

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



TEMA DE INVESTIGACIÓN
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DEL
INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO
TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADO POR:

ELISA MARIA PENADO DE MIRANDA

DOCENTE ASESOR:

MSC JUAN JOSE CASTRO GALDÁMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 30 DE ABRIL DE 2021

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

Agradezco a Dios por la sabiduría, inteligencia, salud y fuerza que me brinda a diario para cumplir los objetivos y metas propuestas, siendo este trabajo una de estas.

A mi madre Milagro Elizabeth Canales, por su amor incondicional, lecciones de vida y ejemplo de superación, lo que me ha permitido convertirme en la mujer que soy; mi esposo Carlos Mauricio, por su cuidado y comprensión, por ser mi confidente y compañero con quien disfruto la vida y el logro de nuestros sueños; a mi hija Kalena Soffa, quien es mi precioso regalo, el motor y motivación para ser mejor cada día, a quien quiero instruirle que en la vida, todo lo que vale la pena requiere esfuerzo, disciplina y sacrificio. A mi padre, Roberto Arnoldo y hermano Roberto José, quienes son parte importante de mi vida y un ejemplo de dedicación y disciplina académica.

A mis suegros, quienes con su apoyo incondicional en el día a día han contribuido a la finalización de este trabajo de investigación.

Finalmente, a mis cuñadas, familia y amigos, por sus oraciones y cariño, factores importantes en la culminación de este proceso.

Espero que Dios les retribuya lo que han sembrado en mi persona.

Índice

INTRODUCCIÓN	I
ABREVIATURAS.....	IV
CAPÍTULO I.....	1
MARCO HISTÓRICO DEL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y DEL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO	1
1.1. Preámbulo	2
1.2. Antecedentes históricos de la Extinción de Dominio	3
1.3. Desarrollo de la Extinción de Dominio en Colombia e influencia en otros países de América Latina.....	11
1.4. La Extinción de Dominio en El Salvador.....	15
1.5. Antecedentes históricos del Incremento Patrimonial no Justificado	24
5.1. Teoría del enriquecimiento sin causa en Roma	25
5.2. El enriquecimiento sin causa en las principales legislaciones civiles de los siglos XIX y XX.....	34
5.3. El enriquecimiento ilícito en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción.....	37
5.3.1. Convención Interamericana contra la Corrupción	38
5.3.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	42
CAPITULO II.....	51

**ANALISIS COMPARATIVO DE NORMAS SOBRE EL INCREMENTO
PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA 51**

2.1. Consideraciones generales acerca del incremento patrimonial no justificado	52
2.2. Definición de incremento patrimonial no justificado	55
2.2.1. Concepción patrimonialista del Incremento patrimonial no justificado	55
2.2.2. Concepción tributaria del Incremento patrimonial no justificado	57
2.3. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Constitución de la República	66
2.3.1. El enriquecimiento ilícito en la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos.....	68
2.4. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en el Código Penal salvadoreño	73
2.5. El incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio	75
CAPITULO III.....	92

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ESFERA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES..... 92**

3.1. Conceptualización de Derechos Fundamentales.....	92
3.2. Conceptualización del Principio de Proporcionalidad	94
3.2.1. Definición de Principio de Proporcionalidad.....	96
3.3. Antecedentes Históricos del Principio de Proporcionalidad	105

3.3.1. Surgimiento y desarrollo del principio de razonabilidad en el derecho estadounidense	106
3.3.2. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Europeo Continental...	114
3.4. Naturaleza del principio de proporcionalidad	134
3.5. El Principio de Proporcionalidad en el sistema constitucional salvadoreño	136
CAPÍTULO IV	138
 APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO CAUTELAR Y JUDICIAL POR INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	138
4.1. Procedencia de la acción de extinción de dominio en el caso de Incremento Patrimonial no Justificado	140
4.2. La aplicación del principio de proporcionalidad en el Decreto de medida cautelar sobre bienes que representan incremento patrimonial no justificado	144
4.2.1. Características de las medidas cautelares.....	151
4.2.2. Presupuestos de las medidas cautelares.....	154
4.3. Aplicación del principio de proporcionalidad Examen de proporcionalidad de las medidas cautelares por incremento patrimonial no justificado	161
4.3.1. Aplicabilidad del parámetro de idoneidad a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por incremento patrimonial injustificado	163
4.3.2. Aplicabilidad del parámetro de necesidad a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por incremento patrimonial injustificado	166

4.3.3. Aplicabilidad del parámetro de proporcionalidad en sentido estricto a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por incremento patrimonial injustificado	169
4.4. Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la fase judicial del proceso por Incremento Patrimonial no Justificado	170
4.4.1. Análisis de admisibilidad de la solicitud de extinción de dominio	174
4.4.2. Auto de admisión de la solicitud de extinción de dominio.....	178
4.4.3. Emplazamiento.....	179
4.4.4. Desarrollo de la Audiencia Preparatoria	180
4.4.5. Audiencia de Sentencia.....	180
4.4.6. Recursos	183
4.5. El Principio de Proporcionalidad en el ámbito de las medidas cautelares en materia de Extinción de Dominio desde la perspectiva del Derecho Penal Económico	185
CAPITULO V	187
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	187
5.1 CONCLUSIONES.....	187
5.2. RECOMENDACIONES.....	189
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	191
BIBLIOGRAFÍA.....	191
TESIS.....	194

ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL	195
NORMATIVA INTERNACIONAL	196
DERECHO COMPARADO.....	197
JURISPRUDENCIA.....	197
SITIOS WEB.	201

INTRODUCCIÓN

En El Salvador, se reconoce que la única fuente de riqueza es el trabajo honesto, y en el mismo sentido, que el derecho de propiedad y libre disposición de los bienes constitucionalmente protegible solo es el que sea compatible con el ordenamiento jurídico, primordialmente con la Constitución. Ello indica que la libertad de contratación, al igual que la libre disposición de los bienes, exige la compatibilidad con el ordenamiento jurídico al momento de su adquisición y ejercicio, de modo que no existe posibilidad de hacer valer una protección de aquella propiedad obtenida y/o destinada ilícitamente; es decir, al margen del ordenamiento jurídico salvadoreño y por el contrario, contra los bienes adquiridos y/o destinados de esa manera, se han concebido mecanismos de combate y despojo en manos de sus titulares, entre ellos, la extinción de dominio, instituto que persigue fines constitucionalmente legítimos.

El incremento patrimonial no justificado está instituido legalmente como un presupuesto que habilita el ejercicio de la acción de extinción de dominio ante la ausencia de una fuente de ingresos capaz de soportar o justificar el acrecentamiento del patrimonio, configurándose ante la ausencia de fuentes lícitas, una presunción acerca de que el origen de ese patrimonio deriva de actividades ilícitas. Sin embargo, no es posible concebir la idea de la extinción de dominio por incremento patrimonial injustificado fuera de la concepción de un proceso judicial dotado de garantías y límites al ejercicio de la acción estatal.

Por lo anterior, el propósito del presente trabajo denominado “El principio de proporcionalidad como límite del incremento patrimonial no justificado” es verificar la aplicabilidad de este principio a nivel de la doctrina, jurisprudencia y la ley como parámetro o límite del presupuesto establecido en el Art. 6 literal c) LEDAB.

Está compuesto por V capítulos, en el orden siguiente:

El capítulo I se denomina “**Marco histórico del surgimiento y desarrollo de la Extinción de Dominio y del Incremento Patrimonial no Justificado**”, desarrolla el origen histórico y normativo de ambos institutos jurídicos, los cuales surgen en el contexto normativo caracterizado por las limitantes de la legislación pena, la cual no respondía a brindar herramientas eficaces dirigidas a combatir el acrecentamiento de patrimonio sin justificación, el cual generalmente tiene su origen en actividades ilícitas relacionadas al crimen organizado y a la corrupción.

El capítulo II denominado “**Análisis comparativo del incremento patrimonial no justificado en la legislación salvadoreña**”, donde se contextualiza a partir de la concepción patrimonialista para posteriormente, explicar las principales normas jurídicas desde la Constitución de la República hasta la legislación secundaria, en las que se regula el instituto jurídico, con especial énfasis en la comparativa entre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos de naturaleza constitucional y el incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio.

El capítulo III referido a “**El principio de proporcionalidad en la esfera de los derechos fundamentales**”, en el cual se define qué debe entenderse por derechos fundamentales y por principio de proporcionalidad, estableciendo una relación entre ambos conceptos; posteriormente, se contextualiza el principio de proporcionalidad y se exponen sus antecedentes históricos, desarrollando su evolución en el derecho estadounidense y en el derecho europeo, lo cual permite realizar un análisis comparativo de este principio en el common law y en el derecho continental, sistemas jurídicos bases de los principales ordenamientos jurídicos, específicamente verificando la finalidad de este principio como límite a las restricciones de derechos fundamentales, temática de interés supremo en este estudio. Finalmente, se expone cómo en el sistema constitucional salvadoreño tiene acogida el principio de proporcionalidad, preferentemente dentro del campo sancionatorio, definiendo su contenido por tres subprincipios: idoneidad, necesidad

y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, concibiéndolo como “premisa esencial” que rige la actuación del Estado.

El capítulo IV se denomina “**Aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos cautelar y judicial por incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio**”. En este capítulo se verifica la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en materia de extinción de dominio cuando se invoca el presupuesto de incremento patrimonial injustificado, tanto en el proceso cautelar como en el proceso judicial propiamente dicho, concretamente en el campo de las medidas cautelares, examinando primeramente los presupuestos y clases de medidas que pueden ser aplicadas en esta materia y posteriormente, se inicia con la identificación de las etapas que componen el proceso cautelar, proponiéndose en cada una de estas la forma en la que los operadores del sistema deben considerar objetivamente este principio para evaluar la validez de las cautelas seleccionadas en cada caso concreto. Finalmente, se realiza el mismo orden expositivo en relación al proceso judicial propiamente dicho, de modo que resulta de mucha importancia práctica este contenido, ofreciendo una puntual propuesta de incorporación del principio de proporcionalidad a esta temática.

Terminando el presente con **el capítulo V** referido a las “**Conclusiones y Recomendaciones**”, resultado de la presente investigación, en la que se propone a los operadores de justicia contemplar elementos objetivos para evaluar la procedencia de las medidas cautelares idóneas, necesarias y proporcionales que permitan en los casos por incremento patrimonial injustificado, alcanzar los fines constitucionalmente legítimos que la extinción de dominio persigue como mecanismo en contra de los acrecentamientos patrimoniales sin justificación, todo dentro de un proceso judicial dotado de garantías y estricto respeto a los derechos fundamentales.

ABREVIATURAS

Abreviaturas y significado	
LEDAB	Ley Especial de Extinción de Dominio y de Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita
IPNJ	Incremento patrimonial no justificado
LEIFEP	Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
FGR	Fiscalía General de la Republica
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CCC	Corte Constitucional de Colombia
JEED	Juzgado Especializado en Extinción de Dominio
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
CICAD	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas
CNUCO	Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado
LAPLAC	Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe
LMEXTDOM	Ley Modelo de Extinción de Dominio
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
C.C.	Código Civil
PNC	Policía Nacional Civil
RMC	Resolución de medidas cautelares
SED	Solicitud de extinción de dominio

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO DEL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y DEL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO

Sumario: 1. Preámbulo 2. Antecedentes históricos de la Extinción de Dominio 3. Desarrollo de la Extinción de Dominio en Colombia e influencia en otros países de América Latina. 4. La Extinción de Dominio en El Salvador. 5. Antecedentes históricos del Incremento Patrimonial no Justificado. 5.1. Teoría del enriquecimiento sin causa en Roma. 5.2. El Enriquecimiento sin causa en las principales legislaciones civiles de los siglos XIX y XX. 5.3. El Enriquecimiento ilícito en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción. 5.3.1. Convención Interamericana contra la Corrupción. 5.3.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En el presente capítulo se expone el origen histórico- normativo de los institutos jurídicos “Extinción de Dominio” e “Incremento Patrimonial no Justificado” (IPNJ) así como la evolución de ambas instituciones con la finalidad de exponer la justificación constitucional y doctrinaria así como la importancia de ambas figuras en el combate a la criminalidad organizada que se dedica a actividades ilícitas relativas a Corrupción y otras que repercuten significativamente en el orden económico y social de los Estados. En ese sentido, se abordan los antecedentes históricos de la Extinción de Dominio en Colombia e influencia en Latinoamérica así como el nacimiento de este instituto en El Salvador. Respecto del incremento patrimonial injustificado, se aborda como antecedentes el enriquecimiento sin causa en Roma y en las principales legislaciones civiles de los siglos XIX y XX así como en las Convenciones

Internacionales contra la Corrupción, todo con la finalidad de exponer el marco de referencia histórica y evolución de ambas instituciones jurídicas a nivel normativo, lo cual permite comprender la base de ambos institutos y la finalidad intrínseca en el combate a la corrupción y el crimen organizado.

1.1. Preámbulo

En los países de Latinoamérica, previo a la introducción de la figura de la extinción de dominio, -conocida también como privación del derecho de dominio- en la legislación de cada país, la legislación penal no respondía a brindar herramientas eficaces dirigidas a combatir el incremento injustificado del haber patrimonial y la obtención de beneficios y ganancias ilícitas derivadas de la delincuencia -sobre todo, la denominada criminalidad organizada transnacional- lo cual es indispensable para debilitar su estructura así como dificultar su operación afectando de manera directa su funcionamiento; objetivos imprescindibles en una adecuada política criminal¹, teniendo en cuenta el menoscabo considerable que las diferentes modalidades de esta clase de criminalidad producen en el desarrollo económico, social y político de los Estados.

En este capítulo se abordan los antecedentes históricos de las instituciones jurídicas extinción de dominio e incremento patrimonial no justificado.

¹ Política criminal entendida como la disciplina que orienta los fines de la pena y cumple además una función crítica del derecho penal. Carlos Sánchez, La Política Criminal y El Principio Nulla Poena Sine Culpa, Corte Suprema de Justicia: 2010. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/12/89DC6.PDF>

1.2. Antecedentes históricos de la Extinción de Dominio

En el contexto latinoamericano de los últimos quince años se ha verificado un alto índice de criminalidad con particularidades específicas que se diferencian notablemente de la que imperaba en la década de los ochenta.

A esta especial forma de criminalidad se le conoce como criminalidad organizada², la cual responde a los siguientes rasgos distintivos:

a) Organización más definida, con marcados rangos de poder y distribución de roles ; b) Una violencia generalizada para mantener el **statu quo** y propiciar la comisión de delitos que les permitan beneficios económicos e impunidad; c) Expansión de “delitos de cuello blanco”, entre los que acentúan los delitos económicos y financieros, el trasiego de dinero, la trata y el tráfico ilegal de personas, los delitos informáticos, entre muchos otros; d) Transnacionalización de la delincuencia, que lo convirtió en un fenómeno internacional, favorecido por el desarrollo de las tecnología de la información y la mejora en las vías de comunicación y de transporte.

El carácter trasnacional de estas organizaciones ha dado paso a que continúen su crecimiento y unificación en diferentes países, lo que les ha permitido incrementar ostensiblemente su patrimonio y enquistarse en el poder político de los Estados, haciéndose cada vez más fuertes y difíciles de combatir.

² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada mediante Decreto Legislativo N°. 164, de fecha 16 de octubre de 2003, publicado en el D.O. N°. 211, Romo N°. 361, del 12 de noviembre de ese mismo año, la cual en el art. 2 define al grupo delictivo organizado “*como 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*”.

El doctrinario Isidoro Blanco Cordero, refirió que las tradicionales Cosa Nostra, Camorra, N'drangheta, los Yakuzas japoneses y las Tríadas chinas, los Cárteles de Colombia y México, las organizaciones criminales rusas, turco-curdas, italoamericanas, etcétera, representan un volumen económico anual estimado en un billón de dólares, tres veces superior al presupuesto nacional francés (sólo el producto mensual de operaciones mafiosas japonesas supera los 3.000 millones de dólares), pero, sobre todo, más del 50% de esta importante masa dineraria –unos 500.000 millones de dólares– se inyecta en el circuito financiero internacional con capacidad de producción de beneficios. Esta última cantidad constituye un 2% del Producto Interior Bruto mundial (sólo el narcotráfico llegó en el año 1996 a una facturación equivalente al 8 o al 9% del comercio mundial)³.

La delincuencia organizada transnacional origina consecuencias devastadoras para el desarrollo, reduciendo la renta y la productividad nacional además de generar el desvío de inversiones y reducir el desarrollo económico y social de los Estados; por ello, desde la década de los ochenta, la comunidad internacional empezó a poner de manifiesto la necesidad de dar importancia al enfoque patrimonial de la represión de los fenómenos delictivos asociados con la criminalidad organizada, tal y como se contempló en la exposición de motivos de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988⁴.

³Isidoro Blanco Cordero, "*Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales*", Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 11(1997):214.

<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174306/18-criminalidad-organizada.pdf>

⁴ Las partes en la Convención expusieron "*Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones*

De igual manera, en el Convenio sobre Blanqueo, Detección y Confiscación de los Productos del Delito, suscrito el 8 de noviembre de 1990 en la ciudad de Estrasburgo⁵, Francia, se puso de manifiesto el enfoque patrimonial como medida efectiva para combatir la criminalidad al exponer que el privar a los delincuentes de los productos del delito constituye un método moderno y efectivo a escala internacional para hacer frente a los delitos graves.

A inicios de los años noventa, a nivel internacional se enfatiza la importancia de abordar integralmente el tema del combate a la criminalidad organizada, de modo que se aprobaron en la **Asamblea General de las Naciones Unidas** una serie de instrumentos jurídicos, entre estos la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus tres protocolos facultativos siguientes: Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones. También se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), estos instrumentos constituyen el marco jurídico que la comunidad internacional diseñó para que cada Estado tomara acciones concretas con la finalidad de combatir las estructuras delincuenciales en referencia. Dentro de las disposiciones de estos instrumentos se encuentran aquellas relativas a la privación con carácter definitivo – en favor de los Estados- de ciertos bienes relacionados a actividades delictivas.

delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”.

⁵ Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito 1990 (Convención De Estrasburgo), aprobado el 8 de noviembre de 1990.

Estos instrumentos internacionales pretendían generar un estándar normativo uniforme en los distintos Estados acerca de ciertos conceptos básicos, tales como: bienes, producto, instrumento, decomiso, embargo, incautación etc., la adopción de medidas para detectar e identificar bienes ilícitos, levantando las reservas legales de la información útil para tal efecto (reserva bancaria); la estandarización de un mínimo de formas o circunstancias de comiso (producto, objeto, ganancias, instrumentos, mezcla, equivalencia, etc.); la consagración de medidas cautelares de carácter patrimonial (materiales y jurídicas); el impulso de nuevos acuerdos, tratados o convenios bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional y la definición de fines específicos a la destinación final de los bienes decomisados en función del mismo sistema⁶.

Sin embargo, pese a que los Estados que conforman la región conocida como América Latina incorporaron estas Convenciones en su derecho interno, el panorama de los beneficios económicos ilícitos de la delincuencia organizada transnacional no cambió⁷, en gran parte porque los Estados utilizaron siempre el

⁶ Gilmar Geovanny Santander Abril, “La emancipación del comiso del derecho penal, su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de comiso ampliado”, (Colombia: Organización de los Estado Americanos, 2017). http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/COMISO%20&%20EXTINCION%20DE%20DOMINIO_GGSA_FINAL.pdf

⁷ Noticias ONU: UNODC estima en 1,6 billones de dólares lavado de dinero en 2009, acceso 03 de mayo de 2021, <https://news.un.org/es/story/2011/10/1228761>. De acuerdo a un informe de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC), sobre la estimación de los flujos financieros del narcotráfico y otros delitos asociados al crimen organizado transnacional, publicado el 25 de octubre de 2011 en la página oficial de la ONU, los delincuentes en todo el mundo blanquearon alrededor de 1,6 billones de dólares de dinero negro en 2009. En la publicación Seguridad y Crimen Organizado Transnacional, auspiciada por la Fundación Konrad Adenauer Red Centroamericana de Centros de Pensamiento e Incidencia –la RED– de Febrero 2011, se citan los análisis realizados en la región centroamericana (Cuadra: 2004; Aguilera: 1991; Guerra: 2003; Matul: 2003 y Urcuyo: 2008) que coinciden en señalar que, entre las nuevas amenazas a la seguridad de Centroamérica, se pueden identificar, entre las principales expresiones, aquellas vinculadas al tráfico de personas; el narcotráfico; el terrorismo; el comercio ilícito de armas; el blanqueo de capitales y la corrupción. Además, se

derecho penal como bastión medular, enfocándose en la acreditación de la responsabilidad personal del delincuente al margen de estrategias dirigidas a la investigación patrimonial y la privación de bienes y ganancias ilícitas.

En el mismo sentido, pese a que en las legislaciones penales se encontraban reconocidos institutos como el comiso⁸, que parte del enfoque de privar al delincuente de ciertos y no todos los bienes ilícitos, -lo que de por sí ya es una limitante- esta figura desempeñó un papel secundario y siempre subordinado al de la pena⁹, aspectos notorios aún en el escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta institución jurídica, por lo que se advirtió que el *ius puniendi* no era suficiente para lograr los objetivos de la comunidad internacional respecto a erradicar el haber patrimonial y los beneficios económicos derivados de esta clase de criminalidad.

Vale la pena mencionar que la criminalidad organizada en la región, se ha presentado en diferentes modalidades, una de las cuales se ha denominado “criminalidad de cuello blanco” la que sin duda se ha vinculado a los actos de

hace referencia al Plan de Acción y Prioridades para la Seguridad Democrática de la Región (2006) donde se destacó que “La región Centroamericana es considerada por los actores de las amenazas emergentes, como un área geoestratégica importante, como escenario potencial de acciones del crimen organizado, narcoactividad, pandillas, proliferación de armas, corrupción, tráfico de ilegales, secuestros, robos de bancos, ganado, vehículos; trata de personas y otras actividades conexas”.

⁸ Regulado en nuestra legislación en el Código Penal, art. 127 y 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, haciendo una diferencia en aquellos hechos que sean culposos.

⁹ Si bien es cierto, el comiso penal se encuentra regulado en las legislaciones penales de los países de Latinoamérica, con leves variantes, su contribución en el combate a la delincuencia organizada no ha sido significativa, teniendo en cuenta que los bienes que las organizaciones criminales organizadas utilizan para cometer delitos no están a nombre de sus miembros y aun cuando es evidente que se utilizan como instrumento para el delito o que son producto de las operaciones delictivas, la falta de relación directa con los procesados ha impedido que el Estado se allegue de ellos.

corrupción en la esfera política económica de los Estados, lo cual ha traído también serias repercusiones en el ámbito recaudatorio estatal propiciando fraudes fiscales, pues las organizaciones criminales a fin de encubrir la riqueza generada han incursionado en actividades de lavado de dinero y activos utilizando diferentes mecanismos que incluyen la constitución de sociedades mercantiles, sociedades anónimas y de economía mixta principalmente, que participan en negocios lícitos - mezclando capital ilícito con legal-, logrando valerse de los vacíos legales para eludir sus obligaciones fiscales y ocultar al fisco actividades económicas que generan obligaciones tributarias sustantivas, fenómenos que han contribuido al crecimiento de su patrimonio de manera injustificada y al mismo tiempo, desafortunadamente, al menoscabo del orden económico estatal.

“La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo”¹⁰.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) se identifican normas que reconocieron por un lado la necesidad de crear un mecanismo legal que permitiera a los Estados recuperar los bienes de la

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 o Convención De Mérida, suscrita el 10 de diciembre de 2003 y ratificada el 20 de mayo de 2004, publicada en el D.O. N° 119, Tomo N° 363, del 28 de junio de 2004. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F2000-2009%2F2004%2F06%2F88460.PDF&number=558176&fecha=28/06/2004&numero=CONVENCION=DE=LAS=NACIONES=UNIDAS=CONTRA=LA=CORRUPCION&cesta=0&singlePage=false%27>

criminalidad organizada a través de acciones de naturaleza distinta a la penal, con enfoque directo sobre los bienes y por otro lado, la necesidad de aplicar el decomiso para fines de recuperación, sin que medie una condena; aspectos que permitieron dar autonomía a ese nuevo mecanismo en relación con los regulados por el derecho de última ratio.

Así, el artículo 53 de dicho cuerpo legal reconoció las medidas para la recuperación directa de bienes señalando que: *“Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno: a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención (...)”*¹¹.

En el mismo sentido, el literal c) del Art. 54 de dicha Convención estableció que cada Estado: *“Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”*¹².

En este contexto, la comunidad internacional hizo un llamado a que los Estados partes adoptaran una acción de carácter civil, con independencia del ordenamiento jurídico penal, tendiente a procurar el decomiso de bienes que fueran producto directo o indirecto de los delitos de crimen organizado, que lograra la recuperación de bienes obtenidos de actos de corrupción, sobre

¹¹ Ibíd

¹² Ibíd

aquellos que se utilizaran como instrumentos del delito y en caso de imposibilidad física o jurídica para lograrlo, la posibilidad de decomisar bienes equivalentes.

Por lo que a la luz de la necesidad expuesta de dar un enfoque diferente al tratamiento de la delincuencia organizada transnacional en sus diferentes modalidades, desde un enfoque patrimonial y ante las deficiencias notorias del derecho penal es que surge en Latinoamérica la figura de la extinción de dominio, destacándose a Colombia como el primer país que logró incorporarla como instituto a su ordenamiento jurídico, promulgando la primera ley de extinción de dominio en el año de 1996¹³, en un contexto cuando muchas fortunas ilícitas ya se habían consolidado al haberse extinguido la acción penal por causa de muerte. Se cita por ejemplo el caso de importantes capos del narcotráfico tales como:

¹³ En la doctrina colombiana, se suele considerar la Ley 333 de 1996 como el punto de partida de la extinción de dominio pues a partir de esta se reguló una especie de comiso sin condena previa a partir de un procedimiento especial para desarrollar las causales especiales que habían sido concebidas en el artículo 34 de la Constitución Política, además, adoptó las principales formas de comiso del código penal - como lo era el comiso de instrumentos, de medios y de destinación, que paso a conocerse como causal cuarta de extinción de dominio; comiso de producto, de ganancias y de frutos y rendimientos y comiso sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito- e introdujo al ordenamiento jurídico el comiso indirecto, al adoptar por primera vez la figura del comiso por bienes equivalentes. Aunque vale la pena mencionar que en el ordenamiento jurídico colombiano el primer referente de la figura de la extinción de dominio se dio al interior de la legislación penal de orden público, concretamente a través del denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, Decreto 2790 de 1990, cuyo artículo 57 disponía que “El dominio de los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9° de este decreto se extinguirá a favor del Estado...” haciendo relación a los delitos que fueron de competencia de la denominada —Jurisdicción de Orden Públicoll: secuestro, extorsión, narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, conformación de grupos armados ilegales, rebelión, entre otros atribuidos a este tipo de criminalidad. Sin embargo, la medida extintiva sólo procedía sobre aquellos bienes que necesariamente estaban afectados dentro de un proceso penal, pero que después de transcurrido un año desde la fecha de citación a los titulares para comparecer al proceso a ejercer su defensa, los interesados, no asistían. Por lo que es posible afirmar que el instituto de la extinción de dominio es producto de un largo proceso de evolución y desarrollo en Colombia.

Gonzalo Rodríguez Gacha (1989), Pablo Escobar Gaviria (1993) y José Santacruz Londoño (1996), cuyos patrimonios ilícitos estaban pendientes de legalización o se habían legitimado por vía de sucesión civil.

1.3. Desarrollo de la Extinción de Dominio en Colombia e influencia en otros países de América Latina

En el contexto colombiano de los primeros años de la década de los noventa, muchas fortunas ilícitas de grupos criminales dedicados principalmente al narcotráfico, se habían generado a través de actividades ilícitas consumadas en el extranjero y por ello, la posibilidad del comiso se descartaba, ya sea por la falta de acción penal en Colombia o por los problemas probatorios o de cooperación judicial internacional que existían en la época.

A lo anterior, se sumaban los esquemas de lavado de dinero y la utilización de terceros -testaferros- para el ocultamiento de bienes ilícitos, todo lo cual permitía evadir las acciones de las autoridades para afectar bienes con fines de comiso penal.

Ese panorama permitió que en Colombia se analizarán los problemas de temporalidad y territorialidad de la ley penal, garantías procesales frente a temas patrimoniales, carga de la prueba, subordinación a la responsabilidad penal y dependencia del proceso penal, entre otros, que impedían que el sistema jurídico fuera eficiente para contrarrestar la riqueza ilícita de las distintas organizaciones criminales que desestabilizaban la seguridad e institucionalidad de ese país.

Esa crisis de efectividad obligó a que Colombia replanteara su esquema de represión para combatir los efectos patrimoniales de los delitos, no sólo desde la perspectiva penal con la creación de tipos penales autónomos como el Enriquecimiento Ilícito y el Lavado de Activos; sino también, desde el punto de

vista patrimonial, a través de medidas de incautación de bienes con fines de comiso dentro del proceso penal y sobre todo, a través de un procedimiento autónomo e independiente, sin necesidad de condena como requisito previo, dando nacimiento al instituto de la extinción de dominio¹⁴.

En la doctrina colombiana, se suele considerar la Ley 333 de 1996 como el punto de partida de la extinción de dominio, pues a partir de esta, se reguló una especie de comiso sin condena previa a partir de un procedimiento especial para desarrollar las causales especiales que habían sido concebidas en el artículo 34 de la Constitución Política de 1991¹⁵, además esta ley adoptó las principales formas de comiso del código penal colombiano de esa época- como lo era el comiso de instrumentos, de medios y de destinación; comiso de producto, de ganancias y de frutos y rendimientos y comiso sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito- e introdujo al ordenamiento jurídico el comiso indirecto al adoptar por primera vez la figura del comiso por bienes equivalentes.¹⁶

¹⁴ Gilmar Giovanny Santander Abril. “Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: Fundamentos de las causales extintivas” (Tesis doctoral, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, 2018), 47-50. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13246/2018gilmarsantander.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁵ El Art. 34 de la Constitución Política de Colombia de 1991 refería en su primer inciso que...” por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”.

¹⁶ Aunque vale la pena mencionar que en el ordenamiento jurídico colombiano el primer referente de la figura de la extinción de dominio se dio al interior de la legislación penal de orden público, concretamente a través del denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, Decreto 2790 de 1990, cuyo artículo 57 disponía que “El dominio de los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9° de este decreto se extinguirá a favor del Estado...” haciendo relación a los delitos que fueron de competencia de la

Con la Ley 333 de 1996 la acción de extinción de dominio gozaba de una incipiente autonomía, ya que la competencia se circunscribía al funcionario competente del proceso penal que debatía la situación jurídica de los bienes involucrados por las causales taxativas de la Ley 333 de 1996.

En ese sentido, aunque era una acción distinta y aparentemente independiente de la responsabilidad penal, la declaración de extinción de dominio correspondía a los jueces competentes para conocer de las actuaciones penales.

Así mismo, al existir actuaciones penales en curso, la acción no podía intentarse independientemente y si la acción penal se extinguía o terminaba sin que se hubiera proferido decisión sobre los bienes, continuaría el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal, circunscribiendo el conocimiento de la acción de extinción de dominio al funcionario judicial competente para adelantar la actuación penal; por ello, este primer paso para que la extinción de dominio se convirtiera en un instituto jurídico plenamente autónomo e independiente de la acción penal, se consideró un fracaso; sin embargo, las deficiencias apuntadas permitieron que la Corte Constitucional de Colombia (CCC) en sus sentencias de constitucionalidad C-374, C-409 y C-539 de 1997, redefinieran completamente el instituto de la extinción de dominio, dando claridad y forma a la figura, constituyéndose dichas resoluciones en el

denominada —Jurisdicción de Orden Público: secuestro, extorsión, narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, conformación de grupos armados ilegales, rebelión, entre otros atribuidos a este tipo de criminalidad. Sin embargo, la medida extintiva sólo procedía sobre aquellos bienes que necesariamente estaban afectados dentro de un proceso penal, pero que después de transcurrido un año desde la fecha de citación a los titulares para comparecer al proceso a ejercer su defensa, los interesados, no asistían. Por lo que es posible afirmar que el instituto de la extinción de dominio es producto de un largo proceso de evolución y desarrollo en Colombia.

principal referente que posibilitó desarrollar una nueva normativa, entre la que se cita la Ley 793 de 2002, con la cual se concibió la extinción de dominio como una acción autónoma e independiente, de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien tenga en su poder o haya adquirido los bienes.

La Ley 793 de 2002 constituyó el principal referente para la expansión del instituto de la extinción de dominio en América Latina, sirviendo de fuente a la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita de El Salvador aprobada por el Decreto Legislativo número 355 de fecha 7 de noviembre de 2013¹⁷ y de leyes similares en México, Guatemala, Honduras, Perú y Bolivia así como de otros múltiples proyectos en Argentina, Brasil, República Dominicana, Panamá, Paraguay, Ecuador y Costa Rica.

Vale la pena mencionar que también fue base para que dentro del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, apoyado por el Proyecto BIDAL (Bienes incautados de América Latina) de la OEA – CICAD, como parte de la iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) se elaborara por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (UNODC) en el año 2011, la Ley Modelo de Extinción de Dominio (LMEXTDOM), que fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa.

¹⁷ Ley de Extinción de Dominio y de Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013).

Por la misma razón, se adoptó el nombre de “extinción de dominio” por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, el término “decomiso sin condena” utilizado en otros ámbitos internacionales.

La LMEXTDOM recoge buenas prácticas a nivel internacional y representa un mapa de ruta para que las autoridades legislativas y judiciales de los países apliquen el instituto de la extinción de dominio adecuadamente en consonancia con sus principios y fundamentos rectores que le dan legitimidad.

1.4. La Extinción de Dominio en El Salvador

En El Salvador, mediante el Decreto Legislativo 534 de fecha 7 de noviembre de 2013, publicado en el Diario Oficial número 223, Tomo 401 de fecha 28 de noviembre de 2013 se configuró la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita (LEDAB).

Por su parte, el Reglamento de la LEDAB se aprobó por la Presidencia de la República, por medio del Decreto Ejecutivo número 72 de fecha 28 de mayo de 2014, publicado en el Diario Oficial número 98, Tomo 403 de fecha 30 de mayo de 2014 y a través del Decreto Legislativo número 714 de fecha 13 de junio de 2014, publicado en el Diario Oficial número 109, Tomo 403 de la misma fecha, se estableció la creación del Juzgado Especializado en Extinción de Dominio con domicilio en el municipio y departamento de San Salvador, con competencia en todo el territorio de la República; también se determinó que correspondería al Pleno de la Corte Suprema de Justicia la creación de una instancia de segundo grado; es decir, una Cámara Especializada en materia de extinción de dominio - la que aún no se ha creado- ampliando mientras esta sede se creara, la competencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro con sede en el municipio y departamento de San Salvador, la que actuó como tribunal superior en esta materia hasta el mes de junio de 2021, a partir del cual

se habilitó la competencia de dos tribunales superiores, la Cámara Primera y la Cámara Segunda, ambas Especializadas de lo Penal mediante el Decreto 826 que contiene reformas a la Ley Orgánica Judicial relativas a la creación de la Cámara Segunda Especializada de lo Penal y competencia de la Cámara Primera de lo Penal de la primera Sección del Centro y las Cámaras Especializadas de lo Penal¹⁸.

A diferencia de otros países de la región, tales como los Estados Unidos Mexicanos, Guatemala y Colombia, quienes incorporaron al texto constitucional la institución de la extinción de dominio, en El Salvador, no se establece en la norma fundamental y primaria del ordenamiento jurídico de manera textual el reconocimiento de esta figura; sin embargo, en la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de las doce horas y treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, de referencia 146-2014/107-2017, el máximo tribunal en materia constitucional estableció que la extinción de dominio es completamente compatible con los valores, principios y normas constitucionales así como con las obligaciones del Estado reconocidas en los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la incautación y comiso de bienes que sirven como medios, instrumentos o productos de hechos delictivos.

De este modo, se determinó que la institución de la extinción de dominio es una figura legal autónoma e independiente de otro tipo de procesos, como los civiles, penales o administrativos que persigue fines constitucionalmente

¹⁸ En el período del 1 de junio al 11 de julio 2021 los incidentes de apelación correspondientes a la materia de extinción de dominio fueron asignados de forma directa a la Cámara Primera Especializada de lo Penal. A partir del 12 de julio de 2021 y durante 180 días calendarios, todo caso de la materia en mención sería asignado directamente a la Cámara Segunda Especializada de lo Penal.

legítimos¹⁹ y que el proceso judicial de extinción de dominio está sujeto al cumplimiento de los principios, derechos y garantías constitucionales que le son propios de acuerdo con su especial naturaleza según lo establece el Art. 13 LEDAB.

En El Salvador, se reconoce a nivel de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, como características esenciales del proceso de extinción de dominio las siguientes: (A) la acción que da origen al proceso es jurisdiccional y finaliza con una sentencia declarativa; (B) el proceso es patrimonial; (C) es de naturaleza autónoma; (D) la sentencia no surte efecto contra terceros de buena

¹⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018) establece que “(...) la adquisición de los bienes se producirá siempre y cuando se satisfagan todas las normas constitutivas que el ordenamiento jurídico en su integridad establece. A. La primera de ellas es la que está contenida en el art. 22 Cn. Esta disposición prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley”. El término “ley” de esta disposición, como ocurre con muchas otras disposiciones constitucionales, tiene un contenido amplio que equivale a “Derecho en general”, a cuya cabeza se encuentra la propia Constitución como fuente directa de derecho (Improcedencia de 11-VIII-2005, Inc. 52-2005) y reguladora de las restantes fuentes del derecho (Sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002). Puede afirmarse como corolario de lo anterior que el derecho de propiedad y libre disposición de los bienes constitucionalmente protegible solo es el que sea compatible con el ordenamiento jurídico, primordialmente con la Constitución. B. La segunda es la establecida en el art. 23 Cn., la cual expresa que “[s]e garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes”. Ello indica que la libertad de contratación, al igual que la libre disposición de los bienes, exige la compatibilidad con el ordenamiento jurídico al momento de su ejercicio. Además, ella se encuentra sujeta al examen de la legislación secundaria aplicable. C. La tercera es la que deriva de los límites intrínsecos del derecho de propiedad (art. 2 inc. 1 y 103 inc. 1 Cn.). En efecto, existe un conjunto de límites materiales que inciden en el derecho positivo y le dan sentido y unidad. Estos límites están representados por la dignidad humana, la justicia, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y el bien común (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003). A partir de ello, puede afirmarse que el derecho de propiedad está sujeto a los principios y valores constitucionales que han sido previstos en la Constitución, aunque los arts. 2 inc. 1°, 103 y 106 Cn. no lo prevean explícitamente porque son límites implícitos a todas las normas positivas—sean constitucionales, legales, reglamentarias, municipales o de otra índole— (Inc. 57-2005, ya citada)”.

fe; y, (E) el proceso está regido por los principios, derechos y garantías constitucionales adecuadas a su carácter *sui generis*.

Respecto a esas características, es importante destacar la autonomía, referida a que la acción se ejerce siguiendo principios y reglas propios, distintos de los de cualquier otro proceso, tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque 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. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del 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.

A manera de ejemplo se cita que mientras el proceso penal está gobernado por el principio de presunción de inocencia, el proceso de extinción de dominio se rige por el principio de presunción de buena fe, diferencia que se explica principalmente como consecuencia de la naturaleza personal de la acción penal, en contraste con la naturaleza real de la acción de extinción de dominio.

Ahora bien, es preciso señalar que existen dos artículos de la LEDAB que constituyen el núcleo medular que habilita la promoción de la acción de extinción de dominio, y son los Art. 5 y 6 de dicho cuerpo de ley.

El artículo 5 LEDAB establece:

“Alcance de la Ley

Art. 5.- la presente ley se aplicará sobre cualquiera de los bienes que se encuentran descritos en los presupuestos que dan lugar a la extinción de dominio y provengan de o se destinen a actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la hacienda pública y todos aquellos hechos punibles que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva, o a través de grupos delictivos organizados o estructurados.

En los casos detallados, el juez de la causa deberá razonar fehacientemente la existencia de los presupuestos a fin que proceda la extinción de dominio e individualizar y determinar el origen o destinación ilícita de los bienes.

Para el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efecto de la extinción de dominio. (2)”

Esta disposición establece en lo medular que, para promover las acciones judiciales en esta materia especializada, los bienes objeto de la pretensión estatal deben tener un nexo de ilicitud con cualquiera de los hechos punibles antes descritos.

Respecto al Art. 6 LEDAB, el cual literalmente establece:

“Presupuestos de Procedencia de la Acción de Extinción de Dominio

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, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas;

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

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

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;

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.

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. Estos presupuestos se aplicarán para la acción de extinción de dominio, salvo a los terceros de buena fe exenta de culpa”.

Dicha norma señala que para la promoción de las acciones judiciales que regula la LEDAB, los bienes objeto de la pretensión estatal deben de ubicarse en uno o más de los presupuestos señalados, situación que se encuentra en armonía con los referentes aportados por los instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, donde se advierte que su procedencia recae sobre los bienes que constituyan: a) Producto derivado de delitos, b) Instrumento para facilitar las actividades ilícitas, c) Bienes equivalentes al valor generado de tales actividades ilícitas.²⁰

²⁰ La relación directa a conductas delictivas de alta rentabilidad económica asociadas al crimen organizado fue la constante principal en las leyes colombianas, Ley 333 de 1996 (artículo 2°)

En el mismo sentido, el Art. 6 LEDAB está acorde a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que señaló en el Art.12 el alcance del decomiso e incautación sobre los bienes que constituyan: a)El producto de los delitos comprendidos en la Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b)Los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención; c) El producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes; d)El producto del delito derivado de la mezcla con bienes adquiridos de fuentes lícitas y e) Los bienes destinados al uso de lavado de activos o delitos determinantes.

Para finalizar este apartado, vale la pena mencionar que tanto en el Art. 5 como en el 6 LEDAB, el legislador salvadoreño contempló el instituto jurídico del incremento patrimonial no justificado. En el inciso tres del Art 5 en mención vinculó al tema de criminalidad organizada y de maras o pandillas el incremento patrimonial no justificado, señalando que: *“para el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efecto de la extinción de dominio”*.

Esta disposición responde al hecho de reconocer la frecuente pero no obligatoria relación que puede darse entre el incremento patrimonial no justificado y esta clase de criminalidad, pues como se ha señalado con anterioridad, precisamente las características especiales de estos grupos delictivos organizados permiten el acrecentamiento significativo de su patrimonio de forma

y la Ley 793 de 2002 (parágrafo 2° del artículo 2°, las cuales sirvieron de base para la creación de la LEDAB.

ilegal y/o injustificada; sin embargo, es importante efectuar algunas aclaraciones del IPNJ en el ámbito salvadoreño:

Primero, el incremento patrimonial no justificado en El Salvador es independiente de cualquier otro hecho punible al punto de ser reconocido dentro del ordenamiento jurídico como actividad ilícita en sí misma y por lo tanto, se ha incorporado dentro de los alcances de la LEDAB -art 5 LEDAB- así como dentro de los presupuestos que habilitan la promoción de la acción de extinción de dominio regulados en el Art. 6 de dicha normativa, específicamente en el literal c) de dicho artículo.

El instituto del IPNJ de la LEDAB tal y como se señaló anteriormente, difiere en su redacción con la LMEXTDOM, que regula el incremento patrimonial no justificado en el Art. 6 literal g) que literalmente establece:

“Artículo 6. Presupuestos de la extinción de dominio. La extinción de dominio procederá sobre:

...g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas...”

En ese sentido, podría ser objeto de crítica la redacción de la LEDAB al advertirse que el IPJN parte de una presunción de ilicitud que trae consigo una inversión de la carga de la prueba, capaz de perjudicar a los titulares de los bienes objeto de la pretensión extintiva; sin embargo, a criterio de la autora, no existe una interpretación válida en ese sentido, pues la Sala de lo Constitucional de la CSJ ha realizado una interpretación conforme a la Constitución respecto de dicho instituto jurídico en la sentencia 146/2014-197/2017, aclarando que la aplicación del presupuesto se impone una carga dinámica -no inversión- de la prueba que

se refiere a la obligación que tiene el afectado de probar la licitud del origen del bien bajo su titularidad por tener mayores facilidades probatorias, concibiéndola como una regla complementaria de la prueba ante la imposibilidad del Estado de conocer dicha fuente; lo cual no implica que el Estado esté exento de allegar al proceso los elementos de prueba suficientes que acrediten dicho presupuesto, sino todo lo contrario, el ente estatal debe aportar todos los elementos probatorios a su disposición sobre las fuentes de ingreso de una persona y solo aquellos elementos que por su propia naturaleza se encuentren fuera de los registros públicos y estén en poder de los afectados, podrán exigirse de estos últimos.

1.5. Antecedentes históricos del Incremento Patrimonial no Justificado

En relación al incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio debe de aclararse que es una institución diferente al enriquecimiento ilícito de rango constitucional pero ambos institutos comparten su origen y finalidad dentro del ordenamiento jurídico, puesto que ambas instituciones pretenden la restitución de lo obtenido ilícitamente.

En la sentencia de inconstitucionalidad de las doce horas y treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, de referencia 146-2014/107-2017²¹, la Sala de lo Constitucional expuso que el enriquecimiento ilícito es una acción constitucional reconocida en el Art. 240 Cn y la extinción de dominio es una figura legal que persigue fines constitucionalmente legítimos.

En razón del carácter constitucional del enriquecimiento ilícito, la extinción de dominio no puede pretender anular la aplicabilidad del Art. 240 Cn., porque ello implicaría desconocer la supremacía de esta disposición frente a toda la

²¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

LEDAB. Ahora bien, la interpretación del art. 240 Cn. y de la LEDAB debe hacerse de forma que ambos mantengan su potencial aplicativo y que no se viole la supremacía del primero.

La primera diferencia que en la resolución 146-2014 emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador se destaca entre el enriquecimiento ilícito y la acción de extinción de dominio es que el primero solamente se puede dirigir contra los sujetos mencionados en el art. 240 Cn., mientras que la segunda tiene un ámbito personal de validez más extenso, pues es susceptible de ser aplicada a toda persona, sea o no servidor público.

En dicha resolución, el máximo tribunal constitucional salvadoreño explica que lo anterior no significa que los sujetos del art. 240 Cn. estén exentos de la eventual aplicación de la extinción de dominio, reconociendo que a ellos se les debe aplicar el art. 240 Cn. —desarrollado por la Ley Especial de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP)— en caso de que el enriquecimiento sin justa causa sea a costa de la Hacienda Pública o Municipal y por ello, los funcionarios y empleados públicos estarían exentos de la aplicación del art. 6 letra c LEDAB, ya que su contenido —en este supuesto específico— quedaría subsumido por el art. 240 Cn, agregando que el resto de presupuestos de extinción de dominio distintos del art. 6 letra c) LEDAB, opera indistintamente para particulares, funcionarios y empleados públicos.

Ahora bien, para comprender la figura del Incremento Patrimonial no Justificado que regula la LEDAB es necesario examinar los antecedentes históricos de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento ilícito como se detalla a continuación.

5.1. Teoría del enriquecimiento sin causa en Roma

En el derecho romano, se consideraba que había enriquecimiento injustificado o sin causa cuando una persona se lucraba a costa de otra sin estar asistido por una causa jurídica, es decir, cuando el aumento patrimonial se fundaba en una relación jurídica injustificada. Esto podía suceder porque la causa próxima de la adquisición estaba unida a otra remota inexistente o ineficaz para el derecho. En tales supuestos, aun reconociendo la adquisición del derecho real o del crédito se concedía acción al damnificado para obtener de la otra parte la restitución del aumento patrimonial indebido.

El antiguo *ius civile* no otorgaba medio alguno para evitar el enriquecimiento patrimonial injusto porque debido su carácter formalista, exigió, para que el negocio jurídico quedara perfeccionado, el cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley sin atender al perjuicio que podía acarrear tal enriquecimiento indebido.

De acuerdo al tratadista Huvelin, en Roma, se concebía una idea muy antigua respecto de que aquel que se había enriquecido sin causa en detrimento de otra persona, debía cuenta a esta última de aquello con que se había enriquecido. Esta obligación estaba particularmente desenvuelta por los principios de la religión romana a la luz de la equidad, este tipo de enriquecimiento inicialmente no tenía una sanción civil sino de carácter moral y religioso.

Para los romanos, todo hombre recibía, al nacer del destino, un lote que comportaba una proporción fija de felicidad y desgracia, de elementos positivos y negativos. Cuando uno de estos elementos variaba, el otro debía variar en sentido inverso, de modo que cualquiera que se enriquecía sin causa, a expensas de otro, aumentaba el elemento positivo de su lote, sin disminución equivalente y

debía por lo tanto dar cuenta de todo lo que excediera del lote que le había sido atribuido²².

En la época republicana y particularmente en el período clásico se reconoció la obligación de restituir los aumentos patrimoniales injustificados; pero el Derecho romano no sentó un principio general al respecto ni creó una acción comprensiva de todos los supuestos en que se diese esta circunstancia; es decir, el Derecho romano no conoció una acción genérica de enriquecimiento, sino tantas acciones como situaciones diversas pudieran presentarse: *condictio indebiti*; *condictio ob rem data*, que el Derecho Justiniano llama *causa data causa non secuta*; *condictio ob turpem causam*; *condictio ob iniustam causam*; *condictio sine causa*.

Todas estas acciones tendían al mismo fin, que consistía en impedir un enriquecimiento injusto pero cada una de ellas ofrecía un fundamento y perseguía un objeto propio²³.

Estas acciones que constituían aplicaciones de aquella acción abstracta, de derecho estricto, modelo de *actio in personam*: la *condictio*. Las condiciones,

²² Agustín Díaz Bialek, "El Enriquecimiento sin causa en el Derecho Romano y la Institución en el derecho moderno", (1942); el autor realiza a detalle una exposición del desarrollo del instituto del enriquecimiento sin causa en Roma.

²³ El Derecho romano, no señaló una acción general para todas las hipótesis posibles en las que se diese un enriquecimiento sin causa. Por lo tanto, el Derecho Romano fue concediendo a figuras concretas, acciones que se iban designando con una denominación distinta, expresiva de la hipótesis a que se refería. Todas ellas, sin embargo, constituían meras aplicaciones de aquel tipo de acción abstracta y de derecho estricto.

cuyo ejercicio suponía sendos casos de enriquecimiento injustificado, se mencionan a continuación:

1.- La *condictio indebiti*, que se concedía siempre que se pagaba por error una deuda en realidad inexistente, ya por carecer de existencia o porque habiendo existido hubiera sido cancelada por el obligado.

2.- La *condictio ob causam datorum* o, en el lenguaje justiniano, *causa data causa non secuta*, por la que se reclamaba la devolución de lo que una persona hubiese recibido en atención a una *condictio*.

Esta se aplicaba al supuesto del que había recibido una cosa como dote y el matrimonio no se celebraba y a la donación *sub modo*, cuando el donatario no cumplía con el cargo impuesto por el donante.

3.- La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, ejercitable para reclamar lo entregado a otro por una causa desaprobada por la ley o bien para que realizara un acto contrario a la moral o el derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación. En cualquier caso se exigía que la “torpeza” (entendida la torpeza como la actitud inmoral o antijurídica) se diera de parte de quien recibía en vista de tales fines.

4.- La *condictio ex causa finita*, por la cual se repetía lo que se hubiera dado o solamente prometido, al menos en el derecho justiniano (*condictio liberationis*), sobre la base de una relación cualquiera que no había existido o que había cesado.

5.- La *condictio sine causa*, aplicable a todos los casos de enriquecimiento que carecieran de una propia acción o que no entraran en ninguna de las anteriores condiciones.

En el sentido estricto que le atribuyó el emperador Justiniano, la *condictio sine causa* procedía en los casos de prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir. Es decir, esta *condictio* se aplicaba, a diferencia de las otras 4 *condictios*, en los casos de falta de causa, sea que ésta hubiese faltado desde el principio, sea que ella hubiese llegado a faltar más tarde.

Al respecto José Carames Ferro, indica los siguientes casos:

a) Como primer punto, una prestación se consideraba cumplida sin causa, cuando se había verificado en atención a un fin que de hecho no se realizaba, como ocurría cuando se donaban objetos preciosos ante el temor de una muerte inminente (*donatio mortis causa*) y el peligro pasaba o cuando se daba algo para dotar a una joven y el matrimonio fracasaba, como así también cuando la realizaba una persona incapaz de enajenar. En este último caso, si el *accipiens* hubiera consumido de buena fe las cosas entregadas por el incapaz, había un enriquecimiento injustificado, cuya repetición podía obtenerse por medio de la *condictio sine causa*.

En el mismo sentido, otro ejemplo de la obligación contraída sin causa podría ser el de una persona que, con el fin de obtener crédito, se hacía pasar por acreedora de otra que le suscribía un documento; si luego se negaba a devolverlo, el firmante podría obligarle a hacerlo por medio de la *condictio sine causa*.

b) En el Derecho romano se presentaba la posibilidad de aplicar una *condictio sine causa*, si la prestación se cumplía por causa errónea cuando las

partes no estaban de acuerdo sobre el fin perseguido con ella, como si el tradens creyera realizar un mutuo y el accipiens entendiera recibir una donación.

En este caso, la propiedad se transformaría igualmente al accipiens, pero el tradens podría repetir su prestación mediante la *condictio sine causa*.

c) Cuando la prestación podía haber obedecido también a una causa que hubiera dejado de existir, en cuyo caso procedía, también, la *condictio sine causa*.

d) Finalmente, otro supuesto, en el Derecho romano sería el del acreedor que después de haber recibido el pago íntegro, retuviera en su poder el título de la deuda, en cuyo caso podía ser obligado a restituirlo mediante la *condictio sine causa*.

En ese sentido, el tratadista Eugene Petit, es claro al afirmar que la *condictio sine causa*, cuyos precedentes no son más que variedades, terminó por ser dada en un gran número de casos en que ha habido una prestación sin causa, o por una causa que, ulteriormente, ha cesado de existir, y en donde el accipiens se encuentra enriquecido a costa ajena²⁴.

En vista de que esta acción, podía ser ejercida por un deudor obligado sin causa, para obtener su liberación, por el propietario de una cosa contra el que la ha consumido de buena fe y en otras varias hipótesis, se puede afirmar que esta figura se asemeja o es el antecedente más remoto de la institución jurídica del enriquecimiento sin causa que se conoce en la actualidad.

²⁴ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano* (México: Editorial Porrúa, 2007) <https://drive.google.com/file/d/1VDZZmCjGpWrqcFPKv2uaZ4zzXp73QDxL/view>.

La *condictio sine causa* podía derivar, durante la época clásica, sea del mutuo, del *contratolitteris* o de la estipulación, contratos todos ellos de derecho estricto, sea de una adquisición sin causa realizada por una persona a expensas de otra, en cuyo caso podía funcionar, ya como *condictio certa rei* o como *condictio incerti*.

Ahora bien, la *condictio* que sancionaba el enriquecimiento sin causa funcionaba normalmente como *condictio incerti* ya que con ella no se reclamaba un objeto determinado, sino el aumento patrimonial que injustificadamente experimentara la persona contra quien se intentaba.

En el Derecho romano, si se promovía la *condictio incerti* para la repetición de un esclavo entregado sin causa, podía exigirse, aparte del esclavo, cualquier otro beneficio obtenido por quien lo hubiera tenido en su poder, como sería una herencia recibida por el siervo.

Según el autor José Manuel Caramés Ferro, la teoría del enriquecimiento sin causa fue ampliamente admitida por los jurisconsultos del fin de la República romana, los llamados *veteres*, contemporáneos de Quintus Micius Scaevola, probablemente bajo la influencia de las enseñanzas de la filosofía griega. Su opinión fue aprobada, por Sabino, Celso, Ulpiano y para Marciano la obligación de restituir las cosas que se ponen en virtud de una causa injusta descansaba sobre el *ius gentium*, lo que equivalía a decir que era una obligación legal, no contractual ni cuasi contractual.

Los jurisconsultos de la época imperial, más o menos por el tiempo de Adriano o de Trajano (especialmente Celso y Aristón), habrían completado el sistema, haciendo reconocer para el caso en que el enriquecimiento hubiera consistido en algo incierto, como sería un hecho realizado en beneficio de otro,

la remisión de una deuda o la constitución de un derecho real, una medida análoga a las anteriores, a la que se dio el nombre de *condictio incerti*.

Vale la pena mencionar que Celso, Aristón y otros juriconsultos romanos de la época, no llegaron antes de Justiniano a construir un sistema fijo e invariable de la *condictio*, fue este último quien introdujo en esa materia ciertas innovaciones, las cuales recayeron sobre dos puntos principales: El primero, en la extensión del área de la *condictio* y el segundo, en la clasificación y separación de los distintos casos de condiciones que sancionan el enriquecimiento injusto.

La extensión del área de la *condictio* se llevó a cabo mediante la creación de la *condictio generalis* y de la *condictio ex lege*. La *condictio* se había limitado, hasta entonces a sancionar ciertos contratos (estipulación, contrato *litteris*, mutuo). Justiniano decidió que ella serviría de sanción, en adelante, para todos los créditos establecidos por una ley, sin indicación de acción, fue la *condictio ex lege*.

Además, introdujo que la *condictio* pudiera reemplazar a todas las acciones personales, si el demandante prefiriera servirse de ella.²⁵

La segunda reforma de Justiniano consistió en clasificar y separar los diferentes casos de *condictiones* que sancionaban un enriquecimiento injusto, con lo que se limitó a consagrar y acentuar la evolución que antes de él comenzaría a hacerlo la jurisprudencia. Esas *condictiones fueron*: 1), la *condictio*

²⁵ Por ejemplo, si a un vendedor se le debía el precio de venta, en lugar de demandar por la acción *venditi*, de buena fe, podía, si así lo prefería, valerse de una *condictio certae creditae pecuniae* pero para ello era necesario que él estimara, por su cuenta y riesgo, el monto de la demanda, con el peligro de incurrir en *plus petitio*, y el juez debía, como en todas las acciones de *derecho estricto*, concederle todo lo que reclamaba, o nada.

*furtiva*²⁶; 2), la *causa data causa non secuta*²⁷; 3), la *ob turpem causam*²⁸; 4), la *ob iniustam causam*²⁹; 5), la *indebiti*³⁰; 6), la *sine causa* en sentido estricto³¹.

De esta clasificación de las acciones para los casos de enriquecimiento ilícito, se puede advertir que la *ob turpem causam*, la *ob injustam causam* constituyen los antecedentes principales de la figura del incremento patrimonial injustificado regulado en materia de extinción de dominio.

Además de las condiciones, el Derecho romano disponía de la *actio in rem verso*, mediante la cual se demandaba al pater hasta la medida del enriquecimiento o ventaja que hubiere obtenido del negocio celebrado por el filius, pues los hijos podían hacer al pater acreedor, pero no deudor.

También pueden señalarse algunas normas del Código de Justiniano que contemplan soluciones a enriquecimientos injustos puntuales y concretos, siendo las siguientes:

Código del Sacratísimo Príncipe Señor Justiniano, Libro Cuarto de la segunda edición, Título XXVI ("Del negocio que se dijere haberse hecho con el

²⁶ Se daba en favor del propietario robado y en contra del ladrón que le robó. El objeto de la reclamación era el valor de lo robado, ya que la cosa robada, tratándose de dinero o de cosas consumibles, no era susceptible de ser reclamada mediante una *reivindicatio*. Ante la imposibilidad de ejercitar la *reivindicatio* del objeto robado, cabía ejercitar una *condictio furtiva*.

²⁷ En derecho romano era una acción (" *condictio* ") para la recuperación de una transmisión de propiedad, cuando el propósito de la transmisión había fracasado.

²⁸ La acción basada en una causa ilícita o inmoral

²⁹ La acción en contra del enriquecimiento ilícito que resultaba de un delito o de un acto prohibido por la ley.

³⁰ Acción para la repetición de lo pagado por error

³¹ Acción tendiente a la restitución aun siendo lícito el objeto.

que está en ajena potestad o de la acción de peculio o de si algo se hubiere hecho por orden o convertido en provecho de otro”), Ley Nro. 3, dada por el Emperador Antonino, Augusto, a Artemon: “Aunque si no mandándolo, ni ordenándolo, ni suscribiéndolo su señora hubieses dado dinero en mutuo a un esclavo de Prisca, sin embargo, si esta cantidad se invirtió en justos gastos para cosa de su señora, demándala ante su propio juez con la acción de lo que se convirtió en su provecho, habiendo de conseguir tú conforme a derecho lo que hubiere resultado que se te debe”.

Mismo Libro y Título anterior, Ley N° 12. De los Emperadores Diocleciano, Augustos y Césares, a Victor: “En el Edicto perpetuo se declara, que el señor no se puede obligar por medio de su esclavo y que a los acreedores de éste se les da solamente la acción sobre el peculio, (deducido, por supuesto lo que naturalmente debe el esclavo a su señor) o la de lo que se convirtió en su provecho, si se probara que algo se invirtió en cosa del mismo”.

5.2. El enriquecimiento sin causa en las principales legislaciones civiles de los siglos XIX y XX

El Código civil francés, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804, conocido como código Napoleónico o código de Napoleón, aún y cuando es uno de los más conocidos códigos civiles del mundo y uno de los textos legales más influyentes de la historia, no contempla expresamente en ningún artículo el enriquecimiento sin causa. Al respecto, no contiene más que simples aplicaciones de la idea de que está prohibido enriquecerse injustamente a expensas de otro, habiendo desarrollado la jurisprudencia el principio de la acción de in rem verso.

Los Códigos Civiles del siglo XIX llevaban imbibida una gran carga de individualismo y no acogieron el principio del enriquecimiento sin causa en parte por el temor a no dar seguridad jurídica a los inversores, el liberalismo económico y el individualismo social.

Desde una perspectiva liberal e individualista se consideraban herramientas peligrosas el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la lesión, las nulidades implícitas. Por ello los Códigos del siglo XIX no receptaban como principio general el enriquecimiento sin causa, sino que sólo contenían algunos supuestos puntuales de él.

En el siglo XX, los Códigos dejan de lado muchos de los dogmas individualistas y adoptan una concepción solidarista y de contenido social, cítese por ejemplo los códigos alemán, suizo, italiano, japonés, soviético y mexicano, muchos de estos, receptan expresamente el enriquecimiento sin causa. Al respecto, las legislaciones de raíz germánica, receptaron con carácter general y expreso la *condictio sine causa*; ello se evidencia en el Código civil alemán cuyo artículo 812 establece: “Quien, por prestación de otro, o de cualquier otra manera a costa de éste obtiene algo sin causa jurídica, está obligado frente a él a la restitución”.

De la misma manera se puede citar el texto del art. 62 del código suizo, que señala: “El que, sin causa legítima, se enriquece a expensas de otro, está obligado a la restitución”.

Por otro lado, el código civil italiano de 1942 recoge con carácter general esta figura en su art. 2.041, que establece: “Quien, sin justa causa, se ha enriquecido en perjuicio de otra persona está obligado, en los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última la correlativa disminución patrimonial”; sin embargo, la acción de enriquecimiento tiene en él un carácter

subsidiario, no siendo ejercitable cuando el perjudicado puede utilizar otra acción para conseguir la reparación del perjuicio sufrido³².

En resumen, se reconocen cuatro 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 hace una breve referencia a estos elementos:

- i) Enriquecimiento: El primer elemento se refiere a la existencia de un enriquecimiento, y esto se da 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 equivalente. Como afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, —incrementar es aumentar, crecer, y referido al patrimonio económico significa inequívocamente sumar bienes al activo o restar deudas u obligaciones al pasivo.³³
- ii) Empobrecimiento: 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

³² Marcelo J. López Mesa, “El Enriquecimiento sin causa en el Derecho actual. (las posibilidades y los límites de un instituto controversial)” (2009) <https://core.ac.uk/download/pdf/61901429.pdf>

³³ Caty Vidales Rodríguez, El Delito de Enriquecimiento Ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparativa, (Estados Unidos, 2008) 53-60

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.

- iii) Relación causal entre el enriquecimiento y un empobrecimiento: La doctrina civilista establece como tercer requisito de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa, la comprobación de una “relación de causalidadll entre el enriquecimiento y el empobrecimiento”.; es decir, que entre ambos fenómenos debe existir una correlación o correspondencia, un vínculo de conexión que es fácil de apreciar.³⁴
- iv) Causa ilícita (sin justa causa): 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 institución.

5.3. El enriquecimiento ilícito en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción

³⁴ Rafael Núñez Lagos, El enriquecimiento sin causa en el Derecho español, (España: 1934) 124

El delito de enriquecimiento ilícito ha adquirido una dimensión internacional sin precedentes, puesto que ha sido previsto e impulsado en varios convenios internacionales sobre la corrupción.

5.3.1. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC,) es el primer documento multilateral que trata el tema del enriquecimiento ilícito o injustificado y fue adoptado por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 29 de marzo de 1996 entrando en vigor desde el 6 de marzo de 1997.

La magnitud de los casos de corrupción y sus consecuencias en los países miembros de la OEA y la necesidad de establecer mecanismos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción, se convirtió en los primeros años de la década de los noventa en un tema crucial para estos países. En una etapa inicial que va de 1992 a 1994, fue el Comité Jurídico Interamericano, el primer órgano dentro de la OEA, que planteó la necesidad de analizar los problemas jurídicos que presentaba el fenómeno de la corrupción. A raíz de ello y de una propuesta presentada por Chile, la Asamblea General adoptó en 1994 la Resolución titulada “Probidad y Ética Cívica” mediante la cual se resolvió instruir al Consejo permanente a que estableciera un Grupo de Trabajo para que estudiara el tema de la probidad y ética cívica. Este grupo se encargaría de recopilar y estudiar las legislaciones nacionales vigentes en materia de ética pública; analizar las experiencias de control y fiscalización de las instituciones administrativas existentes; hacer un inventario de los delitos que tienen relación con la ética pública configurados en las normas nacionales y elaborar recomendaciones

sobre mecanismos jurídicos para controlar dicho problema con pleno respeto a la soberanía de los Estados miembros³⁵.

En la Primera Cumbre de las Américas, celebrada en la ciudad de Miami del 9 al 11 de diciembre de 1994, los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes firmaron una Declaración de Principios titulada “Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad: Democracia, Libre Comercio y Desarrollo sostenible en las Américas” donde se reconocían que la democracia efectiva requiere que la corrupción sea combatida de forma integral, toda vez que constituye un factor de desintegración social y de distorsión del sistema económico que socava la legitimidad de las instituciones políticas³⁶.

En ese sentido, los Jefes de Estado y de Gobierno diseñaron un Plan de Acción en el que se incluyó una serie de medidas para fortalecer la democracia, fomentar el desarrollo, lograr la integración económica y el libre comercio, mejorar la vida de sus pueblos y proteger el medio ambiente para las generaciones futuras y dentro de las acciones para la preservación y el fortalecimiento de las democracias de las Américas, se previó la lucha contra la corrupción. En ese tema, los gobiernos se comprometieron a adoptar una serie de medidas sobre conflictos de intereses para los empleados públicos, contra el enriquecimiento ilícito y la imposición de sanciones rigurosas a aquellos que utilicen sus cargos públicos en beneficio de intereses particulares.

³⁵ Resolución aprobada en la décima sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 1994, AG/RES. 1294 (XXIV-0/94). En contenido de la Resolución puede encontrarse en la web de la OEA. <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1294.htm>

³⁶ “Cumbres de las Américas, Primera Cumbre de las Américas, Miami, Florida, E.E.U.U., 9 al 11 de diciembre de 1994, acceso el 3 de mayo de 2021.” http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html

La Asamblea General de la OEA, encomendó al presidente del Grupo de Trabajo sobre Probidad y Ética Pública que preparara un Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción, con base en la propuesta presentada por el Gobierno de Venezuela en diciembre de 1994 y en las observaciones que al respecto formularan los Estados miembros. Además, resolvió encomendar al Comité Jurídico Interamericano que emitiera sus observaciones al Proyecto de Convención que finalmente prepararía el Grupo de Trabajo, convocando a un periodo extraordinario de sesiones con la intervención de los miembros del equipo de trabajo, los del comité jurídico y expertos gubernamentales con la finalidad de elaborar el texto de Convención definitivo.

Después de varias reuniones del Grupo de Trabajo en las que tras arduas negociaciones se buscó fórmulas de consenso, se aprobó el Proyecto de Convención que sería la versión definitiva sobre la que trabajaría la Conferencia Especializada que adoptó la Convención.

La Conferencia especializada, convocada de conformidad con el párrafo 8 de la Resolución AG/RES. 1346 (XXV-O/95) de la Asamblea General, de 9 de junio de 1995, se celebró en Caracas del 27 al 29 de marzo de 1996 donde los representantes de cada uno de los países miembros de la OEA adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En la actualidad, casi todos los Estados miembros de la OEA han ratificado la Convención y otros se han adherido a ella.

La Convención tiene dos objetivos o propósitos. El primero de ellos, relacionado con las acciones internas que cada uno de los Estados parte debe realizar para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. El segundo objetivo es de naturaleza internacional y se refiere a las medidas que tiendan a promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de

asegurar la eficacia de las medidas y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra legislado en su artículo 9, que dispone: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”.

De la totalidad de países que han ratificado o se han adherido a la CICC, sólo dos han presentado declaraciones interpretativas al art. 9 que regula el enriquecimiento ilícito. Por un lado, Canadá consideró que lo previsto en este artículo obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de dicho Estado, por lo que no aplicará el artículo en mención. Por otro lado, Estados Unidos de América, reconoce la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos por lo que cuenta con leyes penales para impedir o castigar tal conducta, las cuales obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras veraces, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones de naturaleza penal.

Sus leyes también prevén el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, en su opinión, tal como está configurado el delito de enriquecimiento ilícito en el art. 9 de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo que es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de ese Estado. Por lo tanto, Estados Unidos de América entiende que no se considera obligado a establecer un nuevo delito de enriquecimiento ilícito.³⁷

5.3.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

En diciembre del año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció la necesidad de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por lo que se pidió al Secretario General que constituyera un grupo intergubernamental de expertos para que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación del futuro instrumento jurídico contra la corrupción³⁸.

El texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se negoció durante siete sesiones del Comité especial encargado de negociar una Convención contra la corrupción, estas sesiones fueron celebradas entre el 21 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003 y en estas se discutieron temas relevantes sobre la regulación del incremento patrimonial injustificado que se

³⁷ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 o Convención De Mérida, suscrita el 10 de diciembre de 2003 y ratificada el 20 de mayo de 2004, publicada en el D.O. N° 119, Tomo N° 363, del 28 de junio de 2004. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>

³⁸ Naciones Unidas, quincuagésimo quinto periodo de sesiones, resolución aprobada por la Asamblea General (A/55/593) (Naciones Unidas: 2001)

recogen en las legislaciones sobre la materia, por lo que brevemente se comentan a continuación los aspectos más relevantes de las sesiones.

En el primer periodo de sesiones celebrado en Viena del 21 de enero al 1 de febrero de 2002, se inició el examen del texto del art. 25 del Proyecto de la Convención sobre el enriquecimiento ilícito. Las propuestas presentadas con anterioridad al primer periodo de sesiones por México, Colombia, Turquía y Filipinas, a las que se sumaron las presentadas en el periodo de sesiones por parte de Malasia y Sudáfrica, pueden resumirse en el hecho de que todas incidían en la necesidad de que los Estados Parte adoptaran las medidas legislativas y de otra índole para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito o el incremento patrimonial con significativo exceso respecto de los ingresos legítimos; este enriquecimiento debía realizarse de forma intencional, los destinatarios de la norma serían los funcionarios públicos, el periodo durante el cual se debía producir el incremento era el tiempo que el funcionario estuviera en el ejercicio de sus funciones y que el incremento patrimonial no pueda o no fuera razonablemente justificado.

En este periodo de sesiones, las intervenciones de los representantes de los países participantes estuvieron centrados en torno a dos temas, el primero relativo al carácter que debía tener la regulación del enriquecimiento ilícito en el texto de la Convención y el segundo, respecto al tema de la inversión de la carga de la prueba.

Con relación a la primera temática, algunas delegaciones propusieron que este artículo tuviera un carácter menos vinculante y se desplazara al capítulo relacionado con las medidas preventivas, de forma tal que los Estados pudieran adoptar las medidas administrativas que correspondieran al concepto de

enriquecimiento ilícito que se plasmaba en el artículo 25 del Proyecto de Convención.

En contraposición a esta propuesta, otras delegaciones preferían que el artículo se quedara en sede de las penalizaciones o criminalizaciones por el efecto vinculante y la eficacia que podría tener al considerarlo dentro de las medidas de naturaleza penal. Una propuesta intermedia fue realizada por el delegado pakistaní quien planteó la posibilidad de que la penalización del enriquecimiento ilícito fuera facultativa, para evitar precisamente conflictos con el derecho interno de cada país.

El otro tema de debate estaba relacionado a la opinión de que incluir como elemento de delito, que el funcionario no pueda razonablemente justificar su enriquecimiento suponía introducir el concepto de inversión de la carga de la prueba, lo que planteaba problemas de índole constitucional, además de presentar dificultades en el orden penal. Por ello, algunas delegaciones solicitaban que se modificara el contenido del artículo. Sin embargo, se aclaró que el concepto incorporado en la mayoría de las propuestas se refería a las normas de evaluación de la prueba y no al cambio de la carga de la prueba.

En el seguimiento a la resolución de este punto, en el tercer periodo de sesiones celebrado en Viena del 30 de septiembre al 11 de octubre se presentaron dos propuestas, que no se debatieron, por parte de Argelia y Argentina, que en esencia vienen a reproducir los elementos principales de las propuestas anteriores. Cabe resaltar, sin embargo, que la propuesta presentada por Argentina recoge, en alguna medida, la propuesta de la delegación paquistaní en el sentido de que la tipificación de este delito estuviese condicionada al cumplimiento de una cláusula de salvaguarda.

En este sentido, el texto propuesto por este país disponía tres aspectos:

1. “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte adoptarán [considerarán la posibilidad de adoptar] las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el enriquecimiento ilícito o el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

2. Entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el delito de enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en la presente Convención en relación con este delito [, en la medida en que sus leyes lo permitan». El representante de Argentina, subrayó que los miembros del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe consideraban de suma importancia encontrar una manera, a pesar de las dificultades que ello conlleva, de incluir en el Proyecto de Convención una disposición sobre la penalización del enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos³⁹. A pesar de ello, la delegación de la Federación Rusa, la de los Estados miembros de la Unión Europea y otras delegaciones expresaron que mantenían su opinión respecto a que este artículo debía ser suprimido.

En el quinto periodo de sesiones, el grupo oficioso de trabajo, presentó una propuesta considerablemente más escueta que las contenidas en los dos Proyectos presentados anteriormente³⁴. Así, el texto del art. 25 disponía: “Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento

³⁹ Informe del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción sobre su tercer período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de septiembre al 11 de octubre de 2002, 26 de noviembre de 2002, A/AC.261/9

jurídico, cada Estado Parte adoptará (considerará la posibilidad de adoptar) las medidas necesarias para tipificar como delito en su legislación, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, un incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Al respecto a la naturaleza obligatoria o facultativa del artículo, el grupo de trabajo opinó que debía ser el Pleno quien decidiese este aspecto, por lo que en el texto del artículo se proponían ambas fórmulas: por un lado, “adoptará”, y por otro lado, “considerará la posibilidad de adoptar”. En cuanto al contenido, se suprimió la “o” entre enriquecimiento ilícito e incremento patrimonial, porque el grupo consideraba que podía implicar erróneamente que el enriquecimiento ilícito y un incremento significativo del patrimonio que no pudiera justificarse eran dos delitos diferentes, pese a que la segunda frase era en realidad una definición del término enriquecimiento ilícito.

También se mantuvo la palabra “significativo”, en tanto que reflejaba la práctica vigente en una serie de Estados y proporcionaba una mayor garantía en cuanto a evitar que las disposiciones del artículo se aplicaran de manera poco razonable. A pesar de ello, el grupo de trabajo era de la opinión que podía suprimirse si el Pleno consideraba que un grado limitado de enriquecimiento era condenable.

Por otro lado, se suprimió la frase “durante el ejercicio de sus funciones”, dado que era posible que un funcionario tuviera ingresos legítimos que no provinieran del ejercicio de sus funciones.

En el sexto periodo de sesiones , el Comité especial aprobó provisionalmente el art. 25 del Proyecto de Convención en el que se dispone: “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”.

Durante el séptimo periodo de sesiones, celebrado en Viena del 29 de septiembre al 1 de octubre de 2003, el Comité Especial examinó y aprobó el Proyecto de Convención que sería el que finalmente se presentara para su aprobación por parte de la Asamblea General. En este periodo de sesiones, las deliberaciones sobre el contenido del art. 25 que regula el enriquecimiento ilícito se basaron en el texto refundido aprobado en el sexto periodo de sesiones.

Finalmente, el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobado por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, constituyendo así el primer acuerdo que vincula a todos los Estados miembros para hacer frente a la corrupción.

La Convención tiene como objetivo promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos y se basa en cuatro pilares: prevención, penalización, cooperación internacional y recuperación de activos.

La CNUCC, desde su Preámbulo expuso la preocupación de los Estados Parte, reconociendo que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley y lo definió en el Art. 20 de dicha Convención

como el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él, haciendo un llamado a que con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considere la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, dicho enriquecimiento ilícito⁴⁰.

Del texto de la Convención se desprende que no todas sus disposiciones tienen el mismo rango de obligación para los Estados Parte. Así, hay disposiciones obligatorias que consisten en obligaciones de legislar, las facultativas y aquellas medidas que los Estados Parte deben considerar o procurar aplicar. Por un lado, para las disposiciones obligatorias, la Convención emplea la expresión «cada Estado Parte adoptará», por lo que los Estados Partes, dentro de lo establecido en la Convención, deben adoptar la respectiva disposición obligatoria. Por otro lado, para las disposiciones opcionales o facultativas, la Convención emplea el término «podrán adoptar». Pero hay otro tipo de obligaciones que están en un punto intermedio entre las obligatorias y las facultativas. Para estas obligaciones la Convención utiliza las expresiones como «considerarán la posibilidad de adoptar» o «procurarán», lo que significa que se insta a los Estados a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una

⁴⁰ Al respecto, el artículo 20 de la CNUCC establece:

“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”.

medida específica y a que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico.

En virtud del mecanismo de seguimiento previsto en el art. 63 de la Convención, cada Estado se comprometió a proporcionar a la Conferencia de los Estados Parte información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de los Estados Parte. En la última Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción celebrada en Viena en junio de 2014, el Grupo de Examen de la Aplicación informó, en parecidos términos como ya lo había hecho en ocasiones anteriores, que entre las razones internas de no tipificar como delito el enriquecimiento ilícito se encontraban, entre otras, limitaciones constitucionales, en particular en relación con el principio de la presunción de inocencia; las características propias del ordenamiento jurídico, en particular las relativas a la carga de la prueba; particularidades de la legislación interna no previstas en el artículo 20 de la Convención; la aplicación, y posible superposición de leyes vigentes, como la legislación fiscal y contra el blanqueo de dinero, a casos de enriquecimiento ilícito. Así, por ejemplo, dentro de los países de nuestro entorno geográfico, Austria considera que la incorporación del art. 20 de la Convención daría lugar a problemas constitucionales y sería contraria a los principios consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que goza de rango constitucional en ese país.⁴¹ Suecia consideró penalizar el enriquecimiento ilícito pero no puede aplicar el art. 20 de la Convención porque éste en la práctica supone invertir la carga de la prueba en el acusado, lo que es

⁴¹ NU, Grupo de Examen de la Aplicación, Quinto período de sesiones, Viena, 2 a 6 de junio de 2014, Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resumen, Nota de la Secretaría, Austria, 4 de abril de 2014, CAC/COSP/IRG/II/3/1/Add.11, p. 4.

incompatible con la presunción de inocencia que se aplica en el ámbito penal de ese país. Italia informó que examinó y descartó la posibilidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito debido a la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano.

CAPITULO II

ANALISIS COMPARATIVO DE NORMAS SOBRE EL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

Sumario: 2.1 Consideraciones generales acerca del Incremento Patrimonial no Justificado. 2.2. Definición de Incremento Patrimonial no Justificado. 2.2.1. Concepción patrimonialista del Incremento Patrimonial no Justificado 2.2.2. Concepción tributaria del Incremento Patrimonial no Justificado. 2.3. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Constitución de la República. 2.3.1. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. 2.4. El enriquecimiento ilícito en el Código Penal salvadoreño. 2.5. El Incremento Patrimonial no Justificado en materia de extinción de dominio. 2.5.1. La causa ilícita como elemento habilitante del Incremento Patrimonial no Justificado en Extinción de Dominio. 2.5.2. El incremento patrimonial no justificado en la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita y en la jurisprudencia salvadoreña.

En este capítulo se aborda el instituto del incremento patrimonial no justificado desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, a partir de una concepción patrimonialista y tributaria para posteriormente conceptualizar el instituto del enriquecimiento ilícito en la Constitución de la República y la legislación secundaria civil y penal así como el incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio, exponiendo las similitudes y diferencias de este instituto jurídico en relación al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos de naturaleza constitucional, con el objetivo

de destacar la finalidad específica del incremento patrimonial no justificado en tanto sirve de instrumento contra el acrecentamiento patrimonial que no guarda relación con las fuentes de ingreso conocidas de una persona, al acreditarse que el origen de dicho incremento no corresponde con fuentes lícitas, dando vigencia al principio de que nadie puede obtener provecho de su propio acto ilícito, el cual a diferencia de los principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico o de otros principios jurídicos positivos que se recogen expresamente en los textos normativos, es una generalización jurídica que se forma a partir de varias disposiciones jurídicas correspondientes a las distintas ramas del derecho positivo salvadoreño.

2.1. Consideraciones generales acerca del incremento patrimonial no justificado

Se entiende por patrimonio, el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica⁴² así como el conjunto de bienes o riquezas que le corresponden a una persona, siendo dos aspectos sus características esenciales, cuales son la pecuniariedad y la universalidad. La primera se centra en la capacidad de ser valorado pecuniariamente, mientras que la segunda se refiere a su concepción como un todo. En sí, el patrimonio puede conceptualizarse como aquel conjunto de derechos y obligaciones que ejerce como titular una persona, cuyo carácter esencial es justamente la susceptibilidad de ser valorado económicamente.

Los elementos constitutivos del patrimonio son tanto los bienes, derechos o créditos, como las obligaciones que posea una persona, su conformación se

⁴² Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, (Argentina: 21ª edición, editorial Heliasta, 1993)

compone entonces de aspectos positivos y negativos, los cuales se encuentran en constante variación.

En ese sentido, el doctrinario Calvo Vérguez sostiene que se consideran ganancias o pérdidas patrimoniales aquellas variaciones en el valor del patrimonio, con ocasión de cualquier alteración material en la composición de éste, salvo que por ley, se clasifiquen como rendimientos y por tanto su generación se origina al efectuarse sobre variaciones reales y no sobre meras plusvalías latentes, además, de que se proyectan sobre cualquier manifestación de riqueza, incluidas aquellas de origen desconocido, como lo es la ganancia de patrimonio no justificada⁴³.

Desde esta perspectiva, para que surjan estas ganancias o pérdidas de patrimonio, debe necesariamente existir una alteración real en el patrimonio, que normalmente se materializa por medio de los incrementos o disminuciones que se generan a través de la transferencia de bienes y/o derechos, imputándose temporalmente su realización al periodo en que tenga lugar dicha transferencia y consecuente alteración.

Las alteraciones en la composición patrimonial se concretan mediante la realización de cualquier acto, hecho o negocio, en general cualquier actuación que implique una transferencia de ese patrimonio.

Desde el punto de vista tributario, la referencia de ganancia o pérdida viene dada por el valor tasado a la transferencia de los bienes o derechos transados, y el cual en la mayoría de los casos se encuentra condicionado a dos elementos:

⁴³ Juan Calvo Vérguez, La tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el IRPF (España: Editorial Arazandi,2012)21-23

el primero, relacionado con el importe real por el que la transferencia se hubiere efectuado, sea el efectivamente satisfecho, alguna parte de la doctrina lo denomina como “*valor de transmisión*”; y el segundo, la deducción sobre este importe real, de los gastos y tributos inherentes a la transferencia y que hubieren sido asumidos por el vendedor, también conocido como *valor de adquisición*, siendo la operación matemática correcta para llegar a la definición de pérdida o ganancia, el valor de transmisión menos el valor de adquisición.

En aquellos casos en los cuales no mediare una transferencia de bienes u obligaciones, pero que sí se produzca una alteración patrimonial, o sea en los casos de transmisiones lucrativas, ésta será cuantificada por el valor que corresponda, tal es el caso de la percepción de herencias, donaciones, premios de lotería, la cancelación de subvenciones e incluso indemnizaciones.

Cuando producto de esta cuantificación, surgen ganancias patrimoniales que se derivan de la alteración del patrimonio poseído, éstas consecuentemente se constituyen en expresiones de riqueza, que suponen una manifestación de capacidad económica y contributiva, siendo consideradas como rentas susceptibles de ser gravadas con determinadas imposiciones tributarias. Al respecto, no todo incremento patrimonial será considerado por el legislador como renta gravable, existirán categorías que serán explícita y voluntariamente excluidas como tal, según la legislación correspondiente.

Para efectos tributarios, cuando las transmisiones provienen de transacciones onerosas, ello supone que la adquisición del bien o derecho se gestionó con renta preexistente que debió ser declarada por el sujeto pasivo. Caso contrario ocurre con las transacciones lucrativas, donde el perceptor

solamente debe justificar tal situación⁴⁴. En cualquiera de los casos, si el titular del incremento patrimonial no logra identificar el origen de esas ganancias, tributariamente se han instaurado, instrumentos de cierre de carácter residual que habilitan el gravamen de tales rendimientos, entre estos, la figura del incremento patrimonial no justificado⁴⁵.

2.2. Definición de incremento patrimonial no justificado

2.2.1. Concepción patrimonialista del Incremento patrimonial no justificado

El doctrinario Oscar Sánchez Rojas, define el incremento patrimonial no justificado (IPNJ) desde una concepción patrimonialista, como el aumento cuantitativo en el valor del patrimonio de una persona natural o de un ente autónomo, ya sea por aumento de sus activos o disminución de sus pasivos, sin que su titular pueda acreditar fehacientemente su origen. ⁴⁶

⁴⁴ Se habla de transferencias lucrativas cuando no media contraprestación alguna de la parte favorecida, tal es el caso de la donación (*inter vivos*) o herencia (*mortis causa*), o bien los premios, subvenciones o indemnizaciones; caso contrario se denominan transferencias onerosas, porque ellas suponen una contraprestación entre las partes, ya sea de bienes o derechos, tal como sucede en la compraventa.

⁴⁵ De acuerdo a la resolución de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las catorce horas con quince minutos del día tres de diciembre de dos mil catorce, de referencia La declaración patrimonial que prevé el Art. 91 inc. 11 C.T, constituye una herramienta adicional de control y fiscalización mediante la cual se pretende recabar información que contribuya a garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y evitar la evasión fiscal en los casos en que el sujeto pasivo tenga mayor cantidad de renta o patrimonio.

El art. 91 inc. 11° del CT establece que la declaración de inmuebles debe ser utilizada por la administración tributaria para el ejercicio de sus facultades legales en general; y particularmente para la aplicación de la presunción por incremento patrimonial no justificado por el sujeto pasivo y la determinación de los impuestos sobre la renta, a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios y ad-valorem o específico, según el caso.

⁴⁶ Oscar Sánchez Rojas, El Incremento Patrimonial no Justificado, (Perú: SUNAT-INDESTA, 2013),31

De acuerdo con esta definición, se reconocen dos clases de incremento patrimonial:

a) Enriquecimiento positivo; es decir, 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 valor. 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 bien⁴⁷.

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, el cual tiene lugar cuando 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 gasto⁴⁸.

Por su parte, de acuerdo a Susy Calvo Solís, el incremento patrimonial no justificado, es la riqueza, visualizada en términos de bienes, derechos e incluso deudas inexistentes, que no guardan relación coherente con la situación tributaria plasmada en la declaración correspondiente, o sea, es la materialización del

⁴⁷ Jorge Fabrega Ponce, *El enriquecimiento sin causa* Tomo I, (Colombia: Editorial Plaza, 1ª edición, 1996), 241.

⁴⁸ Manuel Rebollo Puig, *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, (España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1995) 26.

incremento del valor del patrimonio, potencialmente traducido en renta gravable, por no justificarse con la declaración tributaria presentada por el obligado.⁴⁹

En la doctrina, suele hablarse de dos momentos esenciales en la génesis de los incrementos patrimoniales no justificados, el primero es la ocultación para efectos fiscales de todo o una parte de las rentas obtenidas, y que consiste en el ahorro paulatino de las rentas ocultadas, y el segundo momento consiste en la exteriorización de ese ahorro ocultado mediante su inversión en adquisiciones a título oneroso, que al fin consigue conocer la Administración Tributaria, y que por su origen no se hallan fiscalmente justificadas. Por ello, se sostiene que existe una relación estrecha entre renta y patrimonio cuando se aborda el tema de incrementos patrimoniales no justificados, ya que el flujo de riqueza de una persona se manifiesta en la identidad en la que el ingreso generado en un ejercicio determinado resulta ser igual a la sumatoria del consumo más la inversión realizada en el mismo ejercicio.

2.2.2. Concepción tributaria del Incremento patrimonial no justificado

Desde el punto de vista tributario, el incremento patrimonial no justificado es el mecanismo jurídico que permite determinar presuntivamente la obligación tributaria, en la medida que considera renta neta gravable el incremento cuantitativo que experimenta un sujeto en sus bienes, activos, derechos o en sus consumos o gastos en un ejercicio fiscal determinado sin que pueda determinarse de manera fehaciente, para propósitos tributarios, cual es el origen de dicho incremento.

⁴⁹Susy Calvo Solís, La aplicación del incremento patrimonial no justificado en el proceso de fiscalización tributaria costarricense (tesis de doctorado, Universidad de Castilla-La Mancha, 2019)15-27.

La detección de incrementos patrimoniales que superen ostensiblemente los ingresos obtenidos en el ejercicio gravable, permite determinar ingresos no declarados mediante el instrumento presuntivo del incremento patrimonial no justificado.

Según el doctrinario Pablo Chico de la Cámara, cuando la administración tributaria en función de sus labores de control descubre, ya sea por un procedimiento de gestión o de inspección, un bien, derecho, o incluso una deuda inexistente, incongruentes con las declaraciones del contribuyente del impuesto sobre la renta o bien, cuando afloran elementos patrimoniales ocultos, los funcionarios actuantes -de la administración tributaria- están habilitados por ley a concluir que estos son renta del periodo respecto del que se descubren⁵⁰.

En este sentido, el incremento patrimonial no justificado se concibe como la aplicación de una presunción y ésta supone la verificación de tres elementos básicos, a saber: a) Un hecho cierto, el cual es completamente demostrado y debe ser revelador del hecho presunto; b) Un hecho presunto, que nace de la deducción con el hecho cierto, mediante la aplicación de un nexo lógico o relación de causalidad, y; c) Un nexo lógico entre ambos, entendido como la relación de causalidad que se obtiene del hecho cierto para establecer el hecho presunto, y se convierte en presunciones con enlace racional incontrastable.

En el caso de la normativa tributaria salvadoreña, la forma de determinación de la obligación tributaria que surge de un incremento patrimonial no justificado debe gobernarse por los parámetros que caracterizan a las presunciones legales. De esta manera, la figura del incremento patrimonial injustificado se manifiesta como una presunción legal, es decir, a través de la ley,

⁵⁰ Pablo Chico de la Cámara, Los incrementos patrimoniales no justificados en el IRPF (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997),155-159

y por ende la administración tributaria puede realizar la determinación de la base imponible del impuesto -sobre la renta o a la transferencia de bienes y/o prestación de servicios-, estableciendo como renta un incremento en el patrimonio, cuando el contribuyente no pueda justificar su origen con los respectivos soportes documentales, de acuerdo a lo que establece el Art. 195 del Código Tributario, el cual se transcribe en sus dos primeros incisos a continuación:

“Incrementos de Patrimonio y Gastos Efectuados sin Comprobar el Origen

Artículo 195.- Los incrementos patrimoniales no justificados y los gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos, constituyen renta obtenida para efectos del impuesto sobre la renta.

En materia de impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios, los incrementos patrimoniales no justificados y los gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos se presumirá que provienen de transferencias o prestaciones de servicios gravadas omitidas de declarar en los períodos tributarios incluidos en el ejercicio comercial, cuando el contribuyente tenga por giro o actividad la transferencia de bienes o prestación de servicios afectos a dicho impuesto, en razón de lo cual la administración tributaria podrá liquidar de oficio el impuesto original o complementario correspondiente...”

En consonancia con lo anterior, el Art. 2 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (LISR), específicamente, define la renta obtenida como todos los productos o utilidades percibidos o devengados por los sujetos pasivos, ya sea en efectivo o en especie y provenientes de cualquier clase de fuente; agregando que estas fuentes pueden ser entre otras, los “incrementos de patrimonio no justificado y

gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos a que se refiere el artículo 195 del código tributario”.

En general, para poder aplicar una presunción de tipo legal, debe primero cumplirse con los requisitos o presupuestos que la misma ley exige. De acuerdo al Art. 195 CT, se puede colegir lo siguiente: A) Lo que se presume es que debe gravarse como renta obtenida, todo incremento de patrimonio que no esté debidamente justificado en la fuente que lo origina, así como todo gasto o recurso que provenga de transferencias o prestaciones de servicios gravadas omitidas de declarar; B) Debe existir prueba que demuestre que procede aplicar la presunción, y; C) Esta presunción legal admite prueba en contrario.

Es evidente, entonces, que el Art.195 CT no se aplica en forma irreflexiva o arbitraria; es decir, para llegar a aplicarse debe primero demostrarse y nunca presumir, la existencia del incremento patrimonial como tal.

En este sentido, lo único que se presume es el efecto jurídico de gravar en el impuesto sobre la renta o en el impuesto a la transferencia de bienes y/o prestación de servicios, un incremento que no se logró justificar en rentas ya declaradas, no sujetas o exentas.

De esta forma, la presunción de que todo incremento de patrimonio no justificado es gravable, nunca podrá partir de un hecho incierto o presunto, sino que la Administración Tributaria debe demostrar en forma precisa que cuenta con los medios de convicción que permitan concluir que existe un incremento patrimonial, y al ser no justificado por el sujeto pasivo, procede aplicar la presunción legal establecida en el Art. 195 CT.

De acuerdo con la jurisprudencia salvadoreña, el incremento no justificado de patrimonio se concibe como una institución jurídica en virtud de la cual se da

el tratamiento de renta gravable a los elementos patrimoniales poseídos por el contribuyente que no se corresponden con las fuentes de financiación aparentemente disponibles para adquirir tales bienes, por lo que suponen un recurso a través del cual el legislador confiere la calificación de renta actual a una renta o a rentas presuntas y pretéritas.

Las ganancias no justificadas acreditan necesariamente la existencia de unos componentes de la renta gravada, obtenidos por el contribuyente en periodos coetáneos o anteriores a las adquisiciones patrimoniales de bienes, deudas o al dinero oculto, siendo materialmente imposible adscribirlos a determinada fuente de renta. De modo que la figura del IPNJ requiere que se detecte un incremento en el patrimonio del sujeto pasivo, para que, a partir de dicho incremento no justificado, la administración tributaria esté facultada para tomar como renta gravable todas aquellas rentas, bienes o elementos patrimoniales que no se declararon, o que no se demuestre su origen; salvo que el contribuyente demuestre que los fondos para su financiamiento proceden de ingresos exentos o no gravados.

Debe tenerse en cuenta que al constituirse una presunción que admite prueba en contrario, la ley establece la posibilidad de ofrecer prueba que justifique el incremento de patrimonio como no gravable.

Para ello, antes de aplicar la norma jurídica, la administración tributaria debe trasladar la carga de la prueba al contribuyente titular del incremento y se le debe solicitar la justificación sobre el origen o fuente de tal incremento.

El requerimiento no debe dirigirse a acreditar la existencia del incremento de patrimonio, sino a conocer la fuente de recursos o de financiamiento que permitió generar ese incremento.

La finalidad del requerimiento es determinar si los argumentos y prueba documental que aporte el contribuyente justifican el incremento como rentas ya declaradas, no sujetas o exentas por ley.

En este sentido, en El Salvador, se observa claramente que Art. 195 del Código Tributario se aplica como un mecanismo de carácter residual, de manera tal que todas aquellas rentas ocultas de las que se desconozca su fuente son atraídas y absorbidas por esta figura tributaria, con lo cual se pretende luchar contra la evasión fiscal, procurando que ningún rendimiento imponible escape o deje de gravarse por desconocimiento de su verdadera naturaleza tributaria.

Por tanto, se trata de una cláusula tributaria de cierre, en cuya virtud se permite exigir la tributación por las rentas acumuladas en el patrimonio del sujeto pasivo, sin haber sido declaradas en su momento a los efectos oportunos. Así, se trata de una presunción iuris tantum que podrá hacer valer la Administración para que tribute una renta hasta el momento oculta, cuya existencia descubre, pero respecto de la cual el obligado tributario es incapaz de establecer su origen.

Por lo antes expuesto, en el ámbito tributario, el IPNJ se concibe como un mecanismo excepcional del que goza la Administración Tributaria con la finalidad de combatir la evasión tributaria, procurando gravar todo el rendimiento imponible, que se mantiene oculto y respecto del cual se desconoce su fuente generadora.

Ahora bien, tomando en consideración el artículo 195 incisos 1° y 4° literal a) del Código Tributario, los cuales disponen:

“Los incrementos patrimoniales no justificados y los gastos efectuados por el sujeto pasivo sin justificar el origen de los recursos, constituyen renta obtenida para efectos del Impuesto Sobre la Renta. (...)”

La atribución de los hechos generadores como resultado del incremento patrimonial se efectuará de la siguiente manera:

a) para el impuesto sobre la renta se atribuirá, en el ejercicio o período de imposición en que se determine” (...)

En ese sentido, debe señalarse que de acuerdo al artículo 12 de la LISR, la renta obtenida se determinará sumando los productos o utilidades totales de las distintas fuentes de renta del sujeto pasivo. Disponiendo el artículo 13 literal a) de la misma ley que el ejercicio de imposición para los efectos del cálculo del impuesto se computa por períodos de doce meses, que inicia el uno de enero y termina el treinta y uno de diciembre.”

Al considerar dicho incremento patrimonial no justificado, y a través de una presunción legal, la administración tributaria realiza una determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta, considerando como renta bruta un incremento en el patrimonio del sujeto pasivo, cuando este no pueda justificar su origen con los respectivos respaldos documentales.

De esta manera, al no lograr el sujeto pasivo demostrar el origen de la fuente que justifique la existencia de tal incremento y, por ende, al no poder hacer la administración tributaria una calificación o categorización del mismo, se utilizan formas de determinación de la obligación tributaria propias del tipo presuntivo. Al respecto, el artículo 184 del Código Tributario determina las bases para la liquidación de oficio del tributo, lo cual podrá realizarse a opción de la administración tributaria según los antecedentes de que disponga, siendo las siguientes:

a) Sobre base cierta, tomando en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador del impuesto y la cuantía del mismo, sirviéndose entre otros de las declaraciones, libros o registros contables, documentación de soporte y comprobantes que obren en poder del contribuyente;

b) Sobre base estimativa, indicial o presunta, en mérito a los hechos y circunstancias que, por relación o conexión normal con el hecho generador del impuesto permitan inducir o presumir la cuantía del impuesto; y,

c) Sobre base mixta, es decir, en parte sobre base cierta y en parte sobre base estimativa, indicial o presunta. A este efecto la administración tributaria podrá utilizar en parte la información, documentación y registros del contribuyente y rechazarla en otra, lo que deberá ser justificado y razonado en el informe correspondiente.

Es importante resaltar que para determinar el impuesto, la administración tributaria aplica la base cierta, únicamente en defecto de ella, es que procede a la utilización de las otras bases. Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de referencia 318-2012 del 30 de mayo de 2014, refiriéndose a la prelación necesaria en el uso de dichas bases señaló lo siguiente:

“Por regla general, la administración tributaria al determinar el impuesto busca la aplicación de la base cierta y únicamente en defecto de ella, es que procede a la utilización de las otras bases; ya que ésta se realiza con documentos que conforme a la Ley son idóneos, y por tanto permiten determinar de manera inequívoca tanto el hecho generador como la cuantía del impuesto. Lo anterior dota de seguridad jurídica tanto la actuación de la administración tributaria, como la condición jurídica del contribuyente frente al Fisco.”

En el mismo sentido, la Sala agregó que cuando las obligaciones legales no son compiladas a cabalidad por el contribuyente, genera que la información que proporcione sea incompleta. En tales casos la Administración Tributaria utiliza la base mixta, donde examina la documentación que está en poder del contribuyente y se califica la procedencia de la misma, esto es tanto de la legalidad como de la veracidad de su contenido, el anterior análisis — particularmente veracidad del contenido— se realiza mediante el cruce de información que obra en poder de los otros sujetos que participan en el tráfico comercial, así por ejemplo: los proveedores del contribuyente, los compradores, los distribuidores de los productos o servicios prestados por el contribuyente, etc. Así se tiene, que ante la posible inexactitud del contenido que refleja la documentación en poder del contribuyente, la Administración corrobora por medio de indicios si estos tienen un reflejo en el tráfico comercial que permita determinar la realidad de su contenido, y por tanto cuantificar el tributo.

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de la base estimativa, indicial o presunta, en la misma resolución, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, señaló que “la última alternativa que tiene la Administración Tributaria para liquidar un impuesto es la aplicación de la base estimativa, que procede cuando se agotan los medios de búsqueda o análisis de documentos existentes que por Ley debería poseer el contribuyente. Claro está, la aplicación de esta base conlleva la necesidad de razonar y hacerse constar la realización de todas las gestiones tendientes a la búsqueda y análisis de los documentos.

La determinación del impuesto por medio de la base o método estimativo, indicial o presunto se realiza cuando a juicio de la administración tributaria tales indicios arrojan suficientes elementos e información que hacen presumir la obtención de ingresos por diversos conceptos y que los contribuyentes a quienes se les aplica tal metodología han incurrido en omisión al no incluir dentro de sus ingresos los efectivamente percibidos. La aplicación de esta base, se deriva de la existencia de una conducta legalmente incorrecta del contribuyente que no le permite a la administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles.

Las causas que motivan la aplicación de la base indiciaria, son por regla general las siguientes —lo cual no excluye la existencia de otras—: la falta de presentación de declaraciones de parte de los sujetos obligados, o que las presentadas no reflejen la verdadera capacidad contributiva, o no permitan a la Administración computar el impuesto en datos ciertos; el cumplimiento sustancial de las obligaciones contables, o cuando los antecedentes que se suministran carecen de fuerza probatoria, y en general la negativa u obstrucción a la actuación fiscalizadora que impida realizar su cometido, entre otros.”

2.3. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Constitución de la República

El art. 240 inc. 1° 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”.

En relación a este instituto jurídico conocido como enriquecimiento ilícito debe mencionarse como antes se expuso su naturaleza constitucional y está

desarrollada en la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP), denotándose su aplicación cuando una persona por razón de su cargo -de funcionario o empleado público-, se aprovecha indebidamente de la Hacienda Pública o Municipal para acrecentar su patrimonio, resultando como consecuencia que debe restituir lo que hubiere adquirido ilegítimamente, independientemente de si se trata o no de bienes o fondos del Estado.

Además, la Constitución deja abierta la posibilidad de que existan otras responsabilidades determinadas de conformidad con la ley, entre las que puede figurar la responsabilidad penal cuando se trate de actos que constituyan delito, la responsabilidad civil cuando haya afectación a derechos patrimoniales concretos de personas determinadas o determinables y la responsabilidad administrativa cuando se transgredan normas administrativas sancionatorias.

El inciso segundo de la misma disposición establece 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”.

Al respecto de este inciso, es importante mencionar que el art. 240 Cn. no indica qué debe entenderse por aumento patrimonial notablemente superior; sin embargo, en la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de referencia 146-2014 se aporta al respecto un elemento importante que permite la correcta interpretación de este concepto indeterminado al exponer que la frase escogida por el Constituyente -aumento notablemente superior- 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 y puede 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.

Respecto del término “aumento notablemente superior”, algunos doctrinarios tales como Alfonso Izarnotegui Pinasco, refieren que se refiere a todo incremento patrimonial del sujeto, lo cual incluye incremento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto, “notoriamente superior” al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, siendo evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial de la persona.⁵¹

2.3.1. El enriquecimiento ilícito en la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos

El Art. 2 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos señala que 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

⁵¹ Alfonso Izarnotegui Pinasco, Análisis del delito de enriquecimiento ilícito, En Dialogo con la jurisprudencia N° 124, Gaceta jurídica,(2009):239.

organismos, dependencias o instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado o del Municipio. (3)

2°.- 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”

Al respecto del término “funcionario público” , debe acotarse que la ley en mención restringe el ámbito de aplicación en comparación de los cuerpos normativos internacionales que tratan sobre la corrupción; a manera de ejemplo se cita la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuyo art. 2 se 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”.

Ahora bien, el artículo 3 LEIFEP, establece que los funcionarios y empleados públicos -comprendidos en el artículo 5-, deben 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, 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 de Probidad tiene como función principal analizar las declaraciones presentadas, para determinar si existe enriquecimiento, y si este es acorde a las fuentes de ingreso declaradas al inicio y final del período en el cargo, siendo que ante las irregularidades que deriven de dicho análisis, las cuales pueden evidenciar ciertos indicios de enriquecimiento ilícito, la Sección podrá prevenir a los funcionarios examinados, a efecto de que subsanen las inconsistencias indicadas y además 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.

El análisis se realiza tomando en consideración lo establecido en el Art. Art. 7 de la Ley en mención, el cual señala 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. Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta 1o.- Sus condiciones personales; 2o.- La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3o.- La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento”.

Si del resultado de la información analizada, se determinaren indicios de enriquecimiento ilícito, la Sección de Probidad debe remitir 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 públicos justifiquen y comprueben el origen de los bienes señalados.

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.

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)

2.4. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en el Código Penal salvadoreño

El Código Penal salvadoreño regula en el artículo 333 el delito de enriquecimiento ilícito, el cual literalmente expone: “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”.

A nivel de la doctrina se concibe el enriquecimiento ilícito como un tipo penal de naturaleza subsidiaria, es decir que se aplica en defecto de los otros tipos penales que protegen la administración del Estado cuando no pueden imputárseles a los servidores públicos por falta de prueba. Por ello, los procedimientos a través de los cuales los servidores públicos se enriquecen ilícitamente son invariablemente delictivos en sí mismos, esto es así porque lo hacen a través de las acciones concerniente a los tipos penales que protegen la Administración Pública, tales como el peculado, peculado por culpa, concusión, negociaciones ilícitas, exacción, cohecho propio, cohecho impropio y malversación. Entre los autores que comparten esta posición se encuentran Sebastián Soler, Marcelo Sancinetti, Edgar Alberto Donna, Jorge Luis Villada, Jorge E. Buompadre, Erleans de Jesús Peña Ossa y Alfonso Gómez Méndez, quienes afirman que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la Administración Pública cometidos por los servidores públicos por dificultades probatorias.

Según Jorge E. Buompadre “la corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones ilícitas incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de

modo subrepticio y astuto... Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad... lo más expedito consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial”⁵²

En este sentido, vale la pena mencionar que la incorporación de este ilícito en la legislación penal salvadoreña se debió al análisis que se realizó en diferentes países de Latinoamérica acerca de la corrupción de los servidores públicos, tomando como ejemplo la situación de Argentina y América Latina en general, sobre la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente **comprobado**. Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría probar el hecho delictivo⁵³. Cuando por falta de prueba no se puede exigir la responsabilidad penal de alguno de los tipos penales que resguardan el bien jurídico de la Hacienda Pública.

⁵² Jorge E. Buompadre, *Delitos Contra la Administración Pública*, (Argentina: 1ª edición, Viera editor, 2001) pág. 339.

⁵³ Marcelo A. Sacinetti, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, (Argentina: 2000),p17-18.

2.5. El incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio

2.5.1. La causa ilícita como elemento habilitante del incremento patrimonial no justificado en extinción de dominio

La Constitución salvadoreña reconoce que el derecho al trabajo, la libertad de contratación, la libertad de empresa y la libertad económica, entre otros, constituyen la vía legítima para la adquisición de bienes y el enriquecimiento lícito de las personas. De esta manera, se concibe que el derecho de propiedad tiene como límite, la existencia de una causa lícita en su obtención, la moral, el orden público y la función social de la propiedad privada que se ejerce sobre bienes, de conformidad con el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución de la República.

Esta afirmación puede ser entendida con mayor claridad si se explica el término de causa lícita y su importancia en el tema de la adquisición legítima de bienes y el enriquecimiento lícito y viceversa, en la adquisición ilícita de bienes y el enriquecimiento ilícito.

El art. 1316 ord. 4° CC establece que para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que esta tenga una causa lícita y esta se define en el art. 1338 inc. 2° CC como el motivo inmediato que induce a contraer la obligación. De modo que, la existencia de un acto, contrato u obligación debe tener causa real y lícita (art. 1316 ord. 4° y 1338 CC).

La causa se integra por todo lo que ha sido determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esos móviles integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad o sean conocidos por la otra parte y, atendidas las

circunstancias, deban ser tenidos como fundamento de la voluntad. Por consiguiente, comprende la contraprestación que se espera del otro extremo de la relación jurídica y los fines o móviles mediatos o personales y, por tanto, eminentemente subjetivos.

Ahora bien, el concepto de causa ilícita está previsto en el art. 1338 inc. 2° CC, que la define como la prohibida por la ley o la que es contraria a las buenas costumbres o al orden público. Si se considera el carácter preconstitucional del Código Civil y la imperatividad de las normas constitucionales, se concluye que la expresión “ley” utilizada en la disposición mencionada también comprende a los preceptos contenidos en la Constitución. La adquisición de bienes con origen ilícito es un supuesto de causa ilícita debido a que los actos que la preceden constituyen actos prohibidos por la Constitución y la ley.

La realización de actos o emisión de declaraciones de voluntad con causa ilícita tendentes a adquirir, transferir o transmitir el dominio, en materia de extinción de dominio, se enmarcan dentro del supuesto de los bienes con origen ilícito. Ello significa que no se observan las normas constitutivas descritas y que la adquisición del derecho de propiedad jamás se llega a completar en la esfera jurídica del individuo. Partiendo de estas premisas, puede distinguirse entre los que podrían llamarse propietarios legítimos o regulares y aquellos que podrían denominarse propietarios putativos o aparentes. Los primeros son las personas que han logrado consolidar en su esfera jurídica el derecho de propiedad sobre un bien determinado o determinable debido a que han cumplido con todas las normas constitutivas derivadas de la Constitución y la ley para tal fin. Los segundos son los que solamente revisten la apariencia de propietarios legítimos pero que no han conseguido cumplir todas las normas constitutivas exigibles para la adquisición de la propiedad, lo cual ocurre porque solamente hay un acto

jurídico de cobertura que parecería legitimar su derecho de dominio sobre un bien específico, no obstante su carácter viciado.

Como consecuencia de lo antes señalado, el derecho de propiedad o dominio que se ejerce sobre bienes, productos, instrumentos y ganancias solamente será reconocido por el Estado como legal o tenido por lícito cuando el titular del dominio acredite que su derecho ha sido originado o adquirido a través de los medios o mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y en consecuencia, aquellos bienes que hayan sido adquiridos con capital producto de una actividad ilícita no pueden gozar de dicha protección, porque de conformidad a lo que establece el artículo 1338 del Código Civil, adolecen de causa ilícita.

En ese sentido, vale la pena mencionar de qué manera la Sala de lo Constitucional en la sentencia 146/2014-197/2017 señaló lo relativa a la causa ilícita en la figura del incremento patrimonial injustificado indicando que existe una diferencia cualitativa entre los supuestos de adquisición ilícita que permiten la extinción de dominio y los supuestos de título injusto que prevé el Código Civil. Esta diferencia descansa en que todos los presupuestos del art. 6 LEDAB exigen la existencia de actividades ilícitas, con excepción del art. 6 letra c de la misma ley, pues en tal caso la disposición indica que aun cuando el legislador no exige la constatación de que el incremento patrimonial no justificado tiene raíz en actividades ilícitas, partió de la presunción teórica de que este se produce porque quien se beneficia de él, elude sus obligaciones fiscales —lo cual constituye delito—; o porque este tiene su fuente en actividades que el individuo oculta al Estado y a la sociedad porque son ilícitas —aunque no se trate de delitos—.

2.5.2. El incremento patrimonial no justificado en la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la

Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita y en la jurisprudencia salvadoreña.

El Art. 6 literal c) LEDAB regula el incremento no justificado como presupuesto de la procedencia de la acción de extinción de dominio, señalando que este se verifica cuando se trata de bienes sobre los que no existan elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

La redacción de este literal ha sido objeto de críticas por algunos doctrinarios -entre estos Gilmar Giovanni Santander Abril- que consideran que la redacción podría dar a entender que se parte de una presunción de ilicitud del patrimonio que implícitamente conlleva una inversión de la carga de la prueba, contraria a las recomendaciones de buenas prácticas consignadas en la Ley Modelo de Extinción de Dominio y sobre todo, al sistema de garantías propio de la extinción de dominio⁵⁴.

El Juzgado Especializado en Extinción de Dominio ha establecido en diferentes resoluciones, -a manera de ejemplo, resolución dada en proceso 006-SED-2017⁵⁵- que el presupuesto establecido en el literal “C” del Art. 6 LEDAB resulta comprobarse cuando el Estado, a través de la Fiscalía General de la República, aporta al proceso la documentación probatoria suficiente sobre las fuentes lícitas de ingresos de las masas dinerarias o de la capacidad adquisitiva de una persona y a partir de la carga dinámica de la prueba, el afectado no puede demostrar lo contrario, pese a encontrarse en mejores condiciones de refutar la

⁵⁴ Gilmar Geovanny Santander Abril, Fundamentos de legitimación, objeto y límites de las causales de extinción de dominio de bienes ilícitos, (Colombia: 2018)

⁵⁵ Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, Sentencia de Extinción de Dominio Referencia: 001-SED-2014 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019)

tesis fiscal del origen de los bienes, sin que sea necesario que el Estado acredite con precisión cuál es la actividad ilícita de la que proceden los bienes⁵⁶.

En el mismo sentido, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, se ha pronunciado⁵⁷ respecto del incremento patrimonial no justificado señalando que invocar dicho presupuesto supone la exposición de que los bienes cuya extinción de dominio se persigue no son proporcionalmente correspondientes a la capacidad económica adquisitiva de quien se dice su titular y por ello, no es necesario el establecimiento de delitos precedentes ni en el ámbito de la extinción de dominio ni para el ámbito penal propiamente tal, en consonancia con lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado.

De lo antes señalado, es válido afirmar que, para acreditarse el presupuesto de incremento patrimonial no justificado, se debe definir qué se entenderá por “no justificación”, este elemento distintivo debe acreditarse de manera objetiva; es decir, utilizando elementos de convicción suficientes, los

⁵⁶ Es importante considerar que el incremento patrimonial no justificado no solo se verifica cuando se presenta un acrecentamiento patrimonial, sino también, cuando se comprueba una disminución en los pasivos que carezca de una fuente lícita, como en el evento donde se extinguen obligaciones hipotecarias o prendarias sobre los bienes gravados utilizando recursos ilícitos; sin embargo, en este último caso, este no se considera idóneo para generar bienes que puedan ser pretendidos por vía de esta causal de extinción de dominio, pero si resultará apto para reconocer el presupuesto de imposibilidad que daría lugar a la afectación de bienes lícitos por valor equivalente o correspondiente al incremento patrimonial derrochado, evento en el cual se deben invocar estas dos causales de manera concurrente para su reconocimiento.

⁵⁷ Esta afirmación corresponde al Incidente de Apelación referencia 226-EXT-DOM-2016 de las nueve horas con cuarenta y siete minutos del veintidós de diciembre de dos mil dieciséis, sentencia importante en el tema del incremento patrimonial no justificado porque se reconoce a partir de esta el criterio de que cuando el Estado invoque este presupuesto, no se debe exigir que indique una actividad ilícita precedente para dar lugar a la extinción de dominio de los bienes.

cuales comúnmente se derivan de análisis especiales de índole financiero contable⁵⁸.

Vale la pena mencionar que si bien es cierto, la acción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos y la acción de extinción de dominio tienen un punto en común, ya que con ambas acciones se limita el derecho de propiedad, es necesario tener claras las diferencias entre estos institutos jurídicos, en tanto el ámbito subjetivo de aplicación, en cuanto a la supremacía aplicativa de este instituto frente al de la extinción de dominio que persigue fines constitucionalmente legítimos pero no tiene naturaleza constitucional; así como en cuanto a las finalidades que persiguen como se expone en el siguiente apartado donde se aborda el incremento patrimonial no justificado en materia de extinción de dominio.

En materia de incremento patrimonial no justificado y enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, la sentencia 146/2014/107-2017 de fecha 28 de mayo de 2018, pronunciada por la Sala de lo Constitucional- en adelante sentencia 146/2014-brinda aportes significativos que permiten la aplicación de la legislación correcta en el caso que el afectado -titular de bienes- ostente la calidad de funcionario público (sujeto contemplado en el Art.240 Cn), aclarando que es posible entablar simultánea o sucesivamente el proceso de extinción de dominio y el de enriquecimiento ilícito.

⁵⁸ Sobre este aspecto debe aclararse que a la conclusión de no justificación de un patrimonio se puede llegar por distintas vías, ya sea, a través de estudios patrimoniales que permitan identificar el monto del incremento injustificado y desvirtuar su presunción de licitud; o por medio del análisis sobre la situación de la capacidad o actividad económica o financiera frente a un activo concreto, etc.

A partir de la sentencia aludida, se reconocen tres supuestos autónomos en los cuales se pueden conocer en ambas sedes judiciales, en atención a diferentes motivos, los cuales son:

a) Bienes diferentes al enriquecimiento ilícito

b) Diferente motivo ilícito, hecho punible o incluso incremento patrimonial- que no vincule la presunción del Art.240 Cn-

c) Fraude de ley, que constituye un incremento malicioso.

En ese sentido, cuando se trata de los mismos bienes y los mismos motivos, la sede judicial de extinción de dominio es incompetente, dado que existe triple identidad (sujeto, objeto y causa) y el presupuesto del Art. 6 literal "C" LEDAB -incremento patrimonial no justificado- se equipara al incremento que presuntivamente proviene del detrimento del erario público. (Art. 240 Cn); es decir, en vista de que la Constitución de la República prohíbe el doble juzgamiento que se manifiesta en los institutos jurídicos de la cosa juzgada y litispendencia.

Cuando se trata de los mismos bienes y diferentes motivos, también es posible que se entablen simultánea o sucesivamente los dos procesos judiciales y de igual forma si se trata de distintos bienes y mismo motivo, de acuerdo a la sentencia de inconstitucionalidad relacionada, también sería posible la promoción simultánea o sucesiva de ambas causas.

Estos supuestos han sido reconocidos por el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio en la resolución de las ocho horas con cincuenta minutos del diecinueve de febrero de dos mil veintiuno, correspondiente al proceso de referencia 026-SED-2017-4 donde se dictó una sentencia estimativa a favor del

Estado de El Salvador respecto de once bienes inmuebles y cantidades dinerarias propiedad del diputado Reynaldo Antonio López Cardoza.

A partir de lo antes esbozado, es posible identificar algunas diferencias entre el incremento patrimonial no justificado regulado en la LEDAB y el enriquecimiento ilícito regulado en la LEIFEP. Al respecto, se identifica como primera diferencia entre estas instituciones jurídicas, el ámbito subjetivo de aplicación, pues la acción de enriquecimiento ilícito es aplicable solo a los sujetos regulados en el Art. 240 Cn mientras que el literal c) del Art. 6 LEDAB es aplicable a toda persona -e incluso a los regulados en el Art.240 Cn- siempre y cuando el motivo sea diferente al que regula la LEIFEP.

En este sentido, se reconocen como únicos límites al ejercicio de la acción extintiva aquellos que se refieren a la supremacía aplicativa de la LEIFEP y al principio de prohibición de doble juzgamiento, establecido en el Art. 11 de la Constitución de la República.

En cuanto al principio de prohibición de doble juzgamiento, que se refiere a la imposibilidad jurídica de procesar a una persona dos veces por la misma causa, debe de tenerse en cuenta que existe a partir de dicho principio una doble proyección, la primera, denominada litispendencia y la segunda, el instituto de cosa juzgada. Esta situación tiene lugar cuando existe triple identidad; es decir, identidad en persona, identidad en objeto e identidad en la causa de pedir.

La identidad de la persona se observa en los procesos de enriquecimiento ilícito y de extinción de dominio cuando las mismas personas tienen la calidad de imputados y afectados a la vez; es decir, el imputado del proceso de enriquecimiento ilícito es la misma persona titular de bienes objeto de la pretensión de extinción de dominio.

En cuanto a la identidad de los objetos, esta se refiere a que en estos procesos puede haber identidad de los bienes sujetos a debate en una y otra sede judicial y finalmente, al referirse a la causa de pedir se hace alusión vía jurisprudencial en la sentencia de inconstitucionalidad 146/2014, a la existencia de "diferentes motivos" en los procesos en mención, lo cual indica diferentes actividades ilícitas que se invocan en una y otra sede, siendo que al existir motivos diferentes o incluso pluralidad de motivos, la sede especializada en extinción de dominio sería competente para conocer de bienes objeto del proceso de enriquecimiento ilícito.

Estos mismos elementos del doble juzgamiento o transgresión al principio "non bis in idem" se reconocen en las resoluciones emitidas en los procesos de hábeas corpus de la Sala de lo Constitucional de referencias 109-2018 del 30 de abril de 2018 y HC 223-2007 del 23 de junio de 2009, destacándose respecto de la causa de pedir que hay identidad en este elemento cuando existe compatibilidad del sustrato fáctico y del fundamento jurídico de dos o más procesos seguidos contra una misma persona.

El profesor Julio Maier refiriéndose a este principio, ha señalado que no obstante las diversas palabras utilizadas para definirlo, lo que pretende es proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida.⁵⁹

⁵⁹ Julio B. Maier, Derecho Procesal Penal. Fundamentos, (Argentina: Tomo I, 2da. edición, 1996) p. 368.

El doctrinario Alberto Binder sobre este punto, agrega que el riesgo de afrontar una doble condena, lo que implica una prohibición de doble riesgo de aflicción (*double jeopardy*), se yergue como un límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución. El *ne bis in idem* procesal, se configura así, como un medio técnico de contrapeso a los mayores poderes que tiene el aparato estatal para organizar la persecución. Desde esta perspectiva, la prohibición de un doble riesgo de aflicción, como límite material al *ius persecuendi* del Estado, se equipara a la prescripción, la presunción de inocencia y la carga de la prueba⁶⁰.

Lo inadmisibles no es la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla.

Al respecto del instituto de cosa juzgada, tal como se sostuvo por la Sala de lo Constitucional en la resolución de fecha 14-X- 2009, pronunciada en el proceso de Amparo de referencia 406- 2009, la cosa juzgada debe entenderse como la permanencia en el tiempo de la eficacia procesal de la decisión judicial, por lo que constituye un mecanismo para la obtención de seguridad y certeza jurídica. Por medio de ella, el ordenamiento jurídico pretende que las resoluciones de los jueces sobre los derechos de los ciudadanos queden permanentemente eficaces en el tiempo, con lo que se alcanza una declaración judicial última en relación con la pretensión planteada que no podrá ser atacada ni contradicha por medio de providencias de órganos judiciales.

De acuerdo con lo anterior, la eficacia de la cosa juzgada no tiene carácter preponderantemente interno sino externo, es decir, no se refleja tanto en el

⁶⁰ Alberto Binder, *Derecho procesal penal*, (Argentina: 1a. edición, 1993)

proceso en el que se produce, sino en un potencial proceso posterior. Por ello, sin referencia a otro proceso posterior –considerada en sí misma–, la cosa juzgada atiende únicamente a la situación de la relación o situación jurídica que en su momento fue deducida y que queda finalmente definida. En ese sentido, la cosa juzgada adquiere su completo sentido cuando se le relaciona con un proceso posterior, ya que implica la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión.

Es decir, solamente en el supuesto que el funcionario público se enriquezca ilícitamente a costa de la Hacienda Pública o del erario municipal y ese motivo fuese el único alegado en la sede especializada en extinción de dominio, existiendo una coincidencia de bienes en relación con la sede de enriquecimiento ilícito, se configuraría una doble persecución, ya que habría una triple identidad.

La segunda diferencia entre los institutos jurídicos en mención, se refiere a la supremacía aplicativa de las normas jurídicas Art.240 Cn en relación al literal c) del Art.6 LEDAB, y este criterio tiene lugar cuando exista el mismo motivo -afectación al erario público- respecto del mismo bien en ambas sedes judiciales, la que conoce de la acción de extinción de dominio y la que conoce de la acción de enriquecimiento ilícito; en ese sentido, se configurará un obstáculo o impedimento para el conocimiento de la sede especializada en extinción de dominio, puesto que la acción de enriquecimiento ilícito tiene preferencia respecto de la primera. Vale la pena mencionar que esta preferencia no se trata de una jerarquía normativa en tanto que ambos institutos poseen un asidero constitucional. Sin embargo, debe aclararse que si en el proceso judicial de extinción de dominio, la representación del Estado invoca otros motivos, fuera de la afectación al erario público sin que el afectado -titular de bienes objeto de

debate- haya hecho uso malicioso del cargo público, entonces la sede especializada en extinción de dominio se encontraría habilitada para conocer el proceso.

La tesis antes expuesta, ha sido reconocida por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en la resolución de las diez horas y cuarenta y siete minutos del veintitrés de abril de dos mil diecinueve, en la cual se expone que “en aquellos casos en los que el enriquecimiento -o incremento patrimonial injustificado- no sea a costa de la hacienda pública o municipal, los involucrados -empleados y funcionarios públicos- pueden tener calidad de afectados en el proceso de extinción de dominio. De modo tal que el parámetro diferenciador, es la afectación del erario público para la producción del incremento patrimonial del que no se encuentra explicación o justificación sostenible”.

Ahora bien, la tercera diferencia entre los institutos jurídicos enriquecimiento ilícito e incremento patrimonial no justificado -en materia de extinción de dominio- se refiere a las finalidades diferentes que persiguen, pues la acción de enriquecimiento ilícito es una acción que reprocha el ejercicio malicioso de un cargo público, con lo cual se pretende combatir la corrupción, así se ha reconocido por la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad de las catorce horas y once minutos del nueve de febrero de dos mil dieciocho, bajo la referencia 6-2016/2-2016.

Respecto del presupuesto de incremento patrimonial no justificado regulado en el literal c) del Art. 6 LEDAB, vale la pena abordar el tema de la carga probatoria, la cual se concibe dentro del derecho procesal como una agrupación de criterios a partir de los cuales puede saberse a cuál de las posiciones procesales corresponde probar los hechos controvertidos relevantes para la

decisión final del conflicto y de igual forma permite conocer a cuál de ellos ha de perjudicar la falta de prueba.⁶¹

En esta temática, la Sala de lo Constitucional enfatizó en la sentencia de inconstitucionalidad 146/2014 aludida que el literal c) del Art. 6 LEDAB impone una carga dinámica de la prueba que se refiere a la obligación que tiene el afectado de probar la licitud del origen del bien bajo su titularidad por tener mayores facilidades probatorias; en este sentido, se concibe la carga dinámica probatoria como una regla complementaria de la prueba ante la imposibilidad del Estado de conocer la fuente de prueba. Además, esta resolución aceptó como válida la presunción de incremento patrimonial injustificado en el caso de las maras o pandillas, y por ende, la inversión de la carga de la prueba tal y como se señala en el inciso final del art. 5 LEDAB, el cual literalmente señala: “Para el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efecto de la extinción de dominio”.

En el mismo sentido, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro en la resolución de las quince horas con cincuenta y tres minutos del veintidós de febrero de dos mil diecisiete, correspondiente al incidente de apelación 384-EXT-DOM-2016, ha sostenido que cuando el precepto legal que se invoca es el previsto en el Lit. c) del Art 6 LEDAB –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-; en estos casos, el quien se dice titular del bien

⁶¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 44-2011 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

sometido a la acción extintiva, quien corre en la obligación de acreditar la lícita procedencia del mismo, proporcionando para ello los elementos probatorios a través de los cuales se logre justificar en legal forma el incremento patrimonial que los bienes constituyen.

Así las cosas, la carga de la prueba en materia de extinción de dominio se afirma que es dinámica, debido a que no se vuelve una obligación procesal exclusiva de una de las partes; sino que se dinamiza porque a cada uno de los intervinientes le corresponderá determinar la afirmación que alegue, de modo que ante la existencia de los bienes no se aprecia en un primer momento la ilicitud de los mismos y al realizar un ejercicio intelectual, resulta desproporcional el valor económico de estos bienes en relación a la capacidad adquisitiva de quien se dice su titular, por lo que éste es quien se ve en la obligación procesal de acreditar la ilícita procedencia en la adquisición de los bienes por encontrarse en una mejor condición objetiva para hacerlo; es decir, para aportar el o los elementos probatorios que acrediten su hipótesis, considerando que el titular de los bienes es quien se encontrará siempre en una posición privilegiada para acreditar la relación de licitud entre su persona y el bien de que se trata.

En cuanto a los términos cargas probatorias dinámicas, principio de facilidad de la prueba, principio de colaboración probatoria o principio de solidaridad probatoria son sinónimos e implica que si dentro de la tramitación procesal se acredita que el que conocía y tenía al alcance la fuente de prueba no era el Estado, es válido que sea el afectado el que oferte y aporte la prueba lícita, pertinente, útil y conducente tendiente a demostrar que actuó dentro de los parámetros de legalidad, con prudencia y diligencia, con el conocimiento debido del cliente o no se trató de un negocio simulado, a fin de lograr que se declare una sentencia desestimativa sobre la pérdida de dominio del bien en favor del Estado.

De acuerdo al doctrinario Gian Antonio Micheli, la carga dinámica de la prueba se puede resumir en los siguientes aspectos:

El poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones y sobre el cual el juez deberá después formar su propio convencimiento.

El deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios.

La necesidad de que el juez decida en cada caso, aceptando o rechazando la pretensión⁶².

Al respecto de la carga probatoria de la representación del Estado cuando se invoca el presupuesto de incremento patrimonial no justificado, se requiere que la hipótesis fiscal se base en el desconocimiento de fuentes de ingreso conocidas de una persona, que hagan congruente la adquisición del o los bienes, lo cual se logra con el descarte exhaustivo de las fuentes de ingreso a las que pueda tener acceso el Estado, consistiendo entre otras, los informes de la administración tributaria, informes de las entidades adscritas al sistema financiero, entidades de previsión social, de cuyo análisis se derivan dos circunstancias o supuestos, en primer lugar, se configura la presunción legal establecida en el literal c) del Art. 6 LEDAB y en segundo término, se traslada la carga probatoria a la parte que representa los intereses del afectado titulares de bienes objeto de la pretensión estatal en virtud de encontrarse en mejores condiciones fácticas para acreditar fuentes lícitas de adquisición.

⁶² Gian Antonio Micheli, La Carga de la Prueba. (Argentina: Jurídicas Europa-América, 1961) Pág. 59.

Las reglas de las cargas probatorias en los procesos patrimoniales dictan que las partes deben probar sus afirmaciones, esta regla se observa de forma clara en el texto constitucional del Art. 152 de la Constitución de Colombia que señala: “En el proceso de extinción de dominio opera la carga dinámica de la prueba. Corresponde al afectado probar los hechos que sustentan la improcedencia de la causa de extinción de dominio.

La Fiscalía General de la nación tiene la carga de identificar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestran la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio y que el afectado no es un tercero de buena fe exento de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho patrimonial 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.

Cuando el afectado no allegue los medios de prueba requeridos para demostrar el fundamento de su oposición, el juez podrá declarar extinguido el derecho de dominio con base en los medios de prueba presentados por la Fiscalía General de la nación, siempre y cuando ellos demuestren la concurrencia de alguna de las causales y demás requisitos previstos en esta ley para tal efecto”.

En el mismo sentido se plasmó en el texto original de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, donde el Art. 36 establecía “corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal”. Esta redacción fue modificada en un intento de los diputados del órgano legislativo por volver inoperante y desnaturalizar por completo la institución jurídica de extinción de dominio, no logrando tal finalidad pero sí la modificación de algunas disposiciones mediante Decreto Legislativo N°754 de fecha 18 de julio de 2017

publicado en diario oficial N°137, Tomo N°418 de 24 de julio de 2017; en dicho decreto se reformó el Art. 36 LEDAB de la siguiente manera: “Corresponde a la Fiscalía General de la República probar el origen o la destinación ilícita de los bienes sujetos a extinción de dominio”.

Como se ha mencionado en párrafos precedentes, el marco probatorio para la acreditación del incremento patrimonial no justificado radica en establecer la desproporción o incongruencia económica que existe entre las fuentes de ingresos conocidos y el haber patrimonial que el Estado afirma constituir incremento injustificado y en este sentido, se requiere de una investigación financiera a fin de establecer entre otros aspectos, la situación material y financiera de la persona titular de bienes objeto de la pretensión extintiva -y en algunos casos de otros tales como testaferros-; identificar las fuentes de ingreso conocidas del o los afectados; establecer la relación entre dichas fuentes y la masa patrimonial objeto de la pretensión estatal y determinar la existencia de incremento patrimonial no justificado cuantificando el monto en período examinado.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sumario: 3.1. Conceptualización de Derechos Fundamentales 3.2. Conceptualización del Principio de Proporcionalidad. 3.2.1 Definición del Principio de Proporcionalidad 3.3. Antecedentes Históricos del Principio de Proporcionalidad. 3.3.1. Surgimiento y desarrollo del principio de razonabilidad en el Derecho estadounidense. 3.3.2. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho europeo continental. 3.4. Naturaleza del Principio de Proporcionalidad 3.5. El Principio de Proporcionalidad en el sistema constitucional salvadoreño.

Este capítulo define qué debe entenderse por derechos fundamentales y por principio de proporcionalidad, estableciendo una relación entre ambos conceptos en el derecho estadounidense, en el derecho europeo y en el derecho constitucional salvadoreño, sistemas jurídicos que acogen este principio como límite a las restricciones de derechos fundamentales, definiendo su contenido en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, concibiéndolo como “premisa esencial” que rige la actuación del Estado, con la finalidad de dar a conocer que la regla o test de proporcionalidad es aplicable en nuestro sistema jurídico salvadoreño como un parámetro de control a toda limitación de derechos fundamentales.

3.1. Conceptualización de Derechos Fundamentales

Eusebio Fernández, señala que “son derechos fundamentales unos y ciertos derechos morales que el hombre posee por su propia naturaleza, dignidad y que la sociedad, el poder político, el derecho deben proteger, sin ninguna clase

de discriminación social, económica, política, jurídica, ideológica, cultural o sexual”;³ pero además, subraya que son fundamentales porque se encuentran estrechamente vinculados con la idea de dignidad humana, sin que conformen la personalidad jurídica. Sánchez Marín, conceptualiza a los derechos fundamentales “aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.⁶³

El concepto derechos fundamentales está referido a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución.

Se reconocen como características de los derechos fundamentales las siguientes: 1) son imprescriptibles; es decir, no les afecta el instituto de la prescripción, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo. 2) Son también inalienables, esto es, no transferible a otro titular, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad, aunque se den ciertas excepciones a la misma. 3) Son irrenunciables, ya que la persona no puede renunciar a la titularidad de los Derechos Fundamentales, a diferencia, como en los casos anteriores, de lo que ocurre con los derechos en general, que son renunciables en las condiciones que las leyes establecen y 4) Son universales, entendiendo el término en el sentido

⁶³ Eusebio Fernández, Teoría de la Justicia y Derecho Humanos, (España: Debate, 1991) p.77

de que todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir, que entre las personas se da una estricta igualdad jurídica básica.

3.2. Conceptualización del Principio de Proporcionalidad

En el campo de las ciencias, el término “principio” se entiende como el punto de partida de un razonamiento, como un axioma o como verdad teórica evidente, como esencia, como propiedad definitoria, como máxima, como aforismo, etc. Esta amplitud conceptual ha dado lugar para que, en el ámbito del derecho, el término “principio” sea empleado en diversos sentidos; es decir, según la naturaleza y especialidad de cada disciplina interna.

En la teoría del derecho, concretamente en la teorización y definición de la naturaleza de la norma jurídica, se ha establecido que ésta puede manifestarse como regla o como principio puesto que no solamente las reglas son entidades normativas, sino también lo son los principios. De allí que se concibe en la doctrina moderna del derecho, fundamentalmente en el derecho constitucional y en la filosofía jurídica, que los principios constituyen normas jurídicas encargadas de ordenar, dentro del ámbito del objeto normativo, la realización de algo en la mayor medida posible según las posibilidades jurídicas y fácticas, en contraposición a las reglas que tienen mandatos determinados o definitivos que deben ser cumplidos.

Es a partir de esta diferenciación conceptual que actualmente se distingue muy claramente entre lo que significa una regla y lo que es un principio. En este sentido, mientras que la primera sigue un proceso de “subsunción”, a través del cual se determina si el hecho concreto se adecúa al supuesto fáctico que en abstracto ella describe, se aplicará la consecuencia de derecho que prevé, es decir, el mandato; caso contrario, simplemente no se aplica. En cambio, el

segundo, se manifiesta a través de un proceso de “optimización” que procura que los mandatos sean realizados en la mayor medida posible.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, es oportuno indicar que por proporcionalidad se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas.

Según el Diccionario de la Real Academia española, proporcionalidad significa “proporción”, relación o correspondencia debida de las partes con el todo, en cuanto a magnitud, cantidad, o grado: las proporciones del cuerpo etc., pero también se define en matemáticas como igualdad de dos razones.

Pedraz Penalva, ha afirmado respecto del principio de proporcionalidad: “nos encontramos con una de esas nociones jurídico- públicas amorfas, de ardua definición y, por consiguiente, de complicada determinación en sus límites operativos que, en sí misma, connota ya la duda acerca de su necesidad y, por ende, utilidad”. Así, se entiende que el principio de proporcionalidad es un concepto jurídico de ascendencia germana que aparece en la jurisprudencia constitucional de España y de casi todos los países de América Latina (además de la de otros Estados miembros de la Unión Europea y de países tales como Canadá y Sudáfrica)⁶⁴

Martinez Escudero, expresa que, “el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo,

⁶⁴ Ernesto Pedraz Penalva, Constitución jurisdicción y proceso, (España: Akal, 1990), p44

restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como un canon subjetivo de control.⁶⁵

3.2.1. Definición de Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.

El principio de proporcionalidad tuvo su origen en el ámbito penal y específicamente nace como exigencia para las medidas de seguridad, no para las penas, pues al no encontrar las medidas el límite en el principio de culpabilidad se hizo necesario acudir a la idea del principio de proporcionalidad, para evitar que estas pudiesen resultar un medio desproporcionalmente grave en comparación con su utilidad preventiva⁶⁶.

El referido principio expresado en la antigua máxima: *poene debet commensuari delicto* que se remonta a la antigüedad, solo pudo afirmarse en la época de la Ilustración con la concepción del derecho penal moderno, en donde

⁶⁵ Daniel Sarmiento Martínez Escudero, *El Control de Proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, (España: Tirant lo Blanch, 2004), 117.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. “La Ley del Más Débil”*, traducido al español por Perfecto Andrés Ibáñez, (España: Ediciones Trotta, 1999),p 398.

legalidad, certeza, igualdad y, sobre todo la mensurabilidad y la calculabilidad de las penas fueron requisitos de este principio.

En ese sentido, es fundamental distinguir entre lo que suele denominarse una concepción estricta del principio de proporcionalidad, referida tan sólo a la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito, y una concepción amplia que, bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional alemana, entiende el principio de proporcionalidad como un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientando a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, esta concepción amplia es la de interés en este trabajo.

Castillo Córdova señala que el origen del principio de proporcionalidad, se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía. Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho.

En este contexto, la doctrina concuerda en el sentido de que la denominada sentencia de las farmacias en 1958 (Sentencia BVerfGE 7, 377) es la decisión jurisprudencial pionera en aplicar, a nivel constitucional, el principio de proporcionalidad como criterio o baremo para determinar si la injerencia sobre el contenido de un derecho fundamental está o no justificada.⁶⁷

⁶⁷ L.Clérico, El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional, (Argentina: Eudeba, 2009) p. 30.

En la decisión invocada, el Tribunal Constitucional Federal Alemán analizó una pretensión constitucional dirigida contra el Gobierno de Oberbayern que había rechazado la apertura de una farmacia a un ciudadano, alegando que la creación de una nueva farmacia en dicho lugar no respondía a la exigencia del interés público, además que restringía en un 40% los beneficios económicos de las farmacias existentes en el lugar; todo esto, se

El término “principio de proporcionalidad” puede ser entendido de distintas maneras, dentro de las cuales pueden mencionarse: como principio constitucional, como método de interpretación y como control de constitucionalidad.

La proporcionalidad como principio constitucional supone una obligación general de ponderar, de sopesar las intervenciones estatales en los derechos fundamentales que se manifiestan en la fase de creación normativa, en la de aplicación de estas y en el tema de control de constitucionalidad.

La exigencia de medida en las intervenciones de Estado se encuentra unida a la idea de justicia material y en el mismo fundamento del Estado de Derecho, por ello, se afirma que la noción de proporcionalidad pertenece a la deontología del derecho, ya que impone un determinado criterio de justificación del mismo⁶⁸.

Esta primera acepción posee ciertas características como son la fundamentalidad, la generalidad y una cierta vaguedad. En cuanto a la fundamentalidad varios son los sentidos: en sentido lógico (normas de las que se derivan otras); teleológico (normas que señalan los fines o propósitos del ordenamiento); competencial (normas que atribuyen funciones a otras); jerárquica (normas que el sistema de fuentes del derecho otorgan una supremacía sobre otras, donde también se pueden incluir las normas

sustentaba en normativa administrativa vigente. El Tribunal Constitucional, para determinar la constitucionalidad de las disposiciones que la autoridad invocó para denegar la solicitud, analizó la finalidad perseguida por la medida puesta en cuestión y que restringía el derecho del demandante, concluyendo que cuanto mayor sea la afectación de la órbita individual mayor debe ser el interés público que la justifique, entre otros argumentos, que condujeron a la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.

⁶⁸ Javier Barnes Vásquez, Principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, (1998) p. 23.

competenciales); y axiológico (normas que expresan criterios éticos o políticos que resultan básicos para el sistema de convivencia o de creencias)⁶⁹

En cuanto a la fundamentación del principio de proporcionalidad dentro de un concreto sistema jurídico constitucional, se debe señalar que, si bien una doctrina cada vez más mayoritaria se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, discrepa acerca del o los preceptos constitucionales donde puede considerarse consagrado.

Esta discusión tiene como principal causa el hecho de que el principio constitucional de proporcionalidad, no se encuentra sancionado expresamente en gran parte de los textos constitucionales, entre ellos, la Constitución española y la Ley Fundamental alemana –exceptuando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 52.1) y la Constitución Europea (art. II.109.3 y 112.1) que recogen expresamente el principio de proporcionalidad-; sin embargo, pese a la falta de incorporación de este principio de forma literal, su consagración puede extrapolarse de los principios reconocidos en las constituciones modernas, entre las que puede citarse la Constitución de El Salvador.

En todo caso, parece existir un cierto consenso a nivel doctrinario en considerar que la libertad –como uno de los valores superiores del Estado de Derecho– reclama la prohibición de exceso respecto de las injerencias o intervenciones estatales y, por ende, de un juicio de proporcionalidad.

Siempre dentro del ámbito penal, existe una corriente doctrinal, en la que se destacan autores como De la Mata Barranco y Angel Torío López, la cual

⁶⁹ Luis Prieto Sanchís, La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas, en él mismo: *Lecciones de teoría del Derecho*, (España: McGraw-Hill, 1997) p. 341.

entiende que cualquier injerencia estatal en los derechos fundamentales de la persona se encuentra estrechamente ligada a su dignidad que, en último término, supone una proporcionalidad de la medida; sin embargo, esta posición tiene la dificultad de definir este valor o principio sin referencia a otros valores, derecho o libertades también reconocidos constitucionalmente. Desde esta concepción del principio de proporcionalidad en sentido estricto y, en especial, desde la perspectiva penal, desde doctrinarios como Beccaria o Lardizábal, se reconoce en la doctrina penal que este principio evoca la idea de justicia inmanente a todo derecho⁷⁰.

A manera de ejemplo a partir de esta concepción, se puede afirmar respecto del principio de igualdad, que, si bien se encuentra estrechamente relacionado con el principio de proporcionalidad, no estamos ante principios idénticos. Así, todo lo que atente contra el principio de igualdad será desproporcionado, aunque no necesariamente esto tiene que ser a la inversa, en particular, si a todos o a la gran mayoría se trata de forma desproporcionada.

En ese sentido, la discusión sobre la fundamentación del principio de proporcionalidad, refuerza la idea de que estamos ante un límite al poder del Estado inherente a las constituciones liberales.

El análisis de la validez constitucional de una norma no puede limitarse a un mero control de conformidad con las reglas formales o adjetivas, es necesario que también la materia que efectivamente se regula sea conforme a la Constitución.

⁷⁰ José Ángel Fernández Cruz, El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales, ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte Sección Estudios, Año 17 - N° 1, (2010), p. 51-99

Es por ello que, en segundo lugar, es necesario un control de constitucionalidad con un sesgo sustantivo. El control sobre el contenido o la sustancia de una norma se hace teniendo en consideración la finalidad o finalidades de ésta, y los medios empleados, y analizando la relación entre unos y otros, y su conformidad con la Constitución. Este control se conoce como la exigencia de la razonabilidad o proporcionalidad de las leyes⁷¹.

Dado que es una máxima del Derecho –el que las leyes deban guardar cierto grado de razonabilidad o proporcionalidad para ser conformes a la Constitución–, se ha elevado esta exigencia a nivel de principio constitucional. En Los Estados Unidos de América y países de Latinoamérica se suele hablar de principio de razonabilidad y en Europa continental se usa el término principio de proporcionalidad.

La segunda acepción del principio de proporcionalidad como método de interpretación, diferencia las normas jurídicas entre principios y reglas.

Las reglas operan de manera “todo o nada”, en el sentido que establece una solución concreta para el caso que prevé la norma. En cambio, los principios poseen un carácter abierto que significa que en algunos casos pueden ser tenidos en cuenta y en otros no, o en otros ordenan una satisfacción en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas⁷². Por tanto, la proporcionalidad es también entendida como una regla de interpretación. A manera de ejemplo De la Mata Barranco y Angel Torío López lo, el criterio de especialidad, superados los criterios de jerarquía normativa y cronológico, en

⁷¹ Mariano A. Sapag, El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado, Año 22 - Núm. 17 (2008) p. 157-198.

⁷² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*,(España: 2ª ed, Centro de Estudios Constitucionales, 2008) p. 133.

ocasiones no resulta suficiente para resolver ciertas antinomias, concretamente, aquellas donde no es posible establecer una relación de especialidad entre dos normas. El modo de resolver estos conflictos entre principios (válidos, pero en permanente conflicto) recibe el nombre de “ponderación, razonabilidad o proporcionalidad”.

Una regla para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, en palabras del doctrinario Robert Alexy, puede formularse de la siguiente manera: “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afección de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de otro”.⁷³ La diferencia con reglas puede formularse según Prieto Sanchís de la siguiente manera: “cuando dos reglas entran en conflicto interno, ello significa que, o bien, una de ellas no es válida, o bien, que una opera como excepción de la otra. En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre el otro⁷⁴.

La ponderación presupone el tercer de los modelos básicos de razonamiento jurídico, entendido como el razonamiento consistente en pasar de los principios a las reglas. En este tipo de razonamiento pueden distinguirse varias etapas. La primera consiste en verificar que ante una determinada situación existen principios o valores que pugnan en direcciones opuestas y que necesita algún tipo de ajuste: es decir, todos ellos no pueden satisfacerse al mismo tiempo, o no del todo. En la segunda etapa se establece una prioridad de un principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, aduciendo las

⁷³Ibíd, p.161

⁷⁴ Luis Prieto Sanchís, La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas”, en él mismo: *Lecciones de teoría del Derecho*,(España: McGraw-Hill, 1997) p.193

razones para ello. Finalmente, se construye una regla que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad.

El juicio de ponderación no debe ser visto como un sistema interpretativo alternativo a la subsunción, sino que, a juicio de parte de la doctrina de la teoría del derecho, este opera en fases distintas. Cuando existe una colisión entre principios el paso previo al juicio de proporcionalidad consiste en subsumir tanto la finalidad perseguida por la norma como la injerencia que esta comporta en el campo de aplicación de dos principios.

Así, por ejemplo, para afirmar que una pena resulta desproporcionada por representar un límite injustificado al ejercicio de un derecho, antes resulta preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en este caso, en el derecho fundamental que pretende proteger el delito y el derecho fundamental que pretende limitar. Posteriormente, superada la antinomia *prima facie* entre principios a través del principio de proporcionalidad se produce una regla que funciona como premisa previa normativa y que se aplicará a través de un proceso de subsunción y de una coherente aplicación del precedente a casos futuros semejantes.⁷⁵

Por último, el principio de proporcionalidad es entendido como un examen de constitucionalidad de las leyes. En este caso, estamos ante la aplicación concreta al campo del derecho constitucional del principio de proporcionalidad entendido tanto como una obligación de ponderar, como una regla de interpretación. La ponderación constituye un modelo de razonamiento especialmente apto en el ámbito del derecho constitucional. Cuando fracasan las reglas tradicionales de resolución de antinomias y cuando tampoco se quiere

⁷⁵ *Ibíd*, p.194

abdicar de la toma de consideración de los preceptos constitucionales en toda clase de conflictos, la ponderación parece ser el procedimiento más racional (o razonable) para justificar unas decisiones adoptadas frecuentemente con escaso respaldo normativo.

El denominado principio de proporcionalidad, a grandes rasgos, constituye un juicio de solución de conflictos entre derechos constitucionales o, si se quiere, entre verdaderos principios de rango constitucional.

El juicio constitucional de proporcionalidad entendido como prohibición de exceso o como método de interpretación para superar un conflicto entre principios, no viene determinado a priori su concreta forma y contenido y tampoco debe resultar idéntico para todos los poderes e instituciones. Por esta razón, el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio adoptado por los tribunales constitucionales comparados y avalado por gran parte de la doctrina, es una manera, no la única, de realizar este examen obligatorio de constitucionalidad.

La jurisprudencia y la doctrina suelen acudir a un variado elenco de términos para referirse al principio de proporcionalidad en el ámbito de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional española lo ha designado como “criterio”, “factor”, “regla” o “juicio” de proporcionalidad, así como, “canon de constitucionalidad”⁷⁶

De cualquier forma, es importante resaltar que independientemente de los criterios y corrientes doctrinales con los que se dota de contenido al principio de

⁷⁶ José Ángel Fernández Cruz, El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17 -N° 1,(2010): 51-99.

proporcionalidad, éste se concibe como un principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable a todo el ordenamiento jurídico; por ello, su importancia se verifica frente a todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos.

3.3. Antecedentes Históricos del Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no es un concepto jurídico de la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se reveló como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica.

Estos primeros desarrollos repercutieron más tarde en la cultura jurídica romana, en donde, según ha mostrado Franz Wieacker, el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia en el ámbito del Derecho privado. En tiempos modernos, este principio irrumpió en el Derecho público, aunado a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado y, desde entonces, no ha dejado de evolucionar y de expandirse en todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares.

El principio de razonabilidad tiene sus raíces tanto en el derecho anglosajón como en el europeo continental; su nacimiento y desarrollo se ha dado en forma simultánea pero con alcances similares en ambas tradiciones. El punto de partida consiste en analizar cómo en los distintos ordenamientos jurídicos se han empleado criterios de control sobre el contenido de las leyes y su conformidad con el ordenamiento constitucional. En el derecho anglosajón, y en los países en los que ha influenciado de modo preponderante, se suele hablar de

“principio de razonabilidad” para referirse a este tipo de control o, según la terminología estadounidense, el estándar del *substantive due process of law*.⁷⁷

3.3.1. Surgimiento y desarrollo del principio de razonabilidad en el derecho estadounidense

La evolución jurisprudencial acaecida en el siglo XX en torno a la cláusula del debido proceso legal, contenida en las enmiendas V y XIV a la Constitución de Los Estados Unidos de América, dio luz al análisis y control de la razonabilidad de las leyes federales y estatales por parte de los jueces. Esta garantía de razonabilidad es reconocida como la cláusula del debido proceso legal sustantivo (*substantive due process of law*)

La cláusula del debido proceso legal se vincula a la problemática de la división de poderes: ¿hasta qué punto pueden los jueces interferir y controlar la actividad legislativa? Un control de razonabilidad implica inmiscuirse en los fundamentos de la norma, en la finalidad perseguida por el legislador, en los medios arbitrados a tales efectos, etc. ¿Es tarea de los jueces examinar la validez de las normas en cuanto a su contenido?

La expresión “debido proceso legal” no es un concepto originario del derecho norteamericano; se trata de una antigua noción que surgió de la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 en la que se estableció: “ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma,

⁷⁷ Mariano A Sapag, El Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio de derecho comparado, *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, (2008): 157-198.

ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.

A mediados del siglo XIV se comenzó a emplear la expresión “due process of law” en los estatutos del reino. Se trataba de una garantía procesal pues era necesario cumplir determinadas reglas y procedimientos para que los actos estatales pudieran gozar de validez. Era también una garantía contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, pero no del Parlamento. Con estos alcances llegó la figura a la V enmienda del Bill of Rights estadounidense de 1791 conforme a la cual “nadie estará obligado (...) a declarar contra sí mismo en juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

La Suprema Corte estadounidense utilizó por primera vez esta enmienda en 1855, y en muy pocas ocasiones hasta después de la guerra civil. Si bien la Constitución de Filadelfia ofrecía poco margen a la Suprema Corte para asumir el control de la actividad legislativa, luego de *Marbury vrs. Madison* el tribunal fue desarrollando herramientas que le permitieron el control sobre el contenido de la legislación del poder de policía. La Suprema Corte estadounidense utilizó la cláusula contractual (contract clause) a partir de 1810 para invalidar legislación que afectaba los derechos de propiedad de particulares que surgían de contratos con el Estado.

Así mismo, se valió de la teoría de los derechos adquiridos (doctrine of vested rights) para declarar la inconstitucionalidad de leyes de policía que afectaban derechos ya existentes sobre la propiedad. Antes de la llegada del debido proceso sustantivo, la Corte ya había hecho uso también de la cláusula de comercio (commerce clause), y la supremacía del derecho federal (supremacy

clause). De todos modos, en este periodo anterior a la guerra civil, la Suprema Corte carecía de reglas férreas de carácter general que la habilitaran para limitar el ejercicio arbitrario del poder de policía; la garantía del due process of law no sería, hasta el año 1886, una garantía sustantiva sino meramente adjetiva, formal o procesal. En 1868 se incorporó la enmienda XIV a la Constitución norteamericana que establece: “Ningún Estado podrá (...) privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin un debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la protección igualitaria de la ley”.

El triunfo de los estados del Norte y el impacto del movimiento en contra de la esclavitud marcó el inicio de una línea jurisprudencial hacia el debido proceso legal con un sesgo sustantivo; la Suprema Corte encontraría una nueva herramienta para controlar el contenido de la legislación federal y estadual a la luz de criterios de razonabilidad y justicia.

En un primer momento la Corte sostuvo que la Enmienda XIV no garantizaba la justicia de la normas sancionadas por el Congreso. Así lo entendió en la decisión de los Slaughterhouse Cases de 1872, en un voto de 5 a 4, en donde se afirmó que la creación de un monopolio por parte del Estado de Luisiana no violaba las enmiendas XIII y XIV. Esta postura se vio repetida en veintiséis casos posteriores.

En 1886, en los Railroad Commission Cases, la Corte adoptó la postura disidente de los Slaughterhouse Cases, y marcó el paso hacia la sustantividad de la garantía del debido proceso. La Corte expresó: “...El poder de regular no es el poder de destruir, y “limitación” no equivale a “confiscación”. Bajo la pretensión de regular tarifas y fletes, el Estado no puede exigir a un ferrocarril transportar personas o cosas sin remuneración; ni puede ese poder hacer aquello que en

derecho implica tomar la propiedad privada para un uso público, sin justa compensación o sin el debido proceso legal. (...)

Dos fallos anteriores a la guerra civil fueron premonitores de esta garantía, que no sería aplicada por la Corte sino recién a fines del siglo XIX. El primero de ellos fue un fallo de la Corte de Apelaciones de Nueva York de 1856: *Wynehamer v. People*, 13 N.Y. 378 (1856). La Corte estatal entendió que la norma en cuestión afectaba los derechos adquiridos de los que habían adquirido el licor en forma previa a la sanción del estatuto; se violaba, por tanto, la garantía del debido proceso sustantivo.

La primera aparición en la Suprema Corte del substantive due process of law se da en el caso *Dred Scott*. La Corte opinó en el sentido de que un esclavo, al no ser ciudadano estadounidense, no puede beneficiarse de la garantía del debido proceso cuando una ley del Congreso lo ha privado de su libertad y propiedad.

Al año siguiente, la Corte decidió el caso *Mugler v. Kansas* en el que si bien sostuvo la constitucionalidad de un estatuto que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, aclaró que estaría preparada para analizar la razonabilidad de la legislación estatal para determinar su conformidad o no con la Constitución. Se dijo entonces que “si la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública, no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución.

La garantía adquiere carta de ciudadanía en el año 1890 con el fallo *Chicago Milwaukee & St. Paul v. State of Minnesota* donde la Corte declaró la inconstitucionalidad e irrazonabilidad de una tarifa que no brindaba una ganancia “prudente” a una empresa de transporte.

El proceso jurisprudencial se completa en 1897 con el caso *Allgeyer v. Louisiana* en el que la Corte manifestó que utilizaría el debido proceso sustantivo para invalidar cualquier tipo de legislación económica o social considerada por la Corte como irrazonable o violatoria de la cláusula contractual.

La doctrina del debido proceso sustantivo obtuvo su máximo esplendor entre los años 1900 y 1937. El test podía ser fácilmente invocado: la ley regulatoria de la propiedad se presumía inconstitucional y el Estado, para preservarla, debía probar que los medios empleados (legislación) mantenían algún tipo de relación razonable con un fin legítimo. Este periodo es conocido como la “era *Lochner*” a raíz del fallo *Lochner v. New York* de 1905 en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley laboral al considerar que era una irrazonable, innecesaria y arbitraria interferencia a la libertad de contratación y entendió que el gobierno no tenía un propósito legítimo para regular las condiciones y prácticas de trabajo.

Después del fallo *Lochner* se dieron varios fallos relativos a regulaciones sobre el comercio y la industria, consideradas irrazonables interferencias sobre la economía. Los jueces Holmes y Harlan, en posición siempre disidente, opinaban que la Corte no debía invalidar legislación simplemente porque los jueces no la creían apropiada ya que la Constitución fue fundada por personas con visiones fundamentales diferentes⁷⁸.

⁷⁸ En estos fallos, la Corte aplicó la doctrina jurisprudencial sentada en *Nebbia* y señaló que: si las regulaciones a la propiedad privada guardan una relación razonable con un legítimo fin legislativo, y no son discriminatorias o arbitrarias, los requerimientos del debido proceso se encuentran satisfechos; los tribunales son incompetentes para controlarlas si resulta adecuada y practicable; (...) no puede ser invalidada salvo que el exceso legislativo sea palpable.

El subjetivismo judicial que reinó en esta época es lo que llevó al debilitamiento del debido proceso sustantivo en los años posteriores, y hasta el día de hoy, al menos en lo que respecta a legislación que afecta los intereses económicos de los individuos. El primer caso que marcó el principio del fin del debido proceso sustantivo –con los alcances sentados en *Lochner*– fue *Nebbia v. New York* de 1934, fallado en una época de grandes cambios y crisis económicas y sociales. La Corte sostuvo la constitucionalidad de una legislación de precios mínimos para la leche: “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines”.

La aplicación del test del substantive due process of law a leyes que protegían el bienestar económico estaba llegando a su fin. Aún así, la Corte siguió aplicando este principio a normas que intervenían sobre la economía. La “era *Lochner*” terminó en el año 1937 con el fallo *West Coast Hotel Co. v. Parrish* con el cual se abandonó definitivamente el control estricto al estilo *Lochner* de legislación económica bajo el debido proceso legal de la enmienda XIV. A partir de 1937, se puede decir que el control judicial sobre el contenido de la legislación de policía bajo la enmienda XIV se subdividió en dos aspectos o juicios generales: el debido proceso (due process clause) y la protección de la igualdad (equal protection clause). Prácticamente todo el análisis constitucional sobre el contenido de la norma parte de esta distinción: cuando una ley regula un derecho o una libertad que afecta a todos los hombres por igual, se la somete al test del debido proceso sustantivo; pero cuando una norma establece clasificaciones mediante las cuales se regula el ejercicio de un determinado derecho o libertad

de un modo distinto a diversos grupos o personas, la Corte analiza el caso a la luz de la protección de la igualdad.

En definitiva, el debido proceso sustantivo juzga la justicia general de la norma; el principio de igualdad (equal protection) juzga la justicia respecto de la clasificación establecida. Muchas veces la distinción entre ambos aspectos no es del todo clara ya que los juicios y criterios de análisis son similares; en efecto, si una ley establece distintas categorías de aplicación, la Corte deberá determinar si la clasificación responde a criterios de razonabilidad. Lo que interesa en ambos casos es que la ley mantenga una relación razonable frente a un interés legítimo del Estado.

En *Lochner*, el juez Holmes dijo: “(...) una Constitución no pretende acoger determinada teoría económica, ya sea el paternalismo y la relación orgánica del ciudadano al Estado, o el *laissez faire*.”

Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica, y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de tests o estándares de revisión legal, denominados “escrutinios” (scrutiny), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad.

Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el “escrutinio estricto” (strict scrutiny) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas “libertades preferidas”, se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (compelling state interest) y, además, que es necesario y se encuentra “confeccionado a la medida” (narrowly tailored). El segundo test se conoce como el “escrutinio

intermedio" (intermediate scrutiny), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino "importantes". La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas "menos discriminatorias". Lo cierto es que la distinción entre este estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales, aunque a diferencia de este test, el escrutinio estricto se aplica generalmente a aquellas "libertades preferidas".

El tercer escrutinio es el rational basis review, o control de relación razonable. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este test exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El rational basis review es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar.

Estos tres niveles de control de razonabilidad son aplicados con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, particularmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad.

En cuanto al debido proceso legal, en general, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el rational basis review, lo que implica que resulta muy dificultoso franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas.

A partir de 1937, el debido proceso sustantivo se inclinó hacia la protección firme de los derechos fundamentales que se ven afectados por legislación o clasificaciones irrazonables. Por ejemplo, el análisis de razonabilidad de la legislación económica bajo las enmiendas V y XIV se basó, en general, en un mínimo control de razonabilidad. En este sentido, únicamente podrá aplicarse el escrutinio estricto e intermedio en los casos en que esta legislación económica o de bienestar social prive o afecte el ejercicio de derechos fundamentales. De lo contrario, quedan sujetas al rational basis review; las leyes de contenido económico se presumen constitucionales y sólo pueden declararse inconstitucionales en los casos en que se pruebe la existencia de un fin ilegítimo o que los medios no guardan una relación razonable con la finalidad legítima. Una ley de este tipo solamente violará el debido proceso legal sustantivo cuando en forma total prive arbitrariamente a una persona del ejercicio de una libertad.

De este desarrollo de la evolución jurisprudencial de la cláusula del debido proceso legal (enmiendas V y XIV) en los Estados Unidos se puede afirmar la vigencia del control de razonabilidad de las normas –que se conoce como la exigencia del substantive due process of law– incluso de aquellas que afectan el ejercicio de derechos meramente económicos o de propiedad. Aun en su aplicación más débil, el debido proceso legal sustantivo se ha afianzado como una garantía constitucional contra la irrazonabilidad de los actos estatales y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

3.3.2. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Europeo Continental

El génesis del principio de proporcionalidad en el derecho continental se ubica en el derecho alemán y se remonta a un criterio tradicional del derecho penal: la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido. Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la prohibición de exceso, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Prusia (1875-1941).

Durante el siglo XIX, el principio de proporcionalidad transitó del derecho penal al derecho administrativo y fue acuñado como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía⁷⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia, sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo, para lo cual acuñó el concepto de “prohibición de exceso”, “como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía”. Sin embargo, estas manifestaciones del principio de proporcionalidad se corresponden con una época en la que el constitucionalismo no respondía a los estándares actuales, ya que el legislador no estaba sometido a la Constitución, y por ende la proporcionalidad se aplicaba sólo al ejecutivo. Pero a su vez los actos de este último no fueron suficientemente justiciables, debido a que existían largos listados de materias exentas de control. Asimismo, no se otorgaba valor normativo directo a los derechos fundamentales, y el Estado de

⁷⁹ Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,(tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2001) 42

Derecho era concebido en un sentido más bien formal, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad.

Al respecto, Otto Mayer explica que la medida del poder de policía exige que sea proporcionada, que deriva del derecho natural y la propia naturaleza del ejercicio de esta potestad: se trata de una medida natural que “adquiere la importancia de un límite jurídico serio”. El Tribunal Federal alemán rápidamente consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales. Tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional alemana entienden a este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos y es considerado una institución primordial del derecho constitucional alemán⁸⁰.

El mayor propugnador y fundamentador del principio de proporcionalidad en la actualidad, es el jurista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, Robert Alexy; sin embargo, la obra del doctrinario Carlos Bernal Pulido, el Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales es un valioso aporte respecto de este principio como criterio para la fijación del contenido de los derechos fundamentales y para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afecten esos derechos, razón por la cual se ha considerado en este capítulo los criterios y aportes de estos doctrinarios.

El principio de proporcionalidad ha sido definido como: El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de

⁸⁰ Otto Mayer, Derecho administrativo alemán, trad. de H. Heredia y E. Krotoschin, (Argentina: 2 ed., Depalma, 1982) p. 31.

alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.⁸¹

El principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

La definición de los tres subprincipios de la proporcionalidad se debe sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y a la copiosa doctrina germana que se ha ocupado de este concepto. Al respecto se cita al doctrinario R. VON KRAUÍS y su trabajo *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Appel, Hamburgo, 1955, referido al Derecho administrativo, que fue el precursor de esta corriente doctrinal. También se cita, el escrito de habilitación de P. LERCHE: *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Cari Heymanns, Colonia-Berlín-Munich-Bonn, 1961, que puede ser considerado como la primera

⁸¹ Javier Barnes, Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, (1994)

investigación sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho constitucional alemán de la segunda posguerra.⁸²

Según el subprincipio de idoneidad, también conocido como juicio de adecuación, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Según un sector de la doctrina, entre ellos, Carlos Bernal Pulido y Rubén Sánchez Gil, la regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas, lo que se denomina idoneidad teleológica y por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad, lo que se denomina idoneidad técnica⁸³

De modo que sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se puede afirmar que ha superado el estándar exigido por esta primera regla⁸⁴.

En este sentido, la medida evaluada es teleológicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos y una medida o su finalidad son legítimas si no están constitucionalmente prohibidas y además, si la medida cuenta con justificación constitucional.

A criterio de Iván Díaz García, una medida restrictiva de derechos fundamentales está constitucionalmente justificada si tiene respaldo en normas

⁸² Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, *Ibíd*, p 35

⁸³ Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, *Ibíd*, p. 689

⁸⁴ L. Iván Díaz García, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI* (2011): 167 – 206.

constitucionales, ya que el principio de supremacía constitucional exige que las restricciones a los derechos fundamentales sólo provengan de otras normas constitucionales; es decir, de normas que tengan su misma jerarquía.

En este concepto, Robert Alexy distingue entre restricciones directamente constitucionales y restricciones indirectamente constitucionales, entendiendo por las primeras aquellas que han sido estatuidas en normas constitucionales y por las segundas, las restricciones que han sido estatuidas en normas infraconstitucionales autorizadas por normas constitucionales⁸⁵.

Así, tenemos que las restricciones directamente constitucionales son los derechos fundamentales y los bienes constitucionales, pues unos y otros son conferidos por normas de la Constitución. Las restricciones indirectamente constitucionales son todas aquellas limitaciones estatuidas por el legislador, en ejercicio de una autorización concedida por una norma constitucional.

De acuerdo con lo expresado, una medida restrictiva de derechos fundamentales sólo puede considerarse teleológicamente idónea, es decir, legítima, si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional. Por el contrario, la medida será teleológicamente inidónea, es decir, ilegítima, si la restricción de derechos fundamentales que pretende está constitucionalmente prohibida, o si no favorece el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses estatuidos por el legislador autorizado por una norma constitucional.

⁸⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), p. 277

Lo antes expuesto, afirma la idea de que la regla de idoneidad es un juicio relativo a la eficacia de la medida sometida a control y este es un juicio de carácter fáctico porque de lo que se trata en este caso es de determinar si en los hechos, la medida evaluada permite favorecer la finalidad pretendida. La aplicación de esta regla permite evaluar si la medida constituye un medio adecuado para promover la finalidad perseguida.

En términos concretos, para aplicar la regla de idoneidad a una medida, -dentro del examen de proporcionalidad de una medida que implica la lesión de un derecho fundamental- primero, se identifica la medida sometida a control; segundo, se determina el o los fines perseguidos por la misma; tercero, se evalúa su idoneidad teleológica; y finalmente, se analiza su idoneidad técnica.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

La regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación, lo que se denomina necesidad teleológica y en segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales, lo que se denomina necesidad técnica.

En cuanto a la necesidad teleológica, esta significa que no existen alternativas al menos igualmente eficaces para favorecer los fines perseguidos con la imposición de la medida, para lo cual es necesario preguntarse si existen medios alternativos que revistan igual idoneidad. De este modo, la evaluación de

necesidad teleológica de la medida tiene carácter comparativo, ya que lo que se compara es el grado de idoneidad de la medida sometida a control y medidas alternativas, pues estas últimas deben presentar al menos la misma capacidad que la primera para promover el fin buscado⁸⁶.

Por otro lado, una medida es técnicamente necesaria si es la que importa una menor injerencia en el disfrute de los derechos fundamentales, lo que significa que la medida debe tratarse de la más suave o moderada de entre las que permiten alcanzar la finalidad pretendida⁸⁷.

Para llegar a una conclusión al respecto de identificar la medida más moderada para alcanzar esa finalidad, Laura Clérico formula la siguiente interrogante: "¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación?" Y añade: "La respuesta a este segundo interrogante presupone una comparación entre medios. Esta comparación constituye el núcleo del examen del medio alternativo menos gravoso".⁸⁸

Este nivel de análisis tiende a optimizar el disfrute de los derechos fundamentales, pues rechaza aquellas medidas que pueden ser reemplazadas por otras igualmente eficaces, pero menos lesivas. Por ello, en palabras de, Ivonne Yenissey Rojas, la necesidad constituye "...un principio que tiende a la

⁸⁶ Markus González Beilfuss, Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, en Carrasco Durán, Manuel - Pérez Royo, Francisco Javier - Urías Martínez, Joaquín - Terol Becerra, Manuel José (coordinadores), Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (España: Aranzadi, 2006)

⁸⁷ Isabel Perello Domenech, El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, en Jueces para la democracia, (1997) p. 70

⁸⁸ Laura Clérico, El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional, (Argentina: Eudeba, 2009) p.101.

optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas, mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión en la esfera de derechos y libertades del individuo".⁸⁹

En consecuencia, la evaluación de necesidad técnica también tiene carácter comparativo entre la medida sometida a control y medios igualmente idóneos, pero ahora respecto del grado en que afectan derechos fundamentales. "Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna".⁹⁰

Mientras la regla de idoneidad constituye un juicio relativo a la eficacia de la medida evaluada (capacidad para alcanzar la finalidad), la regla de necesidad es un juicio relativo a la eficiencia de la misma (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad)

Para poder aplicar la regla de necesidad, debe tenerse en cuenta que se requiere previamente haber realizado el análisis de idoneidad de la medida, lo cual comprende haber identificado la medida y su finalidad, así como haber evaluado la idoneidad teleológica y técnica de la medida sometida a control.

⁸⁹ Ivonne Yenissey Rojas, El principio de proporcionalidad de las penas, (México: 2004)p.22-28

⁹⁰Luis Prieto Sanchís, El juicio de ponderación constitucional, (Chile; Librotecna, 2010), p.135

Una vez agotado el análisis de idoneidad, es posible someter una medida concreta al análisis de necesidad, y ello significa verificar el cumplimiento de cuatro exámenes en forma sucesiva.

El primer examen consiste en esclarecer si existen otros medios idóneos para favorecer la finalidad perseguida con la medida limitativa de derechos fundamentales, por lo que se compara con un juicio de idoneidad teleológica respecto de cada uno de los medios alternativos identificados, de modo que si no existen otros medios, se trata de una medida necesaria, pues no existe otra que pueda reemplazarla⁹¹. En este sentido, con este resultado, terminaría la evaluación a la luz de la regla de necesidad y debería continuar su análisis bajo la regla de ponderación. Pero si por el contrario, existen medidas alternativas que permiten fomentar el fin pretendido, se debe continuar el análisis con el segundo examen.

En el segundo examen se debe determinar si los medios alternativos idóneos son al menos igualmente eficaces que la medida sometida a control para promover la finalidad perseguida. En este sentido, se trata de un juicio de comparación entre la oportunidad e intensidad con que permiten alcanzar la finalidad tanto la medida sometida a control como los medios alternativos que se han considerado idóneos, resultando que, si los medios alternativos permiten alcanzar la finalidad, pero en forma tardía o en menor grado que la medida evaluada, esta última es necesaria porque no hay otra que pueda reemplazarla con igual eficacia. En este caso, la medida enjuiciada se dice que es teleológicamente necesaria. Con esta conclusión terminaría la evaluación a la luz de la regla de necesidad y deberá continuar su análisis bajo la regla de ponderación; pero si por el contrario, uno o más de los medios alternativos es

⁹¹ R, Sánchez Gil, ob cit., p. 45

tanto o más adecuado para lograr la finalidad perseguida con la medida, entonces la medida sometida a control no es teleológicamente necesaria. En consecuencia, se debe proceder a realizar el tercer examen⁹².

El tercer examen consiste en identificar la intensidad en que limitan los derechos fundamentales tanto la medida sometida a control, como las demás que se consideran al menos igualmente eficaces. En este caso se mide por separado el grado de afectación de derechos fundamentales que genera cada una de las alternativas. Como se puede advertir, este paso no permite tomar decisiones respecto de la medida evaluada, sino sólo preparar el siguiente examen en la aplicación de la regla de necesidad.

En el cuarto examen se deben comparar los grados de afectación de derechos fundamentales que generan las diversas medidas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad perseguida. En este punto finaliza la evaluación de la medida sometida a control bajo la regla de necesidad y deberá continuar su análisis bajo la regla de ponderación, pero si, por el contrario, alguno de los medios alternativos implica menor limitación a los derechos fundamentales que la medida evaluada, entonces esta última es innecesaria.

En palabras de Laura Clérico, lo antes mencionado se resume de la siguiente manera: "Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los

⁹² Iván Díaz García, La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°36 (2011).

principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio".⁹³

Después de analizar la necesidad de la medida, es importante continuar analizando a la luz de la regla de ponderación, lo que también se conoce en la doctrina como proporcionalidad en sentido estricto. Esta enjuicia la constitucionalidad de la medida sometida a control, mediante una decisión respecto de cuál de los intereses constitucionales que colisionan en el caso debe preceder al otro, por lo que en este contexto, decidir que la medida es constitucional significa preferir los derechos fundamentales o los bienes constitucionales favorecidos por la medida y en cambio, decidir que la medida es inconstitucional, implica preferir los derechos fundamentales afectados por la misma.

En ese sentido, el problema que se presenta a fin de decidir qué derecho debe prevalecer sobre otro no es sencillo, pues no existen derechos fundamentales o bienes constitucionales que tengan preeminencia en toda circunstancia respecto de otros, ya que no hay derechos fundamentales ni bienes constitucionales absolutos.

Por lo antes señalado, la colisión entre los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por la medida evaluada debe ser resuelta bajo un criterio distinto de la precedencia absoluta. Siguiendo al jurista alemán Robert Alexy, ese criterio es el de la precedencia condicionada, la cual "consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio

⁹³ Laura Clérico, ob cit p.114

precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente"

Para aplicar el criterio de la precedencia condicionada es necesario realizar una ponderación, lo cual significa evaluar, a partir de las circunstancias del caso concreto, el peso de cada uno de los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por la medida. Al respecto, el autor Sánchez Gil afirma que la regla de proporcionalidad supone una ponderación, es decir, "una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente".⁹⁴

En ese sentido, es preciso determinar el peso de cada uno de esos intereses constitucionales en el caso concreto; es decir, se trata de precisar qué se gana y qué se pierde con la aplicación de la medida sometida a control con la finalidad de comparar aquello que se obtiene desde el punto de vista de los derechos fundamentales o de los bienes constitucionales favorecidos con la medida sometida a control y aquello que se sacrifica desde el punto de vista de los derechos fundamentales perjudicados con la misma bajo las condiciones del caso a resolver.

El objetivo de la ponderación es determinar si los beneficios que reporta la medida son mayores o menores que los perjuicios que genera sobre los intereses constitucionales involucrados en la colisión. Al respecto, el Tribunal constitucional español señaló en la sentencia 186/2000, de 10 de julio de 2000, fundamento jurídico 6º, párrafo quinto, que el principio de proporcionalidad exige evaluar, además de la idoneidad y necesidad de la medida, "si la misma es ponderada o

⁹⁴ R. Sánchez Gil, ob cit p 48-49

equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

En el mismo sentido, la autora Ivonne Rojas, afirma que la regla de ponderación se aplica con el fin de determinar, mediante ponderación, "si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcional con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar".⁹⁵

Por su parte, el jurista Carlos Bernal Pulido ha manifestado que la regla de ponderación exige que los beneficios y ventajas derivados de la restricción al derecho (que se traducen en favorecer el disfrute de un derecho fundamental o de un bien jurídico constitucional) sean superiores a los perjuicios sobre el derecho fundamental restringido⁹⁶.

El jurista Humberto Nogueira Alcalá, señala que la regla de ponderación consiste en ponderar "si el sacrificio de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal guarda una relación proporcionada y razonable con la importancia del interés público que se trata de preservar".⁹⁷

Es importante resaltar que aunque los autores antes citados se refieren a los intereses públicos que se tratan de preservar frente a los intereses

⁹⁵ Ivonne Yenissey Rojas, El principio de proporcionalidad de las penas". (México: 2004) p.9

⁹⁶ Carlos Bernal Pulido, ob cit., p. 760

⁹⁷ Humberto Nogueira Alcalá, La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno, en Revista de Derecho, 13 (2001) p. 166

individuales, en la práctica, la colisión de intereses no siempre implica que de un lado está un interés general, estatal o público, por lo que es válido afirmar que la regla de ponderación exige comprobar "si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido".⁹⁸

En conclusión, se puede afirmar que la medida sometida a evaluación será constitucional cuando el beneficio que aquella reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger o promover sea superior al costo que la misma significa para el derecho fundamental afectado o si, por el contrario, "el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse desproporcional, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos.

En ese contexto, la forma de determinar qué gana y qué pierde cada uno de los derechos fundamentales o bienes constitucionales involucrados en el caso es la argumentación jurídica, pues las razones que se aleguen a favor o en contra de la prevalencia de uno u otro interés determinará cuánto gana y cuánto pierde bajo las circunstancias dadas, de modo que un interés constitucional tiene mayor peso que otro en el caso concreto, si existen buenas razones para que ese interés preceda al otro bajo las condiciones del caso concreto.⁹⁹

En síntesis, la regla de ponderación evalúa la constitucionalidad de la medida sometida a control mediante una ponderación que permita determinar qué interés constitucional debe ser preferido y cuál debe ceder, a partir de las condiciones del caso concreto (criterio de la precedencia condicionada), lo cual

⁹⁸ Domenech Perello, ob cit., p. 71

⁹⁹ Robert Alexy, ob cit. p. 93

sin duda implica siempre un grado de valoración influenciado por las opciones valorativas del juzgador.

Cuando se analizan las reglas de idoneidad y necesidad se enjuicia directamente la medida sometida a control, mientras que la regla de ponderación la enjuicia de modo indirecto. En efecto, los dos primeros evalúan la eficacia y eficiencia de la medida, mientras que el último pondera los derechos fundamentales e intereses constitucionales que colisionan en el caso como consecuencia de la aplicación de la medida sometida a control.

Las operaciones exigidas para la aplicación de la regla de ponderación son cuatro, las cuales han sido utilizadas por Iván Díaz, quien las retoma de las ideas de los juristas Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido y la autora Laura Clérico.

La primera operación consiste en determinar el peso de los derechos fundamentales y los bienes constitucionales favorecidos con la medida sometida a control en el caso concreto. El peso de estos intereses constitucionales se determina atendiendo a los siguientes criterios: probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con la que se protegerán o promoverán esos mismos intereses, de acuerdo con las condiciones dadas en el caso. Vale la pena mencionar que no será siempre necesario aplicar todos los criterios antes expuestos, pues ello dependerá del caso concreto a examinar.

En segundo lugar, se debe determinar el peso del derecho fundamental afectado por la medida sometida a control en el caso concreto, lo cual se logra atendiendo a los mismos criterios antes esbozados: probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con que se intervendrá el mismo, de acuerdo con las condiciones dadas en el caso.

Ahora bien, es preciso señalar qué debemos entender por cada criterio a tomar en cuenta para determinar el peso del derecho fundamental favorecido y del derecho fundamental afectado. El criterio de la probabilidad se refiere a la certidumbre de los efectos sobre los derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales involucrados en la colisión; es decir, si se trata de una posibilidad poco probable, de una posibilidad muy probable o de una consecuencia cierta. El criterio de la eficacia se refiere al grado en que se favorecerá el interés constitucional protegido o promovido o en que se perjudicará el derecho fundamental afectado. El criterio de la rapidez alude a la prontitud con que se favorecerá o perjudicará el interés constitucional en colisión; es decir, si ocurrirá de inmediato, en breve plazo o en el largo plazo. El criterio del alcance alude a las facultades o posibilidades incluidas en los derechos fundamentales o en los bienes constitucionales involucrados en la colisión que resultan favorecidos o perjudicados. Finalmente, el criterio de la duración atiende a la cantidad de tiempo durante el cual se verá perjudicado o favorecido el interés constitucional de que se trate.

En tercer lugar, la aplicación de la regla de ponderación consiste en determinar cuál de los intereses constitucionales en colisión presenta un mayor peso, a partir de las condiciones del caso concreto. En palabras del jurista Robert Alexy, este paso se refiere a definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Para definir esta situación, es necesario transformar la evaluación del peso de cada uno de esos intereses en razones para la decisión. Esto permitirá determinar si existen razones suficientes para que los derechos fundamentales afectados cedan a favor de los derechos fundamentales e intereses constitucionales favorecidos, o si estos últimos deben ceder a favor de los primeros.

Por último, se debe explicitar la relación de precedencia condicionada entre los intereses constitucionales en colisión, bajo las condiciones del caso concreto. En otras palabras, se debe indicar qué interés debe prevalecer y, en consecuencia, cuál debe ceder. Esto se traduce en formular una regla en la que se indiquen las condiciones del caso concreto que conducen a preferir los derechos fundamentales o bienes constitucionales favorecidos por la medida por sobre el derecho fundamental afectado, o que conducen al resultado contrario. Al respecto, Laura Clérico señala: El resultado de una ponderación entre principios debe poder ser reformulado como una regla: cuando la condición C se cumple, entonces vale la consecuencia jurídica del principio que logró primacía.

Se debe tener en cuenta que la aplicación de la regla de ponderación no es lógicamente posible si no se han realizado, previamente, las tareas exigidas por la regla de adecuación, ya que si no se identifica la medida y su finalidad, así como la idoneidad teleológica e instrumental de la medida sometida a control, no es posible saber si la medida efectivamente favorece el disfrute de algún derecho fundamental o de algún bien jurídico constitucional. Y sólo si se ha verificado que la medida favorece alguno de estos intereses constitucionales, resulta posible determinar si lo que ellos ganan es más de lo que pierde el derecho fundamental afectado por la aplicación de aquella medida.

En el mismo sentido, no es metodológicamente conveniente aplicar la regla de ponderación si previamente no se ha evaluado si la medida supera la regla de necesidad pues si no supera el juicio de necesidad, significa que puede ser reemplazada por otra medida que permite alcanzar el mismo beneficio para los derechos fundamentales o para los bienes constitucionales favorecidos, con un menor costo (o sin costo) para los derechos fundamentales afectados y si puede ser reemplazada por una opción de menor costo o sin costo para los derechos fundamentales, significa que no es indispensable.

De la evaluación de los tres subprincipios de la proporcionalidad, es posible advertir que si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

A manera de conclusión respecto del contenido del principio de proporcionalidad, se debe tener en cuenta que pese a que se ha hablado de tres subprincipios; es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario cuya aplicación debe realizarse tal y como se explicó en párrafos precedentes, de forma escalonada, a fin de arribar a una conclusión evaluativa de toda medida que implique afectación a derechos fundamentales.

En el derecho español, el principio de proporcionalidad comienza a manifestarse a mediados del siglo XX como una herramienta de control de la discrecionalidad administrativa; sin embargo, el principio se aplicaba de un modo impreciso y asistemático hasta fines de siglo cuando el Tribunal Constitucional adoptaría la estructura de los tres subprincipios proveniente del derecho alemán. En la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de febrero de 1959, se anuló una orden del Ministerio de Educación al entender que la finalidad podría haberse conseguido mediante el empleo de otros medios más adecuados.

Posteriormente, el principio de proporcionalidad fue llevado al ámbito del derecho constitucional sobre la base de tres razones fundamentales: 1) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, 2) que es una expresión del principio de Estado de Derecho y 3) porque tiene una justificación material. El Tribunal Constitucional español, ha asimilado la teoría del principio de proporcionalidad entendiéndolo como un juicio de análisis de los tres sub

principios de origen alemán: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El Tribunal Constitucional ha llegado a decir que “[e]l ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”. El Tribunal señaló que el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo del derecho constitucional.

En la sentencia N° 55/1996, de 28 de marzo, el Tribunal constitucional español, sostuvo lo siguiente:

“ [...] El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º; 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación

de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”

El principio de proporcionalidad no constituye en el ordenamiento constitucional español un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta el contenido de los preceptos constitucionales invocados y solo cuando la desproporción vulnere esos preceptos, cabría declarar la inconstitucionalidad.

Resulta importante mencionar que el principio de proporcionalidad ha sido concebido como una herramienta para dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja, y constituye a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos. De este modo, opera como un verdadero test mediante el cual se realiza un control sobre los actos normativos a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución, y como una herramienta para brindar razones de lo resuelto por la autoridad judicial.

3.4. Naturaleza del principio de proporcionalidad

Se ha reconocido que la proporcionalidad es de naturaleza constitucional, ya que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directa e indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios, de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio, y beneficio entre el fin lícitamente

perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales¹⁰⁰.

En ese sentido, se concibe como una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.

Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia ha otorgado rango constitucional al principio de proporcionalidad sin admitir que dicho principio constituya por sí mismo un derecho fundamental, habiéndolo extraído, básicamente del principio del Estado de Derecho y de la esencia de los derechos fundamentales. Al respecto, Francisco Llorente, señala que solo una adecuada interpretación “permitirá de una parte, justificar la relativa superioridad que, en el caso límite, tiene la decisión judicial frente a la legislativa, y logrará garantizar, de la otra, que el destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de Derecho”.

El principio de proporcionalidad puede descomponerse en ciertos presupuestos y requisitos, con el objeto de construir una estructura coherente para su aplicación en el Derecho. De esta manera, el principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material constituido por el principio de justificación teleológica.¹⁰¹

¹⁰⁰ Carlos Bernal Pulido, El Principio de Proporcionalidad, ob cit p. 599

¹⁰¹ Nicolás González Cuellar, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal (España: 1ª edición, editorial Colex,1990) p.69

El primer presupuesto exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero si es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, se define como material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de sobre guardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. Los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos, aceptando la construcción elaborada por la jurisprudencia, por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁰²

3.5. El Principio de Proporcionalidad en el sistema constitucional salvadoreño

Si bien es cierto, la Constitución de la República de El Salvador no hace mención expresa al principio de proporcionalidad, a nivel de la doctrina y jurisprudencia salvadoreña se ha aplicado a principios de la década de los años 2000.

Al respecto, en la doctrina jurídica, el principio ha sido objeto de estudio en relación a las privaciones y restricciones de libertad, los principios de Derecho Internacional aplicables a los estados de excepción, los principios rectores de la

¹⁰² Nicolás González Cuellar, Ob cit. P.69

teoría del Estado y la Constitución y a los principios que rigen la aplicación de penas y medidas de seguridad.¹⁰³

En la jurisprudencia constitucional, las primeras referencias del principio, se encuentran en las Sentencias de Amparo referencias 9-S-95, 21-C-96 y la Inc. 3-92 y 6-92 acumuladas de 17 de diciembre de 1992. Sin embargo, la consagración formal y explícita del Principio de Proporcionalidad se encuentra en la Sentencia de Inc. 15-96 de 14 de febrero de 1997, la cual reconoce que el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y en ese sentido, puede afirmarse su normatividad jurídica para establecer la validez o invalidez de medidas que pretendan adoptarse para restringir derechos sobre todo fundamentales, tanto por el legislador, como por los aplicadores de la normativa.

De la referida sentencia se extraen los siguientes elementos importantes:

1. Reconoce la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el Estado Constitucional de Derecho,
2. Reconoce el carácter racional del principio de proporcionalidad
3. Reconoce la función del principio como criterio para establecer la validez de medidas restrictivas de derechos fundamentales.
4. Identifica y precisa los contenidos integrantes del principio (idoneidad, necesidad y ponderación de intereses).

¹⁰³ En el tema de las privaciones, se puede mencionar a Salvador Enrique Anaya Barraza, *La Detención Provisional en el Proceso de Habeas Corpus*, (El Salvador: Talleres Gráficos, 1998), p 137. En relación a los principios internacionales aplicables a los estados de excepción, Florentín Meléndez, “Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997), 95. En las otras temáticas se cita a Mario Antonio Solano Ramírez, *Estado y Constitución*, (El Salvador: Talleres Gráficos, 1998), 99. Y finalmente a Javier Martínez Lázaro, “Los principios del derecho penal en la legislación salvadoreña”, San Salvador, n. 7 (2000): 135.

5. Señala como campo de aplicación preferente del principio, aunque no único, el ámbito sancionatorio.
6. Señala que el principio tiene el carácter de “premisa esencial” que rige la actuación del Estado.¹⁰⁴

En el mismo sentido, la Sala de lo Constitucional ha interpretado en la Sentencia número 11- 2004, de fecha de 21- III- 2006, que el artículo 246 Cn. establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales, la prohibición de alterar los derechos y principios que en ellas se consagran, considerando dicho Tribunal que el principio de proporcionalidad se encuentra implícito en dicha disposición constitucional y, en el ámbito penal – como un límite frente al legislador penal y otras instancias penales – en los artículos 2, 12 y 27.

CAPÍTULO IV

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO CAUTELAR Y JUDICIAL POR INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Sumario: 4.1 Procedencia de la acción de extinción de dominio en el caso de Incremento Patrimonial no Justificado. 4.2. La aplicación del Principio de Proporcionalidad en el Decreto de Medida Cautelar sobre bienes que representan Incremento Patrimonial no Justificado. 4.2.1. Características de las medidas cautelares. 4.2.2. Presupuestos de las medidas cautelares. 4.3. Aplicación del

¹⁰⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-96 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

Principio de Proporcionalidad. Examen de proporcionalidad de las medidas cautelares por Incremento Patrimonial no Justificado. 4.3.1. Aplicabilidad del parámetro de idoneidad a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por Incremento Patrimonial Injustificado. 4.3.2. Aplicabilidad del parámetro de necesidad a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por Incremento Patrimonial Injustificado. 4.3.3. Aplicabilidad del parámetro de proporcionalidad en sentido estricto a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por Incremento Patrimonial Injustificado. 4.4. Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la fase judicial del proceso por Incremento Patrimonial no Justificado. 4.4.1. Análisis de admisibilidad de la solicitud de extinción de dominio. 4.4.2. Auto de admisión de la solicitud de extinción de dominio. 4.4.3. Emplazamiento. 4.4.4. Desarrollo de la Audiencia Preparatoria. 4.4.5. Audiencia de Sentencia. 4.4.6. Recursos. 4.5 El Principio de Proporcionalidad en el ámbito de las medidas cautelares en extinción de dominio desde la perspectiva del Derecho Penal Económico.

El presente capítulo explica que el test de proporcionalidad es aplicable en materia de extinción de dominio en el ámbito de las medidas cautelares, constituyéndose un límite dentro de los procesos cautelares y judiciales al ejercicio de la facultad de imposición de cautelas de parte de la Fiscalía General de la República y Juez Especializado en Extinción de Dominio. En este capítulo se ofrece una aplicación concreta y criterios objetivos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora que deben de identificarse como presupuestos de las medidas cautelares con la finalidad de dar a conocer la importancia práctica del principio de proporcionalidad como parámetro de control ante las injerencias al derecho de propiedad.

De acuerdo al Art. 13 LEDAB, el proceso de extinción de dominio está sujeto al cumplimiento de los principios, derechos y garantías constitucionales

que le son propios de acuerdo con su especial naturaleza. En este capítulo se verifica la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en materia de extinción de dominio cuando se invoca el presupuesto de incremento patrimonial injustificado, tanto en el proceso cautelar como en el proceso judicial propiamente dicho, específicamente en el campo de las medidas cautelares; es decir se abordará la aplicación del Principio de Proporcionalidad en materia de imposición de medidas cautelares patrimoniales en los procesos de extinción de dominio por incremento patrimonial no justificado tanto en el plano de su aplicación normativa, como en el de su aplicación al caso concreto, proponiéndose en cada una de las etapas procesales la forma en la que los operadores del sistema deben considerar objetivamente este principio para evaluar la validez de las cautelas seleccionadas en cada caso concreto.

4.1. Procedencia de la acción de extinción de dominio en el caso de Incremento Patrimonial no Justificado

Como antes se ha mencionado, la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita; regula como supuesto de procedencia el incremento patrimonial no justificado en el literal c) del Art. 6, norma que establece: “Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes:

c) 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...”

Este presupuesto -como todos los mencionados- puede ser invocado en un caso concreto por la Fiscalía General de la República, por una de las siguientes vías:

1. En la fase de investigación a través de un decreto de medida cautelar, que constituye una resolución fiscal debidamente motivada con los requisitos del Art. 29 LEDAB, la cual es sometida a ratificación del Juez Especializado en Extinción de Dominio, cuya admisión da inicio al proceso cautelar, con duración máxima de noventa días prorrogables por el juez a solicitud fiscal.

2. A través de la solicitud de inicio del proceso de extinción de dominio, cuya admisión da inicio al proceso de extinción de dominio propiamente dicho.

Antes de analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en el decreto cautelar y en el proceso de extinción de dominio, es importante realizar algunas acotaciones acerca de qué es el proceso cautelar para comprender que se trata de un proceso sui generis o especial, reconocido además en la Ley Especial de Extinción de Dominio.

El Proceso Cautelar

Se puede definir el proceso cautelar como aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

En ese sentido, se entiende por tutela cautelar aquel aspecto específico de la función jurisdiccional tendiente a la adopción de medidas preventivas y provisionales destinadas a dar efectividad a la decisión definitiva de los asuntos controvertidos sometidos a conocimiento de un tribunal pero -en materia civil-, además de los fines de garantía de la efectividad de la eventual sentencia, las medidas cautelares también cumplen fines de protección de derechos de terceros. Este último aspecto, es aplicable en materia de extinción de dominio en

el que se reconocen los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa, regulándose en el Art. 11 LEDAB una presunción en favor de estos¹⁰⁵.

Para comprender de manera más clara cuál es el origen y fundamento del proceso cautelar se puede tener en cuenta la moción de Valencia, que expone: La realización de los procesos concretos no puede olvidar que sí importa, desde luego, el resultado del mismo, esto es, el contenido de la decisión judicial. También importa, y no menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela del derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión). ...”. Dentro de tal aspiración se inscribe tanto como una garantía en sí misma la tutela cautelar como el resultado de la justicia en su aspecto de utilidad para los justiciables, aspiración que conlleva a examinar en la moción citada: “... El resultado y el modo de llegar al mismo están indisolublemente unidos, de manera que si se prima al resultado sobre el camino para llegar a él, se convierte en inadmisibles el resultado mismo, dado que a él se ha llegado sin respetar las garantías previstas para ello.”

Dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable, la ley ha debido prever la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo, lo que ocurriría, por ejemplo, si

¹⁰⁵ El Art 11 LEDAB literalmente establece:

“Presunción de buena fe exenta de culpa

Art. 11.- Para los efectos de la presente ley, se presume la buena fe exenta de culpa en la adquisición y destinación de los bienes.

En cualquier etapa del proceso, el tribunal especializado, podrá reconocer los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes objeto de la acción de extinción de dominio”.

desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, o se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de la demanda.

Con el fin de evitar tales peligros surge la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del llamado proceso cautelar, a las cuales cabe denominar, indistintamente, "cautelares" o "precautorias". El proceso cautelar, por consiguiente, carece de autonomía, pues su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso.

Al respecto, se han referido algunos doctrinarios procesalistas, entre ellos FRANCESCO CARNELUTTI, quien expresó que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto. Por su parte, CALAMANDREI enunció un concepto semejante cuando sostuvo que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas¹⁰⁶.

Para Chamorro Bernal, "el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial efectiva a través de la efectividad constitucionalmente exigible a este".¹⁰⁷

¹⁰⁶ Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, traducción de Sentis Melendo, Bibliográfica (Argentina:1945), p.31.

¹⁰⁷Carmen Chinchilla Marín, El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales, comentarios monográficos,(Universidad Complutense de Madrid,1993) Dialnet-EIDerechoALaTutelaCautelarComoGarantiaDeLaEfectivi-17176.pdf

4.2. La aplicación del principio de proporcionalidad en el Decreto de medida cautelar sobre bienes que representan incremento patrimonial no justificado

La Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, reconoce la etapa inicial o de investigación como aquella dirigida por la Fiscalía General de la República mediante la Unidad Especializada en Extinción de Dominio, con la que se pretende identificar bienes de origen ilícito o destinados en actividades ilícitas reguladas en el Art. 5 de dicho cuerpo legal, así como la identificación de los titulares de dichos bienes para determinar si alguno de estos pueden enmarcarse dentro de uno o más presupuestos establecidos en el Art. 6 LEDAB, caso en el cual la Fiscalía está habilitada para promover o incoar la acción de extinción de dominio y por el contrario, de no poder encuadrar los bienes en esos presupuestos, se habilita el archivo de la investigación¹⁰⁸.

Así lo regula el art. 26 de la normativa en referencia, que establece: “El procedimiento consta de dos etapas, una etapa inicial o de investigación que estará a cargo del fiscal especializado, de conformidad a las atribuciones

¹⁰⁸ Ley de Extinción de Dominio y de Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013), que en el art. 28 establece: “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. El fiscal especializado podrá ordenar el archivo de las actuaciones cuando después de recabar las pruebas no sea posible fundamentar ninguno de los presupuestos invocados en la presente ley. La resolución que ordena el archivo deberá ser ratificada por el fiscal superior. La decisión de archivo no tiene valor de cosa juzgada. El fiscal podrá reabrir el caso cuando aparezcan nuevos indicios o evidencias que desvirtúen las razones por las que se ordenó el archivo. Las decisiones de archivo estarán sujetas a *las auditorías y controles pertinentes y, para tal efecto, la unidad responsable deberá considerar, dentro de su plan de trabajo anual, auditar una muestra de los casos archivados*”.

asignadas en la presente ley y una etapa procesal que se iniciará a partir de la promoción de la acción de extinción de dominio ante el tribunal especializado”.

Entre las facultades otorgadas a la Fiscalía en la fase de investigación de extinción de dominio, de conformidad con el Art. 27 literal f) se encuentra la aplicación de medidas cautelares sobre bienes sujetos a la acción extintiva, de acuerdo a las reglas y condiciones establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil con las modificaciones acordes a la ley especial en esa materia.

El reconocimiento de la potestad administrativa otorgada a la FGR -en los artículos “20 letra “b”, 23 inciso final de la LEDAB- para decretar medidas cautelares patrimoniales, conlleva, de forma paralela, la necesidad de la proporcionalidad de la actuación fiscal, tanto en el plano de su aplicación normativa, como en el de su aplicación al caso concreto.

Así, en el plano normativo se observará la proporcionalidad siempre que la medida cautelar patrimonial contemplada en la ley sea congruente con el monto en que se ha enriquecido ilícitamente el afectado; mientras que, en el plano aplicativo, el principio se cumplirá siempre que las medidas cautelares patrimoniales que se impongan sean proporcionales a la gravedad de los hechos que son objeto de indagación patrimonial, según circunstancias objetivas y subjetivas.

De esta manera, el principio de proporcionalidad sirve, por un lado, como límite a la discrecionalidad de la facultad administrativa de la FGR, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre la **Causa Ilícita** de enriquecimiento y la cuantía del monto de enriquecimiento; y, por otro, como un criterio de interpretación que permite valorar y ponderar las posibles vulneraciones a derechos y garantías constitucionales siempre que la relación entre el fin o fines perseguidos por la FGR o el tribunal (extinguir el derecho de

propiedad constituido ilícitamente a favor del Estado) y la medida cautelar patrimonial decretada como medio para conseguir dicho fin implique su sacrificio excesivo o innecesario, carente de razonabilidad.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que si bien es cierto la Fiscalía General de la República posee facultades de ley para decretar medidas cautelares, estas deben ser ratificadas por el juez de extinción de dominio previo a la materialización de los bienes, es decir la entrega en administración al CONAB¹⁰⁹.

Cuando la Fiscalía decreta estas medidas y solicita su ratificación al juez especializado en extinción de dominio se inicia el denominado “proceso cautelar”, según lo regula el inciso cuatro del Art.23 LEDAB¹¹⁰, proceso que no está exento de control jurisdiccional puesto que se trata de una limitación al aparente derecho de propiedad sujeto a controversia dentro del proceso. A manera de ejemplo, se cita que pese a la autonomía del CONAB sobre la administración de bienes cautelados, en el caso de la habilitación normativa para autorizar el uso provisional de aquellos bienes que requieran su utilización para evitar su deterioro por el transcurso del tiempo -Art. 85 LEDAB-, tal decisión administrativa está sujeta a la comunicación y supervisión del juez de extinción de dominio por tratarse de un incidente relativo a la tutela cautelar.

¹⁰⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018) 47.

¹¹⁰ Dicho inciso literalmente establece: “si se han decretado medidas cautelares en la fase de investigación, el fiscal especializado deberá presentar la solicitud de inicio de la acción de extinción de dominio o decretar el archivo según corresponda, en un plazo máximo de noventa días, prorrogable por el juez por un período de tiempo igual, bajo pena de levantarse la medida, para evitar afectar derechos de terceros de buena fe exenta de culpa. lo anterior sin perjuicio de las medidas disciplinarias y las acciones penales a que hubiere lugar”. (1)

El control jurisdiccional sobre los actos procesales, se sustenta en lo consignado en el Art. 13 inciso 2° LEDAB, el cual establece: “Las acciones que limiten derechos fundamentales serán adoptadas, previa orden judicial. En caso de urgencia u otra necesidad debidamente fundamentada, el Fiscal General de la República directamente o a través de sus agentes auxiliares, podrá ordenar dichas actuaciones y procederá a informar al tribunal especializado dentro de las veinticuatro horas siguientes para su ratificación, quien deberá resolver dentro de las veinticuatro horas posteriores”.

Las medidas precautorias, han sido concebidas jurisprudencialmente como mecanismos que aseguran la eficacia de la decisión definitiva emitida por la autoridad judicial sin que ello entrañe una condena previa al juzgamiento¹¹¹. Por tanto, no implican una privación definitiva de derechos, sino una limitación provisional de carácter precautorio que tiene el fin de evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional ante la eventual ineficacia que puede revestir la ejecución de un fallo estimatorio (Sentencia de 12-XI-2010, Inc. 40-2009).

En ese sentido, las medidas cautelares deben ser mecanismos jurídico-procesales orientados a permitir el eficaz funcionamiento de la justicia. Con lo que se pretende hacer compatibles las exigencias básicas de la justicia; frente a hacer

¹¹¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 37-2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

En su considerando VI se dijo: “(...) Esta Sala ya se ha pronunciado sobre su potestad para adoptar medidas cautelares en los procesos que conoce (...). Ello, para procurar *la eficacia de los procesos constitucionales*, lo que además de referirse a la posibilidad de cumplimiento efectivo de la sentencia del caso, *incluye la obligación de disponer lo necesario para impedir que la tramitación procesal genere perjuicios irreparables o de difícil reparación sobre los principios, derechos, bienes o contenidos constitucionales en juego* (...). Este margen de apreciación del tribunal constitucional para el ejercicio de su potestad cautelar es coincidente con los rasgos esenciales de este tipo de medidas, particularmente con el de instrumentalidad, según el cual estas tienen por finalidad permitir la eficaz ejecución de la decisión definitiva que eventualmente se adopte, en caso de ser estimatoria (...)”.

las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión en la solución de las cuestiones.¹¹²

Ahora bien, es importante mencionar que la imposición de medidas cautelares por parte de la Fiscalía General de la República se materializa en una resolución debidamente motivada, a la que se le denomina decreto de medida cautelar, el cual se ciñe a los requisitos exigidos por la ley para la admisibilidad de la solicitud de inicio del proceso de extinción propiamente dicho, los cuales se regulan en el Art. 29 LEDAB, que literalmente expone:

“Requisitos de la solicitud de extinción de dominio

Art. 29.- El fiscal especializado formulará por escrito, ante el juez especializado, la solicitud de extinción de dominio, que contendrá lo siguiente:

a) La narración completa de los hechos en que fundamenta su petición, en orden cronológico, completo y que ilustre al juez especializado sobre lo sucedido.

b) La descripción e identificación de los bienes objeto de solicitud de inicio de la acción de extinción de dominio.

c) El presupuesto en que fundamenta su solicitud.

d) El nombre, los datos de identificación y la dirección de residencia o de negocios de las personas que pudieran tener interés en el asunto o, en caso contrario, debe señalar la razón que imposibilitó su localización.

¹¹² Juan Montero Aroca, Manual de Derecho Procesal Civil juicio ordinario, (España: Magna Terra, 1998), 510

e) Indicar y ofrecer las pruebas conducentes.

f) Las medidas cautelares si a ello hubiere lugar.

g) La solicitud de las diligencias o actos urgentes de comprobación que requieran autorización judicial conforme al derecho común.

Si faltare alguno de estos requisitos, el tribunal especializado ordenará que se completen, fijando un plazo de tres días hábiles para ello. Si los datos no son completados, la solicitud será declarada inadmisibile. En caso de declararse inadmisibile la solicitud, el fiscal especializado podrá interponer el recurso de apelación”.

De modo que, en este contexto del incremento patrimonial no justificado, es indispensable que la representación del Estado a través de la Fiscalía General de la República, sustente en el decreto cautelar y aporte los mínimos elementos de convicción acerca del aumento patrimonial sin justificación -reconocido en el Art. 5 LEDAB y en el Art. 6 literal c) del mismo cuerpo legal, razón por la cual se ha reconocido en la jurisprudencia salvadoreña¹¹³ que este instituto puede operar de forma independiente de cualquier otra actividad ilícita.

Como se ha mencionado en párrafos precedentes, el decreto de medida cautelar constituye una resolución en la que la Fiscalía impone alguna de las

¹¹³ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señaló en la resolución 146/2014-197/17 que todos los presupuestos del art. 6 LEDAB exigen la existencia de actividades ilícitas, con excepción del art. 6 letra c de la misma ley, pues en tal caso la disposición indica que aun cuando el legislador no exige la constatación de que el incremento patrimonial no justificado tiene raíz en actividades ilícitas, partió de la presunción teórica de que este se produce porque quien se beneficia de él, elude sus obligaciones fiscales —lo cual constituye delito—; o porque este tiene su fuente en actividades que el individuo oculta al Estado y a la sociedad porque son ilícitas —aunque no se trate de delitos—.

medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil bajo las reglas y condiciones establecidas en el mismo, con las modificaciones establecidas en la LEDAB, ante el principio de prevalencia contenido en el Art.100 de dicho cuerpo de ley, de manera que pese a que el art. 436 CPCM habilita el nombramiento de administradores, interventores, etc, esta función sería desempeñada por ministerio de ley por el CONAB.

Ahora bien, el Art. 431 de la normativa procesal civil y mercantil establece que se pueden imponer medidas cautelares que se consideren necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria.

Dentro de las medidas cautelares rige el principio de la universidad –art. 431 y 437 CPCM-, en el entendido que puede solicitarse cualquiera que sea necesaria y apropiada, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria; sin embargo, las más frecuentes son las siguientes:

A. El embargo -arts. 436 fracción 1ª, 438, 439, 615 a 635 CPCM-.

B. La intervención o la administración judicial de bienes productivos –arts. 436 fracción 2ª, 440 y 441 CPCM-.

C. El secuestro –arts. 436 fracción 3ª y 442 CPCM-.

D. La formación de inventario de bienes –art. 436 fracción 4ª CPCM-.

F. La anotación preventiva de la solicitud de extinción de dominio y otras anotaciones registrales –arts. 436 fracción 5ª y 443 CPCM, en relación arts. 719 a 730 CC, y normas afines del Centro Nacional de Registros (Registro de la

Propiedad Raíz e Hipotecas, Registro de Garantías Mobiliaria y Registro de Comercio y otros-).

G. La orden judicial para el cese provisional de una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta, o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación –art. 436 fracción 6ª CPCM-.

H. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda –art. 436 fracción 7ª CPCM-.

I. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual o industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclaman en concepto de remuneración de la propiedad intelectual –art. 436 fracción 8ª CPCM, en relación a normas afines a la propiedad intelectual o industrial-.

Del texto del artículo 431 CPCM se advierten algunos elementos importantes que habilitan la adopción de estos mecanismos, y es que deben ser necesarias y apropiadas para asegurar los resultados del proceso; en este sentido, es posible traer a mención que en materia de extinción de dominio, la Fiscalía pretende que se asegure que los bienes que constituyen incremento patrimonial no justificado permanezcan no solo disponibles sino en buen estado; es decir, que permitan al Estado obtener -al finalizar el proceso judicial correspondiente- los réditos, utilidad o beneficio económico considerable en relación a los costos de la administración y del proceso de extinción de dominio.

4.2.1. Características de las medidas cautelares

Las características de las medidas cautelares son las siguientes:

- a. Jurisdiccionalidad: La competencia para tomar o adoptar una medida cautelar es única del órgano jurisdiccional competente.
- b. Rogación de parte: En ningún caso el juez tiene la posibilidad de adoptar medidas cautelares de oficio, estas son a instancia de parte.
- c. Instrumentalidad o accesoriedad: las medidas cautelares no son autónomas, sino que dependen de un proceso principal, con su adopción se pretende un resultado positivo de éste, lo cual obliga a que la medida responda a un criterio de proporcionalidad respecto del fin perseguido.
- d. Provisionalidad: Las medidas cautelares tienen carácter provisional porque atienden la necesidad de satisfacer de manera inmediata el aseguramiento de un resultado futuro. Ésta debe subsistir hasta que se resuelva el asunto principal. En materia de extinción de dominio, las medidas cautelares, cuando son decretadas por la Fiscalía General de la República en la fase de investigación, se encuentran condicionadas al plazo establecido en el Art. 23 LEDAB; es decir, 90 días prorrogables por otros 90 días para la presentación de la Solicitud de Extinción de Dominio o en su defecto el archivo fiscal.
- e. Temporalidad: La medida cautelar tiene una duración determinada, tras la cual se extingue y se alza en sus efectos en un momento dado del proceso.
- f. Legalidad: Solo pueden imponerse las clases de medidas cautelares que están previamente señaladas y descritas en el texto legal. En ese sentido, en materia de extinción de dominio debe atenderse a lo establecido en los Arts. 436 al 444 CPCM.
- g. Excepcionalidad: las medidas cautelares, dado sus efectos de limitar derechos solo pueden imponerse de forma excepcional y

debidamente motivada, siempre que se acrediten los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora.

- h. Discrecionalidad: La concesión o no de la medida cautelar no viene determinada por la pretensión de la parte que la solicita, sino que está subordinada a la facultad discrecional del órgano que es competente para imponer la misma¹¹⁴.
- i. Aplicación de la regla *Rebus Sic Stantibus*: La cláusula **rebus sic stantibus** se utiliza en derecho para afirmar que una norma será aplicable siempre que se mantengan las circunstancias para la situación que se dictó. Por tanto, en el ámbito de medidas cautelares, es aplicable esta regla para la modificación de dichas medidas por la variación de las condiciones que motivaron su imposición; las medidas cautelares son susceptibles de alteración, variabilidad y revocabilidad¹¹⁵.

En ese sentido, se afirma que las medidas cautelares son revocables, si existe una modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptaron; es decir aumento o disminución del *periculum in mora* o desaparición o disminución del *fumus boni iuris*¹¹⁶.

A las antes mencionadas, podría agregarse la característica de sentido patrimonial, lo cual implica la garantía de que la medida cautelar -en el proceso

¹¹⁴ Marianela Ledesma Narváez, *Las medidas cautelares en el proceso civil*. (Perú: El Búho, 2013), 141.

¹¹⁵ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de *habeas corpus* referencia 177-99 señaló que el principio *rebus sic stantibus* hace referencia a la dependencia de la vigencia de la medida cautelar mientras persistan los motivos que constituyeron la base de su adopción, la cual es competencia del juez determinarlo.

¹¹⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de inconstitucionalidad referencia 19-2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

de extinción de dominio- recaiga sobre bienes patrimoniales, ya que la medida se orienta a la protección de intereses económicos.

4.2.2. Presupuestos de las medidas cautelares

En el tema de medidas cautelares debe abordarse los requisitos o presupuestos que deben existir para que proceda su imposición, estos consisten en los siguientes:

- 1) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal;
- 2) El temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlos¹¹⁷;
- 3) La prestación de una contracautela por parte del sujeto activo.

En el inciso segundo del Art. 23 LEDAB, se establecen los presupuestos que habilitan la imposición de medidas cautelares, siendo la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, además se reconoce que las mismas deben observar los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad; mientras que

¹¹⁷ Auto de admisión de demanda de la SC de la CSJ, dictada a las catorce horas y dieciocho minutos, del día veintinueve de mayo de dos mil quince, dentro del proceso de inconstitucionalidad número 141-2014. En el considerando II.3 se dijo: "(...) Queda por dirimir lo concerniente a la medida cautelar solicitada. En ese orden, es preciso mencionar que solamente procede emitir la respectiva medida cautelar cuando concurren los presupuestos denominados como *fumus boni iuris* y *periculum in mora*; los cuales, en el proceso de inconstitucionalidad implican, por un lado, el planteamiento, por parte del demandante, de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean *suficientemente convincentes para generar la apreciación que este tribunal se encuentra ante la posible existencia de una norma constitucional vulnerada*; y, por otra parte, que tal apreciación sea acompañada de la *probabilidad de que la eficacia de la sentencia —en el caso eventual de ser estimatoria— resulte frustrada en la realidad (...)*".

el inciso tres de dicha disposición establece que en esta materia las medidas cautelares se ejecutarán independientemente de quien sea el titular del bien y que no se exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer medidas cautelares.

En materia de extinción de dominio -y concretamente respecto del incremento patrimonial no justificado- es posible afirmar genéricamente que la buena apariencia del derecho, se verifica en la existencia de elementos que permitan acreditar el aumento considerable del patrimonio sin justificación en las fuentes de ingreso de una persona; el peligro en la demora, atiende al hecho concreto de que la situación jurídica de los bienes que representan incremento patrimonial injustificado ya no se encuentren disponibles o en óptimas condiciones para generar ese rédito o beneficio económico al Estado. Finalmente, en cuanto a la contracautela, - como ya se mencionó- el inciso tercero del Art. 23 LEDAB señala que no se exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer medidas cautelares.

Ahora es preciso analizar cada presupuesto de imposición de las medidas cautelares, indicando primero su explicación doctrinaria y jurisprudencial para luego matizarla en específico a los casos de incremento patrimonial no justificado.

Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

En términos del doctrinario Piero Calamandrei, la exigencia de una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) a favor del solicitante de la medida cautelar se explica también si se tiene en cuenta que toda medida cautelar entraña una anticipación de la ejecución, lo que lesiona por si sola la esfera jurídica de la parte demandada y le priva, aunque sea parcialmente, de su posición de hecho preeminente; todo lo cual únicamente se encuentra justificado en cuanto que tal *fumus* exista.

La cognición judicial cautelar no tendrá, pues alcanzar la certeza absoluta sobre la existencia del derecho invocado, sino que, por el contrario se limitará a un juicio de probabilidad y verosimilitud, en tanto que declara la certeza de la existencia del derecho es función que corresponde a la decisión del proceso principal, por tanto la cognición del juez sobre el *fumus boni iuris* no será una plena *cognitio*, sino mucho más rápida y superficial que esta; es decir, una “*sumaria cognitio*”.

En ese sentido, este *fumus boni iuris* no puede, en absoluto, suponer que tan solo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. De modo que implica una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela. También es importante señalar que los elementos de apariencia de buen derecho en los procesos de extinción de dominio responden a una casuística particular en cada caso concreto, por lo que en un caso pueden acaecer algunos elementos y en otros no necesariamente o con matices específicos, pero al menos es viable afirmar que la concurrencia de varios elementos que se conjugan entre sí permite lograr esa acreditación y soporte a esta exigencia. Partiendo de esta aclaración, a continuación, se exponen -sin ánimo de considerarse un catálogo taxativo- algunos elementos que podrían identificarse a la hora de evaluar si se acredita objetivamente la apariencia de buen derecho cuando la pretensión extintiva se basa en el incremento patrimonial injustificado.

Elementos objetivos de apariencia de buen derecho en los procesos cautelares por incremento patrimonial no justificado

- Que los bienes hayan sido adquiridos al contado o en el caso de haber sido adquiridos a plazo que las cuotas pagadas -incluida la prima- indiquen una inversión mayor a sus ingresos reportados al fisco.
- Cantidad y precio de adquisición de los bienes incongruentes con el cumplimiento de obligaciones tributarias en el mismo período de la adquisición.
- Movimientos bancarios en instituciones financieras en el período de adquisición de bienes que no guarda relación con las actividades económicas y/o los ingresos derivados de fuentes reportadas a las instancias de control.
- Ingresos reportados mayores a los depósitos bancarios, que evidencia manejo de efectivo sin soporte en fuente de ingresos conocida.
- Omisión de pago de ganancia de capital en múltiples transferencias de dominio de bienes y más aún cuando no se ha reportado una actividad económica relacionada a ese rubro.
- Pagos anticipados en préstamos que no son acordes al perfil según declaración de conocimiento del cliente de las instituciones del sistema financiero.
- Supuestos de adquisición de bienes donde hay tipologías de lavado de dinero u otras maniobras de ocultamiento como en la venta de bienes entre los mismos familiares y posterior retorno entre ellos.
- Desproporción en el valor de adquisición de los bienes respecto a los valores de mercado.

Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Por otro lado, el peligro en la demora (*periculum in mora*), se refiere a la posibilidad de que, en caso de no adoptarse la medida cautelar, sobrevenga un

perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. En ese riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar.

En este sentido se afirma que el *periculum in mora* que constituye la base de este presupuesto en las medidas cautelares, no es el peligro de daño jurídico, sino que es específicamente "el peligro del daño marginal" que podrá derivarse del retardo de la providencia definitiva. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la sentencia definitiva, la que hace surgir el interés en el dictado de una medida cautelar¹¹⁸.

Morello, Sosa y Berizonce expresan que el "estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal, y que da características propias a aquéllas frente a la duración o demora del proceso, pues la prolongación del mismo durante un tiempo más o menos largo crea siempre un riesgo a la justicia y si bien no es necesaria la plena acreditación de su existencia, se requiere que resulte en forma objetiva. No basta el simple temor o aprensión del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados -en sus posibles consecuencias- aún por terceros. Se acredita sumariamente o *prima facie* o mediante una *summaria cognitio*, pudiendo en ciertas hipótesis presumirse a través de las constancias de autos.

Entonces, para analizar los peligros que se intenta precaver, podemos señalar siguiendo en este punto al Dr. Mariano Arbonés, la siguiente clasificación de los peligros que pueden justificar el requisito del peligro en la demora:

Peligros desde una perspectiva temporal:

¹¹⁸ Mario Claudio Perrachione, *Medidas Cautelares* (Chile: Ed. Mediterránea, 2006), pág. 16.

- 1.- periculum in mora (de demora)
- 2.- Periculum praesens (actualidad)
- 3.- Periculum in futuro (eventualidades)

Peligros desde una perspectiva fáctica:

- 1.- Periculum interitus (pérdida de la cosa)
- 2.- Periculum in facto (alteración de cosas o lugares)
- 3.- Periculum in damni (daño, y daño temido)
- 4.- Periculum in deteriorationis (de degradación o deterioro de la cosa)
- 5.- Periculum in inopiae (que caiga en la miseria voluntaria – vaciamiento – o involuntaria).

Elementos objetivos de peligro en los procesos cautelares por incremento patrimonial no justificado

- Peligro de que los bienes incremento no justificado se transfieran registralmente a favor de terceras personas con fines de evasión de la acción extintiva.
- Peligro de que los bienes incremento no justificado se transfieran registralmente a favor de terceros de buena fe exentos de culpa.
- Peligro de que los bienes incremento no justificado sean apropiados materialmente por terceras personas con fines de evasión de la acción extintiva.
- Peligro de que los bienes incremento no justificado sean apropiados materialmente por terceros de buena fe exentos de culpa.

- Peligro de socavar las expectativas de derecho que terceras personas ostentan en razón de ser titulares de garantías que recaen sobre los bienes incremento. (protección de intereses legítimos -a priori- de los interesados)
- Peligro de destrucción, deterioro o pérdida de los bienes incremento no justificado.

La acreditación de la apariencia de buen derecho y del peligro, lesión o frustración por demora deberán justificarse tanto en la solicitud de ratificación del decreto cautelar como en la solicitud de inicio del proceso de extinción de dominio en la forma que sea más pertinente y adecuada.

Contracautela

El doctrinario Piero Calamandrei, considera que la contracautela es una providencia cautelar cuya finalidad consiste en la imposición de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial y funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podría surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada¹¹⁹.

En ese sentido, en el ámbito civil se entiende la contracautela como una garantía procesal fijada por la ley con la finalidad de obtener un resarcimiento para el ejecutado en caso sea perjudicado con el dictado de la decisión cautelar. Por ello, no es un presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar. Así también lo señala el doctrinario Jorge Peyrano al indicar que la prestación de la

¹¹⁹ Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. (Argentina, 1945), 63-64.

contracautela no es un requisito para su procedencia, sino solo un presupuesto para que resulte viable su ejecución.¹²⁰ Esta última concepción es compartida por la autora de este trabajo y es la aplicable en materia de extinción de dominio.

Lo anterior se verifica, en lo regulado en el inciso tres del Art. 23 LEDAB, que establece que en los procesos de extinción de dominio no es procedente exigir caución o contracautela al fiscal especializado y esto tiene fundamento al considerar la naturaleza de orden público de la materia de extinción de dominio, siendo que la garantía de conservación de los bienes y en el mantenimiento de su valor se ha delegado por ley en el Consejo Nacional de Administración de Bienes, quien es el ente autónomo y especializado creado con la finalidad de asegurar una transparente y eficiente función en la gestión y administración de los bienes sujetos a medida cautelar. Al respecto, el Art. 60 inciso tres de la LEDAB señala que el CONAB será responsable de la administración, conservación y destinación de los bienes regulados en la presente ley, así como de establecer los procedimientos para ello. En ese mismo sentido, el Art. 74 inciso uno LEDAB regula que la administración de los bienes tendrá por finalidad destinarlos a actividades rentables de acuerdo a su uso normal y ordinario, garantizando su mantenimiento y conservación.

4.3. Aplicación del principio de proporcionalidad Examen de proporcionalidad de las medidas cautelares por incremento patrimonial no justificado

Por disposición expresa, el inciso uno del Art. 23 LEDAB, remite al Art. 436 CPCM que establece el catálogo de medidas cautelares que pueden aplicarse en

¹²⁰ Jorge W. Peyrano, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, (Argentina, 1983) 82.

un proceso cautelar de extinción de dominio por incremento patrimonial no justificado. Esta norma literalmente señala:

“Art. 436.- Podrá solicitarse la adopción de las siguientes medidas cautelares: 1ª. El embargo preventivo de bienes;

2ª. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos;

3ª. El secuestro de cosa mueble;

4ª. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;

5ª. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales;

6ª. La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación;

7ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;

8ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades”.

Cabe señalar que este catálogo no es taxativo, pues el Art. 437 CPCM reconoce la posibilidad de aplicar o imponer cualquier otra cautela que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse

en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos.

4.3.1. Aplicabilidad del parámetro de idoneidad a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por incremento patrimonial injustificado

La Fiscalía aplica el parámetro de idoneidad de una medida en el decreto cautelar, cuando procede a la identificación de la medida: En el caso hipotético de una pluralidad de bienes inmuebles que representan un incremento patrimonial no justificado, la medida podría ser el embargo, entendiendo esta medida dentro de la materia de extinción de dominio como una cautela que permite que los bienes sean administrados por el CONAB y no solo como medida de carácter registral¹²¹, pues por la naturaleza de este proceso, las medidas

¹²¹ El embargo es entendido por el juez de extinción de dominio como medida cautelar registral al igual que la anotación preventiva, diferenciándose de esta última en el hecho de que el embargo no solo impide la inscripción a nivel registral de actos jurídicos de transferencia sino que les quita su aptitud de objeto lícito de enajenación; es decir, el hecho de que un inmueble se embargue apareja la condición de objeto ilícito de enajenación y el acto jurídico en cuestión es nulo, por ende a quien se le hace el traslado de dominio, en realidad no lo adquiere. Este criterio fue expuesto en el auto de las ocho horas con cincuenta minutos del nueve de julio de dos mil veintiuno, dado en el proceso cautelar de referencia 005-RMC-2021-4.

La oposición a esta interpretación fue señalada por la Fiscalía mediante recurso de revocatoria con apelación subsidiaria, exponiendo que: "... en el contexto de la materia de Extinción de Dominio, cualquiera de las medidas adoptadas debe tener como objetivo primario el cuidado, preservación, buen uso y supervisión, con el fin de no volver nugatoria las resultas del proceso, las cuales no deben ser vistas desde la perspectiva netamente económica de generación de rendimientos o generación de réditos sino, en pureza, por la conservación de los bienes. Así reza el apartado VI de las consideraciones previas del Decreto 534 emitido en el mes noviembre del año 2013 por la Asamblea Legislativa que contiene la ley Especial de Extinción de Dominio:

Que para asegurar una transparente y eficiente función en la gestión y administración de los bienes sujetos a medida cautelar o extinguidos por sentencia definitiva, se hace necesaria la creación de un organismo autónomo especializado, así como establecer disposiciones sobre la recepción, identificación, inventario, administración, mantenimiento, preservación, custodia y destinación de los mismos.

cautelares tienen no solo que formalizarse –caso de anotaciones en los registros públicos-; sino materializarse –desapoderar al afectado-; por lo cual, se hace señalamiento de –lugar, hora y fecha para dichos efectos materiales.

Dentro del análisis de idoneidad, posteriormente se identifica la finalidad, la cual consiste en este caso ejemplificativo en entregarlos al CONAB para garantizar que no haya un apoderamiento material de los inmuebles por parte de terceras personas a quienes habría que garantizarles un derecho real dentro del proceso que podría hacer nugatorios los efectos de una sentencia estimativa en favor del Estado.

La Fiscalía identifica la medida cautelar a imponer, la que sería en este caso, el embargo de bienes inmuebles que representan incremento patrimonial no justificado y evalúa si esta medida es legítima. Al respecto, ya se ha advertido que el Art. 431 numeral 1 CPCM y 23 inciso uno LEDAB regulan el embargo como medida cautelar real, por lo que es constitucionalmente legítima, ya que la Constitución de la República no la prohíbe.

Dicha consideración tiene eco en los arts. 60 inciso 3, 74 y 76 de la LEDAB, disposiciones que encausan a que el destino procesal de los bienes sujetos a cualquier tipo de cautela quede en manos del CONAB, dadas las responsabilidades que conforme a la misma ley adquieren los titulares de dicho instituto --art. 69, LITERALES f, g, h, k, l LEDAB-- ya que esta conminado a la conservación de los bienes, a la luz y bajo la óptica de mantener o mejorar las condiciones en miras de los principios de **eficiencia** y **eficacia**, comprometido con la garantía del pago de todos los servicios básicos como energía, agua, y tasas municipales, las que de no ser canceladas, son capaces de comprometer el valor global de un inmueble; aspectos que no son exigibles de su titular actual, quien vale decir tiene deudas latentes.. esta acotación resulta trascendental debido a que no solo bienes de origen ilícito pueden caer en situaciones de impago voluntarias por los titulares actuales con el propósito de que sea el Estado quien asuma estas consecuencias. En ese sentido, siendo en la actualidad por ministerio de ley el CONAB el único ente que brinda esa garantía”.

En un segundo momento, se identifica la finalidad que se persigue con la medida seleccionada y en este caso, se tiene que evaluar de la misma manera si la finalidad es legítima, con lo cual se ha analizado lo que se conoce como idoneidad teleológica.

En el caso concreto, la finalidad de asegurar el bien materialmente es constitucionalmente legítimo al estar vinculado directamente al objeto del proceso de extinción de dominio que persigue fines amparados en la norma primaria del Estado, en especial, aquellos que garantizan la vigencia de un orden social justo; el desarrollo de la prosperidad general; la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales; y la preservación de los valores ético sociales del Estado social y democrático de Derecho.¹²² Al respecto, debe tenerse presente la interpretación que la Sala de lo Constitucional ha efectuado sobre la libre disposición de bienes, manifestando que "...el art. 22 de la misma Ley Suprema establece –hay que entender– que una vez concretado dentro de la esfera jurídica del individuo la propiedad sobre un bien cualquiera, de los permitidos legal y constitucionalmente, se tiene también el derecho constitucional de disponer libremente los destinos del mismo, para evitar, entre otras cosas, un estatismo económico y así poner de relieve la libertad económica y comercial. Esta libre disposición, no obstante ser una actividad humana en principio remitida a la iniciativa de los particulares, está subordinada por razones de interés público, de tal modo que la función social se halla de forma implícita dentro del contenido esencial del mandato constitucional ahora interpretado. De esta forma, se inserta a la 'libre disposición de bienes' en su entorno natural, colocando al propietario, en conclusión, en una posición colaboradora frente a la sociedad, puesto que

¹²² La sentencia 146/2014-197/17 reconoce que la extinción de dominio es una institución que persigue fines constitucionalmente legítimos.

cualquier clase de bien debe emplearse no sólo en provecho personal, sino también en favor de la comunidad”¹²³

Una vez agotado el análisis de la idoneidad teleológica, debe continuarse con la evaluación de la idoneidad técnica, lo cual significa analizar si la medida es adecuada para promover esa finalidad identificada. En ese sentido, partiendo del caso del conjunto de inmuebles que representan un incremento patrimonial injustificado, el embargo de estos debería ser el medio adecuado para evitar que terceras personas se apoderen materialmente de los bienes, ocasionando peligro inminente de volver nugatorio el efecto de una sentencia estimativa en favor del Estado al tener que reconocerles una calidad en el proceso como tercero de buena fe exento de culpa.

4.3.2. Aplicabilidad del parámetro de necesidad a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por incremento patrimonial injustificado

Para que la Fiscalía pueda determinar la necesidad de una medida de forma ordenada y sucesiva, debe efectuar cuatro exámenes de forma sucesiva:

El primer examen consiste en esclarecer si existen otros medios idóneos.

En el caso hipotético debe verificarse si es posible identificar medios idóneos para favorecer la finalidad perseguida de evitar el apoderamiento material de los bienes inmuebles por parte de terceras personas y si no existen otros medios, entonces el embargo será necesario, ya que no hay otra medida que pueda reemplazarlo. Pero sí se considera que hay medios alternativos idóneos que el

¹²³ (Sentencia de 26-II-2002, Inc. 24-98, Considerando V 3).

embargo para evitar el desapoderamiento material de los inmuebles, debe realizarse un análisis comparativo entre los medios alternativos y la medida sometida a control,-embargo- en torno a la finalidad de evitar el apoderamiento material aludido, supliéndose por el Estado -a través de la Fiscalía- este requisito, con el cual se establecerá de la comparativa realizada una conclusión en cualquiera de dos sentidos: 1) que la anotación preventiva no permite alcanzar esa finalidad del embargo -caso en el que terminaría el análisis de necesidad- o 2) que la anotación preventiva permite evitar el apoderamiento material de los bienes raíces por personas terceras de buena fe exentas de culpa, último caso en el que será procedente y vital que la Fiscalía continuara con el análisis del segundo examen.

El segundo examen consiste en determinar si los medios alternativos idóneos son al menos igualmente eficaces que la medida para alcanzar la finalidad.

Este examen es observado por la Fiscalía cuando se determina en el caso hipotético que la anotación preventiva, por ejemplo, -como medio alternativo- permite evitar el apoderamiento material de los inmuebles en forma oportuna y en el mismo grado que el embargo, o si por el contrario, con la anotación preventiva se evita ese peligro del apoderamiento de los inmuebles en manos de terceros pero de forma tardía o en menor grado que con la medida de embargo, último caso en el que el embargo sería, teleológicamente necesario, con lo que ya no haría falta seguir el análisis al tercer examen para determinar la necesidad y debería continuarse con el análisis de la regla de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto pero si la anotación preventiva-, permite evitar el apoderamiento material de los inmuebles en manos de terceros pero de forma oportuna y con el mismo grado de eficacia que el embargo, debe seguirse en el tercer examen para determinar la necesidad del embargo, ya que ésta última cautela no sería teleológicamente necesaria.

El tercer examen consiste en identificar la intensidad en que limitan los derechos fundamentales tanto la medida sometida a control, como las demás que se consideran al menos igualmente eficaces.

En este nivel de análisis, en el caso hipotético, la Fiscalía identifica la intensidad del embargo y de la anotación preventiva como límites al derecho de propiedad, con lo cual se daría paso al cuarto examen.

El cuarto examen requiere comparar los grados de afectación de derechos fundamentales que provocan las medidas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad perseguida, por lo que la Fiscalía determina en este aspecto que la medida cautelar de embargo implica menor limitación a los derechos fundamentales que la medida alternativa, concluyendo entonces que esta última es innecesaria, con lo que se da paso al último análisis de subprincipios, siendo la proporcionalidad en sentido estricto.

En el cuarto examen se deben comparar los grados de afectación de derechos fundamentales que generan las diversas medidas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad perseguida.

Por lo antes expuesto, se puede afirmar para el caso hipotético, que en la etapa de investigación, la Fiscalía determina o bien que el embargo de bienes inmuebles incremento no justificado es la única medida idónea para favorecer la finalidad de garantizar que no haya un apoderamiento material de los bienes a favor de terceras personas a quienes habría que garantizarles un derecho real dentro del proceso que podría hacer nugatorios los efectos de una sentencia estimativa en favor del Estado o si el embargo no es una medida necesaria, ya sea porque existen otras medidas cautelares, tales como la anotación preventiva que permite alcanzar la finalidad prevista de la misma manera o parecida al

embargo, y si la implementación de este medio alternativo restringe en menor medida los derechos del afectado.

4.3.3. Aplicabilidad del parámetro de proporcionalidad en sentido estricto a un caso concreto acaecido en el proceso cautelar por incremento patrimonial injustificado

De acuerdo al principio de proporcionalidad en sentido estricto o regla de ponderación, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Entre los criterios más utilizados en el juicio de proporcionalidad para la imposición de medidas cautelares patrimoniales en el ámbito de extinción de dominio por incremento patrimonial no justificado, se encuentran: (i) El grado de intencionalidad en la generación del enriquecimiento ilícito; (ii) la gravedad y cuantía del enriquecimiento ilícito; (iii) el beneficio patrimonial obtenido por el afectado, iv) La posición política, económica y material del afectado; y (iv) la finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la medida cautelar patrimonial.

Al respecto, la Fiscalía -en un caso hipotético- aplica la regla de ponderación cuando identifica las ventajas de que el Consejo Nacional de Administración de Bienes sea el que tenga materialmente los bienes inmuebles del afectado que representan un incremento patrimonial no justificado y estas ventajas podrían consistir en el aseguramiento material de los inmuebles, el cese del beneficio injusto que el afectado está percibiendo con los bienes incremento, la conservación y mantenimiento adecuado de los bienes incremento, la utilización de los mismos para fines estatales, todo lo cual compensa los

sacrificios que el embargo representa para el titular de los bienes en cuanto al derecho fundamental de propiedad.

De acuerdo a todo lo antes señalado, se puede afirmar que en la fase de investigación cuando se impone una medida cautelar por parte de la Fiscalía – por medio de los auxiliares fiscales de la Unidad Especializada en Extinción de Dominio- se debe previo al decreto de medida, analizar que estas cautelas respondan al principio de proporcionalidad en consonancia con lo establecido en el inciso segundo del Art. 23 LEDAB, en relación con el Art. 431 CPCM¹²⁴ los cuales parten de la doctrina de los expositores de derecho procesal en general, entre los que se destaca a Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y Chiovenda así como de la jurisprudencia española que es modelo de nuestra legislación procesal civil y mercantil.

4.4. Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la fase judicial del proceso por Incremento Patrimonial no Justificado

El art. 30 LEDAB establece que la fase procesal iniciará con la presentación por parte de Fiscalía, de la solicitud de extinción de dominio ante el respectivo Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, por eso la materialización del derecho de acción por incremento patrimonial injustificado, se efectúa con la solicitud de extinción de dominio por parte de Fiscalía, de conformidad al art. 193 ordinales 1º, 2º y 3º Cn, que señala como obligación de esta institución, defender los intereses del Estado y de la sociedad; promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad; y

¹²⁴ Este artículo señala la universalidad en la aplicación de las medidas cautelares: “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”.

dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil. Lo anterior en relación a las normas de la LEDAB establecidas en los siguientes artículos:

“Ejercicio de la acción

Art. 19.- En el marco de sus competencias constitucionales, corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir, con la colaboración de la Policía Nacional Civil y en la forma en la que determine esta ley, la investigación para establecer y fundamentar la concurrencia de uno o más de los presupuestos de extinción de dominio señalados en la presente ley, así como promover la acción de extinción de dominio ante los juzgados especializados.

Para el cumplimiento de las atribuciones asignadas por la presente ley, el Fiscal General de la República organizará y conformará la Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio”.

“Ejercicio de la acción de extinción de dominio

Art. 25.- Corresponderá al fiscal especializado de oficio, por denuncia o aviso, dirigir la investigación, cuando concurra alguno de los presupuestos previstos en la presente ley.

Tan pronto como un fiscal a cargo de un proceso penal tenga conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de la aplicación de las disposiciones de la presente ley, informará a la Unidad Fiscal Especializada responsable de ejercer la acción de extinción de dominio”.

Como se ha manifestado con anterioridad, el artículo 29 LEDAB señala los requisitos de admisibilidad de la solicitud de inicio de extinción de dominio, y concretamente en el literal f) de dicho precepto se consigna lo relativo a las

medidas cautelares si a ello hubiere lugar. El artículo en mención literalmente establece:

“Requisitos de la solicitud de extinción de dominio

Art. 29.- El fiscal especializado formulará por escrito, ante el juez especializado, la solicitud de extinción

de dominio, que contendrá lo siguiente:

a) La narración completa de los hechos en que fundamenta su petición, en orden cronológico, completo

y que ilustre al juez especializado sobre lo sucedido.

b) La descripción e identificación de los bienes objeto de solicitud de inicio de la acción de extinción de dominio.

c) El presupuesto en que fundamenta su solicitud.

d) El nombre, los datos de identificación y la dirección de residencia o de negocios de las personas que pudieran tener interés en el asunto o, en caso contrario, debe señalar la razón que imposibilitó su localización.

e) Indicar y ofrecer las pruebas conducentes.

f) Las medidas cautelares si a ello hubiere lugar.

g) La solicitud de las diligencias o actos urgentes de comprobación que requieran autorización judicial conforme al derecho común.

Si faltare alguno de estos requisitos, el tribunal especializado ordenará que se completen, fijando un plazo de tres días hábiles para ello. Si los datos no son completados, la solicitud será declarada inadmisibile. En caso de declararse inadmisibile la solicitud, el fiscal especializado podrá interponer el recurso de apelación”.

En la solicitud de extinción de dominio, la Fiscalía plasma los hechos constitutivos de incremento patrimonial no justificado y establece los elementos de prueba que fundamentan esa teoría fáctica así como solicita al Juez Especializado en Extinción de Dominio que ordene las medidas cautelares pertinentes, necesarias y útiles para asegurar la finalidad de conservación y disponibilidad -entre otras- de los bienes objeto del proceso; en este último aspecto se advierte una diferencia sustancial del tratamiento de las medidas cautelares en relación a la fase de investigación donde es la Fiscalía quien impone o decreta las mismas, por ello, en el proceso judicial de extinción de dominio el Estado a través del ente fiscal, solicita la imposición de una o varias cautelas según sea el caso y el juzgador mediante resolución fundamentada resuelve aplicando e imponiendo las medidas pertinentes.

En este sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad de una medida se efectúa tanto por el o los representantes del ministerio fiscal que suscriben la solicitud de inicio, exponiendo dentro de dicho documento, en el apartado correspondiente la justificación correspondiente respecto de la cautela o cautelas solicitadas, y también el análisis de la procedencia de la cautela se efectúa a la luz del principio de proporcionalidad por el juzgador al momento de examinar la admisibilidad de la solicitud en referencia. Al respecto el Art. 31 LEDAB señala en su inciso segundo que, en la misma resolución de admisión de la solicitud a trámite, el tribunal especializado resolverá sobre las medidas cautelares solicitadas y su ejecución, la reserva de las actuaciones y ordenará la

notificación de su admisión, después de ejecutadas las medidas cautelares. De modo que los subprincipios de la proporcionalidad son expuestos ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de la resolución de admisión de la solicitud presentada. En esta etapa es posible advertir un primer control jurisdiccional respecto de la solicitud de medidas cautelares efectuada por la Fiscalía.

4.4.1. Análisis de admisibilidad de la solicitud de extinción de dominio

El art. 29 inciso final LEDAB, se complementa con el art. 278 CPCM, manifestándose que sí la demanda –solicitud- fuere oscura o incumpliera las formalidades establecidas para su presentación, se prevendrá por una sola vez para que en el plazo legal se subsanen tales imperfecciones.

En este sentido, podría plantearse el caso que el Estado -a través de la Fiscalía- incumpliera con el requisito de solicitar motivadamente las medidas cautelares a que hubiere lugar con lo que, a la luz de estas disposiciones, el juez especializado podría prevenir al respecto solicitando alguna aclaración del solicitante. Pero también podría darse el caso de que no se previniera al respecto y el juez considere que la medida cautelar solicitada y debidamente fundamentada no es procedente por inobservancia del principio de proporcionalidad, resolviendo en el auto de admisibilidad de la solicitud denegar dicha cautela¹²⁵.

¹²⁵ En el auto de las ocho horas con cincuenta minutos del nueve de julio de dos mil veintiuno, dado en el proceso cautelar de referencia 005-RMC-2021-4, el Juez Especializado en Extinción de Dominio se pronunció en el sentido de denegar la entrega en administración al CONAB de los bienes sujetos a anotación preventiva y embargo, por considerarla desproporcional. En el caso concreto el juez justificó la denegatoria de la administración por parte del CONAB de bienes lícitos afectados por el presupuesto de equivalencia, en vista de

En el caso de que se hubieren efectuado prevenciones sobre algún punto oscuro o incongruente de las medidas cautelares, si el demandante –FGR- no cumple con la prevención, se dará por terminado el proceso, declarando inadmisibles la demanda –solicitud-. Este tipo de rechazo permite al pretensor volver a intentar la acción, superando los obstáculos del rechazo al que se ha hecho alusión. En esta etapa es posible advertir nuevamente el control jurisdiccional respecto de la solicitud de medidas cautelares incluida en la solicitud de inicio efectuada por la Fiscalía.

En el caso de que se resuelva la inadmisibilidad de la solicitud porque las prevenciones de forma no sean cumplidas en legal forma y tiempo, la parte final del inciso último del art. 29 LEDAB, deja expedida la vía recursiva del rechazo de la solicitud de extinción de dominio, por medio del recurso de apelación. En este punto es importante agregar que si el rechazo de la solicitud se debe a la no subsanación de la prevención relativa a justificar la medida cautelar solicitada en atención al principio de proporcionalidad, se da paso a la interposición del recurso de apelación del auto de denegatoria de la solicitud de inicio del proceso.

que en la sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las doce horas y treinta minutos del veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, con número de referencia 146/2014-197/2017 expresó que los bienes por valor equivalente son susceptibles al juicio, principio o test de proporcionalidad, indicando que: los bienes por valor equivalente debe ser compatibilizado con el principio de proporcionalidad; agregando en su resolución que en ese sentido, el Tribunal Constitucional se focalizó al valor pecuniario de los bienes sujetos a la equivalencia pero que ese juicio, principio o test debe ser valorado en los diversos exámenes cognitivos del trámite procesal, y entre ellos está la admisibilidad o no de las entregas en administración. En la resolución en mención, se señaló por el juez ad quo que que el Estado no estaba habilitado para intervenir mediante la materialización para su administración porque ésta lo que persigue es devolverle esa función social a los bienes.

El recurso de apelación por inadmisibilidad de la solicitud de extinción de dominio

El art. 45 literal b) LEDAB, señala que la apelación podrá interponerse contra la resolución judicial que declara inadmisibile el requerimiento de extinción del dominio. En este caso, si la Fiscalía fundamenta el recurso en la justificación de las medidas cautelares con observancia del principio de proporcionalidad de las cautelas, se da paso al control de esta temática por parte del tribunal superior.

En el inciso final del mismo art. 44 LEDAB se establece que en lo relativo a los términos y plazos para la sustanciación de los recursos, se observará lo dispuesto en la Ley; sin embargo, en el mismo artículo en el inciso uno establece que los recursos de revocatoria y apelación se sustanciarán conforme a los requisitos y trámites del derecho común.

Para responder la interrogante ¿a cuál derecho común se refiere en el caso del recurso de apelación de la inadmisibilidad de la solicitud de inicio del proceso?

el art. 102 LEDAB señala que los plazos contemplados en la Ley, cuando se refieran a días, se entenderán como hábiles; salvo las excepciones establecidas en la misma ley. Las excepciones son cuando la LEDAB se refiere a horas, días calendario, meses; por ejemplo, en las normas previstas en los arts. 13 inciso segundo, 21, 27 literal f). 91, 103 LEDAB.

Por otro lado, el Art. 101 LEDAB establece que en lo no previsto en la ley serán aplicables las normas y procedimientos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, salvo las excepciones establecidas en esta ley. Y las excepciones a las que se refieren LEDAB, por haberse expresado una norma concreta, son para los actos o diligencias iniciales de investigación – art. 20

LEDAB- y en materia de excepciones a las reglas de exclusiones probatorias – art. 38 LEDAB-, el CPP como su norma supletoria. Sumándose a lo anterior el inciso final del art. 44 LEDAB –adición-.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que el derecho común referido por la LEDAB, no puede ser otro que el previsto en el CPCM. Sin embargo, la jurisprudencia en materia de apelaciones aplica el Código Procesal Penal en cuanto a los recursos como ley supletoria a la LEDAB¹²⁶.

Después de la interposición del recurso de apelación de la inadmisibilidad de la solicitud de inicio del proceso de extinción de dominio, de acuerdo al Art. 419 CPP, el juez emplazará a las otras partes para que en el término de cinco

¹²⁶ Desde la entrada en vigencia de la LEDAB, cuya configuración definió a través del D.L. No 714 de fecha 13 de junio de 2014, publicado en el D. O. N° 109, Tomo 403 de la misma fecha, la que estableció la creación del Juzgado Especializado en Extinción de Dominio en San Salvador, con competencia en todo el territorio de la República, se determinó que en atención de la carga laboral correspondería al Pleno de la CSJ la creación de una Cámara Especializada, para el conocimiento en segunda instancia de los recursos interpuestos ante el Juez Especializado, y durante el intervalo, amplió las competencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro con sede en San Salvador, tribunal que cumplió con dichas atribuciones hasta el 1 de junio de 2021, fecha a partir de la cual se habilitó la competencia de dos tribunales superiores, la Cámara Primera y la Cámara Segunda, ambas Especializadas de lo Penal mediante el Decreto 826 que contiene reformas a la Ley Orgánica Judicial relativas a la creación de la Cámara Segunda Especializada de lo Penal y competencia de la Cámara Primera de lo Penal de la primera Sección del Centro y las Cámaras Especializadas de lo Penal". Vale la pena mencionar que el Art. 5 de dicho Decreto 826 el cual establecía que: "La Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro continuará la tramitación hasta su finalización de los recursos presentados antes de la vigencia del presente decreto, conforme a la competencia que se le dio por medio de la disposición transitoria contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 714 de fecha 13 de junio de 2014, publicado en el Diario Oficial n.º 109, tomo n.º 403 de fecha 13 de junio de 2014." la fue derogado por el Decreto No. 50.- Disposiciones transitorias sobre el Ejercicio de la Competencia de la Cámara Segunda Especializada de lo Penal, publicado en el D. O. de fecha 07/06/2021, el cual señala que a partir del 12 de julio de 2021, la Cámara Primera Especializada de lo Penal no conocerá de procesos nuevos durante el plazo de 180 días calendario, tiempo durante el cual serán asignados directamente a la Cámara Segunda Especializada de lo Penal, posteriormente a ese período la Oficina Distribuidora de Procesos los asignará como corresponda.

días contesten el recurso y, en su caso, ofrezcan prueba. Luego, sin más trámite e inmediatamente, remitirá las actuaciones al Tribunal de Segunda Instancia¹²⁷ para que resuelva y una vez recibidas las actuaciones el Tribunal de Segunda Instancia, dentro de los diez días admitirá o rechazará y decidirá el recurso y la cuestión planteada, todo en una resolución.

En este evento se advierte la posibilidad de que el tribunal superior analice y evalúe la medida cautelar a la luz del principio de proporcionalidad y concluya que la causa de la inadmisibilidad es o no procedente, en el primer caso, queda imbíbido el derecho de promover nueva acción y en el segundo caso, el Tribunal superior ordena al a quo admitir la solicitud de inicio del proceso.

Ahora bien, si no hubiere prevenciones, sino que la solicitud de inicio se admite, pero denegando la o las medidas cautelares solicitadas porque a criterio del juzgador no son congruentes con el principio de proporcionalidad, es posible para la Fiscalía interponer el recurso de revocatoria con apelación subsidiaria a la luz de los artículos 341 inciso primero, 342, 461,463 y 464 CPP en relación con el Art.45 literal a) LEDAB. En esta etapa, es posible que el juez a quo cambie de opinión, autorizando la medida denegada analizando nuevamente los subprincipios de la proporcionalidad considerando las argumentaciones de la parte solicitante -Fiscalía- que sean pertinentes.

4.4.2. Auto de admisión de la solicitud de extinción de dominio

Es a través de esta resolución que el juez expone en virtud del cumplimiento de los requisitos de ley que la promoción de la acción de extinción

¹²⁷ De acuerdo al Decreto No. 50.- Disposiciones transitorias sobre el Ejercicio de la Competencia de la Cámara Segunda Especializada de lo Penal, publicado en el D. O. de fecha 07/06/2021, el Tribunal Superior sería la Cámara Segunda Especializada de lo Penal.

de dominio será ventilada en el proceso correspondiente y además en relación a las medidas cautelares, se verifica la aplicación del principio de proporcionalidad así como la observancia de las garantías configurativas del debido proceso, habilitando a la Fiscalía para que señale día, hora y lugar para hacer efectivas las cautelas a través de la entrega material de los bienes al ente administrador, posterior a la materialización de las medidas, se procede a la etapa de emplazamiento de los afectados y/o posibles interesados.

4.4.3. Emplazamiento

El art. 169 CPCM menciona que, sin perjuicio de los plazos señalados en este Código, toda resolución judicial se notificará en el más breve plazo a las partes y a los interesados; mientras que el art. 181 CPCM establece que todo demandado debe ser debidamente informado de la admisión de una demanda -solicitud de extinción de dominio- en su contra, a fin de que pueda preparar la defensa de sus derechos o intereses legítimos.

El emplazamiento es el acto procesal de comunicación que pone al emplazado en la situación jurídica de comparecer o dejar de comparecer, que cumpla una actividad o declare su voluntad ante el órgano jurisdiccional, en un plazo determinado¹²⁸, por ello es posible afirmar que tiene la finalidad de potenciar el derecho de audiencia, defensa y contradicción (contestación de la solicitud de extinción de dominio) a la parte afectada con el proceso de extinción de dominio¹²⁹.

¹²⁸ Guillermo Alexander Parada Gámez, *El Proceso Común* (El Salvador: Uca Editores, 2016) 77.

¹²⁹ La LEDAB señala al respecto: "Traslado de la Solicitud de Inicio

Resulta importante señalar que la parte afectada podría en su contestación solicitar audiencia especial de modificación de las medidas cautelares, donde de igual manera se verificaría el principio de proporcionalidad de las cautelas ejecutadas de parte del juzgador que deberá concluir o bien manteniendo las medidas o modificándolas si advierte alguna causa de procedencia.

4.4.4. Desarrollo de la Audiencia Preparatoria

Del contenido del Art. 33 LEDAB se puede afirmar que la audiencia preparatoria tiene como propósito que se determine o fije el objeto de debate del proceso, se descubran y fijen todas las pruebas que se harán valer en juicio y se verifiquen o revisen las medidas cautelares impuestas. En este sentido, en esta etapa procesal es posible que las partes procesales apliquen el principio de proporcionalidad en el proceso por incremento patrimonial injustificado, a la hora de argumentar sus pretensiones respecto de las cautelas¹³⁰.

4.4.5. Audiencia de Sentencia

Art. 32.- 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”.

¹³⁰ El Art 33 LEDAB señala: “Audiencia Preparatoria Art. 33.- El día y hora señalados, el tribunal especializado celebrará la audiencia preparatoria, en la que resolverá sobre cualquier cuestión incidental alegada, así como la admisión o rechazo de las pruebas. 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; c) Resolver sobre la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas; y, d) REVISAR LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS CON EL OBJETO DE RATIFICARLAS, MODIFICARLAS, O CESARLAS SEGÚN PROCEDA. (2) EN CASO QUE UN PRESUNTO TERCERO DE BUENA FE EXENTA DE CULPA SOLICITE LEVANTAMIENTO DE UNA MEDIDA CAUTELAR CONTRA SUS BIENES EN LA AUDIENCIA, EL INCIDENTE”

Dentro de la tramitación normal del proceso de extinción de dominio, la audiencia de sentencia es la última etapa, con la cual se define la situación jurídica de los bienes que forman parte de la pretensión extintiva del Estado.

Al respecto el Art. 34 LEDAB establece:

“Audiencia de Sentencia Art. 34.- 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. La audiencia de sentencia no tendrá una duración superior a treinta días, salvo casos excepcionales de complejidad debidamente motivados, en cuyo caso se podrá prorrogar por una sola vez hasta por el mismo término. Cumplido lo anterior, el tribunal especializado decretará el cierre de la audiencia y fijará fecha y hora para la lectura de sentencia, en un término no superior a quince días.

En el desarrollo de la audiencia de sentencia se producen las pruebas pertinentes, útiles, legales y oportunamente incorporadas, se presentan por las partes los alegatos y finalmente el juez debe valorar -en base a la sana crítica-en el caso del incremento patrimonial no justificado, si se extinguirá el dominio de los bienes objeto del proceso, formalizando en una sentencia el resultado de sus valoraciones, así como los siguientes elementos:

- a) Identificación de los bienes y de las personas afectadas.
- b) Resumen de la solicitud de extinción de dominio y de la oposición.
- c) Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho.
- d) Valoración de la prueba.

e) Declaración motivada sobre la procedencia o improcedencia de la pretensión de extinción de dominio.

f) Reconocer los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.

g) Declarar la procedencia de la extinción de dominio sobre bienes equivalentes. Contra esta sentencia sólo procede el recurso de apelación con efecto suspensivo. Gastos procesales y de la administración.

La LEDAB señala en el Art. 41 lo siguiente:

“Si el juez estimare procedente la solicitud de extinción de dominio a favor del Estado, declarará en su sentencia la extinción de dominio de todos los derechos reales, principales o accesorios sobre los bienes de origen o destinación ilícita, absteniéndose de ordenar la cesación de toda medida cautelar, mientras la sentencia no quede firme y ordenará que, la administración de ellos, pase a realizarla o la mantenga el Estado.

Si la sentencia declara no ha lugar a la pretensión de extinción de dominio, se ordenará la devolución de los bienes o su equivalente, cuando hayan sido enajenados anticipadamente, respecto de los cuales el afectado hubiere probado la procedencia legítima de los mismos y los derechos que sobre ellos ejerza, operando en tal caso el efecto suspensivo previsto en el inciso anterior hasta que la sentencia quede firme.

Finalización anormal del proceso de extinción de dominio

Vale la pena mencionar que existe la posibilidad de que el proceso de extinción de dominio finalice de forma anormal mediante una sentencia anticipada cuando el afectado o titular de los bienes que representan un incremento patrimonial no justificado se allana a la pretensión extintiva del Estado, en cuyo

caso es el Juez Especializado en Extinción de Dominio quien valora la solicitud de allanamiento y emite una sentencia que debe cumplir con los requisitos o contenido -que fuere aplicable- del Art. 39 LEDAB. Vale la pena mencionar que la Ley especial en la materia solo reconoce el allanamiento como única forma de terminación anormal o anticipada del proceso.

4.4.6. Recursos

En contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Juez Especializado en Extinción de Dominio procede el recurso de apelación por inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley, siempre que estos motivos se refieran al derecho aplicado, a los hechos o a la valoración de las pruebas., de conformidad con los Arts. 45 literal d) y 46 LEDAB.

También procede el recurso de casación en contra de sentencias definitivas y autos que pongan fin al proceso dictados en segunda instancia, de acuerdo a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal según lo señaló literalmente el inciso segundo del Art. 44 LEDAB.

En cuanto al tema de tramitación de los recursos no se ahondará más por haber sido abordado en párrafos precedentes en la inadmisibilidad de la solicitud de extinción de dominio, siendo aplicable el mismo procedimiento en estos casos.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad como límite a medidas cautelares de los bienes objeto del proceso no puede observarse como tal puesto que las resoluciones de fondo no versan sobre aspectos del procedimiento sino en resolver la cuestión principal, en estos casos el enfoque sería la estimación o desestimación de la pretensión de las partes procesales, con lo cual cesan las medidas cautelares.

Con base a todo lo anterior, debe afirmarse que el principio de proporcionalidad implica la prohibición de exceso en la aplicación de la normativa que habilita la imposición de las medidas cautelares patrimoniales, pues sólo podrán ser materializadas cuando su cuantía y extensión resulte idónea, necesaria y proporcionada en estricto sentido para la consecución de fines constitucionalmente legítimos del proceso de extinción de dominio – en este caso, al invocar el presupuesto de incremento patrimonial no justificado-.

De esta forma, la imposición de una medida cautelar patrimonial en la fase inicial o judicial del proceso de extinción de dominio, será *idónea* si es capaz de conseguir los fines perseguidos por el legislador con su adopción; será *necesaria* si dentro del catálogo de medidas posibles no existen otras que posean igual grado de idoneidad con respecto a la finalidad advertida y que sean *menos lesivas o dañosas* a los derechos fundamentales involucrados; y, finalmente, será proporcionada en estricto sentido si, superados los juicios de idoneidad y necesidad, es adecuada en relación con la magnitud del enriquecimiento ilícito del responsable.

En efecto, la exigencia de alcanzar la debida proporción entre infracción cometida y medida cautelar patrimonial que se imponga, sólo es posible con el reconocimiento de un margen de decisión en los ámbitos normativo y aplicativo de la potestad sancionadora, pues ello permitirá la valoración de las circunstancias que rodean a la contravención respectiva y la razonabilidad en la graduación de las medidas cautelares patrimoniales a imponer.

4.5. El Principio de Proporcionalidad en el ámbito de las medidas cautelares en materia de Extinción de Dominio desde la perspectiva del Derecho Penal Económico

El Derecho Penal Económico se define como el conjunto de normas e instituciones que regula la protección del orden económico del Estado y las relaciones económicas entre personas físicas y jurídicas en el marco de una sociedad concreta, con especial incidencia sobre la defensa de los bienes jurídicos supraindividuales. Es en el marco del derecho penal económico donde se desarrolla buena parte de la lucha contra prácticas empresariales abusivas pero también el combate contra el lavado de dinero, la corrupción, fenómenos socio-jurídicos que conllevan devastadoras consecuencias económicas y sociales para el conjunto de la ciudadanía y la Administración.

Por su parte, el eje principal de la extinción de dominio se finca en excluir aquellos derechos patrimoniales obtenidos fruto del blanqueo de capitales, lavado de activos, financiación al terrorismo, tráfico de estupefacientes y demás conductas ilícitas que encierren el destino u origen de capitales económicos no válidos. En ese sentido, es válido afirmar que existe una relación de la extinción del derecho de dominio con el derecho penal sobre todo, con el derecho penal económico y la política criminal, vínculo que se patentiza desde la regulación de actividad ilícita que se consigna en el Art. 5 LEDAB y que debe conceptualizarse como aquella conducta tipificada como delito, lo cual corresponde a la vinculación de bienes como presupuesto del ejercicio de la acción extintiva. Por tanto, a partir del derecho penal se deben hacer ciertas conexiones dogmáticas con la extinción de dominio, a pesar de la predicada autonomía e independencia de esta acción.

La regulación de la extinción del derecho de dominio; tiene intrínseca concordancia con el denominado derecho penal moderno, el cual en palabras del

profesor Winfried Hassemer lleva a la ampliación e incorporación de nuevas tipologías punibles cuyos ámbitos regulatorios son el medio ambiente, el derecho penal económico, la protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior, dándose una inclusión amplia de tipos penales de peligro abstracto, programas que difuminan los criterios dogmáticos de imputación objetiva y subjetiva como de la temática del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, la legitimidad del derecho penal económico y del derecho en general, depende de su acomodo a los principios del derecho constitucional, por ello es posible predicar la relevancia de analizar el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas cautelares que pueden imponerse a los bienes que constituyen incremento patrimonial no justificado, partiendo precisamente de que el derecho de propiedad que se afecta con la imposición de cautelas es el núcleo de la acción de extinción de dominio. Al respecto, se ha reconocido que el derecho de propiedad es un instituto fundamental del Estado moderno. en torno al cual giran todas las relaciones jurídicas.

Para Gaspar Ariño, el presupuesto necesario para la libertad económica es la propiedad y si la propiedad no existiera, no tendríamos la facultad de excluir a los demás del uso y aprovechamiento de nuestros bienes y tampoco podríamos disfrutar los beneficios que estos generan, lo cual generaría desincentivos para la producción y consecuentemente perjuicio social¹³¹.

Por lo antes expuesto y dado su carácter de derecho fundamental, toda limitación que se haga al derecho de propiedad debe ser controlada y estar debidamente justificada, en ese contexto, el principio de proporcionalidad en la imposición de medidas cautelares tiene incidencia como parámetro de

¹³¹ Luis Arroyo Zapatero, Derecho penal económico y Constitución (España, 1998) 24

adecuación, coherencia, equilibrio y beneficio entre el fin de las medidas y el derecho de propiedad potencialmente afectado.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES.

- 4.4.1. El reconocimiento de la potestad administrativa otorgada a la FGR en los artículos “20 letra “b”, 23 inciso final de la LEDAB, para decretar medidas cautelares patrimoniales, conlleva, de forma paralela, la necesidad de la proporcionalidad de la actuación fiscal, tanto en el plano de su aplicación normativa, como en el de su aplicación al caso concreto. Así, en el plano normativo se observará la proporcionalidad siempre que la medida cautelar patrimonial contemplada en la ley sea congruente con el monto en que se ha enriquecido ilícitamente el afectado; mientras que, en el plano aplicativo, el principio se cumplirá siempre que las medidas cautelares patrimoniales que se impongan sean proporcionales a la gravedad de los hechos que son objeto de indagación patrimonial, según circunstancias objetivas y subjetivas.
- 4.4.2. La causa ilícita en los casos de incremento patrimonial no justificado constituye un elemento fundamental que debe identificarse y sobre el cual los operadores de justicia deben realizar un ejercicio de ponderación en comparación a la cuantía del monto de enriquecimiento, con la finalidad de procurar que exista entre ambos congruencia y/o proporcionalidad.
- 4.4.3. Los presupuestos de imposición de medidas cautelares en el proceso cautelar y en el proceso de extinción de dominio por incremento

patrimonial no justificado, se deben acreditar de manera objetiva, sobre la base de elementos propios del presupuesto o causal, como la determinación del elemento “no justificación”, el cual no se resuelve con la valoración subjetiva del accionante, de modo que es necesario a partir de hechos concretos determinar el alcance de la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. En ese sentido, el presente informe incluyó algunos elementos objetivos o verificables que pueden ser de utilidad para dotar de contenido a la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora cuando la base de la pretensión del Estado es el incremento patrimonial injustificado.

- 4.4.4. La imposición de una medida cautelar patrimonial en la fase inicial o judicial del proceso de extinción de dominio, será *idónea* si es capaz de conseguir los fines perseguidos por el legislador con su adopción; será *necesaria* si dentro del catálogo de medidas posibles no existen otras que posean igual grado de idoneidad con respecto a la finalidad advertida y que sean *menos lesivas o dañosas* a los derechos fundamentales involucrados; y, finalmente, será proporcional en estricto sentido si, superados los juicios de idoneidad y necesidad, es adecuada en relación con la magnitud del enriquecimiento ilícito del responsable.
- 4.4.5. En los procesos cautelares, se habla de un estándar exigido equivalente a una *sumaria cognitio*, lo cual no debe entenderse como una exigencia mínima para la FGR de su deber de fundamentación probatoria de la solicitud cautelar sino más bien a la valoración que el juez realiza de los elementos presentados. Para el caso de la apariencia de buen derecho, la cognición del juez sobre la falta de justificación de la masa patrimonial no requiere de certeza absoluta, limitándose a un juicio de probabilidad y verosimilitud que podría derivar de elementos de prueba documental de las entidades públicas relativas a los registros de actividades económicas, materia de tributos, previsión social en contraste con el conjunto de bienes

de valor económico que sobrepasa la capacidad adquisitiva y/o contributiva, verificándose otros aspectos como adquisiciones de bienes de gran valor en período de tiempo relativamente corto, disminución de obligaciones crediticias, etc.

5.2. RECOMENDACIONES

5.2.1. Se recomienda a los operadores del sistema -Fiscales y Juez Especializado en Extinción de Dominio- que identifiquen en cada caso concreto los elementos objetivos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora en la imposición y/o modificación de las medidas cautelares decretadas en los procesos de extinción de dominio por incremento patrimonial no justificado.

5.2.2. Se recomienda a los operadores del sistema Fiscales y Juez Especializado en Extinción de Dominio que apliquen en los procesos de extinción de dominio por incremento patrimonial no justificado, el principio de proporcionalidad a través de un proceso de razonamiento lógico ordenado y estructurado, tal y como se expuso en este trabajo.

5.2.3. A efecto de armonizar la legislación con la Ley Modelo de Extinción de Dominio y las buenas prácticas a nivel internacional en esta materia, se recomienda a la Asamblea Legislativa, modificar la redacción del literal c) del Art. 6 LEDAB de la siguiente manera:

“Presupuestos de Procedencia de la Acción de Extinción de Dominio

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Santander Abril, Gilmar Geovanny. La emancipación del comiso del derecho penal, su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de comiso ampliado. Colombia: Organización de los Estado Americanos, 2017.

http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/COMISO%20%20EXTINCION%20DE%20DOMINIO_GGSA_FINAL.pdf.

2. Aldana Revelo, Miriam Gerardine. *El proceso de extinción de dominio en El Salvador*. El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva. 2019.

3. Santander Abril, Gilmar Geovanny y otros. *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.

4. Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Editorial Porrúa, 2007.

5. Blanco Cordero, Isidoro. Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales. España: https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174306/18-criminalidad_organizada.pdf

6. Martínez Osorio, Martín Alexander. La Extinción de dominio es constitucional (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional. Revista de Derecho Constitucional, N° 109, (2018)
<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/09/CE0A1.PDF>

7. Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Colombia: Editorial TEMIS, 1984.

8. Cafferata Nores, José I. La prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23, 984. Argentina: Depalma, 2003.

9. Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Penal. Argentina: AD-HOC, 1999.

10. Sánchez Escobar, Carlos Ernesto, Ventana Jurídica # 1. El Sistema Penal Salvadoreño. El Salvador: publicación Corte Suprema de Justicia, volumen I, 2003.

11. Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso del Producto del Delito de la Oficina de Las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Nueva York: Naciones Unidas, 2013.

12. Langlois Calderón, Ricardo Alberto, X Certamen de Investigación Jurídica. Breves Nociones de la Autonomía de la Extinción de Dominio y Diferencias con el Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Administrativo. El Salvador: Comisión Coordinadora del Sector Justicia a través de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia (UTE), 2016.

13. Lizama, Samuel Aliven. Ventana Jurídica # 9. Requisitos Para Limitar Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura y Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, volumen 1, 2011.

14. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Guatemala: 1° Edición Electrónica, 1999.

15. Fumero Pugliessi, Félix. Ventana Jurídica # 5. Guía Práctica Sobre la Función Investigadora del Fiscal. El Salvador: publicación CNJ, 2005.

16. Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. Prueba Ilícita, Reglas de Exclusión y la Excepción de Buena Fe, Ventana Jurídica # 9. El Salvador:

Consejo Nacional de la Judicatura a través de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2011.

17. Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. La Política Criminal y el Principio Nulla Poena Sine Culpa. Corte Suprema de Justicia, 2010. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/20102019/2010/12/89DC6.PDF>

18. Díaz Bialek, Agustín. El Enriquecimiento sin causa en el Derecho Romano y la Institución en el derecho moderno. (1942).

19. López Mesa, Marcelo J. El Enriquecimiento sin causa en el Derecho actual. (las posibilidades y los límites de un instituto controversial) (2009) <https://core.ac.uk/download/pdf/61901429.pdf>

20. Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, y otros. La Extinción de Dominio y la Acción de Extinción de Dominio en Colombia (Perspectiva General)". Colombia: publicación de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2015.

21. Sanchez, Carlos Ernesto. La Criminalidad Organizada. Aspectos problemáticos de su significación en el ámbito del Derecho Penal. Costa Rica: Revista Digital, 2012.

22. Medina Pabón, Juan Enrique. Derecho Civil, Aproximación al Derecho. Derecho de Personas. Colombia: Universidad del Rosario, 2010.

23. Canales Cisco Óscar Antonio. Los Procesos Declarativos (Común y Abreviado). El Salvador: 1ª edición, Imprenta Ricaldone, 2010.

24. Devis Echandia, Hernando. Teoría General del Proceso. Colombia: editorial ABC, 1984.

25. Montero Aroca, Juan. Los Recursos en el proceso civil. Valencia: Editorial Tiran lo Blanch, 2001.

26. Canales Cisco, Oscar Antonio. Derecho a la impugnación en el proceso civil y mercantil. El Salvador: Grafika imprenta y diseño, 2018.

27. Palacios, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Argentina: Abelado-Perrot, 2003.

28. Pedraz Penalva, Ernesto, Martínez Lázaro, Javier, Cruz Azucena, Manuel; y Rosa Estela Hernández. Comentarios al Código Procesal Penal, tomo II. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003.

29. Couture, Eduardo. Fundamento del Derecho Procesal Civil. Argentina: editorial Depalma, 1977.

30. Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía editor, 2002.

31. De Pina, Rafael y José Castillo Larrañaga. Instituciones de Derecho Procesal Civil. México: editorial Porrúa, 1996.

32. De la Oliva Andrés y M.A. Fernando. Derecho Procesal Civil TII. Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 3ª edición, 1992.

33. Alsina, H. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, parte general 2ª Edición. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1963.

TESIS.

34. Sánchez Bernal, Óscar Antonio. “Etapa procesal de la Acción de Extinción de Dominio”. Tesis de maestría, Universidad de El Salvador, El Salvador: 2019.

<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/20255/1/Etapa%20Procesal%20de%20la%20Acci%C3%B3n%20de%20Extinci%C3%B3n%20de%20Dominio.pdf>

35. Santander Abril, Gilmar Giovanny. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: Fundamentos de las causales extintivas*. Tesis doctoral. Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Maestría en Derecho Penal, Bogotá, D.C.: 2018.

ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL.

36. Constitución de la República. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983.

37. Ley Especial de Extinción de Dominio y de Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013.

38. Código Penal de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997.

39. Código Civil, promulgado mediante Decreto Ejecutivo, de fecha 23/08/1859; publicado en la Gaceta Oficial, de fecha 19/05/1860.

40. Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones, y Organizaciones de Naturaleza Criminal. El Salvador. Asamblea Legislativa, 2010.

41. Ley de Creación de Tribunales Especializados en Extinción de Dominio. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014.

42. Código de Comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970.

43. Código Procesal Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008.

44. Política de Persecución Penal. El Salvador: Fiscalía General de la República, 2010.

45. Ley Organiza de la Fiscalía General de la República. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006.

46. Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2014.

NORMATIVA INTERNACIONAL.

47. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, aprobada el 14 diciembre del 2000 y ratificada el 16 de octubre de 2003, publicada en el Diario Oficial 211, Tomo 361, del 12 de noviembre de 2003.

48. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 o Convención De Mérida, suscrita el 10 de diciembre de 2003 y ratificada el 20 de mayo de 2004, publicada en el D.O. N° 119, Tomo N° 363, del 28 de junio de 2004.

49. Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 o Convención de Viena, aprobada el 20 de diciembre de 1988, y ratificada el 24 de septiembre de 1993, en el Diario Oficial Número 198, Tomo 321 del 25 de octubre de 1993

50. Convención Interamericana Contra El Terrorismo de 2002, aprobada el 3 de junio de 2002 y ratificada el 12 de febrero de 2003, mediante el Diario Oficial N° 48, Tomo N° 358, de fecha 12 de marzo de 2003.

51. Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito 1990 (Convención De Estrasburgo), aprobado el 8 de noviembre de 1990.

52. Convención Americana sobre Derechos Humanos, emitida en fecha 22 de noviembre de 1969, ratificada mediante Decreto Legislativo (D.L.) N°. 5, de fecha 15 de junio de 1978, publicada en el Diario Oficial (D.O.) N°. 113, Tomo N°. 259, del 19 de junio de ese mismo año.

DERECHO COMPARADO

53. Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio de la Oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y el Delito del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, suscrito en Bogotá, D.C., año 2011.

https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

54. Código de Extinción de Dominio de Colombia. Colombia: Congreso, 2014.

55. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05-02-1917 y última reforma publicada el 29-07-2010.

56. Ley Nacional de Extinción de Dominio. México: Congreso General De Los Estados Unidos Mexicanos, 2019.

57. Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia. Sentencia referencia C-374-1997. Colombia: Corte Constitucional, 1997.

58. Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia referencia C.409/97. 2014.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-409-97.htm>

59. Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia referencia C-740. Colombia: Corte Constitucional, 2003.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>

JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

60. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad referencia 146-2014/107-2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia

61. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del recurso de casación referencia 611-CAS-2007. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2009/07/6D7B.PDF>

62. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia en casación referencia: 62C2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

63. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia en el proceso referencia 592C2019. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

64. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador. Sentencia en apelación referencia 316/Ext-Dom/2014. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

65. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia en Apelación referencia INC-APEL-123-SD-EXT-DOM-2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

66. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia en Apelación referencia 63/Ext-Dom./2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

67. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia en Apelación referencia INC-APEL-233-EXT-DOM-2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

68. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia del incidente de Apelación referencia INC-APEL-7-EXT-DOM-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

69. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador. Sentencia en el proceso de Apelación referencia INC-APEL-126-EXT-DOM-2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

70. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia de Apelación referencia INC-APEL-384-EXT-DOM-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

71. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Incidente en Apelación referencia: INC-APEL-169-EXT-DOM-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/06/BFF4B.PDF>

72. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Recurso en Apelación Referencia: INC-APEL-226-EXT-DOM-2016. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2016.

73. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia en apelación referencia 250-SC-2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2018%2F10%2FD2953.PDF&number=862547&fecha=09/10/2018&numero=250-SC-2018&cesta=0&singlePage=false%27>

74. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia en Apelación Referencia: INC-APEL-94-SD-EXT-DOM-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

75. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia del proceso de Apelación referencia INC-APEL-107-SD-EXT-DOM-2019. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

76. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Sentencia del recurso de apelación referencia 7-EXT.DOM/2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Juzgado Especializado en Extinción de Dominio

77. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio de San Salvador. Sentencia referencia 12-SED-2018-2. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

78. Juzgado Especializado de Extinción de Dominio de El Salvador. Sentencia referencia 003-SED-2018-2. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

79. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio de San Salvador. Sentencia referencia 24-SED-2016. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

80. Juzgado Especializado de Extinción de Dominio de El Salvador. Sentencia referencia 25-SED-17. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

81. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio. Sentencia declarativa de extinción de dominio Referencia: 5-SED-2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

82. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio. Sentencia en apelación referencia: 12-SED-2017-2. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

83. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio. Sentencia declarativa referencia: 029-SED-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

84. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio. Sentencia declarativa referencia 10-SED-2016-2. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018.

85. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio. Sentencia declarativa referencia 13-SED-2016. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2017.

86. Juzgado Especializado en Extinción de Dominio. Sentencia declarativa referencia 19-SED-2018. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2019.

SITIOS WEB.

87. “Cumbres de las Américas, Primera Cumbre de las Américas, Miami, Florida, E.E.U.U., 9 al 11 de diciembre de 1994, acceso el 3 de mayo de 2021.” http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html

88. Noticias ONU: UNODC estima en 1,6 billones de dólares lavado de dinero en 2009, acceso 03 de mayo de 2021, <https://news.un.org/es/story/2011/10/1228761>