

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL ECONÓMICO
(CICLO II - 2021)

PARA OBTENER EL TÍTULO EN:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

DOCENTE ASESORA:
LIC. LILI VERÓNICA GARCÍA ERAZO

PRESENTADO POR:
YANETH ROSMERI ANDRADE NAVAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DEL 2022

Resumen. El proceso de extinción de dominio es de naturaleza autónoma e independiente de cualquier otro juicio o proceso, así como lo es regulado en la disposición referente a El Salvador, por lo que cuenta con sus propias medidas cautelares, de las que diferentes autores se han referido sobre la concepción y esencia de este instrumento, la cual es evitar un riesgo en la eficacia de una tutela jurisdiccional efectiva; pero es válido afirmar que las medidas cautelares por su naturaleza misma, afectan derechos al momento de su adopción, y es oportuno hacer mención de lo dispuesto en la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de bienes de origen o destinación ilícita, específicamente en el artículo 23 inciso segundo de la Ley en mención, cuando establece que “(...) No se exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer medidas cautelares.” Por lo que se entiende que con la adopción de las medidas cautelares, claramente se genera una afectación a los derechos del individuo sometido al proceso de extinción de dominio, razón por lo que, para su operatividad, esencialmente requiere de determinados presupuestos, pero resulta necesario establecer expresamente un medio para resarcir el daño ocasionado por la adopción de estas medidas cuando éstas sean alzadas por no encontrarse culpable al individuo o sea, cuando se desestime la pretensión del Estado.

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares son un instrumento de carácter excepcional, sometidas al control judicial, y estas operan en una gran parte de las diferentes ramas o materias dedicadas al Derecho, en los procesos o procedimientos sean estos civiles, mercantiles, penales, administrativos, laborales, entre otros; por lo que el proceso de extinción de dominio, cuenta con sus propias medidas cautelares, en ese sentido para la comprensión del tema principal, es de suma importancia en un primer momento hacer referencia a la concepción jurídica y doctrinaria de las medidas cautelares, sus características y principios en general, ya que estas son un instrumento procesal utilizado en diferentes ramas del derecho.

Se continuará desarrollando las generalidades de la Acción de Extinción de Dominio y el Proceso de Extinción de Dominio, siendo esta acción únicamente ejercida por el Estado en virtud del artículo 19 inc. 1° de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, en contra de personas naturales o jurídicas en su caso, a través de la Fiscalía General de la República, dirigida en contra de los bienes los cuales forman parte del objeto del proceso. Habiendo desarrollado las generalidades desprendidas del tema objeto de estudio, se procederá a dirigir la atención a la temática principal sobre las medidas cautelares en el Proceso de Extinción de Dominio, su procedencia, presupuestos de aplicación, y el análisis debido de los daños y perjuicios que pueden ser ocasionados por la adopción de medidas cautelares cuando la pretensión del Estado fuese desestimada y por lo tanto, la necesidad de establecer un medio de resarcimiento de estos daños a los afectados.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. GENERALIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son un instrumento procesal utilizado para evitar un riesgo en la eficacia de una tutela jurisdiccional efectiva en los diferentes procesos de las ramas del derecho, y el proceso de extinción de dominio —siendo este autónomo e independiente de cualquier otro— no es la excepción y al igual que en los demás procesos, las medidas cautelares para ser aplicadas deben de cumplir con los presupuestos generales para su adopción, por lo que es necesario en este apartado hacer referencia primeramente a la concepción general de las medidas cautelares y los presupuestos para su adopción; antes de la exposición del tratamiento que la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, en adelante LEDAB, le da a estos instrumentos.

1.2. CONCEPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El Concepto de «Medida» proviene del latín "Medida (de medir) "acción y efecto de medir. y «Cautelar» proviene del latín "cautela" que significa prevenir, precaver¹ Y del latín "catus cauto", "precaución y reserva con que se procede. Cautel, adjetivo derivado de preventivo, precautorio.

Son vastas las nociones que diferentes autores han aportado sobre las medidas cautelares, entendiendo que estas son “los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto”.²

En el mismo sentido, se menciona que “Son actos jurisdiccionales dictados durante la tramitación de un proceso, para procurar su eficacia, procurando el cumplimiento efectivo de la sentencia del caso, que determina la obligación de disponer lo necesario para impedir que la tramitación procesal genere perjuicios irreparables o de difícil reparación sobre los

¹ “Real Academia Española. Diccionario de la lengua española: responsabilidad”, acceso el 18 de octubre del año 2021, <https://dle.rae.es/responsabilidad?m=form>

² Consejo General del Poder Judicial, *Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial*. (Madrid: Matéu Cromo, 1993), 14.

principios, derechos, bienes en juego, por lo que se trata de medidas provisionales, que pueden ser adoptadas por el juez o el fiscal.”³

En resumen, las medidas cautelares son instrumentos con el fin de lograr la eficacia de la sentencia dictada, —como bien su nombre lo indica— y garantizar de igual manera la defensa de los derechos en litigio, ya que así permiten asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes, logrando con ello en este caso en el proceso de extinción de dominio, asegurar la enajenación del bien, ya sea durante la etapa inicial o de investigación, de lo que se hablará en apartados posteriores.

1.3. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Debido a su naturaleza, las medidas cautelares afectan derechos al momento de su adopción por lo que como se había mencionado, estas deben de cumplir con determinados presupuestos generales para su adopción. Estos presupuestos son:

1.3.1. El peligro en la demora (*Periculum in mora*)

El *Periculum In Mora* advierte la posibilidad de que durante la etapa de tramitación del proceso, se impida ya sea voluntariamente o por cualquier causa, hecho o circunstancia, o bien limite la resolución de fondo, por lo que las medidas cautelares aseguran que la resolución sea la esperada cuando haya finalizado el debido proceso, como ya se ha mencionado, debido a que las medidas cautelares, limitan derechos están condicionadas a la existencia del peligro en la demora, presupuesto esencial para su adopción.

El solicitante de este instrumento debe probar y expresar la medida en la que el acto impugnado, en caso de consumarse podría producir efectos que harían de difícil cumplimiento la sentencia, de tal forma, que los alcances de esta resulten frustrados en la realidad.⁴ En el caso que ocupa a la temática abordada, importa destacar que lo que se busca lograr con la adopción de la medida cautelar es salvaguardar y procurar la enajenación del bien.

³ Miriam Gerardine Aldana Revelo, *El proceso de extinción de dominio en El Salvador*. (San Salvador: Comisión Coordinadora Del Sector De Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva (UTE), 2019), 102.

⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad, *Referencia; 33-2015* (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

1.3.2. Apariencia de buen derecho (Fumus Boni Iuris)

El segundo presupuesto para la adopción de una medida cautelar en este tipo de proceso. Si bien la medida cautelar busca asegurar la eficacia futura de la sentencia, es necesario predisponer de una noción preventiva, haciendo un cálculo mental de la probabilidad de que la resolución judicial puede inclinarse en un sentido determinado.

No se refiere este presupuesto a valorar antes de tiempo el resultado de la decisión judicial, ya que aunque el fin de la medida cautelar es asegurar la eficacia futura de la sentencia, es necesario predisponer de una noción preventiva, haciendo un cálculo mental de la probabilidad de que la resolución judicial se incline a un sentido, como bien menciona la jurisprudencia nacional al decir que “Acercas del Fumus Boni Iuris o apariencia de buen derecho, esta Sala ha sostenido que consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del acusado en un hecho punible.”⁵

1.4. OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El objeto de las medidas cautelares como se ha hecho referencia en párrafos anteriores es asegurar la protección de las garantías en un proceso, como bien menciona, María Bolívar Mesa, citando a Garavito cuando establece que “el objeto de las medidas cautelares consiste precisamente en garantizar que dentro de las actuaciones judiciales se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva”⁶ Por lo que estas procuran la eficacia de una tutela judicial efectiva, el cumplimiento de la sentencia y dentro del proceso de extinción de dominio asegurar la enajenación del bien objeto del proceso.

Sobre la naturaleza de las medidas cautelares se puede mencionar que estas son de carácter preventivo y provisional, en razón al objeto ya que se vuelve necesario proteger las garantías del proceso debido a las posibles contingencias que pueden surgir, como bien se refiere —*Calamandrei*— al mencionar que la necesidad de las medidas cautelares “nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para

⁵ Sentencia de Habeas Corpus, *Referencia 38-2005* (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005), 4.

⁶ María Alejandra Bolívar Mesa, “Las Medidas Cautelares Innominadas y su relación con el principio de legalidad” (Artículo Investigativo para optar por el título de abogado, Universidad Católica de Colombia) <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16182/1/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS%20Y%20SU%20RELACION%20CON%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20LEGALIDAD.pdf>

crear sin retardo una providencia definitiva”⁷ por lo que entonces su naturaleza es en defensa, provisional, administrativa o judicial, con la finalidad de resguardar bienes, derechos y demás, durante la tramitación del proceso.

1.5. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Distintos autores y la jurisprudencia misma determinan y conciertan en que las medidas cautelares cuentan con las siguientes características:

- **Instrumentalidad**

Las medidas cautelares como tal, no presuponen que sean la finalidad del proceso, estas sirven y tienen la finalidad de garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares se encuentra una.

- **Temporalidad**

Al ser adoptadas, las medidas cautelares, no suponen la idea de ser definitivas, por lo que estas deben ser levantadas cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas ya que estas tienen una duración limitada, sin que sea la misma determinable a priori, si bien por su propia naturaleza nacen para extinguirse.⁸

- **Provisionalidad**

Las medidas cautelares operan mientras estas cumplan con su función de aseguramiento; Tienen existencia mientras dura el proceso y es que la provisionalidad se encuentra en todas las medidas cautelares.

- **Variabilidad**

Esta característica parte del principio de «rebús sic stantibus» las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto y en cuanto se produzca algún tipo de variación de los presupuestos o motivos que hayan llevado a la adopción de estas, de tal manera que

⁷ Piero Calamandrei, *Providencias Cautelares*, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina, 1984), 43.

⁸ Silvia Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil*, (Valencia: Tirant to Blanch, 2000), 740

pueden ser modificadas, sustituidas por otras, y alzadas si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas.⁹

- **Verosimilitud**

Se debe valorar la posibilidad de daños por parte del juzgador, pero ello no significa que este deba probarlos o esperar los primeros efectos negativos, basta con que exista un fundamento válido relatado o evidenciado que se estarían o se están vulnerando derechos.

- **Urgencia**

Ante la operatividad de los presupuestos esenciales de las medidas cautelares se les debe dar ejecución.

- **Relevancia**

En relación con los actos que emanan de la ley objeto de control, estos actos pueden producir un daño que podría ser irreparable.

2. LA ACCIÓN Y EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

2.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

El objeto de la extinción de dominio es proceder contra bienes por su vinculación con actividades ilícitas, por razones de origen o de destinación. No hay necesidad de comprobar la utilidad pública o el interés social para ejecutar determinada obra. No existe indemnización o contraprestación alguna en favor del titular o quien actúa como tal. Debe ser declarada judicialmente la extinción de dominio.¹⁰

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

En virtud del artículo 10 de la Ley Especial de Extinción de Dominio, tenemos que en primer lugar es autónoma a los diferentes procesos y normas que, dada la naturaleza, conduce a la persecución de bienes utilizados como instrumentos o que provienen del

⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad, *Referencia: 37-2015* (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015)

¹⁰ Manuel Adrián Merino Menjívar, “Análisis constitucional de la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico salvadoreño” (Tesis de Maestría, Universidad Dr. José Matías Delgado, 2018) 22.

delito, no concibe una persecución a la persona y la existencia, curso y decisión del proceso penal no influye, de ninguna manera, en la existencia, curso y decisión del trámite de extinción de dominio.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

- **Autónomo:** ya que no depende de otra área del derecho;
- **Jurisdiccional:** ya que solo un juez de extinción de dominio puede declararlo;
- **Extraterritorial:** ello implica que la acción puede intentarse contra bienes que se encuentren en el extranjero, adquiridos por nacionales producto de actividades ilícitas y por bienes que se encuentren en el territorio nacional en caso de actividades ilícitas o condenas proferidas en el extranjero;
- **Real y de contenido patrimonial:** ya que procede contra cualquier derecho real, principal o accesorio, se inicia y desarrolla en relación con bienes concretos y determinados.
- **Imprescriptible:** ya que el origen de los bienes no puede sanearse con el transcurso del tiempo y menos aún inhibir al Estado de perseguir esos bienes de origen ilícito, es decir que del fraude no nace derecho; no es una sanción penal, ya que no es una pena principal ni accesoria de las que regula el Código Penal, no habrá una sentencia condenatoria o de “culpabilidad”, sino una sentencia declarativa.

Finalmente otra característica es que procede por bienes equivalentes, es decir que cuando no sea posible ubicar los bienes sobre los cuales verse la extinción de dominio porque hábilmente fueron destruidos, enajenados, ocultados o permutados, el fiscal deberá identificar bienes lícitos y a pesar de ser lícitos, sobre ellos recaerá la extinción de dominio, lógicamente protegiéndose a los terceros de buena fe si lo hubiere.

2.4. DELITOS POR LOS QUE PROCEDE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Es necesario en este apartado remitirse a lo dispuesto en el artículo 5 de la LEDAB y leyes especiales necesarias, por lo que de manera resumida los delitos por los que procede la acción de extinción de dominio son:

Lavado de dinero: Se refiere a todo tipo de depósito, transacción, entre otros, de bienes, fondos o derechos relacionados que sean procedentes ya sea directa o indirectamente de

actividades delictivas, y que sirvan para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas, dentro o fuera del país¹¹

El crimen organizado: Se puede mencionar que “Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”¹²

Las maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y asociaciones de naturaleza similar: En la legislación salvadoreña se establece que son ilegales y quedan proscritas¹³ las llamadas pandillas o maras tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra, por lo que cualquier acto jurídico que como parte de la actividad delictiva o de su estructura, realicen estos grupos por medio de sus integrantes u otras personas en su nombre, son considerados ilícitos¹⁴

Actos de terrorismo: Se pueden definir como “actos de violencia y maldad ejecutados para amedrentar a ciertos sectores sociales o a una población determinada o para desorganizar una estructura económica, social o política”¹⁵ y prácticamente recae sobre los fondos y activos utilizados o que se haya tenido la intención de utilizar para cometer cualquiera de los delitos y los bienes que sean objeto del delito o el producto o los efectos del mismo.¹⁶

¹¹ Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de origen o Destinación Ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017), Artículo 5 y 6.

¹² Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015), Artículo 1. Inc. 1

¹³ Se refiere a una identificación pública y oficial de personas u organizaciones catalogadas como enemigo público, enemigo del pueblo o enemigo del Estado

¹⁴ Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010), artículo 1. El subrayado es mío.

¹⁵ “Diccionario Jurídico Elemental: Universidad Autónoma de Encarnación” acceso el 25 de noviembre del año 2021, <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

¹⁶ Ley Especial Contra Actos De Terrorismo, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010), artículo 35. De igual manera la misma Ley Especial, describe los actos que constituirían el delito de actos de terrorismo (Art. 5 y siguientes)

Tráfico de armas: Trata sobre la introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, entre otros, fuera de las regulaciones internas en armas.

Delitos relacionados con drogas: Todo delito que tenga una obtención de ganancias por medio de la fabricación o tráfico de drogas. “Se consideran drogas las sustancias especificadas como tales en los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, las que se mencionan en el Código de Salud y demás leyes del país; y en general, las que indistintamente de su grado de pureza, actúan sobre el sistema nervioso central y tienen la capacidad de producir transformaciones, bien sea aumentando o disminuyendo su funcionamiento o modificando los estados de conciencia y que su uso indebido puede causar dependencia o sujeción física y psicológica. También se consideran drogas las semillas, florecencias, plantas o parte de ellas y cualquier otra sustancia que se utilicen como materia prima para la purificación, modificación o fabricación de drogas”¹⁷

Delitos informáticos de la corrupción: Trata sobre todo acto dirigido contra la confidencialidad y la integridad de los sistemas, datos y redes informáticas.

Delitos relativos a la hacienda pública: Se refiere a los delitos tipificados en el Capítulo V del Código Penal de El Salvador, como se puede mencionar: La evasión de impuestos, (Art. 249-A, inc. 1º, del CP); la apropiación indebida de retenciones o percepciones tributarias (Art. 250 del CP); y, reintegros, devoluciones, compensaciones o acreditamientos indebidos (Art. 250-A del CP), son todas aquellas actividades ilícitas que generen un beneficio pecuniario o bien de carácter material, realizados ya sea de manera individual, colectiva, o a través de estructuras criminales. De igual manera procede sobre aquellos bienes en el que no esté justificado un incremento de patrimonio.

Por lo que es a través de la acción de extinción de dominio que el Estado busca afectar patrimonialmente al actor del delito operando sobre los bienes ilícitamente obtenidos o destinados a actividades ilícitas.

¹⁷ Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018), artículo 2.

2.5. EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

El referirse al Proceso de Extinción de Dominio, se entiende que este es un proceso bifásico¹⁸, compuesto por una etapa de investigación o pre-procesal, que como bien menciona —*Miriam Gerardine*— esta “es intemporal, en tanto debe de poder complementar los requerimientos propios de su deber probatorio, sobre los aspectos siguientes:

- a) Identificación, individualización y ubicación de los bienes de interés económico para el Estado, que eventualmente serán sujetos tanto de la pretensión cautelar como de la de extinción de dominio.
- b) Identificar los titulares de los bienes y en casos de ser diferente a los que realizaron la actividad ilícita, deben establecer los nexos de ilicitud entre ambos.
- c) Reunir los elementos suficientes para acreditar la actividad ilícita desarrollada en el Art. 5 LEDAB con la que guarda relación causal con el bien, aunque no es indispensable probar con total precisión la misma, pero si los indicios razonables y suficientes para acreditar que no existe una fuente lícita suficiente para el haber patrimonial sujeto a la pretensión extintiva de dominio. Debe tenerse presente que se trata de delincuencia organizada transnacional, que, por su misma complejidad y estructuración, en ocasiones se torna imposible establecer con total precisión su *modus operandi*.
- d) Identificar y obtener las fuentes de prueba, para que pueda ofertar los medios probatorios suficientes para demostrar los asuntos anteriores, y en el caso de prueba instrumental, aportada junto a la solicitud de extinción de dominio.”¹⁹

2.6 ETAPAS DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Como ya se mencionaba anteriormente el Proceso de Extinción de Dominio consta de dos etapas, una etapa inicial o de investigación y una segunda etapa procesal que se inicia a partir de la promoción que presente la Fiscalía General de la República ante el tribunal especializado.

¹⁸ Adjetivo que alude a aquello que cuenta con dos fases.

¹⁹ Miriam Aldana Revelo, *El proceso de extinción de dominio en El Salvador*, (Comisión Coordinadora del Sector Justicia: Unidad Técnica Ejecutiva (UTE), 2019) 98.

2.6.1. Etapa inicial o de investigación

Se trata de una etapa anterior al proceso (Pre-procesal), y está dirigida a desarrollar las labores de verificación que permitan al órgano competente identificar bienes que se encuentren en alguna de las causales del Artículo 6 de la LEDAB, o sea: “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; y, c) CUANDO SE TRATE DE BIENES QUE CONSTITUYEN UN INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO DE TODA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, QUE PROVENGAN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS”²⁰ y así se procede a elaborar la pretensión del Estado contenida en la solicitud de inicio del proceso, en la que el fiscal especializado de oficio, por denuncia o aviso, dirigirá la investigación cuando concurra los presupuesto citados con anterioridad, importa de este aspecto que en la etapa de investigación según a lo dispuesto en el artículo 23 Inc. 3 de la LEDAB, pueden dictarse medidas cautelares en esta etapa, pero ello se desarrollará con posterioridad.

2.6.2. Etapa procesal

Esta inicia con la presentación por parte del fiscal, de la solicitud de la acción de extinción de dominio ante el juez especializado, con fundamento en el artículo 29 de la LEDA. Esta solicitud debe ser presentada de manera escrita, donde se especificarán los hechos base de la pretensión, entre otros, e importa para el tema objeto de estudio, que de igual manera contendrá las medidas cautelares o actos urgentes de comprobación, que requieran autorización judicial. Posteriormente, el Tribunal resolverá en un término no superior a cinco días, ya sea admitiendo o bien previniendo al fiscal para que en un término de tres días, este subsane los defectos formales, y en esta misma resolución se resuelve sobre las medidas cautelares que se hubieran solicitado y su ejecución. Posteriormente, se procede a realizar las debidas notificaciones de la resolución a las partes, corriendo traslado a los afectados para que estos se pronuncien en un plazo de veinte días. Finalizado este, se fijará la fecha de la audiencia preparatoria, dentro de los diez días siguientes.

²⁰ Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017), Artículo 6.

2.6.2.1. Audiencia preparatoria

Dentro de la etapa procesal, como ya se estableció ocurre el momento de la audiencia preparatoria, que prácticamente trata de un proceso dispositivo en el que la parte o partes afectadas, tienen el derecho de poder defenderse y desvirtuar la pretensión de la parte actora, en este caso el Estado. Básicamente esta audiencia trata sobre: Plantear incidentes, excepciones y nulidades; verificar la legitimación y el interés de las partes intervinientes en el juicio y resolver sobre la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas, y cuando esta audiencia haya finalizado, y leída el acta, si procede se señalará día y hora para la audiencia de sentencia, dentro de los quince días hábiles siguientes.

2.6.2.2. Audiencia de sentencia.

En esta fase, las partes presentan sus alegatos iniciales, se le dará producción a las pruebas y las partes expondrán los argumentos de hecho y de derecho que sustentan su petición y el juez resolverá si se estima declarar la extinción de dominio sobre los bienes de origen o destinación ilícita.

En el caso de que en la sentencia se declara no ha lugar a la acción de extinción de dominio, debe ordenarse la devolución de los bienes si el afectado logró probar la procedencia legítima de ellos y si se aplicaron medidas cautelares y la sentencia adquiera calidad de firmeza, el juez debe ordenar la cesación de las mismas; mientras la sentencia no sea firme, el juez no se pronunciará sobre ello.

2.7. RECURSOS APLICABLES EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Se entiende que los recursos en los distintos procesos judiciales y también administrativos, fungen como medios de impugnación contra los actos procesales en su caso, donde el agraviado puede promover el recurso correspondiente, para atacar las resoluciones que le han causado un agravio, y el concepto de «impugnación» proviene del latín *impugnare*, que significa “combatir”²¹ temática de la cual no se profundizará por no ser el objeto del presente estudio, pero en resumen, todo proceso contiene sus medios de impugnación correspondientes para defensa del agraviado y dentro del proceso de extinción de dominio aplican los siguientes:

²¹ Beatriz Quintero y Eugenio Priero, *Teoría General del Proceso, Tomo II*, (Colombia, Bogotá: Temis, 1995), 263.

Recurso de Revocatoria: Está regulado en el Art. 44 de la LEDAB y se interpone ante el juez que dictó la resolución, para atacar decisión judicial emanada de este; y,

Recurso de Apelación: Regulado en el Art. 45 de la LEDAB y es un recurso ordinario que se interpone ante el tribunal “A quo” donde la parte agraviada somete a la decisión de un tribunal superior “Ad – Quem” la decisión o resolución dictada por este para solicitar su anulación o revocación.

El recurso de Apelación contra la adopción de las medidas cautelares

El artículo 45 de la LEDAB, en su literal a) establece que la apelación podrá interponerse contra las resoluciones que admiten o rechazan una medida cautelar; y la apelación es un recurso ordinario interpuesto ante el tribunal “A quo” por lo que es este recurso el aplicable al referirse a las medidas cautelares.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

3.1. PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Como se hacía mención con anterioridad, el proceso de extinción de dominio cuenta con sus propias medidas cautelares como cualquier otro proceso autónomo, ya que estas cumplen la función de asegurar la aplicación de lo que se resuelva en sentencia, y la LEDAB, en su artículo 23 refiere sobre este aspecto a las reglas contenidas en el CPCM, al establecer que “Sobre los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio se podrán decretar las medidas cautelares contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, bajo las reglas y condiciones establecidas en el mismo, con las modificaciones establecidas en la presente Ley” y es el artículo 436 del CPCM, el que dispone que “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 que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual”

Es válido traer a mención que lo dispuesto deja incompleta la concepción de estas medidas en el proceso de extinción de dominio, puesto que no sería únicamente al CPCM, al que habría que referirse, pues de acuerdo a la pertinencia de igual manera es necesario proceder de acuerdo a las medidas dispuestas en el CPP

3.2. PRESUPUESTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Como se ha mencionado en párrafos anteriores la aplicación de las medidas cautelares exigen presupuestos comunes como son, el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho, de igual manera la urgencia, y también se hizo referencia en el primer párrafo de la página 12 del presente estudio, a las medidas autorizadas por el fiscal y es que estas al ser pre-procesales deben igualmente de concurrir criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en su decreto y es válido mencionar, que como en todo proceso, las medidas cautelares por sus características y naturaleza, afectan directamente a los derechos fundamentales de los individuos, derechos recogidos en la Constitución de la República; es por ello que para aplicar una medida cautelar, se deben cumplir una serie de requisitos esenciales:

- Que se trate de un bien de interés económico para el Estado.

- Que la necesidad de la imposición cautelar devenga de elementos objetivos que acrediten el mínimo de indicios sobre el nexo de la actividad ilícita con los bienes identificados.
- Que, de no imponer la cautela, corre el riesgo de destruirse, ocultarse, transformarse o transferirse el dominio sobre el bien.
- Que la medida a imponer resulte ser la más idónea y menos gravosa para el titular del bien.
- Que el bien no sea de vocación familiar.
- Que no se trate de un bien con prohibición expresa para su limitación cautelar.

Al tratarse de medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, es importante ceñirse a cumplir con estos requisitos esenciales, pues se trata de privar al individuo de sus derechos reales y como se ha explicado, desde la etapa inicial de investigación el fiscal puede ordenar medidas cautelares las cuales en este caso tienen el objeto de impedir que los bienes sean destruidos, ocultados o vendidos y las medidas cautelares, en materia de extinción de dominio, requieren de su materialización, que implica que sean entregados a administración del Consejo Nacional de Administración de Bienes (CONAB), siendo esta la Institución encargada de administrar los bienes objeto de un proceso de extinción y es así como el Estado garantiza el resguardo de los bienes para que estos conserven su valor íntegro, independientemente de la resolución emitida por el órgano jurisdiccional competente en materia de extinción de dominio, si es favorable a la petición del Estado a través de la FGR y los bienes deban ser transferidos a este o cuando los bienes deban ser devueltos a su dueño por no ser probados los extremos de la pretensión del Estado, o sea que no se demuestre su origen o destinación ilícita en el caso que estuvieran incautados como medida cautelar.

3.3. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Como ya se ha mencionado anteriormente, las Medidas Cautelares afectan directamente a los derechos fundamentales de los individuos, por lo que importa desarrollar el tratamiento procedente por la adopción de medidas cautelares, cuando se ha desestimado la pretensión del Estado al no demostrar el origen o destinación ilícita de los bienes sometidos a tutela

cautelar, y es importante observar que el artículo 23 inciso tercero de la LEDAB establece que “(...) No se exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer medidas cautelares.” Y es claro que la adopción de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio supone claramente una afectación a los derechos del individuo sometido al proceso, y también de los terceros involucrados, por lo que es oportuno realizar un estudio generalizado sobre los daños y perjuicios ocasionados en el proceso de extinción de dominio.

3.3.1. Clases De Daños

El daño es el detrimento que se causa a los bienes subjetivos del hombre o a otros bienes jurídicos dignos de protección y por lo mismo a la persona afectada se le debe resarcir por los perjuicios derivados de dicho daño, dado que se presenta un menoscabo en el patrimonio, en los sentimientos de la víctima o de terceras personas, puesto que no sólo se presenta de manera directa sino también indirecta.

De igual manera se puede definir al daño en. Un sentido amplio como: “toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

- **Emergente.** detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine.
- **Fortuito.** el mal causado a otro, en su persona o bienes, por mero accidente, sin culpa ni intención de producirlo. de pronto exime de toda responsabilidad penal. en cuanto al resarcimiento civil, ha de estimarse que sólo corresponde cuando está previsto legalmente
- **Irreparable.** perjuicio inferido a una de las partes litigantes por una resolución interlocutoria, y que no cabe enmienda en el curso del proceso, o sólo resulta modificable en parte por la sentencia o los recursos admitidos contra ella. En materia penal, por daño irreparable se entiende el mal que no es susceptible de ser

enmendado ni atenuado; así, el homicidio consumado o la desfloración, si bien en ésta cabe a veces la reparación simbólica por matrimonio del ofensor con la ofendida.

- **Moral.** la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, o sentimientos por acción culpable o dolosa de otros²²

3.3.2. Indemnización Por Daños Y Perjuicios

Si se determina la concurrencia de responsabilidad civil, el responsable deberá restituir el bien lesionado o reparar el daño causado. Cuando la restitución o reparación sean imposibles procederá una indemnización. En el ordenamiento jurídico salvadoreño rigen dos principios que resultan de aplicación:

La responsabilidad patrimonial universal

Determina que todo el patrimonio del civilmente responsable queda afecto al cumplimiento de una obligación. Es decir, si en este momento el responsable no dispone de suficientes recursos para pagar su culpa, seguirá obligado por este pago hasta satisfacerlo, aunque sea en el futuro.

El principio de restitución íntegra

Determina que el responsable debe dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de su intervención. Por eso se prefiere la restitución y la reparación a la indemnización. Y por eso la indemnización incluye:

- Daños personales, patrimoniales y morales.
- Daño emergente y lucro cesante.

Es importante traer a mención para apoyo del lector en la necesidad que tenga al consultar esta temática y es que el tratamiento de las indemnizaciones por daños de carácter moral suele ser bastante complicado, y subjetivo y resultan comprensibles las interrogantes al momento de ventilar estos casos sobre, si ha existido de verdad un daño, sobre ¿cuánto

²² “Diccionario Jurídico Elemental: Universidad Autónoma de Encarnación” acceso el 25 de febrero del año 2022, <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

tendría derecho el agraviado? Sobre cómo probar que ha habido un daño y en El Salvador, para estos casos, hay una Ley de Reparación de Daño Moral, la cual regula, la forma en que los Juzgados deben tramitar este tipo de reclamos y da cumplimiento a un mandato constitucional de que las indemnizaciones de esa categoría están regidas por una ley especial.

¿Quiénes pueden ejercer la acción de daños y perjuicios?

En este punto, al hablar de quien puede ejercer o exigir una acción judicial de restitución o indemnización por daños o perjuicios, es válido afirmar que, sólo podrá ejercer dicha acción, aquella persona que, en la relación jurídica sea la afectada. En este contexto, es de considerar las exigencias para la capacidad de ser parte en un proceso judicial, pues si el afectado o afectada es menor de edad o incapaz, el ejercicio de la acción judicial será por medio de sus representantes o tutor, de conformidad a lo establecido en el artículo 59 del Código Procesal Civil y Mercantil. De igual manera pueden ejercer la acción de reclamación de daños y perjuicios en virtud del artículo 2066 del Código Civil, los herederos, cuando ésta dispone que los que pueden ejercer la acción de reclamar los daños y perjuicios, son (...) los herederos.

Dentro del proceso de extinción de dominio, resulta importante determinar el tratamiento debido ante un daño o perjuicio ocasionado, ante la adopción de medidas cautelares y que este proceso devenga en la desestimación de la pretensión del Estado, por lo que para efectos del presente estudio, se considera necesario la regulación de esta institución dentro de la ley especial correspondiente, puesto que ha quedado evidenciado la procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en los referidos casos.

3.4. RESARCIMIENTO DEL DAÑO OCASIONADO POR LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

En el caso de la imposición de medidas cautelares, en distintos procesos se ha establecido como requisito para la adopción de estas medidas cautelares, el otorgamiento de una contracautela la cual servirá para cubrir la posible indemnización por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar, contra cautela que debe ser suficiente para cubrir los posibles daños y así sean indemnizados, y al referirse a “los “daños” supone hablar de “responsabilidad” que etimológicamente deriva del latín respondo, es, ere, compuesto de re

y spondeo, es, ere -que es traducible como estar obligado-; se trata de una voz anfibológica, dadas sus diversas interpretaciones, en general se puede definir como el Elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber su calidad de responsable (...) consiste en la actitud de alguien para hacer pasible de una sanción”²³

La LEDAB no determina la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la adopción de las medidas cautelares en el Proceso de Extinción de Dominio y como se estableció las medidas cautelares afectan directamente a los derechos fundamentales del agraviado, por lo que en el presente estudio se considera necesario que tal institución sea señalada en la ley en mención como de igual manera es necesario la determinación de una contra cautela, ya que en esta materia se debe remitir al Art. 456 del CPCM que establece: “Cuando la sentencia absolutoria fuera firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, pudiendo el demandado solicitar el pago de los daños y perjuicios causados. Podrá asimismo el demandado reclamar la oportuna indemnización en los supuestos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.”

Claramente la disposición anteriormente citada, es aplicable dentro del proceso de extinción de dominio, pues el tratamiento de las medidas cautelares en la LEDAB es referido al CPCM, por lo que el agraviado al desestimarse la pretensión del Estado, tiene la oportunidad de reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la adopción de estas medidas cautelares y es por ello que se considera para efectos del presente estudio necesaria la figura de la contracautela en el proceso de extinción de dominio y esta es una “caución, o precaución que importa la acepción jurídica de “seguridad”; vale decir la seguridad que otorga una persona a otra de que cumplirá una determinada prestación u obligación”²⁴

Es oportuno traer a mención a —*Piero Calamandrei*—, cuando menciona como supuesto de procedencia de las medidas cautelares, la presentación de una caución o contracautela.²⁵ Y es que es necesario pues se trata de no dejar en estado de desigualdad a la parte agraviada por la adopción de las medidas cautelares, ya sea a éste directamente o a terceros de buena fe, no bastando con la restitución o devolución del bien cautelado, si no con la debida

²³ María Laura Casado, *Diccionario de derecho* (Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones, 2009) 713

²⁴ José Ramiro Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares* (Buenos Aires: Aguiar, 1956), 57 y 61.

²⁵ Piero Calamandrei, *Las providencias cautelares*, (Bogotá: Leyer, 2009), 75.

reparación de daños y perjuicios ocasionados, y el artículo 1427 del C.C. dispone que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, y se entiende como daño emergente al daño real y lucro cesante, son las ganancias que se han dejado de obtener, instituciones que no serán profundizadas en el presente estudio.

3.4.1. Responsable del resarcimiento del daño o perjuicio ocasionado

Importa identificar al responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la imposición de medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio y es oportuno mencionar que como es sabido; son actos del Estado, aquellos que son realizados por los agentes de este, en el ejercicio de sus atribuciones o competencias, por lo que al dictar medidas cautelares y al desestimarse la pretensión del Estado, estas causen daños y perjuicios, es el Estado quien debe responder directamente, por lo que se considera en el presente estudio, que la LEDAB, debe desarrollar lo concerniente a ello, y de igual manera regular la figura de la contracautela como caución, ante la aplicación de medidas cautelares, siendo el proceso de extinción de dominio un proceso autónomo.

CONCLUSIONES

El Estado, a través de la acción de extinción de dominio, busca afectar patrimonialmente al actor o actores del delito, combatiendo de manera general la criminalidad transnacional, económica, y los delitos de corrupción, operando sobre los bienes ilícitamente obtenidos o destinados a actividades ilícitas.

El proceso de extinción de dominio es un proceso autónomo e independiente de cualquier otro, por lo que cuenta con sus propias medidas cautelares y estas dentro del proceso de extinción de dominio, son decretadas por la Fiscalía General de la República, ya sea desde la etapa de investigación o bien en la solicitud inicial, luego son avaladas por el Juez competente en materia de extinción de dominio, para proceder a ser materializadas por la Fiscalía General de la República.

Después de materializadas las medidas cautelares, se le hace entrega de los bienes incautados al Consejo Nacional de Administración de Bienes (CONAB), para que éste

funja como un depositario judicial, y por lo tanto es generador de responsabilidad ante un daño causado por su mala administración.

Es necesario recalcar que al dictar las medidas cautelares éstas sean proporcionales y razonables, por lo que se recomienda a la Fiscalía General de la República que realice un buen y certero trabajo de investigación, antes de solicitar medidas cautelares, esto con el propósito de no vulnerar o dañar derechos fundamentales ante la desestimación de la pretensión del Estado, al involucrado o a terceros de buena fe.

Se considera en el presente estudio que la LEDAB no determina la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la adopción de las medidas cautelares, y estas claramente afectan directamente al involucrado y a terceros de buena fe, por lo que es necesario que tal institución sea desarrollada en la ley en mención, como de igual manera, es necesaria la determinación de una caución como contracautela, por parte de la FGR, al solicitar medidas cautelares.

BIBLIOGRAFÍA

Aldana Revelo, Miriam Gerardine. El proceso de extinción de dominio en El Salvador. San Salvador: Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva (UTE). 2019.

Calamandrei, Piero. Las providencias cautelares. Bogotá: Leyer. 2009.

Calamandrei, Piero. Providencias Cautelares. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina. 1984.

Casado, María Laura. Diccionario de derecho. Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones. 2009.

Consejo General del Poder Judicial, Las Medidas Cautelares. Cuaderno de Derecho Judicial. Madrid: Matéu Cromo, 1993.

Merino Menjívar, Manuel Adrián. Análisis constitucional de la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico salvadoreño. El Salvador: Universidad de El Salvador. 2018.

Vilar, Silvia Barona. El Nuevo Proceso Civil. Valencia: Tirant to Blanch, 2000.

Podetti, José Ramiro. Tratado de las Medidas Cautelares. Buenos Aires: Aguiar. 1956.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Código Civil. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860.

Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2015.

Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010), artículo 1. El subrayado es mío.

Ley Especial Contra Actos De Terrorismo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2010.

Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2017.

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador.

Sentencia de Habeas Corpus. Referencia 38-2005. El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 2005.

Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia; 33-2015. El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 2015.

Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2015. El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 2015.

Diccionario Jurídico Elemental: Universidad Autónoma de Encarnación” acceso el 25 de noviembre del año 2021, <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (vigésimo tercera edición), acceso el 18 de octubre del año 2021, <https://dle.rae.es/responsabilidad?m=form>