa mediante información contable, cuando el agraviado sea el Estado; trata de personas; extorsión; terrorismo; intermediación financiera; quiebra fraudulenta; fabricación de moneda falsa; alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada.
- f) Defraudación aduanera y el contrabando aduanero. •
- g) Conspiración, asociación ilícita; asociación ilegal de gente armada; entrenamiento para actividades ilícitas; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; exacciones intimidatorias; obstrucción extorsiva de tránsito y obstrucción de justicia.

Por otra parte en relación a la naturaleza de la extinción de dominio se menciona que esta es: “(...) de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, de crédito, sobre cualquiera de los bienes que describe para tales efectos la Ley, independiente de quién esté ejerciendo la posesión sobre los mismos, o quien se ostente, se comporte o se diga propietario, a cualquier título, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del

negocio. Es independiente a cualquier acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado de conformidad con las leyes penales de la República de Guatemala²⁷⁸”

Dicha ley establece como causales de extinción de dominio:

- a) Cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en territorio nacional o en el extranjero.
- b) Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.
- c) Cuando los bienes o negocios de que se trate, hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir.
- d) Cuando los bienes, frutos, productos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que, a sabiendas o debiéndolo presumir razonablemente, tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas o delictivas.
- e) Cuando los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes su

²⁷⁸ Claudia Gamboa Montejano y Sandra Valdés Robledo, “EXTINCIÓN DE DOMINIO” Estudio de Derecho Comparado a nivel Internacional y Estatal (Segunda Parte)”, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Análisis de Política Interior, 2012, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>, (accesado el 26 de mayo de 2016), 9.

utilización o destino ilícito, no han sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

- f) Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, provengan de actividades ilícitas o delictivas: 1) Se haya declarado judicialmente el archivo o la desestimación de la causa cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución o de responsabilidad penal, el sobreseimiento, la clausura provisional o el criterio de oportunidad. 2) No se pueda identificar al sindicado. 3) El sindicado, condenado o procesado, en caso de fuga, se haya sustraído a la persecución penal o a la pena.
- g) Cuando los derechos de que se trate, recaigan sobre bienes o negocios de procedencia lícita pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes de procedencia ilícita o delictiva.
- h) Cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe sin culpa ni simulación de negocio. En los casos de presunción previstos en el artículo 46, Presunción, de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República y sus reformas.
- i) Cuando se trate de bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas.
- j) En los casos de omisión o falsedad en la declaración jurada, prevista en el artículo 25, Declaración, de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República y sus reformas. l) Por condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito o delincuencia organizada, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trate no los haya oportunamente reclamado, se declararán a favor del Estado de Guatemala. Procederá la declaración a favor de Estado extranjero cuando así lo pida una autoridad competente de otro país o un organismo internacional, conforme al artículo 8 de la presente Ley.

En cualquiera de las causales enumeradas en el presente artículo, el afectado estará facultado para ejercer sus derechos, en particular, a probar a través de los medios idóneos y suficientes, los fundamentos de su oposición, legitimar su actuación y acreditar el interés con que actúa.

4. Análisis Comparativo de la Regulación Constitucional de la Extinción de dominio en el Derecho comparado.

Regulación sobre Confiscación y expropiación.	Constitución de Colombia	Constitución de México	Constitución de El Salvador.
	<p>Art. 58 Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.</p> <p>La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.</p> <p>Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el</p>	<p>Artículo 22.</p> <p>No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.</p> <p>Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia²⁷⁹.</p> <p>La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes</p>	<p>Art. 106.- La expropiación procederá por causas de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización. Cuando la expropiación sea motivada por causas provenientes de guerra, de calamidad pública o cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, caminos o vías públicas de cualquier clase, la indemnización podrá no ser previa. Cuando lo justifique el monto de la indemnización que deba reconocerse por los bienes expropiados de conformidad con los incisos anteriores, el pago podrá hacerse a plazos, el cual no excederá en conjunto de quince años, en</p>

²⁷⁹ Párrafo reformado DOF 27-05-2015, 14-03-2019

legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado.

En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa.

de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos.

cuyo caso se pagará a la persona expropiada el interés bancario correspondiente. Dicho pago deberá hacerse preferentemente en efectivo. Se podrá expropiar sin indemnización las entidades que hayan sido creadas con fondos públicos

Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

5. **Jurisprudencia Relevante en relación a los incrementos patrimoniales no justificados.**

Referencia	Sobre Jurisdicción		
<p>Ref.12-APC-2017</p> <p>SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las trece horas cuarenta y un minutos del dieciocho de mayo de dos mil dieciocho.</p>	<p>Los aspectos de jurisdicción que pueden derivarse de las normativas relacionadas e integradas entre sí son los siguientes:</p> <p>[i] Cuando se trate de un funcionario o empleado público que tiene a su cargo bienes de la Hacienda Pública o Municipal, y concurre sospecha de enriquecimiento ilícito por tener un aumento de capital “notablemente superior” como consecuencia de la administración de esos bienes, corresponde la acción de restitución según lo manda el art. 240 de la Constitución y en relación con la LEIFEP el juicio civil por enriquecimiento ilícito respecto de su patrimonio, incluido el de su cónyuge e hijos.</p>	<p>[ii] Si el funcionario, autoridad o empleado público, no tiene la administración de bienes de la Hacienda Pública o Municipal, pero su patrimonio se ha visto notoriamente incrementado – según el control de la Sección de Probidad y del Pleno de la Corte Suprema de Justicia– corresponde una investigación penal por el delito de Enriquecimiento ilícito, según lo previsto en el art. 333 del Código Penal, ello conforme al ejercicio de la función del funcionario, autoridad o empleado público, investigación criminal que desarrollará la Fiscalía General de la República cuando tenga noticia de la sospecha delictiva por parte de los organismos de control del patrimonio del funcionario, autoridad o empleado público.</p>	<p>Si el funcionario, autoridad o empleado público, no tiene la administración de bienes de la Hacienda Pública o Municipal, pero su patrimonio se ha visto notoriamente incrementado – según el control de la Sección de Probidad y del Pleno de la Corte Suprema de Justicia– no se tiene sospecha del delito cometido de Enriquecimiento Ilícito, pero sí de una posible fuente ilícita con origen criminal, corresponde la investigación a la Unidad Especializada de la Fiscalía General de la República, y ejercer la acción –art. 19 LEDAB– ante los Tribunales Especializados en Extinción de Dominio –art. 17 LEDAB–. [iv] La aplicación de las normativas antes señaladas –Código Penal y Código Procesal Penal para el caso de los delitos y de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, diferenciadas de la acción de restitución en el juicio civil por</p>

enriquecimiento ilícito
de los funcionarios o
empleados públicos,
también tiene
fundamento
constitucional –en su
aplicación y en su
diferenciación– cuando
el art. 240 de la Carta
Magna dice en lo
pertinente: “Los
funcionarios y
empleados públicos
que se enriquecieron
sin justa causa a costa
de la Hacienda Pública
o Municipal, estarán
obligados a restituir al
Estado o al Municipio
lo que hubieren
adquirido
ilegítimamente, sin
perjuicio de la
responsabilidad en que
hubieren incurrido
conforme a las leyes”.
[El subrayado es
nuestro]

Referencia	Sobre autonomía de proceso de Enriquecimiento ilícito y Extinción de dominio.		
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las trece horas y diez minutos del día nueve de febrero de dos mil dieciséis.	A. Asimismo, es procedente informar al Fiscal General de la República sobre la posible comisión de un hecho delictivo, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 265 ord. 1º Pr. Pn. y 312 Pn., específicamente el de enriquecimiento ilícito, contemplado en la normativa penal, o cualquier otro previsto en las leyes especiales, como la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos y la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de origen o destinación ilícita (LEDAB). Al respecto es de indicar que dichas leyes contienen regulaciones referidas a la incautación y destino de bienes que provienen de actos de corrupción. B. Esta última ley regula la acción de carácter real que recae sobre bienes de cualquier persona, es decir, con	Debido a que los bienes provenientes de actividades ilícitas y aquellos específicos que consistan en incrementos patrimoniales no justificados están comprendidos en los supuestos en los que opera lo regulado en la LEDAB, y en virtud de que la acción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso, así como teniendo también en cuenta que su creación tiene por objeto complementar medidas dispuestas en instrumentos internacionales dirigidos a combatir exclusiva o indirectamente la corrupción, se estima que la acción de extinción de dominio 21 es la idónea para el tratamiento de los bienes de funcionarios a los que se atribuyen posibles actos de corrupción. Ahora bien, mientras la Fiscalía General de la República no decida promover el ejercicio de la referida acción o cuando sea evidente	Finalmente, en virtud de que el juicio civil por enriquecimiento ilícito, el juzgamiento penal por posible comisión de hechos delictivos y la acción de extinción de dominio que recae sobre los bienes, son acciones independientes entre sí, el inicio del juicio por enriquecimiento ilícito no condiciona la promoción de las acciones penales y de extinción de dominio, para lo cual la Fiscalía General de la República, previas las investigaciones, deberá hacer las valoraciones correspondientes, y en su caso, promover las acciones legales

independencia de su calidad de funcionarios, empleados públicos u otra categoría, pues no se dirige a establecer responsabilidad administrativa o penal, sino de extinguir el dominio de bienes de origen o destinación ilícita.

Uno de los supuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio se observa: “Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero”; y “cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”.

que no lo hará, corresponderá a la Cámara de lo Civil competente resguardar esos bienes para establecer si, conforme a lo que se determine en el juicio por enriquecimiento ilícito, es procedente su devolución o restitución al Estado, según el artículo 20 de la ley respectiva.

Referencia	Sobre Vinculación del manejo de fondos públicos y Enriquecimiento Ilícito.		
<p>1-PCEIF-16 CÁMARA SEGUNDA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO San Salvador a las diez horas del doce de diciembre de dos mil diecisiete.</p>	<p>Los códigos modernos siguen regulando el enriquecimiento ilícito o sin causa justificada, bajo, la luz de la justicia y equidad. Por ejemplo, el Código Civil, regula el pago de lo no debido, cuyo objeto es que el deudor repita lo pagado por error, artículos 2046 y 2048; o el saneamiento por evicción señalado en el artículo 1649 ordinal primero. De igual forma, en materia penal se prohíbe el enriquecimiento ilícito, para aquellos casos en que una persona aumente su patrimonio por una causa que constituya un ilícito o acto antijurídico penal, artículo 333 del Código Penal Independientemente la rama del derecho que regule la figura del enriquecimiento</p>	<p>El enriquecimiento de funcionarios y empleados públicos, supone un incremento patrimonial no justificado, para sí o un tercero, durante el ejercicio de su cargo. Se genera cuando el servidor público obtiene ganancias injustificadas y/o contrarias a derecho, valiéndose en cualquier forma del desempeño de sus funciones. La sanción dependerá de la legislación de cada país, así por ejemplo, en Ecuador, el funcionario deberá devolver la cantidad adquirida ilícitamente (sin causa) más el doble, además de una pena de privación de libertad. En nuestro país: en el ámbito civil, la ley sanciona al servidor con: a) la devolución de los bienes adquiridos sin justificante; b) la inhabilitación en cualquier cargo</p>	<p>Bajo ese entendido, es importante tener en cuenta que no es necesario que el funcionario maneje; fondos del Estado para poder enriquecerse injustificadamente, ya que el provecho no solo puede devenir de la sustracción de dinero del erario del Estado, sino que el funcionario puede beneficiarse de su cargo para incrementar su patrimonio. En El Salvador, esa conducta está regulada por la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleadas Públicas: A nuestro criterio, resulta evidente la falta de tecnicismo jurídico por parte de los legisladores que decretaron dicha ley, ya que confunde los términos “ilícito” y “sin causa”. Así por ejemplo en el artículo 7, establece que se “presume enriquecimiento ilícito” sobre ciertos actos ejercidos por los administradores, y en el artículo 11 fija el</p>

ilícito o sin causa, su fundamento es que nadie puede incrementar su patrimonio a costa de otra persona natural o jurídica, o de un acto ilegal o inmoral. El objeto es: corregir los desequilibrios patrimoniales sin causa o justificados a partir de un ilícito civil o penal cometido por el particular, e inclusive, por el servidor público. El principio de esta figura jurídica deviene de una causa meramente ética; como aplicación de la equidad al corregir un desplazamiento patrimonial privado de causa lícita o ilícita, para salvaguardar la Legalidad y Seguridad Jurídica. Al margen de las personas que pueden cometer un acto de enriquecimiento ilícito o sin causa, es de interés de la presente sentencia el caso de los servidores públicos: Los funcionarios son las personas que ponen en ejercicio el poder público, para que el Estado cumpla sus funciones esenciales.

público por el período hasta de diez años; y, c) una multa. En cualquier caso supone un agravio al Estado, al presumir la misma ley, que el enriquecimiento ilícito deviene en el aumento patrimonial de un servidor público, durante el desempeño de sus funciones, por la mala utilización de los recursos Estatales, por la prevalencia del cargo, por recibir bienes y dádivas, o cualquier medio que no constituya un emolumento al que por ley tiene derecho a percibir a consecuencia del servicio público que presta. Resulta evidente que el acto antijurídico es la no justificación de la adquisición de bienes por el servidor, ya que este enriquecimiento sin causa, pone en peligro el bien jurídico de la administración pública. Ante ello, surge la necesidad de regular y sancionar de manera tajante el aumento patrimonial ilegítimo de un funcionario a costa

plazo de diez años para la prescripción de los “juicios de enriquecimiento sin causa”. Tal falta de tecnicismo ha producido cierto grado de confusión a los profesionales del derecho, ya que por la naturaleza de la norma citada y la competencia de las Cámaras de lo Civil, en estos procesos no se puede declarar la antijuridicidad de actos penales, sino, únicamente determinar la justificación o no, de los bienes adquiridos, tomando como base los bienes declarados al inicio y final del cargo de los servidores públicos, y que han sido señalados por la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia a quien compete el estudio de las declaraciones del patrimonio del funcionario y su grupo familiar, y la Fiscalía General de la República; todo ello garantizando su derecho de audiencia y defensa.

Son los que contribuyen a realizar la función administrativa de los Órganos de Estado y demás entes descentralizados.

de los recursos estatales, de la hacienda pública o del cargo que desempeña, sin que ello suponga un robo, hurto o apropiación del dinero del Estado; por lo que la defensa del sujeto pasivo se limitará a justificar el aumento patrimonial por los medios legalmente establecido

Referencia	Diferencia entre Extinción de Dominio, Expropiación y comiso.		
146-2014/107-2017 Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas y treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho.	La extinción de dominio es una figura distinta de la confiscación, la expropiación, el comiso y el enriquecimiento sin justa causa al que se refiere el art. 240 Cn. La confiscación es una sanción o una pena que implica la privación los bienes que conforman el patrimonio de una persona sin contraprestación alguna. La Constitución prohíbe la confiscación para garantizar la protección de la propiedad privada frente a la posibilidad del ejercicio arbitrario del poder estatal. En cambio, la extinción de dominio no es una “pena patrimonial”. La sentencia que se pronuncia en un proceso de extinción de dominio tiene carácter puramente declarativo ya que solamente constata la falta de transferencia o transmisión legítima del dominio o el uso ilícito que se hace del bien sobre el que recae. En el caso de bienes de	La expropiación es un acto de poder de la autoridad expropiante, de carácter unilateral, en virtud del cual adquiere la propiedad del bien afectado sin el concurso de la voluntad del expropiado y sin otros presupuestos legales más que el pago de la indemnización (Sentencia de 14-V-2010, Amp. 27-1999). Sus diferencias con la extinción de dominio son las siguientes: (i) en el proceso de expropiación no se discute la licitud del título ni el origen del bien; en cambio, en la extinción de dominio sí se discuten estas circunstancias; (ii) en el proceso de expropiación es obligatorio que el Estado le reconozca una indemnización al propietario (art. 106 inc. 1 Cn.); mientras que en el caso de la extinción de dominio no se le reconoce contraprestación económica ni compensación alguna (art. 8 LEDAB); (iii) en el caso de la extinción	C. El comiso también es distinto de la extinción del dominio. El primero es una consecuencia jurídica accesoria de carácter penal que consiste en la pérdida en favor del Estado de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho delictivo (art. 127 del Código Penal). En cambio, la extinción de dominio se declara en un juicio independiente del penal en el que se emite una sentencia que constata la adquisición ilícita del dominio por el aparente titular o poseedor de los bienes o su uso ilícito. En síntesis, la diferencia radica en que el comiso depende de la existencia de una condena penal y constituye una consecuencia accesoria del delito, mientras que la extinción de dominio no es una condena de ninguna clase sino que es un simple acto declarativo del Estado que trae aparejada la consecuencia de que el

origen ilícito simplemente existe una declaración estatal de que tal derecho nunca surgió y que, por tanto, no formó parte de la esfera jurídica del afectado. Por otro lado, en el caso de los bienes que son destinados a fines ilícitos se trata de la pérdida de los derechos reales que se poseen sobre ellos debido a que se constata que su propietario no ha cumplido con las normas regulativas del ejercicio del derecho de propiedad, por lo que también se trata de una sentencia puramente declarativa. Esta pérdida del derecho de dominio es autónoma o independiente de cualquier otra forma de responsabilidad. La extinción del 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.

de dominio por destinación ilícita de los bienes, el fundamento constitucional es el art. 103 Cn. —función social de la propiedad privada—; mientras que el de la expropiación es el art. 106 Cn. —utilidad pública o interés social—; (iv) sin embargo, tanto la expropiación como la extinción de dominio deberán respetar el límite impuesto por el art. 6 Cn., en el sentido que no puede estatizarse, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas y acciones o cuotas sociales de las empresas de comunicación o publicaciones.

bien pasará a ser propiedad estatal.

Referencia	Sobre las presunciones Legales		
<p>2-PDCEIF-2016 CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las catorce horas y nueve minutos del día veinticinco de enero de dos mil dieciocho.</p>	<p>“En ese orden de ideas, es procedente referirnos a las presunciones legales, y es que si bien es cierto nuestro sistema legal reconoce el principio de presunción de inocencia, consagrado en los Arts. 11 y 12 Cn., la que constituye una garantía que ampara al demandado durante el curso del proceso judicial, y bajo el cual se supone que si del desfile probatorio el demandante no logra crear certeza en el juzgador sobre la responsabilidad del demandado debe emitirse una sentencia absolutoria. En ese sentido, si no se prueban los extremos de su pretensión, el demandado es absuelto de toda carga. Sin embargo, existe casos en los cuales la prueba se invierte, es decir que la misma ley establece que la carga de probar el hecho, no le corresponde a quien lo afirma, sino a la parte contraria, siendo uno de los casos más claros, cuando existe una presunción legal “juris</p>	<p>Para que estas presunciones tengan alcance probatorio, es necesario introducir hechos para que el juez, a partir de un análisis lógico, pueda acceder a las pretensiones del actor. Por ello es al actor a quien le incumbe introducir un hecho base que debe desacreditar el demandado; lo que se conoce como hecho indiciario y que está recogido en el Art. 45 C.C., que establece: “se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los</p>	<p>Al respecto, nuestro derecho procesal en el Art. 414 CPCM., literalmente dice: “Cuando la ley establezca una presunción, la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto al estar probados los hechos en que se base. Si la presunción legal admite prueba en contrario, la actividad probatoria se podrá dirigir tanto a demostrar que los indicios probados inducen a un hecho distinto o a ninguno, como a efectuar la contraprueba de dichos indicios para establecer su inexistencia. En los casos en los que la presunción legal admita prueba en contrario, en la sentencia se deberá justificar y razonar los argumentos que han llevado al tribunal a la concreta decisión sobre si el hecho presunto es la consecuencia de los indicios”</p>

tantum” a favor de una de las partes, en cuyo caso el favorecido con ella debe únicamente acreditar el hecho que sirve de antecedente a la presunción. Esta presunción es la que nace del propio derecho positivo. Es una afirmación que deviene de la ley y que admite prueba en contrario. Surte efectos mientras no se demuestre su falsedad o inexactitud, por cuanto la consecuencia contenida en la norma, es provisional.

antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”. Es así que, las presunciones se configuran como la materialización del principio de inversión de la carga de la prueba, lo que no quiere decir que se exonera al demandante de robar, pues lo está respecto del indicio. Paralelamente, corresponderá al demandado la obligación de probar los hechos que desvirtúen esa presunción, de lo contrario, la presunción lo convertirá en derecho; es decir, que por ley se le dará valor pleno, y por consiguiente tendrán por ciertos los hechos.

CONCLUSIONES

- Es importante señalar que el plazo establecido para poder ejercer acción de enriquecimiento ilícito es de 10 años. Entendiendo que es una acción personal contra el funcionario. Lo anterior no limitaría la posibilidad de perseguir los bienes que han sido desviados, o sustraídos de la Hacienda pública, mediante el ejercicio de una acción de carácter real. (sujeta a las reglas de la legislación común)
- Existe alguna confusión respecto del plazo establecido en la Constitución de la Republica para el ejercicio de acción de Enriquecimiento ilícito, en cuanto a si se trata de una caducidad o al plazo de prescripción. Se considera que por sus efectos procesales la regulación constitucional hace referencia a la caducidad, esto implicaría que puede ser declarada de oficio.
- Lo anterior no debe confundirse con la prescripción de la acción penal en el delito de enriquecimiento ilícito regulado en el Art. 333 del código penal, pues en este caso dicha acción está sujeta a las reglas de prescripción reguladas en el código procesal penal.
- Debe de distinguirse entonces que en todo caso la acción civil de Enriquecimiento estará limitada temporalmente a los 10 años, por otra parte el delito de Enriquecimiento ilícito está sujeto a las reglas de prescripción establecidas en los Art. 32 y sig. C. pr. Pn.
- En el caso de la acción de extinción de dominio, por la característica de la Retrospectividad no habrá límite temporal para el ejercicio de dicha acción.
- La prescripción o caducidad de cualquiera de las acciones de enriquecimiento, no impide que se persigan los bienes objeto del incremento patrimonial no justificado de los funcionarios, por medio de la acción de extinción de dominio.
- Cuando se trate de incremento patrimonial no justificado en el caso de los funcionarios públicos, de acuerdo a los criterios de la Sala de lo Constitucional, deberá tener prevalencia

por el carácter constitucional, la acción de enriquecimiento ilícito. (siempre y cuando los bienes que se persiguen provengan de la hacienda pública, o en su caso el funcionario se haya enriquecido valiéndose de su cargo).

- Lo anterior no limita que pueda ejercerse acción de extinción en el caso de los bienes residuales, o cuando se trate de cualquier otro supuesto de los establecido en el art. 6 de la Ley Especial de Extinción de dominio.
- Es importante que se establezcan los criterios de prevalencia de las acciones múltiples (Extinción, Enriquecimiento), para no incurrir en posibles dobles juzgamiento. (sobre todo cuando la pretensión punitiva recae sobre los mismos bienes del funcionario.
- Al respecto es importante señalar que existen a la fecha criterios contradictorios en la jurisprudencia emanada de las cámaras de lo civil y los criterios establecidos por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de constitucionalidad de la Ley de Especial de Extinción de Dominio; en cuanto a la multiplicidad de acciones por incrementos patrimoniales no justificados en el caso de funcionarios

RECOMENDACIONES

- Se recomienda fortalecer el apoyo Inter Institucional de todas las Instituciones involucradas en la prevención de la corrupción, a efectos que los procesos ya sean de carácter administrativo o judiciales, sean realizados de manera integral.
- Debe de retomarse por parte de la Sociedad Civil, la iniciativa de proponer un proyecto de Ley de Probidad, que este de acorde a las condiciones actuales y que cumpla los requerimientos que las Convenciones Internacionales, requieren a los Estados para el combate de la corrupción.
- Se recomienda Fortalecer Instituciones tales como el Tribunal de Ética Gubernamental y Acceso a la información pública a efectos de mejorar los controles preventivos sobre actos de corrupción pública.
- Se recomienda que, en la etapa de control e investigación realizado por la Sección de probidad, debería incorporarse la figura de un Fiscal adjunto, que participe de dicho proceso, a efectos que este pueda identificar los indicios de posibles hechos delictivos vinculados a la corrupción, así también que le permita recolectar elementos necesarios para la Demanda del proceso de Enriquecimiento ilícito.
- No obstante, el análisis de Constitucionalidad realizado a la Ley de Extinción de Dominio, en virtud del análisis de Derecho comparado, debería considerarse una reforma Constitucional, para asegurar posibles vicios de constitucionalidad frente a eventuales análisis posteriores.
- Es importante hacer una revisión respecto de la imprescriptibilidad de los delitos relativos a la corrupción, puesto que El Salvador ha ratificado la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción, la cual en sus disposiciones establece la imprescriptibilidad, lo cual no ha sido reformado en el código Penal Salvadoreño.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

A) LIBROS

1. Caro Coria, Dino Carlos; “El delito de enriquecimiento ilícito, en: San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos; Reaño Peschiera, José Leandro; “Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales”, Editorial Jurista, Lima, (2002)
2. Garzón Valdés, Ernesto; “El concepto de corrupción”, N° 56, (1995)
3. Acosta, Daniel Fernando, “Cargas Probatorias dinámicas y proceso penal” en Peyrano, Jorge W. (director) Lépori White, Inés (coordinadora) “Cargas Probatorias Dinámicas”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, (2004)
4. Aldana Revelo, Miriam Geraldine, “El proceso de Extinción de Dominio en El Salvador”, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, UTE, San Salvador (2019)
5. Alessi, Renato; “Instituciones de Derecho administrativo”, Tomo II.
6. Álvarez García, Vicente; “El concepto de necesidad en Derecho público”, Editorial Civitas, Madrid, (1996)
7. Artavia Araya, Fernando, “Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción” RCS N° 119, Universidad de Costa Rica, (2008)
8. Baena Olabe, Paloma; “El acceso a la información como herramienta para prevenir y controlar la Corrupción”, XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, (2010)
9. Baracaldo Lozano, Natalia Andrea; “La Importancia de la Auditoría Forense en la Investigación de Fraudes y Delitos Financieros”, Encuentro Nacional de Contadores Públicos, Colombia, (2015)

10. Beltrán, Miguel; “El problema de la calidad en los servicios públicos”, en: Trinidad Requena, Antonio (Coordinador): Evaluación y calidad en las organizaciones públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, (2000):
11. Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio, “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico” Salamanca, (1990)
12. Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio, “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico” Salamanca, (1990):
13. Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Pérez Cepeda, Ana Isabel. Derecho penal y constitución (Lección 3), en: Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal.
14. Bielsa, Rafael; “La función pública”. (2000)
15. Blanco Cordero, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), Editorial Comares, Granada, (2008)
16. Blanco Cordero, Isidoro, “El delito de blanqueo de capitales”, 3ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona, (2010)
17. Blanco Cordero, Isidoro. “La corrupción desde una perspectiva criminológica: Un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”. In: Pérez Álvarez, Fernando (ed.): Serta in memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, (2004)
18. Blanco Cordero, Isidoro; “El Delito de Enriquecimiento Ilícito desde la perspectiva Europea”, Revista Electrónica de la AIDP, (2013)
19. Canasi, José; “Derecho Administrativo, Parte general”, Volumen I. Editorial Depalma. Buenos Aires, (1972)

20. Martínez Sánchez, Wilson Et al; “Extinción del Derecho de Dominio en Colombia”, UNODC, Bogotá, Colombia, (2015). 275
21. Chase Plate, Luis E. “La función pública en Paraguay, en: La profesionalización de la función pública en Iberoamérica”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, (2002)
22. Cerezo Domínguez Ana Isabel; “Análisis jurídico penal de la figura del comiso”, Granada, Editorial Comares, (2004)
23. Corte de Cuentas de la República, “Manual de Auditoría Gubernamental”, San Salvador, (2006)
24. Creus, Carlos, “Derecho Penal parte especial”, Tomo II, Astrea, Bs. As. Argentina, (1998).
25. De Jorge Mesas, Luis Francisco, “La eficacia del sistema penal”, Criminología, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, (1994)
26. De Luca-López Casariego, “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional. Suplemento de Jurisprudencia Penal”, a cargo de Francisco J. D’Albora, Edit. La Ley, Buenos Aires, 25 de febrero de 2000; De Luca-López Casariego, “Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, Su No Justificación y Problemas Constitucionales”, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública - II, edit. RubinzalCulzoni, dirigida por el Edgardo Donna, (2005)
27. Del Carpio Delgado, Juana; “El Delito de Enriquecimiento Ilícito, análisis de la normativa internacional”, Revista General de Derecho Penal IUSTEL
28. De la Oliva Santos, con Diez-Picaso Giménez, “Derecho Procesal Civil. El proceso de declaraciones”. (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., (2000).
29. Demetrio Crespo, Eduardo; “Corrupción y delitos contra la administración pública”.
30. Díaz Aranda, Enrique, “Enriquecimiento ilícito de servidores públicos”, Editorial Cárdenas, México, (1999)

31. Díaz Aranda, Enrique; “Dolo (Causalismo – finalismo- funcionalismo y la Reforma Penal en México”, México, Porrúa (2000)
32. Diez Ripollés, José Luis., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, RJPLD N° 30, (1997)
33. El acceso a la Información Pública un Derecho para ejercer otros Derechos”, Organización de los Estados Americanos, (2013)
34. Embid Irujo, Antonio; “La fidelidad de los funcionarios a la constitución”, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, (1987)
35. Fabián Caparros, Eduardo A. “La corrupción de agente público extranjero e internacional”. Valencia: Tirant lo Blanch, (2003)
36. Fabrega Ponce, Jorge, “El enriquecimiento sin causa” Tomo I. Editorial Plaza. Bogotá, (1996),
37. Figueiredo, Marcelo, “Probidad de Administrativa”.
38. Fondevila Gustavo y Alberto Mejía Vargas, “Reforma Procesal Penal: Sistema Acusatorio y Delincuencia Organizada”, México (1999)
39. Fontán Balestra Carlos, “tratado Derecho Penal”, Tomo VII, Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina, (1971)
40. Fontán Balestra, “Derecho Penal. Parte Especial”, 17ª ed., actualizado por G. Ledesma, Buenos Aires, 2008,
41. García España, Elisa, “El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa”, Editorial Comares. Granada, (2006):
42. Garrido Falla, Fernando; “Tratado de Derecho administrativo”, 9ª Edición, Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid, (1989).

43. Guajardo Cantú, Gerardo, “Contabilidad Financiera”, 4ta. Edición, Editorial Mc Graw Hill, México, (2004)
44. Guillermo Jorge [et al]; dirigido por Guillermo Jorge, Recuperación de Activos de la Corrupción, (Argentina, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2008),
45. Hortal Ibarra, Juan Carlos, “Manual práctico de Derecho penal. Parte especial”, 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, (2004)
46. Juan Luis Gómez Colomer, “Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil” (Valencia: Tirant Lo Blanc, vigésimo cuarta edición, (2016).
47. Jean-Pierre Brun et al, “Manual para la recuperación de activos”. Una guía orientada a los profesionales, España; Ediciones Gondo, S.A., (2011)
48. Kresalja Baldo, “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, Revista Themis; N° 39, (1998)
49. Lalinde Abadía, Jesús; “Los medios personales de gestión del poder público en la historia española”. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, (1970).
50. Lamo De Espinosa, Emilio, “Delitos sin víctimas. Orden social y ambivalencia moral”, Editorial Alianza Universidad Madrid, (1993)
51. Landrove Díaz, Gerardo, “La moderna victimología”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, (1998)
52. López Betancourt, Eduardo, “Delitos en particular” Tomo II. Editorial Porrúa, México, (1998)
53. López Presa, José Octavio, “Corrupción y cambio”, Fondo de Cultura Económica, México (1998) :77
54. Malem Seña, Jorge; “La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”, Editorial Gedisa. Barcelona, (2002):

55. Manzini, Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal Italiano” Volumen V. 4ª Edición, Torino, (1962)
56. Martins, Daniel Hugo, “Constitución y administración”, Editorial Librería Jurídica A.M. Fernández. Montevideo, (1993).
57. Morales Prats, Fermín; Rodríguez Puerta, María José; “Delitos contra la administración pública”, en: Morales Prats, Fermin (Coordinador): Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 8ª Edición. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, (2009)
58. Morey, Juan, “La función pública. Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación”
59. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal, parte general, editorial Tirant lo Blanc, 8ª. Edición revisada, Valencia, (2010).
60. Nieto García, Alejandro; “Corrupción en la España democrática”, Barcelona, Ariel, (1997)
61. NINO, Carlos Santiago. “Un país al margen de la ley”, 1º edición, Ariel, Buenos Aires, (2005)
62. Núñez Lagos, Rafael, “El enriquecimiento sin causa en el Derecho español”.
63. Nuñez, Ricardo; “Tratado Derecho Penal”, Lerner, Córdoba, Argentina.
64. Octavio De Toledo Y Ubieto, Emilio, “La prevaricación del funcionario público”, Editorial Civitas, Madrid, (1980)
65. Olamendi, Patricia; “Acción mundial contra la Corrupción”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Mexico, (2003)
66. Palomar Olmeda, Alberto; “Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos”. 7ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, (2003):
67. Piña Rochefort, Juan Ignacio; “Rol social y sistema de imputación. Editorial Bosch. Barcelona. (2005)

68. Ponce Solé, Juli; “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, Anuario del Gobierno Local, nº1 (2012),
69. Ramírez Candia, Manuel de Jesús; “Derecho administrativo” Asunción, (2004)
70. Rebollo Puig, Manuel, “El enriquecimiento injusto de la administración pública”,
71. Roberts, Alasdair; “Acceso a la información gubernamental”, Compendio de temas. En “La llave para la democracia” Carter Center, Noviembre (2002)
72. Rodríguez Gómez, Carmen, “Aspectos penales de la corrupción en la administración pública”, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): La corrupción en un mundo globalizado, Editorial Ratio Legis, Salamanca, (2004.)
73. Rojas Vargas, Fidel. “Delitos contra la administración pública”. 3ra. Edición, Grijley, Lima, (2003),
74. Roxin, Claus, “La teoría del delito en la discusión actual”. Traducido por Manuel Abanto Vásquez. Editorial Grijley, (2007)
75. Roxin, Claus, “Problemas básicos del Derecho penal” Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid, (1976):
76. Sagües, Néstor Pedro, “Problemática de los órganos extra poder en el diagrama de división de los poderes”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, (2007)
77. Sánchez García De Paz, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Edit. Dykinson, Madrid, (2005)
78. Sánchez, Wilson, Et al; “Extinción del Derecho de Dominio en Colombia”, UNODC, Bogotá, Colombia, (2015).
79. Santamaría Pastor, Juan Alfonso; “Principios de Derecho administrativo general”, Tomo I. Editorial Iustel, Madrid, (2004)

80. Santamaría Pastor; Juan Alfonso; “Principios de Derecho Administrativo General”, Tomo I. Editorial Iustel, Madrid, (2004)
81. Santana Vega, Dulce María, “Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos-penales colectivos”, RAP N°9, (2001)
82. Serra Domínguez, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, T. XVI (Madrid, 1991).
83. Serra Domínguez, “Presunciones. Estudios de Derecho Probatorio”. (Lima: Communitas, 2009)
84. Schmidt-Assmann, Eberhard; “La teoría general del Derecho administrativo como sistema”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, (2003)
85. Theodore Greenberg et al, “Recuperación de Activos Robados”. Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso de Activos sin Condena, Colombia, Mayo Ediciones S.A, (2009)
86. Tobar Torres, Jenner Alonso, “Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia”; Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, (2013)
87. Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, Bogotá, D.C, Leyer, 1ª edición, (2006)
88. Vedel, Georges; “Derecho Administrativo”. Traducido por Juan Ricon Jurado, Editorial Aguilar, Madrid, (1980)
89. Vidales Rodríguez, Caty, “El delito de enriquecimiento ilícito. Su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación penal colombiana”, Universidad Internacional de la Florida. Miami, (2008)
90. Villoria Mendieta, M., “Ética Pública y Corrupción”: Curso de ética administrativa. Madrid, Tecnos, (2000)
91. Von Tuhr, A. “Tratado de las obligaciones”, Editorial Comares, Granada, (2007)

92. Zarazo Oviedo, Luis Arnoldo; “El enriquecimiento ilícito, Aspectos jurídico-procesales”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá. (1993)

B) REVISTAS

1. Bizcay, P. “La Justicia Penal y el control de los delitos económicos y de corrupción”, en *Sistemas Judiciales*, N° 11, Buenos Aires, 2006 p. 4, disponible en <http://www.sistemasjudiciales.org/content/>
2. De La Mata Barranco, Norberto J. ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción? *CIVC* N° 23, (2009)
3. Claudia Gamboa Montejano y Sandra Valdés Robledo, “EXTINCIÓN DE DOMINIO" Estudio de Derecho Comparado a nivel Internacional y Estatal (Segunda Parte)”, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Análisis de Política Interior, 2012, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>, (accesado el 26 de mayo de 2016),
4. FUSADES, “La legislación Salvadoreña en materia de control de fondos públicos”, Departamento de Asuntos Legales, Junio (2006).
5. FUSADES, Sector privado: agente de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción, *Boletín de estudios legales*, El Salvador, 2019.
6. FUSADES, Elementos necesarios para una adecuada Ley de extinción de dominio, *Boletín de estudios legales*, No. 149, El Salvador, 2013.
7. Jenner Alonso Tobar Torres, "Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia", *Civilizar*, No.26 (2014): consultada en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n26/v14n26a03.pdf>
8. Gilmar Santander Abril et al., *La Extinción del Derecho de dominio en Colombia Especial. Referencia al nuevo Código* (Colombia: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga

y el Delito ONUDC, 2015)
https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf

9. Kindhauser, U. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, Traducción de Percy García Cavero, en Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, n° 3, 2007, Universidad de Talca, Chile, p. 6, http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf.
10. Mejía, Henry Alexander; “Corrupción pública en El Salvador, algunas cuestiones puntuales”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 271, Mayo –Agosto, (2018)
11. Pérez Zepeda, Ana Isabel. “La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno”. Iustel, (2007).
12. Petar Rajevic, Enrique; “La propiedad Privada y los Derechos Adquiridos ante la Planificación Urbana; Revista Chilena del Derecho, Vol° 25 N° 1, 73
13. PNUD; “Acceso a la información pública”, Manual para Periodistas, El Salvador, (2013)
14. Valero Montenegro, Luis; “Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal”, Revista Vía Iures, Fundación Universitaria los libertadores, Colombia, (Junio 2009)

LEGISLACION

A) NACIONAL

1. Constitución de la Republica de El Salvador; (El Salvador, Asamblea Legislativa)1983
2. Constitución de la Republica de El Salvador; (El Salvador, Asamblea legislativa) 1950.
3. Constitución de la Republica de El Salvador; (El Salvador, Asamblea legislativa)
4. Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto N° 2.833 de fecha 24 de abril de 1959)

5. Ley de Ética Gubernamental; (El Salvador, Asamblea Legislativa, (2012)
6. Ley de la Corte de Cuentas de la República, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1995)
7. Ley de acceso a la información pública, (El Salvador, Asamblea Legislativa) 2011
8. Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita. (El Salvador, Asamblea Legislativa)2013
9. Código Penal, (El Salvador, Asamblea Legislativa)1998
10. Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa)1973
11. Código Procesal Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa)2010.
12. Código Civil, (Asamblea Legislativa, El Salvador) 1972
13. Código Procesal Civil y Mercantil, (Asamblea Legislativa, El Salvador)

B) INTERNACIONAL

14. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Organización de las Naciones Unidas, San José Costa Rica, (1969)
15. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Organización de las Naciones Unidas, México, (2003)
16. Convención Interamericana Contra la Corrupción; (Organización de Estados Americanos, Caracas, (1996)
17. Ley Modelo sobre la Extinción de Dominio (2011), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

C) EXTRANJERA

18. Código de Extinción de Dominio, Colombia: Congreso de Colombia (2014).
19. Ley Nacional de Extinción de Dominio México: Congreso General De Los Estados Unidos Mexicanos, (2019).
20. Ley Federal de Extinción de Dominio, Estados Unidos Mexicanos, véase en línea http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFED_120116.pdf
21. Ley de Extinción de Dominio, Decreto N° 55-2010, http://www.cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/REFORINST_DOC01_20111125_ES.pdf, (accesado el 19 de mayo de 2016)

JURISPRUDENCIA

2. Cámara Segunda De Lo Civil De La Primera Sección Del Centro; Sentencia Proceso de Justicia, El Salvador, (2017).
3. Sala de lo Civil; Sentencia de Proceso Declarativo Común De Enriquecimiento Ilícito, Ref. 12-APC-2017, El Salvador (2018)
4. Corte suprema de Justicia, Resolución sobre Enriquecimiento Ilícito, El Salvador, (2016)
5. Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro; Sentencia de Proceso Declarativo común de Enriquecimiento Ilícito, Ref 1-PCEIF-16, El Salvador (2017)
6. Cámara Primera De Lo Civil De La Primera Sección Del Centro, Sentencia de proceso Declarativo común de Enriquecimiento Ilícito, Ref. 2-PDCEIF-2016. El Salvador, (2018)
7. Sala de lo Constitucional; Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 6-20161, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador)2018
8. Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).
9. Corte Constitucional De Colombia; Sentencia C-319 (Colombia, julio de 1998.)
10. Corte Constitucional De Colombia Sentencia con referencia C 740-03, (Colombia, 2000)
11. Corte Constitucional de Colombia, (Sentencia C 540, Colombia 2011).
12. Sala de la Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-958/14, (Colombia, diciembre 2014)
13. STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto.jco. 3. (RJ 4735/2006). Sala 1ª, de 4 de mayo de 1998 (RJ1998/3220); y de 24 de mayo de 2004, fto. Jco.9. (RJ 4033/2004).

