

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN AÑO 2014
PLAN DE ESTUDIOS 2007



“EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO ESTABLECIDO EN LA LEY ESPECIAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE EL SALVADOR COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PROCESAL PARA QUE LOS JUECES ESPECIALIZADOS TRAMITEN EL JUICIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LOS BIENES PROVENIENTES DEL CRIMEN ORGANIZADO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2013 Y 2014”.

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:
GODOY RODAS, YAMILETH STEFFANY
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, MIGUEL ANTONIO
LOZANO HERNÁNDEZ, WENDY ARACELY

DOCENTE ASESOR:
DR. MEDARDO DE JESÚS TEJADA RODRÍGUEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR OCTUBRE DE 2015.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Ing. Mario Roberto Nieto Lovo
RECTOR

MSc. Ana María Glower de Alvarado
VICERECTORA ACADÉMICA

Dra. Ana Leticia Zavaleta de Amaya
SECRETARIA GENERAL

Lic. Francisco Cruz Letona
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Lic. José Reinerio Carranza
DECANO

Lic. Donaldo Sosa Preza
VICEDECANO

Lic. Francisco Alberto Granados Hernández
SECRETARIO

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Dr. Medardo de Jesús Tejada Rodríguez
DOCENTE ASESOR

Lic. Miguel Ángel Paredes Bermúdez
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y a mi madre celestial virgencita maría por las infinitas bendiciones que ha derramado sobre mi vida; especialmente por haber permitido iniciar mis estudios hasta culminar de manera satisfactoria mi carrera Universitaria, permitiéndome vencer los obstáculos que se me presentaron durante la trayectoria recorrida.

A mi hermano y a mi mami por la comprensión y el apoyo moral así como el económico que siempre de manera incondicional me han brindado a lo largo de mis estudios.

Al licenciado Delfino Parrilla Rodríguez, por apoyarme en todo momento, brindándome su tiempo para explicarme sobre el tema de mi tesis así como también proporcionándome información muy útil en mi tesis.

A mi primo Cesar Giovani Rodas Gómez, quien tuvo la gentileza de ayudarme con mi tesis desde el anteproyecto hasta las recomendaciones, en la forma como tendría que ir redactada; así mismo a mi amiga Ana Gabriela López Miranda, quien se tomo la molestia de ayudarme con información para la realización de mi tesis y por su apoyo y ánimos para seguir adelante.

A mi tribunal de defensa, el Dr. Medardo de Jesús Tejada, Lic. Levis Italmir Orellana y el Lic. David Omar molina, quien con sus orientaciones pudimos culminar con éxito el proceso de graduación, de igual manera a todos mis amigos que me apoyaron a lo largo de mi carrera y gracias por su apoyo incondicional.

Yamileth Steffany Godoy Rodas.

AGRADECIMIENTOS

Es para mí todo un privilegio agradecer a Dios todopoderoso por permitirme haber llegado a este trascendental momento en mi vida, brindándome amor, misericordia y muchas bendiciones de toda índole para poder culminar mis estudios universitarios.

Agradezco inmensamente el apoyo de mis padres, Miguel González y Telma Márquez de González, quienes día a día me brindaban su amor, comprensión y disciplina; apoyándome incondicionalmente en momentos que los necesitaba. Así también agradecer a mis hermanos que con sus sencillas pero importantes palabras me recordaban que un día inicie una carrera y que había llegado el momento de concluirla.

A mis compañeras de tesis Wendy Lozano y Steffany Godoy, agradeciendo de todo corazón el haberme permitido trabajar a su lado, brindándome su sincera amistad y paciencia en los momentos difíciles en que nos encontramos con el desarrollo de la investigación; así mismo proporcionándome una valiosa lección, la cual radica en la importancia de compartir esfuerzo y dedicación para lograr culminar nuestro gran objetivo académico.

Así también expresar la admiración y respeto que le tengo a nuestro tribunal de defensa, el Dr. Medardo de Jesús Tejada, Lic. Levis Italmir Orellana y el Lic. David Omar molina, agradeciéndoles de forma muy especial por su cordialidad, tiempo y amabilidad a lo largo de nuestra investigación, ya que sin sus conocimientos, orientaciones y jovial forma de ser, la investigación hubiese sido un fracaso.

Miguel Antonio González Márquez.

AGRADECIMIENTOS

A Dios y a la Virgen María por ser mi guía y mi luz, por iluminarme en cada etapa de mi vida, permitiéndome la culminación de mi carrera universitaria. Gracias Dios todo poderoso por darme vida y tiempo suficiente.

A mis padres, Jorge Alfredo Lozano Cabezas y Marta Aracely Hernández de Lozano, por ser mi apoyo incondicional, por darme palabras de aliento cuando más lo necesitaba, por ser mis consejeros y amigos, sin ellos nada de esto sería real. Mis padres han sido quienes me ha dado todo lo necesario para cumplir mis metas, inicie y culmine mi carrera universitaria gracias a ellos. Los amo con todo mi corazón.

A mis hermanos, que de una u otra forma me han apoyado, me han aconsejado y han puesto su confianza en mí, haciéndome una mejor persona día tras día.

A mis compañeros de tesis, que ante todo son mis amigos, ellos han sido parte esencial de este esfuerzo, gracias infinitas por ser comprensivos, luchadores, optimistas y perseverantes, a pesar de las dificultades que se atravesaron en el camino.

A mi tribunal de defensa, el Dr. Medardo de Jesús Tejada, Lic. Levis Italmir Orellana y el Lic. David Omar molina, por guiarnos y aconsejarnos, por su apoyo en los momentos más difíciles de este proceso de graduación, gracias por todo. Y a todas las personas que de forma directa o indirecta han colaborado en el desarrollo y culminación de mi carrera universitaria.

Wendy Aracely Lozano Hernández.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS	iv
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES NACIONALES E INTERNACIONALES DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.....	1
1.1 Ley de Extinción de Dominio de El Salvador	
1.2 Ley de Extinción de Dominio en la República de Colombia.....	2
1.2.1 Antecedente constitucional de la figura de extinción de dominio.....	4
1.2.2 Antecedente normativo de la extinción de dominio.....	6
1.3 Ley Federal de Extinción de Dominio. Marco Normativo ...	8
1.4 Ley de Extinción de Dominio Decreto Número 55-2010 Guatemala.....	13
1.5 Ley de Extinción de Dominio en República Dominicana...	15
CAPÍTULO II. FUNDAMENTO JURIDICO DOCTRINARIO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL Y PROCESAL PENAL..	21
2.1 La prueba en el derecho procesal	
2.2 Fundamento constitucional de la prueba.....	23
2.3 Naturaleza jurídica de la prueba.....	27
2.4 Objeto de la prueba.....	28
2.5 Los medios de prueba.....	32

2.6 Carga de la prueba.....	36
2.7 Concepto y fases del procedimiento probatorio en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	40
2.8 La prueba en el derecho procesal penal. Concepto.....	48
2.9 Elementos de la prueba.....	49
2.10 Órgano de prueba.....	51
2.11 Medio de prueba	
2.12 Objeto de la prueba.....	54
2.13 Libertad probatoria.....	55
2.14 Principios de la prueba.....	56
2.15 Procedimiento probatorio.....	61
2.16 Sistema de valoración de la prueba.....	63

CAPÍTULO III. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR.....	67
3.1 Aspectos procesales de la extinción de dominio	
3.2 Extinción de dominio. Concepto.....	68
3.3 Naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio....	72
3.4 Características de la acción de extinción de dominio.....	77
3.5 El objeto del proceso de extinción de dominio.....	79
3.6 Delitos por los que procede la acción de extinción de dominio.....	81
3.7 Presupuestos por lo que procede la acción de extinción de dominio.....	83
3.8 Principios rectores del proceso de extinción de dominio....	87
3.9 Garantías procesales.....	90
3.10 Competencia e inicio de la acción de extinción de dominio.....	91

3.11 Etapas del proceso de extinción de dominio.....	93
3.11.1 Etapa inicial o de investigación.....	94
3.11.2 Etapa procesal.....	107
3.11.3 Audiencia preparatoria.....	108
3.11.4 Audiencia de sentencia.....	109
3.12 Diferencia entre la acción penal y la acción de extinción de dominio.....	114
3.13 Constitucionalidad de la ley de extinción de dominio.....	115
3.14 Regulación internacional.....	123
3.14.1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas	
3.14.2 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	124
3.14.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	125
CAPÍTULO IV. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	127
4.1 Características generales del procedimiento de extinción de dominio en Colombia.....	128
4.2 Procedimiento de extinción de dominio Colombiano	130
4.2.1 Fase inicial	
4.2.2 Fijación provisional de la pretensión.....	134
4.2.3 Procedimiento abreviado de extinción de dominio.....	136
4.2.4 Etapa de juicio.....	137
4.2.5 Recurso de apelación.....	139

4.2.6 Acción extraordinaria de revisión.....	141
4.3 El procedimiento de extinción de dominio en Guatemala.....	143
4.3.1 Inicio de la acción.....	146
4.3.2 Resolución y notificación.....	147
4.3.3 Excepción previa.....	149
4.3.4 Apertura a prueba	
4.3.5 Sentencia.....	150
4.3.6 Impugnación de la sentencia: Recurso de apelación.....	151
4.4 Diferencias y similitudes del procedimiento probatorio extinción de dominio entre Guatemala y El Salvador.....	152
 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
Conclusiones.....	154
Recomendaciones.....	158
 BIBLIOGRAFÍA.....	160

INTRODUCCIÓN

En la última década, los esfuerzos para combatir la delincuencia organizada, el narcotráfico y lavado de dinero no solamente se han concentrado en lograr la privación de libertad de los autores o partícipes de hechos punibles, sino que se ha hecho extensiva estratégicamente, con especial protagonismo a identificar, localizar y recuperar los activos ilícitamente adquiridos a través de la figura de extinción de dominio. Se pretende con ello desincentivar la actividad criminal a través de una sanción de carácter real o patrimonial que pueda ser aplicada indistintamente de la responsabilidad penal del hecho ilícito, además de golpear la estructura financiera de las organizaciones criminales para que no puedan seguir financiando sus actividades ilegales y otras relacionadas a ellas.

A raíz de esto, surge la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, la cual fue aprobada en 2013, como parte de uno de los puntos señalados, en relación a la mejora del clima jurídico y de inversiones en El Salvador, en el marco de la aprobación del FOMILENIO II., la Ley de Extinción de Dominio permite que el Estado pueda extinguir bienes o patrimonios producto de actividades ilícitas, pero por otro lado el derecho de propiedad está protegido por la Constitución, siempre y cuando sea adquirido legalmente, por ello se debe comprender la diferencia a la hora de determinar lo lícito de lo ilícito.

Es por ello, el propósito general de la presente investigación radica en estudio jurídico y sistematizado de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, ya que con la entrada en vigencia de esta nueva herramienta jurídica se contempla un procedimiento específico para lograr extinguir el dominio en los bienes

producto del crimen organizado; siendo necesario conocer en qué medida este nuevo proceso probatorio mantiene los parámetros legales establecidos, no solo en la leyes especiales, sino también constitucionalmente; o implementa una nueva manera de dar seguridad jurídica, así mismo como es el trámite de este; si es idóneo o no para lograr extinguir el dominio.

Es así, que en el procedimiento probatorio de extinción de dominio, los sujetos procesales recaen la prueba y la función de las mismas dentro del juicio. La falta de orientación hasta la fecha ha generado que no se aplique de manera idónea dicha ley, siendo urgente dilucidar toda interrogante producto de su entrada en vigencia desde noviembre del 2013.

En vista de lo anterior, se determina emprender una investigación que la que podamos determinar en qué medida el procedimiento probatorio establecido en la Ley Especial de Extinción de Dominio es el Instrumento Procesal idóneo para tramitar el juicio de Extinción de Dominio; siendo esta una labor que se enfocara en primer lugar en conocer los antecedentes nacionales e internacionales que motivaron la creación de dicha herramienta jurídica, es decir los motivos por los cuales se impulso la creación de dicha normativa especial.

Consecuentemente es necesario analizar teoría general de la prueba y los aspectos jurídicos doctrinarios que envuelven a esta; un fundamento doctrinario que sea capaz de establecer bases y criterios a partir de diversos autores.

Por ende estudiando el procedimiento probatorio en sus diferentes etapas, todo con la finalidad de fortalecer la implementación y aplicación de la Ley de Extinción de Dominio de El Salvador.

Asimismo, el procedimiento probatorio establecido en la ley especial de extinción de dominio en El Salvador, esta como la herramienta jurídica procesal idónea para la tramitación de bienes que son producto del crimen organizado. Estableciendo como punto de partida aspectos meramente procesales de la extinción de dominio, conociendo sucesivamente sobre el concepto, naturaleza, características, garantías y etapas del procedimiento de extinción de dominio, entre otras; así como los instrumentos internacionales que regulan y avalan la extinción de dominio.

Finalmente se dará a conocer el procedimiento de extinción de dominio que conllevan países como Colombia y Guatemala, ya que dichos países contienen más avanzada legislación, estados que a nivel latinoamericano están dos o tres peldaños arriba de nuestro régimen jurídico en extinción de dominio, sirviendo estos de influencia para desarrollar nuestra legislación de extinción de dominio; así mismo estableciendo diferencias y similitudes de dicha acción entre dichas naciones.

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

Abreviaturas

Art. Artículo.

Inc. Inciso.

Nº. Numero.

Ord. Ordinal.

Pág. Página.

Dr. Doctor

Lic.: Licenciado

Cn.: Constitución

Siglas

D.L: Decreto Legislativo.

D.E: Decreto Ejecutivo.

D.O: Diario Oficial.

CC: Código Civil.

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil.

CPn: Código Penal.

C.Pr.Pn: Código Procesal Penal.

LRARD: Ley Reguladora De Las Actividades Relativas a las Drogas.

LEDAB: Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita.

RLEDAB: Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita.

CONAB: Consejo Nacional de Administración de Bienes.

CSJ: Corte Suprema de Justicia

CNJ: Consejo Nacional de la Judicatura

FGR: Fiscalía General de la República

OEA: Organización de los Estados Americanos

ONU: Organización de la Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos.

C.A.D.H: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES NACIONALES E INTERNACIONALES DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Sumario: 1.1 Ley de Extinción de Dominio de El Salvador; 1.2 Ley de extinción de dominio en la República de Colombia; 1.2.1 Antecedente constitucional de la figura de extinción del dominio; 1.2.2 Antecedente normativo de la extinción del dominio; 1.3 Ley Federal de Extinción de Dominio de México. Marco normativo; 1.4 Ley de Extinción de Dominio Decreto Número 55-2010 de Guatemala; 1.5 Ley de Extinción de Dominio en República Dominicana.

1.1 Ley de Extinción de Dominio de El Salvador.

A escala internacional, El Salvador es el último país en aprobar la Ley de Extinción de Dominio¹, luego de que existieron dos propuestas de ley, en el año 2007 y en el año 2013, cuando el presidente Mauricio Funes retomó el anteproyecto de ley. Los diputados de la comisión de legislación y puntos constitucionales acordaron postergar por cuatro meses la entrada en vigor de la Ley de Extinción de Dominio, ya que no se tenía el presupuesto necesario para la creación de tribunales especializados.

Actualmente, la Corte Suprema de Justicia, con el fin de dar cumplimiento a los plazos establecidos para la implementación de los Tribunales Especializados en Extinción de Dominio, ha nombrado y juramentado un juez en dicha materia, quien estará ubicado en el Centro de Justicia Penal “Dr.

¹La Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen Ilícito, por Decreto N. ° 534, de fecha 7 de noviembre de 2013 y publicada el 28 de noviembre del mismo año, establece la creación de Tribunales Especializados en Extinción de Dominio, correspondientes a primera y segunda instancias.

Isidro Menéndez”, en el departamento de San Salvador.

Por ser una materia novedosa para la jurisprudencia salvadoreña, la Corte Suprema de Justicia desarrolló una capacitación en materia de extinción de dominio y la ley especializada, en el cual participó una experta colombiana que impartió talleres a personal del Órgano Judicial y a otros operadores de justicia. Las finalidades de la ley son las siguientes: a) evitar el enriquecimiento ilícito e indebido, b) impedir la competencia desleal contra empresas legalmente constituidas y c) que los bienes y ganancias ilícitas sirvan de capital de inversión inestable en la sociedad y alteren la economía nacional.

1.2 Ley de extinción de dominio en la República de Colombia.

El precedente más importante sobre la figura de extinción de dominio se encuentra en Colombia y se debió a la reforma agraria². A comienzos del siglo pasado la estructura productiva del país colombiano era predominantemente agraria y hubo una serie de acontecimientos que llevarían al primer intento de reforma agraria. En los años veinte ocurrieron diversas transformaciones económicas que conducirían a la desintegración de la hacienda.

El aumento de las exportaciones de café³, impulsado por el alza de los precios internacionales, la recuperación de la capacidad para importar

²Ley número 200 de 1936, Diario Oficial 23388 de 21 de enero de 1937.

³“A finales de la era cafetera (1880-1930), durante la cual ese producto se convirtió en la exportación dominante del país, la tierra se hizo cada vez más valiosa y se crearon las condiciones para una crisis del conflicto por la tierra. La rentabilidad de las exportaciones cafeteras fue el ingrediente esencial. Esto precipitó un incremento en los ingresos del

maquinaria y equipos, la afluencia de crédito externo, la construcción de obras públicas, la ampliación de la planta industrial existente y el montaje de nuevas industrias ampliaron el empleo en los sectores manufacturero y estatal, y sacudieron la estructura productiva. La población urbana no podía satisfacer la demanda de trabajo y hubo que recurrir a trabajadores provenientes del campo.⁴

La gran depresión puso fin al auge económico y tuvo efectos significativos en materia política y económica. Entre 1925 y 1936⁵ se desarrolló uno de los períodos más conflictivos de lucha por la tierra, el eje de la confrontación fue el derecho a la propiedad de la tierra para cultivarla y comercializar libremente sus productos. Ante las presiones provenientes del campo, el gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo (1934-1938) promulgó la Ley 200 en 1936, la cual buscaba instaurar un régimen adecuado de tenencia y explotación de tierras. Esta ley exigió la explotación económica de los predios y reconoció el derecho de los trabajadores rurales a la posesión de tierras.

La Ley 200 no determinó que los latifundistas modernizaran en forma inmediata las condiciones de producción para adecuar la estructura agraria a las necesidades del desarrollo capitalista, tan solo utilizó la extinción de

gobierno y, junto con los recursos extranjeros, hizo posible una explosión de inversiones públicas en infraestructura, que aumentó aún más el valor de la tierra y la demanda de trabajo. La rápida expansión de la red de transportes y la creciente demanda del café llevaron a una apreciación del valor de la tierra agrícola y a que los empresarios se lanzaran a la caza de tierras, lo que llevó a un gran incremento de la usurpación de terrenos ocupados por colonos”.

⁴ÁLVARO ALBÁN, Revista de Economía Institucional, vol. 13, n.º 24, primer semestre/2011, pp. 327-355, *Reforma y contrarreforma agraria en Colombia*, disponible en: www.economiainstitutional.com/pdf/no24/aalban24. Sitio consultado el 8 de julio de 2014.

⁵MARULANDA, Elsy, *Aplicación y efectos de la ley 200 de 1936 en la región de Sumapaz*, disponible en: www.bdigital.unal.edu.co/35678/1/36090-149553-1-PB. Sitio consultado 8 de julio de 2014.

dominio para impulsarlos a elevar la productividad en un término de diez años. Fue, entonces, en la reforma introducida por la Ley 200 de 1936 donde por primera vez se habló de extinguir el derecho de dominio de aquellos bienes que no cumplieran con una finalidad social.⁶

1.2.1 Antecedente constitucional de la figura de extinción del dominio.

El concepto de extinción del dominio no surgió con la Constitución Política de Colombia 1991, sino que data de la reforma constitucional de 1936, cambio que modificó el enfoque absolutista que frente a la propiedad y a los derechos subjetivos abrigaba la Carta de 1886. En la reforma constitucional de 1936, la ley, la doctrina y la jurisprudencia lo fueron moldeando sin necesidad de un texto constitucional que la consagrara expresamente, pues se entendió que se derivaba de manera directa del concepto de “función social”.⁷

La Constitución de 1991 señaló un nuevo rumbo del concepto de justicia, en esencia más próximo a una vertiente social y democrática, ciertamente más universal. Este cambio, enmarcado en el deseo del constituyente, radicó en cabeza de jueces y doctrinantes la responsabilidad de dinamizar y desarrollar la tarea emprendida por aquel; tarea que comprendió, además, la concepción de nuevos institutos jurídicos con fines específicos de consolidar y hacer

⁶Corte Constitucional de Colombia, con referencia C-389/94, P 1; en lo pertinente dice: “La función social se traduce en la necesidad de que el propietario de un bien lo aproveche económicamente, utilizando sistemas racionales de explotación y tecnologías que se adecúen a sus cualidades naturales y que permitan la utilización de los recursos naturales, buscando al mismo tiempo su preservación y la protección ambiental. La inexploración del bien o su aprovechamiento irracional y degradante supone de hecho la violación del principio de la función social de la propiedad y autoriza naturalmente la extinción de dominio del propietario improvidente o abusivo...”.

⁷VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando, *Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción de dominio y en el comiso penal*, área jurídica, 16 de 2008, p 74.

efectiva la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos el de la propiedad y su función social. En tal sentido se dimensionó la acción de la extinción de dominio, que tiene su fundamento en los artículos 34 y 58 de la Constitución de Colombia. En el artículo 34 de la Carta se consagra el permiso, por sentencia judicial, para declarar extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.⁸ Se le imponen así límites materiales al proceso de adquisición de los bienes y se le otorga al Estado una herramienta judicial para hacer efectivo el postulado según el cual el crimen y la ilicitud no generan derechos. Licencia que trasciende el límite temporal de la Carta y que implica la imprescriptibilidad de la acción, pues aún en vigencia de la anterior constitución política de Colombia, de corte liberal republicano, pronunciamientos aislados del órgano jurisdiccional constitucional de aquel entonces dieron su aval a procedimientos semejantes.

Lo anterior se percibe al verificar la asequibilidad, por ejemplo, de la extinción del dominio en casos como el de la privación de los títulos mineros no inscritos oportunamente, del uso de las redes de las telecomunicaciones que operaran sin autorización previa y el comiso, no como pena, sino como sanción administrativa. (Sentencias C-006-93⁹, C-066-93¹⁰ y C-216-93¹¹). La innovación estaría en la herramienta judicial constitucional específica.

⁸ACOSTA ARISTIZÁBAL, Jairo Ignacio, *la extinción de dominio como instrumento de lucha contra el crimen organizado*, en revista criminalidad local y el crimen organizado, disponible en: www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista.../vol48/18. Sitio consultado el 12 de julio de 2014. P 369

⁹Mediante este fallo la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 296 del decreto de ley 2655 de 1988 y del artículo 1.º, ordinales 4 y 10, de la Ley 57 de 1987. Aquel disponía que dentro del término de un año, contado a partir de la vigencia del Código de Minas, los títulos mineros anteriores debían inscribirse, so pena de declararse su extinción ipso jure. Esta sentencia es importante porque en materia de extinción de dominio: i) liga la acción de extinción de dominio al origen de la propiedad y ii) al hacerlo, la despoja de carácter

El artículo 58 de la Constitución nacional consagra el derecho a la propiedad adquirida de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado, y advierte al mismo tiempo que es una función social que implica obligaciones.

1.2.2 Antecedente normativo de la extinción del dominio.

El fin de la Ley 333 de Extinción de Dominio valora y busca proteger principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de Colombia, asegurando la participación de todos los integrantes de la sociedad en la economía y asegurar la convivencia pacífica, en especial los deberes sociales del Estado y de sus integrantes. La Ley 333 protege el

sancionatorio, pues una sanción supone un derecho existente y no un derecho supuesto pero no generado.

¹⁰ *En esta oportunidad, la Corte declaró exequible el Decreto Legislativo 1874 del 20 de noviembre de 1992, “por el cual se dictan normas sobre destinación de bienes y embargo preventivo, en materia de delitos de competencia de jueces regionales”. El artículo 1.º de este decreto ordenaba la extinción, a favor del Estado, de los derechos reales principales o accesorios sobre bienes, fondos, derechos u otros activos que provenían o tenían relación con la comisión de delitos de competencia de los jueces regionales. En esa ocasión la Corte advirtió que la acción de extinción de dominio tenía antecedentes en nuestro derecho público anteriores a la Constitución de 1991, y que el decreto entonces revisado y aquel al que este remitía no habían previsto la extinción de dominio como pena y que por ello era legítimo que el juez la ordenase por auto y no por sentencia. No obstante, indicó que esas disposiciones tampoco constituían un desarrollo del inciso segundo del artículo 34.*

¹¹ *En este fallo se declararon exequibles varias disposiciones del Código de Minas, Decreto Ley 2655 de 1988, y entre ellas del artículo 5, según el cual procedía la extinción de derechos de particulares sobre el suelo o subsuelo minero o sobre minas en los términos señalados en la Ley 20 de 1969 o por suspensión de su explotación sin causa justificada. En esta oportunidad, la Corte diferenció la expropiación, la confiscación y la extinción de dominio; les reconoció a la confiscación y a la extinción el carácter de sanciones y precisó que una de las formas de extinción de dominio era la consagrada en el artículo 34, inciso segundo de la Carta, y que otra forma era la extinción del dominio por incumplimiento de la función social de la propiedad y citó como ejemplos la extinción consagrada en la Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras, en la Ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria y en la Ley 4.ª de 1976. Concluyó: “Dentro de esa concepción, la extinción del dominio no es otra cosa que la pérdida del derecho a partir de su no ejercicio, con sacrificio del interés individual y del colectivo, o de su ejercicio inconstitucional, por arbitraria y egoísta”. Esta forma de extinción de dominio operaba desde antes y a pesar de no estar expresamente consagrada en la Constitución de 1886.*

derecho de propiedad, con el requisito de que haya sido adquirida de conformidad con las leyes civiles, pero ataca cuando los bienes han sido adquiridos de forma ilegal o proveniente de hechos ilícitos. En esta ley se define qué es extinción de dominio¹², se establecen las causales por las cuales se va a dar la extinción de dominio y qué bienes pueden ser susceptibles de extinción de dominio. Se establece que la extinción de dominio procede no solo contra lo adquirido entre las personas con vida, sino también contra bienes adquiridos por causa de muerte. Se regula de igual forma la acción de extinción de dominio, así como quién está legitimado y quién es competente para llevarla a cabo. Asimismo, se regula el destino de los bienes que han sido expropiados.

La Ley de Extinción de Dominio fue aprobada el 27 de diciembre de 2002 y derogó la Ley de Extinción de Dominio Ley 333 de 1996. Esta nueva ley fue una de las principales acciones que tomó el licenciado Álvaro Uribe Vélez como nuevo presidente de la República de Colombia para combatir el narcotráfico, la delincuencia organizada y el lavado de dinero, problemas que afectaban gravemente la vida en sociedad de la población colombiana y que tenían al país de rodillas.

Esta nueva ley cuenta con 24 artículos, divididos en seis capítulos. La nueva ley es un producto de la declaración de estado de conmoción interior 35 decretado el día 11 de agosto de 2002 y de la ineficacia de la Ley 333, Ley de Extinción de Dominio, que estaba siendo insuficiente debido a lo extenso del proceso de extinción de dominio. Esta nueva ley es más amplia que la antigua. Además de clarificar más los procedimientos, se amplían las

¹²**Artículo 1:** “La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley”.

causales en las que se puede proceder la extinción de dominio, ya que establece que procederá cuando se dé cualquier actividad ilícita. Se determina que únicamente la Fiscalía de Extinción de Dominio podrá iniciar las acciones.¹³ Entre las modificaciones más importantes que se realizan es que la acción de extinción de dominio se vuelve independiente de la acción penal, por lo cual se podrá iniciar en cualquier momento y no será necesario que exista un procedimiento penal abierto, se adiciona una recompensa a cualquiera que pueda dar información sobre un bien que proviene de hechos ilícitos y la nueva acción de extinción de dominio es imprescriptible. El procedimiento de extinción de dominio se agiliza, ya que se crean nuevos plazos: 10 días para contestar la demanda, 30 días de término probatorio que no es prorrogable y ocho días para conclusiones. La ley de extinción de dominio vigente ha sido una *herramienta* jurídica bastante eficiente para el Gobierno colombiano; gracias a leyes y políticas se está ganando la lucha contra el narcotráfico, el crimen organizado y la guerrilla.

1.3 Ley Federal de Extinción de Dominio de México. Marco normativo.

La ley de extinción de dominio mexicana ha encontrado muchos detractores, que alegan que fue creada sin tomar en cuenta ningún tipo de técnica legislativa¹⁴. En la misma corriente se dice que dentro de la ley existen lagunas legales y contradicciones, así como dentro de la legislación

¹³SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, Yazmín, “*La extinción de dominio y las garantías individuales de las personas imputadas*”, tesis de grado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia Michoacán México, 2011, P. 29

¹⁴ GAMBOA MONTEJANO, Claudia “*Extinción de dominio.*” Estudio de Derecho Comparado a nivel Internacional y Estatal (*Segunda Parte*), Dirección de Servicios e Investigación y Análisis, Diciembre 2012, pág. 88 – 99. “*La Ley de Extinción de Dominio de México se inscribe dentro de la estrategia del Gobierno mexicano para enfrentar el fenómeno de la delincuencia organizada, el combate a los delitos de una incidencia social mayor y con el fin de eliminar la base económica con la que operan las bandas y grupos de delincuentes en esta ciudad.*”

mexicana vigente, especialmente en la Constitución, ya que se alega que se viola el principio constitucional del debido proceso, al no existir una sentencia penal previa en la cual se establezca la responsabilidad en la comisión de un delito para poder decretar la extinción de dominio.

A pesar de los detractores de la ley, la Procuraduría General de la República ha reconocido públicamente y en varias ocasiones que ha sido de gran beneficio para la sociedad mexicana, ya que ha significado un duro golpe al crimen organizado, especialmente al narcotráfico, que va de la mano con el lavado de dinero. La Ley Federal de Extinción de Dominio se aprobó en el año 2008 en el D. F., que fue el pionero en la materia, a partir de las reformas al artículo 22 de la Constitución¹⁵ con el fin de adecuar y actualizar el marco constitucional. Se comenzó a implementar en los demás estados de la República Mexicana el 27 de agosto del año 2009.

Son 14 los que la han aprobado: Distrito Federal (2008), Chiapas (2009), Morelos (2009), Nuevo León (2009), San Luis Potosí (2009), Tabasco (2009), Chihuahua (2010), Guanajuato (2011), Hidalgo (2011), Jalisco (2011), Estado de México (2011), Puebla (2011), Tlaxcala (2012) y Zacatecas (2012).

¹⁵ Constitución de la República Mexicana reforma del 18 de junio del 2008 artículo 22: “No se considerara confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerara confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”.

Ahora bien, dentro de cada uno de los estados que han aprobado dicha ley su aplicación varía, con el objeto de observar cómo se encuentra estructurada cada una de las leyes y así distinguir rubros que unas y otras pueden o no contemplar, se analizan en concreto los siguientes rubros: Objetivo de la ley de extinción de dominio en las leyes que se comparan. Los estados de Chiapas¹⁶, Chihuahua, Morelos, Puebla y Zacatecas contemplan dentro de su objeto los siguientes elementos: regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, el procedimiento correspondiente, la actuación de las autoridades competentes, los efectos de la resolución que se emita y los medios para la intervención de terceros que se consideren afectados por la misma.

Por su parte, los casos del Distrito Federal, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Nuevo León, San Luis Potosí, Tabasco y Tlaxcala se limitan a establecer como objeto de su ley únicamente regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado o reglamentar la instauración del procedimiento de extinción de dominio previsto en el artículo 22 Constitucional. En todos los casos que se comparan la definición de extinción de dominio es la siguiente: *“Extinción de dominio: pérdida de los derechos sobre los bienes muebles e inmuebles en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular o afectado.”*

Ahora bien, en algunos casos, como en los del Distrito Federal¹⁷, Hidalgo,

¹⁶Ley de Extinción de Dominio para el Estado de Chiapas, Publicada el 23 de septiembre de 2009. *Artículo 5º.- La acción de extinción de dominio es de carácter real, de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder, o lo haya adquirido.*

¹⁷Ley de Extinción De Dominio para el Distrito Federal, publicada el 08 de diciembre de 2008. *“Artículo 3. La extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes mencionados en los artículos 2 y 8 de la presente Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado.”*

Nuevo León, San Luis Potosí y Zacatecas, se establece como condicionante para que se dé esa pérdida de derechos acreditar el hecho ilícito en los casos de los delitos que se señalan como causales de extinción de dominio y que el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita.

En algunos estados, como Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Nuevo León, San Luis Potosí, Tabasco, la extinción de dominio se establece expresamente que es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real o personal y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido. En los casos de Guanajuato¹⁸ y Puebla¹⁹ se observa que únicamente se señala que el procedimiento de extinción de dominio será autónomo, distinto e independiente de cualquier otro. En Morelos²⁰ solo se establece que este procedimiento será autónomo e independiente de la materia penal.

En todos los casos que se comparan se consideran como partes en el procedimiento de extinción de dominio a: El actor, que será el Ministerio Público; el demandado, que será quien se ostente como dueño o titular de los derechos reales o personales; y quienes se consideren afectados por la acción de extinción de dominio y acrediten tener interés jurídico sobre los

¹⁸Ley de Extinción de Dominio del Estado de Guanajuato, publicada el 21 de junio de 2011. *“Artículo 5. La presente Ley se aplicará por los hechos ilícitos cometidos dentro del estado de Guanajuato y por los cometidos fuera de éste, cuando causen o estén destinados a causar efectos dentro del mismo y no se haya pronunciado sentencia ejecutoriada de extinción de dominio en cualquier otro lugar.”*

¹⁹Ley de Extinción de Dominio para el Estado de Puebla, publicada el 16 de Marzo de 2011.

²⁰Ley de Extinción de Dominio en Favor del Estado de Morelos, publicada el 11 de marzo de 2009.

bienes materia de la acción de extinción de dominio. Esta última figura también es denominada como terceros afectados, tercerista, tercero, tercero interesado. Hidalgo, Jalisco, San Luis Potosí y el Distrito Federal incluyen a la víctima u ofendido; además, este último destaca por señalar a cinco sujetos considerados como partes en el procedimiento de extinción de dominio: el afectado, la víctima, el ofendido, el tercero, y el agente del Ministerio Público.

Actualmente, a pesar del correcto funcionamiento que ha tenido la Ley de Extinción de Dominio Federal en México, se han propuesto varias reformas, entre las cuales las más importantes son las siguientes:

1. Poder fundar la acción de extinción de dominio en información ajena a la averiguación previa.
2. Que la acción civil de extinción de dominio sea totalmente independiente de la averiguación previa, evitando revelar información que podría poner en riesgo la seguridad de las personas y la eficacia de las investigaciones. Evitar que se condicione el resultado de la acción civil de extinción de dominio al resultado de la acción penal²¹.

Finalmente se señala como un gran avance a nivel legislativo el cual permite acceder y disponer de los bienes decomisados por parte de la autoridad.

²¹BARRIOS MAZARIEGOS, Fernando Enrique, *"Injerencia y constitucionalidad de la Ley de Extinción de Dominio"*, decreto número 55-2010, en la legislación penal vigente en Guatemala; tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2011, P.48. *"El artículo 39 de la ley de Extinción de Dominio de México, pese a tratarlo como un procedimiento civil y aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil, de nuevo incorpora a este procedimiento notas o características del procedimiento penal. Determina que una vez ejercida la acción de extinción de dominio, el Juez Especializado deberá acordar la admisión de la demanda en un plazo de 72 horas, como si se tratase del auto de término constitucional de vinculación a proceso (o auto de formal prisión en aquellas entidades que aún no modifican sus legislaciones penales, para hacerlas compatibles con la última reforma penal)."*

1.4 Ley de Extinción de Dominio Decreto Número 55-2010 de Guatemala.

El 14 de abril de 2009, cuando se presentó el proyecto de ley al Congreso de la República de Guatemala con número de registro 4021 por sus representantes Mariano Rayo Muñoz y José Alejandro Arévalo, los congresistas mencionados, en la exposición de motivos de la iniciativa, argumentaron que la ley en estudio es necesaria en Guatemala debido a que durante los últimos años el país ha experimentado una pérdida de sus valores sociales como producto de la búsqueda de dinero fácil, promovida por las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, el secuestro, la extorsión y lavado de activos. A esto se suma la problemática de corrupción que afecta el desempeño del Estado.

La Ley de Extinción de Domino Decreto 55-2010 fue creada con base constitucional del artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso: Decretar, reformar y derogar las leyes, por ello con base en ese artículo se creó la presente ley, que entró en vigencia en junio de 2011 y por medio de la cual se crean procedimientos específicos con el fin de extinguir cualquier derecho que recaiga sobre bienes provenientes de actividades ilícitas.²²

Se pretende que permita al Estado de Guatemala decretar legalmente a su favor las propiedades y bienes que se hayan adquirido a través de actividades ilícitas. Estos recursos serán utilizados por las instituciones del Estado para combatir a las organizaciones criminales.

²²BARRIOS MAZARIEGOS, Fernando Enrique, Óp. Cit., p.52

La Constitución Política de la República de Guatemala protege y garantiza el derecho de propiedad, así como la libre disposición de los bienes, pero condiciona a que se haga conforme a la ley; la extinción de dominio cabe en el marco legal y constitucional en la medida en que, como principio social y estatal, constituye una reacción contra toda forma de enriquecimiento indebido, ilícito o delictivo, por su efecto desestabilizador a todo el sistema legal de adquisición y circulación de bienes.

La acción *de* extinción de dominio dará al Estado la oportunidad de eliminar la principal motivación que tienen los criminales, la obtención de ganancias. La acción en mención no se dirige en contra de los individuos para ser sancionados penalmente o para reclamar responsabilidades civiles *por* la comisión de delitos, ya que ambos pertenecen exclusivamente al ámbito penal.²³

En Guatemala existen varios instrumentos internacionales que han sido aprobados y ratificados que *tienen* el mismo fin que la Ley de Extinción de Dominio, entre los cuales se encuentra la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Fue suscrita el 20 de diciembre de 1988, aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto número 69-90 y ratificada por el presidente de la República el 27 de diciembre de 1990. El instrumento de ratificación fue depositado el 28 de febrero de 1991 ante la Secretaría General de las Naciones Unidas y entró en vigor para Guatemala el 29 de mayo de 1991, es por ello que han emergido respuestas jurídicas, tal como el instituto jurídico de la extinción de dominio, que puede ser considerada como una herramienta eficaz y directa para contrarrestar no sólo a la delincuencia organizada sino también a los productos obtenidos de la misma.

²³BARRIOS MAZARIEGOS, Fernando Enrique, Óp. Cit., p.56

1.5 Ley de extinción de dominio en República Dominicana.

En el año 2010, mediante la aprobación de una nueva Constitución Política dominicana, se ha incluido en ella la figura de la extinción de dominio y, en consecuencia, se ha generado el obligacional legislador de redactar una ley que venga a reglamentar y poner en ejecución el mandato constitucional. El proyecto de ley dominicano ha sido redactado pensando en dotar a la República Dominicana de una herramienta realmente eficaz en la recuperación de bienes ilícitos y, por tanto, para tornar más eficiente la persecución de ciertos delitos que han venido ganando terreno en los últimos años.²⁴

El proyecto de Ley de Extinción de Dominio o de Decomiso Civil de Bienes Ilícitos se ha elaborado a partir de un marco normativo que incluye la Constitución de la República Dominicana, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del año 1988, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, la Convención Internacional sobre Corrupción del año 2003, la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio elaborada por la Comisión Interamericana de Control de Abusos de Drogas en fecha 26 y 27 de mayo del año 2011, la Ley 76-02, que instituye el Código Procesal Penal de la República Dominicana.

Luego de la dictadura de Rafael Leónidas Trujillo, y con el propósito de recuperar bienes apropiados ilícitamente por el dictador, familiares y amigos

²⁴BONNELLY VEGA, Manuel Ulises, *propuestas de desarrollo del marco legal sobre recuperación de bienes en república dominicana*, disponible en: www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx Sitio consultado 11 de julio de 2014

suyos fueron promulgados sendas leyes que proclamaron la confiscación de bienes. La primera de ellas fue la Ley 5785 del 4 de enero de 1962, la cual proclamaba la confiscación de todos los bienes propiedad de la familia Trujillo y que terminó por complementarse con la Ley No. 48 del 6 de noviembre de 1963. Estas leyes no imponían la confiscación como pena, en vista de que la medida no era pronunciada por un tribunal, sino que era ordenada de manera directa por la ley.

Fue una situación que resultó de un momento histórico y convulsionado del país, que estaba resurgiendo de las cenizas en que lo había dejado una dictadura que imperó por más de 30 años. La segunda ley fue la N.º 5924 del 26 de mayo del 1962, la cual establecía la confiscación general de bienes como pena imponible a los culpables del delito de enriquecimiento ilícito, con lo cual se introdujo una modificación al artículo 35 del Código Penal.

Esta ley fue modificada de modo sucesivo por las leyes 5985 de 1962, la Nº 48 de 1963, la Ley 285 de 1964 y la 187 de 1967. La misma ha caído en desuso e incluso algunos piensan que la misma fue derogada. Pero según lo que hemos podido constatar, la ley sigue vigente y, por tanto, el que comete el delito sancionado por ella debería enfrentar esta pena.²⁵ En el año 1988, en la República Dominicana fue aprobada una modificación a la normativa de drogas y sustancias controladas. Esta ley introdujo algunas disposiciones que ordenaban el decomiso de los terrenos de cultivo, bienes muebles e inmuebles, equipos y demás objetos en que se comprobase el almacenamiento, conservación, fabricación, elaboración, venta o suministro a cualquier título de todo tipo de droga prohibida. En el año 2002, en la legislación dominicana intervino la Ley 72-02 sobre Lavado de Activos. Esta

²⁵BONNELLY VEGA, Manuel Ulises, Óp. Cit., 7

ley introdujo algunas modificaciones a la Ley 50-88 y contempló el decomiso de los bienes vinculados al lavado de activos a la que vez de organizar un sistema de distribución y destino de los mismos.

Todas estas disposiciones que contemplan el decomiso o confiscación de los bienes, sin embargo, son o bien de naturaleza estrictamente administrativa o bien de naturaleza penal, y no contentivas de alguna fórmula como la que se propone por la Convención Internacional sobre Corrupción del año 2003. El término “dominio” o, más bien, el de “derecho de dominio” es el utilizado en todos los países que han seguido la tradición española del derecho civil para designar lo que en el derecho dominicano, *de origen francés*, se conoce como “derecho de propiedad”. Por eso, el uso del nombre “extinción de dominio” resulta inapropiado en tradición jurídica de la República Dominicana. Así, el nombre que se asigne al procedimiento debería guardar relación con la revocación del derecho de propiedad o algún término más acorde con la tradición jurídica. No obstante, el término “extinción de dominio” será, de uso obligatorio tomando en cuenta que la Constitución de la República Dominicana ha designado, en su artículo 51.6, el procedimiento como “juicios de extinción de dominio”²⁶y, en consecuencia, ha colocado una camisa de fuerza que obliga al legislador a nombrar esta herramienta de una forma absolutamente ajena a nuestra tradición.

Por otra parte, también conviene destacar que el texto constitucional antes mencionado utiliza indistintamente los términos confiscación y decomiso

²⁶Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero, publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010. Artículo 51: “Derecho de propiedad. “El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes. Numeral 6 La ley establecerá el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico.

refiriéndose a ambos como si se tratara de una misma cosa. Ciertamente es que jurídicamente ambas figuras son similares aunque cada una de ellas tiene sus características propias. Así, en casi toda la doctrina jurídica universal la confiscación *en su sentido lato* consiste en la apropiación, por parte del Estado, total o parcialmente de los bienes de una persona, sin título legítimo y sin contraprestación.²⁷

Mientras que el decomiso es una sanción que se impone como consecuencia de la violación a la ley penal, por el incumplimiento de obligaciones de hacer a cargo de los ciudadanos o porque dichos bienes se han utilizado como instrumento para la comisión de un delito o infracción o constituyen el fruto de tales ilícitos o representan por sí mismos un peligro para la sociedad. Cabe precisar que el término decomiso siempre fue ajeno al derecho penal dominicano tradicional, que, siguiendo su modelo francés, utilizó únicamente la figura de la confiscación distinguiendo en ella dos modalidades distintas: la confiscación general y confiscación especial. Siendo la primera aquella que surte los mismos efectos atribuidos por la doctrina universal a la confiscación en sentido lato, mientras que la confiscación especial resultaría equivalente a lo que, universalmente se entiende como decomiso.

También resulta relevante conocer que la confiscación general de bienes (*confiscación en sentido lato*) nunca fue recibida dentro de la legislación dominicana, ya que cuando fue adoptado el Código Penal la misma había sido abolida del código penal francés que sirvió de modelo a nuestro legislador. Además, los efectos de la confiscación general han sido proscritos desde el primer texto constitucional dominicano y se ha mantenido de esa manera hasta el día de hoy. Incluso el propio Código Penal, en su artículo 35

²⁷BONNELLY VEGA, Manuel Ulises, Óp. Cit., p. 9

la prohíbe. Todas estas prohibiciones obedecen al repudio de la figura de la confiscación general de bienes (*confiscación en sentido lato*), que siempre tuvo connotación política y que fue utilizada por los gobernantes, desde el imperio romano, como una manera de reprimir a los enemigos del gobierno. Empero, la confiscación especial de bienes *equivalente al decomiso* figura en el artículo 11 del Código Penal. La misma “va dirigida a ciertos y determinados bienes, pertenezcan o no al inculpado; tales como las cosas llamadas el cuerpo del delito, el producto del delito o las que han servido como medios o instrumentos para cometer la infracción”.²⁸ Esta confiscación solo es imponible como pena, y en aquellos casos estrictamente señalados por la ley, lo cual quiere decir que en aquellos casos en que la ley no ordene la confiscación de manera expresa no es posible pronunciarla ni imponerla.

Tomando en cuenta que estos términos, *el de la confiscación especial contenida en el artículo 11 del Código Penal y el de decomiso contenido en ciertas leyes especiales*, han sido utilizados indistintamente por el legislador de República Dominicana, lo cual puede llevar a producir distorsiones a nivel de interpretación, se ha querido precisar *por primera vez en una ley interna* que para el derecho dominicano la confiscación *la especial, obviamente* y el decomiso son en realidad la misma cosa.

Por ello, se afirma en el artículo 2.8 que la confiscación o decomiso es la “pena principal o accesoria impuesta en un proceso penal, que supone la privación de la propiedad, posesión, o usufructo de instrumentos utilizados en la comisión de un delito o de bienes adquiridos como resultado de su comisión”. La ley también precisa que, el decomiso civil es una medida restituida ordenada por sentencia definitiva en ocasión de un juicio de

²⁸DE LA MATA AMAYA, José, y otros; *Teoría del delito*, república Dominicana2007, pág. 485.

extinción de dominio y que consiste en la pérdida definitiva de la propiedad, posesión, uso o usufructo de bienes o activos considerados ilícitos.²⁹

Con el propósito de evitar distorsiones en la interpretación y aplicación de la extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos; la ley se encarga de establecer varios aspectos. En primer lugar precisa que su objeto es el de reglamentar la normativa constitucional contenida en el párrafo 6 del artículo 51 de la Constitución Dominicana; mediante el cual se ha instituido la posibilidad de decomiso o confiscación de bienes de origen ilícito a través de los juicios de Extinción Dominio, que persiguen la extinción del derecho de propiedad (*Artículo 1*).

La ley también se encarga (*Artículos 4 y 5*) de establecer la naturaleza de la acción al afirmar que la misma es jurisdiccional y que procede sobre cualquier derecho real o patrimonial, tangible o intangible, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o lo haya adquirido. Además que se trata de una acción de carácter real y de contenido patrimonial y que se ejerce in rem contra los bienes considerados ilícitos por su naturaleza, origen o destino y no contra ninguna persona en particular. Implementación social”, resulta correcto afirmar que una legislación como la que regula el decomiso de bienes ilícitos –*como es una ley de extinción de dominio*- tiene como uno de sus principales objetivos el de hacer más eficiente la persecución penal y, con ello, combatir –*sino extinguir*- los fenómenos criminales que dan lugar al procedimiento. Evidentemente que este incremento en la eficiencia de la persecución va a generar un desbalance –*al menos a nivel de argumento*- en el sistema de garantías. En consecuencia, a nivel doctrinal y jurisprudencial a dado lugar a su aplicación.

²⁹BONNELLY VEGA, Manuel Ulises, Óp. Cit., p. 11

CAPITULO II

FUNDAMENTO JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL Y PROCESAL PENAL

Sumario 2.1 La prueba en el derecho procesal. Concepto, 2.2 Fundamento constitucional de a la prueba, 2.3 Naturaleza jurídica de la prueba ,2.4 Objeto de la prueba, 2.5 Los medios de prueba, 2.6 Carga de la prueba, 2.7 Concepto y fases del procedimiento probatorio en el Código Procesal Civil y Mercantil; 2.8 La prueba en el derecho procesal penal. Concepto; 2.9 Elementos de la prueba, 2.10 Órgano de prueba; 2.11 Medio de prueba, 2.12 Objeto de la prueba, 2.13 Libertad probatoria, 2.14 Principios de la prueba; 2.15 Procedimiento probatorio, 2.16 Sistema de valoración de la prueba.

2.1 La prueba en el derecho procesal. Concepto:

La palabra “*prueba*” tiene su origen etimológico, se deriva de la voz latina “*probus*”, que significa lo bueno, lo honrado, así lo que es probado es bueno³⁰. La prueba es ante todo una actividad del proceso dirigida a la obtención de datos relevantes para la comprobación de los hechos litigiosos, contemplando en función de su resultado un estado de convicción psicológico del juez por el que este cree, sin ninguna duda razonable, que los hechos han sucedido del modo como se desprende de la actividad probatoria, además es de mencionar que la prueba es un derecho y en la doctrina española se entiende que el derecho a probar, es el que le asiste al justiciable de “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. La prueba, también se utiliza como sinónimo de los soportes, medios o

³⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel “La Prueba en materia Sustantiva Civil, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, Pág. 4.

instrumentos, humanos e inanimados, que sirven para trasladar la versión de la realidad a los autos: esto es, los llamados *medios* de prueba.

De tal manera que todas estas acepciones están presentes en la ley y de acuerdo al contexto de cada norma se emplea una u otra.³¹ Como actividad procesal, la prueba tiene dos componentes: de un lado las partes, que son las encargadas de proponer qué medios de convicción han de practicarse; y del otro lado, el juez quien protege los derechos y garantías de los sujetos, autorizando la incorporación del medio si ya está pre constituido u ordenando su realización dentro del proceso, dentro de los límites que marca la ley. Desde esa perspectiva, la prueba se configura como un derecho pero en muchas ocasiones también como una carga procesal. En ese sentido resulta necesaria la prueba para la fijación de un hecho litigioso como cierto, la parte a la que interese su unión a los autos tendrá el derecho de pedir que así se acepte, salvo que concurran impedimentos legales o materiales que lo hagan inviable.

Sin embargo, para el sujeto que pretende que se le reconozcan derechos o se constituyan, modifiquen o extingan situaciones jurídicas a su favor, la prueba es una carga, pues pasa a ser de su responsabilidad el formular la respectiva solicitud para su aportación o práctica en la litis, y de no hacerlo, será sobre dicha parte sobre quien recaerán las consecuencias negativas de la inactividad. Quien, por el contrario, se limita a resistirse a la pretensión de la parte contraria, no tiene carga de la prueba, salvo que base su defensa en hechos afirmativos exculpatorios, y sí tiene derecho a la prueba, en el sentido de poder demostrar la irrealdad de las alegaciones de su contraparte. Tal como sea visto la prueba es un derecho subjetivo público de

³¹ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlo y otros, *Código procesal civil y mercantil comentado*, 2,500 ed., talleres gráficos UCA, 2010, P. 349.

los justiciables que intervienen con el carácter de parte en un proceso, y tiene aquél reconocimiento legal en el art. 312 CPCM³², sobre el cual se establece que tienen derecho a probar en igualdad de condiciones las partes, es decir, que tendrán la misma oportunidad de proponer y practicar los medios de prueba, así como poseer idéntico derecho al control de la prueba del contrario, control que variará de acuerdo a las particularidades de cada medio de prueba (contrainterrogatorio de testigo, la falsedad del documento, entre otros). Así mismo el derecho a la prueba comprende tanto la admisión de pruebas pres constituidas y la práctica de medios a constituir dentro del proceso, que todos esos medios resulten efectivamente valorados por el juez en su sentencia, es decir, que la prueba no se limita únicamente a su incorporación del medio, sino a su valoración real.

En consecuencia, la prueba es una actividad procesal desarrollada por las partes y por el juzgador dirigida a lograr la convicción en la mente de este último respecto de la veracidad de las proposiciones fácticas formuladas por aquellas, convencimiento que se alcanzara a partir de los datos y motivos que se deriven de los distintos medios de prueba practicados.

2.2. Fundamento constitucional de la prueba.

En la Constitución Española³³, se reconoce el derecho a probar como un derecho fundamental y garantía constitucional en su artículo 24 el cual establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva

³² Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados.

³³ Constitución Española, publicada en el BOE (29 de diciembre de 1978).

de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Este derecho que parecía en su literalidad referirse exclusivamente a quien fuera parte en un proceso penal, ha sido reconocido como un derecho de la parte en cualquier proceso, fuera o no penal. En ese sentido, la Constitución Española garantiza y reconoce expresamente al ciudadano el obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión y cabe señalar que este derecho de naturaleza constitucional es de aplicación en todos los tipos de procesales que se regulan por la doctrina y por la ley, es decir, que no es de aplicación exclusiva de los procesos penales sino también a todos los procesos.³⁴

En el ordenamiento jurídico y específicamente a nivel constitucional, no se ha regulado expresamente el derecho a probar, es decir, ese derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Cabe destacar que casi la totalidad de los Derechos se encuentren sistematizados en el Título II de la Constitución de El Salvador, pero esto no excluye el reconocimiento implícito o derivado de otros diseminados en el texto constitucional, lo que según la doctrina

³⁴ CONDE GARCÍA, María Elena, *el principio de inmediación en la producción de la prueba con el uso de tic en el código procesal civil y mercantil salvadoreño*, tesis de maestría, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2012, P.15

española, se trata de derechos fundamentales que han hallado su formulación en la parte orgánica del articulado constitucional.³⁵

A nivel jurisprudencial se ha reconocido vagamente y de manera implícita el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; ya que en sentencia pronunciada por la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha reconocido que el ejercicio del derecho de defensa lleva ínsito la igualdad de armas y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.³⁶

La constitución garantiza que la persona que puede defenderse por medios de prueba en donde se comprueben los hechos de cualquier índole que se le imputen es decir el derecho de probar en general, y se garantiza por medio de un juicio público el cual será eficaz para ambas partes que intervienen en el juicio. Se otorga un derecho a las partes para defenderse frente a una acusación hecha por otra persona, pues el demandado tiene en este caso un derecho que es proponer el órgano jurisdiccional medios de prueba para ejercer su defensa ante la reclamación que se le atribuye. Asimismo, en sentencia también pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte

³⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Tercera edición. Editorial Tecno, S.A. Madrid, España. 1988. p.167.

³⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Sentencia de proceso de Inconstitucionalidad, con referencia N° 40-2009/41-2009, de fecha 12 de noviembre 2010, considerando III, p.13. En lo pertinente dice: “...*el derecho de defensa (Art. 12 Cn.) tiene un arraigo más limitado en la medida que únicamente se manifiesta ante la configuración de una contienda donde exista la necesidad de argüir elementos tendentes al desvanecimiento de las alegatos incoados por la contraparte. El ejercicio del derecho de defensa implica las posibilidades de participar en un proceso informado por el principio de contradicción, en que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere pertinente para su defensa. Esta actividad procesal de parte viene encauzada por las reglas del proceso y se corresponde con la obligación del juez de procurar su regular desenvolvimiento, de modo que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes. De esta definición puede colegirse que el derecho de defensa lleva ínsito la igualdad de armas y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes...*”

Suprema de Justicia³⁷ consideraron en cuanto a los medios de introducción de la prueba, consideraron que el "derecho a la prueba" es una consecuencia inseparable del derecho fundamental de defensa, el cual ha sido derivado según la Sala a partir del art. 11 de la Constitución, argumentando también que el derecho de defensa equivale a la utilización de los medios de prueba, que entre otras cosas, asegura la igualdad de armas de las partes en el proceso. En este sentido la prueba, como derecho integrante del derecho de defensa, es un parámetro para fijar la constitucionalidad.

³⁷SALA DE LO CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Sentencia de proceso de Inconstitucionalidad, con referencia N° 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18 de diciembre 2009, considerando I, literal "e" p.5. En lo pertinente dice: *"En cuanto a los medios de introducción de la prueba, consideraron que el "derecho a la prueba" es una consecuencia inseparable del derecho fundamental de defensa, lo cual ha sido derivado por esta Sala a partir del art. 11. Cn. El derecho de defensa equivale a la utilización de los medios de prueba, que entre otras cosas, asegura la igualdad de armas de las partes en el proceso civil. De la doctrina constitucional deducen que se ha incluido el derecho a la libertad probatoria, tal y como lo ha establecido la Sala en la Sentencia de 13-X-1998, pronunciada en el proceso de Amp.150-97, donde se define el derecho de defensa como: "dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituye circunstancias ineludibles en el goce irrestricto del derecho de audiencia. Por todo ello, esta Sala ha sostenido repetidamente que existe violación al derecho constitucional de audiencia, cuando el afectado no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales procesales o procedimentales establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia". Respecto al "derecho a la prueba", citaron la Sentencia de 11-VI-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 134-98, en la que esta Sala de forma expresa señaló que "la contradicción en todo proceso, únicamente puede lograrse mediante la posibilidad conferida a las partes de acceder al proceso para poder hacer valer sus pretensiones y resistencias mediante la introducción del conjunto de hechos que la sustentan y la correspondiente prueba sobre su existencia". Según Fernando Escribano –siguieron–, de ello se desprende que el derecho a usar los medios de prueba pertinentes para la defensa ha de entenderse como un derecho fundamental, un derecho procesal que reconoce el ordenamiento jurídico. En este sentido dijeron que la prueba, como derecho integrante del derecho de defensa, implica una doble proyección: por una parte es un parámetro para fijar la constitucionalidad de las disposiciones del C. Pr. C. que impugnan en esta oportunidad y por otro, corresponde a los tribunales respetar el derecho fundamental de defensa y contradicción. Concluyeron este punto afirmando que la cláusula de interpretación conforme a la Constitución (sic) impone que la ley –so pena de inconstitucionalidad– respete el contenido del derecho fundamental al proceso debido, y dentro de éste el derecho de defensa, que implica el derecho fundamental a la prueba y los medios para introducirla en el proceso civil..."*

Todo esto deviene, del derecho de audiencia y de defensa que debe garantizársele a ambas partes procesales, a fin de que puedan ejercer adecuadamente principios tales como el de contradicción y por ende de utilizar de todos los medios de prueba que la ley les permite e incluso aquellos que no se encuentran reglados dentro de nuestro ordenamiento procesal civil y mercantil; ya que dicho sea de paso, se reconoce la libertad probatoria.

2.3 Naturaleza jurídica de la prueba.

En la doctrina existen dos clases de prueba: una prueba material y una prueba procesal o judicial en sentido estricto, la primera es una institución que en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el Derecho Material se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograra la convicción psicológica del Juez, ni en ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el trafico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse”. Desde la perspectiva objetiva, puede explicarse como los medios o instrumentos que permiten al órgano jurisdiccional llegar a un estadio de certeza positivo sobre la decisión.³⁸

Por el contrario, la segunda clase de prueba se dirige a producir la convicción psicológica del Juez en sentido determinado, en respecto a un dato o conjunto de datos procesales, no se habla en este caso de justificaciones objetivas, si no de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto

³⁸ARELLANO GARCÍA, Carlos “*Derecho Procesal Civil*”, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 2000 Pág. 223

particularizado. Desde el punto de vista subjetivo, la prueba implica el resultado cognoscitivo que el juez realiza a partir de las aportaciones que las partes realizan, es decir la actividad probatoria es de clara naturaleza procesal, debido a que encuadra dentro de los actos procesales de verificación del proceso y lo es no solo por las normas que regulan el procedimiento, sino también por las que determinan la admisibilidad y eficacia de la prueba.

No obstante las dos corrientes antes mencionados, algunos autores realizan una combinación integradora de las acepciones objetivas y subjetivas, por lo que para éstos la prueba implica ofrecer y producir en un proceso jurisdiccional los medios por los cuales el Juez tomará una decisión sobre la base de su convencimiento. Esta última acepción sobre la naturaleza jurídica de la Prueba es la que nos parece más acertada puesto que no sólo basta con tener los medios necesarios para la comprobación de las afirmaciones hechas por las partes en un proceso, sino que unido a estos medios debe ir la finalidad que se persigue, la cual es buscar el convencimiento total del juez, de que nuestras afirmaciones son las correctas y que han sido fuertemente fundamentadas con los medios de prueba presentados a lo largo del proceso.³⁹

2.4 Objeto de la prueba.

El objeto de la prueba⁴⁰ puede verse como la determinación del asunto, materia o cuestión requerida de la actividad probatoria para ser fijada como

³⁹ GUASP, Jaime *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo Primero Introducción y Parte General, 3ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1997 Págs. 321

⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando *“Compendio de la Prueba Judicial”*, Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000. Pág. 73

cierta. Por ello debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba, es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no Jurídicas, es decir, que, como la noción misma de la prueba.

Pero no todo lo que se trata en un proceso requiere de prueba. Por tanto, una primera referencia para delimitar el objeto de la prueba es que se traten de puntos “controvertidos” en el pleito. Si no lo están, quedan fijados como ciertos y no se prueban. No obstante, todo lo controvertido deviene materia de prueba⁴¹. El juez está obligado a conocer el derecho positivo nacional, por tanto del *iura novit curia* este último no tiene que ser probado.

Ahora bien el ámbito de alcance del objeto de la prueba están: los hechos afirmados y controvertidos, derecho extranjero, costumbre no admitida por las partes, el primero hace referencia a los hechos afirmados por las partes en sus correspondientes alegaciones, ya que estos evidentemente y salvo excepciones (hechos notorios) no son conocidos por el juez, pero además resultan controvertidos pues no existe conformidad entre las partes sobre ellos.

Asimismo si están controvertidos es porque cada parte sostiene un relato al menos en parte divergente o contrapuesto al de la otra, por ello ambos relatos no pueden resultar simultáneamente verdaderos en su totalidad, pues tal cosa sería físicamente imposible. La prueba, así, contribuye a despejar

⁴¹DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Compendio de la Prueba Judicial*”, Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000., óp. Cit., pág. 73.

cuál ha de considerarse por el juez la versión más creíble.⁴² Para comenzar hablar sobre el segundo alcance del objeto de la prueba, es preciso decir que la jurisdicción de los tribunales salvadoreños se limita, por razón del territorio y del ordenamiento sustantivo y procesal, a la aplicación de las normas nacionales, con lo que la facultad del *iura novit curia*, así como lo mencionan los artículos 218 último párrafo y 536, las normas jurídicas salvadoreñas en cualquiera de sus rangos (Constitución, leyes orgánicas, leyes, reglamentos, etc.), aunque no estén actualmente en vigor si son sustantivas (importará que lo estuvieran a la fecha en que se produjo el conflicto); pero no comprende las normas del derecho positivo de los demás países del mundo.

La consecuencia a deducir de ello no es, desde luego, la imposibilidad de tener en cuenta tales disposiciones extranjeras en un caso concreto, lo que puede devenir necesario precisamente porque así lo impongan las propias normas nacionales, sino que su tratamiento por el juez será el propio que da a los “hechos”. Por tanto, el derecho extranjero exige prueba, tanto de su contenido como de su vigencia en el país de que se trate, si bien en la práctica la prueba más adecuada es una pericial, esto es, el testimonio de uno o más juristas de ese país (abogados, jueces, notarios, cuya condición a su vez quede acreditada documentalmente) que deje constancia de que el texto que se reproduce corresponde en efecto a la norma en cuestión, y que la misma se hallaba en vigor a la fecha en que se produjo el conflicto material sobre el que se pretende aplicar.

Ahora bien, el art. 313 ordinal 3^o⁴³ como el 315⁴⁴ ambos del CPCM,

⁴²La prueba tendrá por objeto: las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos.

⁴³El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.

enfatan en que al margen de la proposición de prueba que haga la parte interesada y que se da por hecha, de lo contrario deberá atenerse a las consecuencias que derive de su falta de demostración el tribunal de la causa podrá “valerse de cualquier medio para su averiguación”. Pero deberá probar su contenido y vigencia de la norma extranjera”. Por tanto, corresponde a la parte cumplir con su carga de pedir la prueba de la norma extranjera y concretar los medios de convicción a tal fin, los cuales, si son lícitos, pertinentes y útiles, serán admitidos por el tribunal.

El tercer alcance del objeto de la prueba es la costumbre⁴⁵ es fuente del derecho, como establece el art. 2 Código de Comercio, únicamente en los casos en que así lo reconozca la ley. Sin embargo, aun en el marco de esas relaciones materiales donde, a falta de norma escrita puede devenir creador de obligaciones un reiterado tipo de actos merced a la *communis opinio* acerca de su vinculatoriedad, eso no significa que a efectos procesales baste con invocarla en un proceso para que el juez deba darla por cierta.

La costumbre tiene sin duda una base ineludiblemente fáctica, y desde esa perspectiva la prueba sobre su existencia y contenido si ambas partes lo aceptan así, prescindiendo con ello del criterio del juez, y siempre que no infrinja el orden público. Pero en cuanto resulte negada por la contraparte de quien la alega, pasa a tratarse como una afirmación de hecho más requerida por tanto de actividad probatoria. En la misma situación se halla la prueba del derecho consuetudinario, en los casos donde la ley reconozca su aplicabilidad.

⁴⁴La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación. Igualmente, la parte que lo invoque deberá probar el derecho no escrito o consuetudinario.

⁴⁵La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.

2.5 Los medios de prueba.

La expresión medios de prueba o medios probatorios significa entonces el procedimiento o actividad necesaria para el ingreso válido dentro del proceso de los elementos de prueba, siendo estos precisamente los datos concretos o información objetiva, útiles para demostrar o desvirtuar los hechos alegados en las pretensiones de las partes. El medio nace y se forma en el proceso; se trata por consiguiente, de un concepto jurídico y absolutamente procesal.⁴⁶

Es el instrumento previamente reglamentado para incorporar al juicio las fuentes de prueba que permiten reconstruir el acontecimiento. Este instrumento tiene que ser idóneo, lo cual apunta a una admisibilidad dentro del sistema procesal y regularmente realizado, lo que señala que todo medio está reglamentado en su realización.

Los medios e instrumentos probatorios están pre establecidos, aún cuando sean permisibles y restringidos. Por otra parte, se caracteriza y es de su esencia la posibilidad de control, tanto del juez como de la contraparte. He aquí el principio prevaleciente: el contradictorio. En otras palabras se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al juez el conocimiento de los hechos del proceso, decir los elementos personales y materiales del medio de prueba.⁴⁷ Conforme al artículo 330⁴⁸

⁴⁶ SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba, los grandes temas del Derecho Probatorio*, op. Cit., pág. 151 y ss.

⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Temis, Bogotá, 2002, págs. 4 y 5.

⁴⁸ la prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en el código. Los medios no previstos por la ley serán admisibles cuando estos no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros siendo tramitados conforme a las disposiciones aplicadas a los medios reglados

del CPCM, cabe agregar que la doctrina ha clasificado a los medios de prueba con arreglo a diversos criterios, entre los cuales está según su estructura, es el medio por el cual llega la prueba al juzgador, pueden ser personales y reales, los personales son aquellas en las cuales el medio de información está constituido por una persona.

Se presenta en el caso del interrogatorio de parte, el testimonio y el dictamen pericial. Las reales, son las que tienen como medio una cosa u objetivo. Se presenta en el documento⁴⁹. Según la forma como perciba el hecho objeto de la prueba, puede ser directa o indirecta. a) La directa presenta como dispositivo que existe un vínculo inmediato entre el juzgador y el hecho a probar. b) La indirecta se caracteriza porque la información o el conocimiento de los hechos los obtiene el juzgador por conducto de una persona o un objeto. Conforme a su valor, la prueba si obtiene o no el poder de convicción para establecer los hechos, se dividen en plena, perfecta o completa y semiplena, imperfecta o incompleta. a) La Plena prueba, es la que procede en el juzgador la absoluta convicción o certeza de que los hechos acontecieron y en la forma que se infiere de los medios allegados al proceso. Esta clase de prueba es la requerida para que el juez pueda acoger la pretensión. b) La prueba semiplena, es la que no le lleva al juzgador el conocimiento de los hechos, o no obtiene con los medios empleados, la convicción necesaria para darlos por establecidos⁵⁰.

De acuerdo a la oportunidad en que se practique, la prueba puede ser procesal y extraprocesal. a) La procesal es la que se practica en el curso del proceso y en la oportunidad destinada por ello, cumpliendo así los requisitos

⁴⁹ AZULA CAMACHO, *“Manual de Derecho Probatorio”*, Editorial Temis, Bogotá, 1998. Pág. 64

⁵⁰ AZULA CAMACHO, óp. Cit. pág. 65

exigidos para ser apreciada por el juzgador al proferir su decisión. b) La Extraprocesal, es la que se practica fuera del proceso, sea para hacerlo valer en un futuro, en cuyo caso se le denomina también prueba anticipada⁵¹. Según la fuente, puede ser simple o compleja. a) La prueba es simple cuando proviene de un solo medio probatorio al cual la norma le ha dado poder de convicción, como sucede con la escritura pública, respecto a la comparecencia y lo manifestado por ésta. b) La prueba es compleja, si la fuente emana de varios medios probatorios, como es lo usual. Ejemplo son las declaraciones de los testigos, del interrogatorio de las partes, etc.

Por otra parte según la finalidad la prueba puede ser acusatoria o de cargo y absolutoria o de descargo. a) La prueba acusatoria, es aquella en la cual la parte que desee obtener determinado pronunciamiento, correspondiéndole demostrar los supuestos de hecho que fundan la aplicación o reconocimiento de derecho reclamado. b) La Prueba absolutoria o de descargo es la que se dirige a establecer la existencia o inexistencia de hechos que funden una decisión favorable al acusado u opositor.

Los medios de prueba según constituyan o no requisito para la existencia del acto jurídico pueden ser sustanciales o ad solemnitatem o ad sustanciam actus y formales o ad probationem. a) La prueba Sustancial, ad solemnitatem o ad sustanciam actus, son aquellas formalidades que es indispensable observar para que el acto sustancial surja a la vida jurídica. En este caso la formalidad cumple una doble función: es, por un lado, requisito para el acto jurídico; por el otro, el medio para establecerlo. b) La prueba formalo ad probationem, es el documento que dejan las partes para establecer un acto jurídico, el cual, para su existencia, no requiere cumplir con ese requisito,

⁵¹JOSÉ ARTIGA Sandoval, "Notas De Derecho Procesal Penal Moderno, pág.50.

pero que se observa con el objeto de establecer la prueba de su existencia en caso de un futuro proceso⁵².

Finalmente, según su función, son históricas o críticas. a) La histórica, es cuando consiste en la narración de los hechos. En esta clase de prueba el conocimiento de los hechos le llega al juzgador, mediante el relato que de ellos hacen las personas, como es el caso de los testigos y peritos, o por conducto del objeto que los contiene, como ocurre con los documentos. b) La Crítica, es cuando el contrato entre el juzgador y el hecho es directo, en virtud del cual le permiten llegar a determinadas conclusiones o juicios mediante el empleo de las reglas de experiencia, como acontece con la inspiración judicial.⁵³ Por lo tanto los medios de prueba que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil⁵⁴ son los siguientes: Documentos; Declaración de parte; Interrogatorio de Testigos; Prueba Pericial; Reconocimiento Judicial; Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información.

La libertad de los medios probatorios, siempre que se respete su legal obtención, Art. 311 (derecho de probar) y 315 (licitud de la prueba). En materia de extinción de dominio, el Estado debe llegar a una inferencia razonable sobre el origen ilegal de los bienes y que el eventual afectado debe proceder a ejercer su derecho de defensa mediante la oposición acompañada de los documentos que desee hacer valer para demostrar el origen lícito de sus bienes. En la ley especial de extinción de dominio se admiten todos los medios de prueba que sean pertinentes y útiles para la

⁵² AZULA CAMACHO, óp. Cit. pág. 66

⁵³ AZULA CAMACHO, óp. Cit. pág. 67 - 68

⁵⁴ Código procesal civil y mercantil, Decreto Legislativo No. 712 de fecha 18 de Septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, del 27 de Noviembre de 2008.

investigación para poder determinar la licitud o ilicitud de los bienes adquiridos⁵⁵.

2.6 Carga de la prueba.

La carga de la prueba es un criterio que determina qué hechos (afirmaciones de hecho) deben ser probados por cada una de las partes intervinientes en un proceso, a sabiendas de que la demostración de su veracidad permitiría la aplicación de una norma sustantiva con efectos favorables, asimismo la persona sobre la que recaerían esos efectos sustantivos, será justamente la parte gravada con la correspondiente carga de la prueba.

La carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: en primer lugar el actor, quien debe probar los hechos constitutivos de su demanda, en segundo lugar el demandado en su reconvención, en tercer lugar el legitimado pasivo sólo debe probar aquellas excepciones procesales (generalmente demostrables con la mera consulta de los autos) y materiales (perentorias) que alegue, donde se establezca una afirmación positiva sobre los hechos alegados que causan un efecto jurídico favorable. Por otra parte, la noción de la carga de la prueba posee dos aspectos fundamentales, el primer aspecto se fundamenta en una regla de juicio para el juzgador, es decir, a las conclusiones a que arribe el juzgador cuando no encuentre prueba de los hechos objeto del conflicto, el segundo aspecto recae sobre una regla de conducta para las partes, acerca de los hechos que les interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento para sus pretensiones o excepciones⁵⁶.

⁵⁵**Medios de prueba** Art. 35.- Serán admisibles todos los medios de prueba que sean útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad.

⁵⁶ AZULA CAMACHO, óp. Cit. pág. 69

En ese mismo sentido el fundamento del *onus probati* (carga de la prueba) radica en un viejo aforismo de derecho que expresa “lo normal se presume, lo anormal se aprueba”. Por lo tanto es importante considerar el *onus probandi* en dos momentos del proceso: El primero coincide con el comienzo de la contienda. Si las partes conocen los criterios de distribución de la carga de los medios de prueba que van a regir en el proceso que se pretende entablar, el demandante, en primer término, antes de deducir su demanda, y el demandado, en cuanto se le notifica esta última y se le emplaza para contestarla, planificarán cada uno su estrategia de defensa sabiendo de antemano qué hechos tiene que probar durante el proceso para ver estimadas sus pretensiones, así como cuáles otros, de no quedar probados, implicarán que se declare sin lugar la pretensión del contrario. En esta fase, el destinatario principal de la regla de juicio son pues las partes.

El segundo momento, en cambio, aparece cuando ya se ha sustanciado el procedimiento, toca dictar sentencia definitiva y el juez se encuentra con que no se ha aportado ni practicado prueba en autos, o la que lo ha sido no resulta convincente ni existe un medio de prueba con un valor legal tasado que la haga decisivo, de manera que el hecho ha quedado indemostrado.

Es ahí donde el órgano judicial, que no puede dejar imprejuizada la controversia sino que tiene el deber de resolverla (prohibición del *non liquet*), deberá aplicar las reglas sobre carga de la prueba a fin de saber qué litigante ha de correr con la consecuencia negativa derivada de la falta de prueba del hecho. En este segundo momento, el destinatario del *onus probandi* ya no son las partes sino el juzgador⁵⁷.

⁵⁷“En síntesis, el Juez necesita contar con ciertas reglas que le permiten determinar cuál de las partes ha de soportar las consecuencias adversas que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de modo tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable

En ese mismo sentido el proceso civil se rige por el llamado principio de “adquisición” o “comunidad” de la prueba, a cuya virtud, una vez que los medios de convicción han entrado a los autos mediante aportación o práctica legalmente realizados, dejan de pertenecer a aquella parte que lo consignó o que propuso su evacuación, y pasan a convertirse en patrimonio del proceso, correspondiendo su cuidado, administración y valoración a la autoridad judicial.

Por ello ninguna de las partes puede impetrar que un medio de prueba sea apreciado “a beneficio de inventario”, es decir, sólo en aquello que la beneficie, ni tampoco puede evitar que el medio sea valorado si en algún momento se percata de que ello podría resultar contraproducente a su estrategia. La prueba ya no pertenece a la parte, ésta no tiene ningún control ni dominio sobre ella a los efectos probatorios que se mencionan y hasta tanto agote su utilidad en ese plano.

Podrá sí tener la propiedad del medio, si es un objeto, y en esa medida podrá disponer de él cuando ya no resulte necesaria su disponibilidad para el tribunal. Sobre la base de las consideraciones anteriores resulta conveniente por razones de seguridad jurídica, que sea la ley la que recoja las principales reglas de distribución de la carga de la prueba, sin tener que esperar a su articulación por la jurisprudencia, las legislaciones procesales y en este caso

para la parte que, a pesar de tener a su cargo el aporte de la prueba correspondiente, no lo hizo. La regla de la carga de la prueba, por lo tanto, es de naturaleza sustitutiva, puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, o expresado de otra la forma, es un sucedáneo de la prueba que faltó o resultó insuficiente. Por lo anteriormente expuesto, pues, se concluye que la vía procesal ha sido la correcta; y no habiendo prueba que satisfaga las pretensiones respecto del daño moral incoado, -Art. 237 Pr.C.- la Sala estima que procede confirmar la sentencia venida en apelación, por estar arreglada a derecho...”: Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de septiembre de 2005, dictada a las 10.30 horas (ref. 21-AP-2004).

civiles incluyan una o más normas reguladoras del *onus* y así en efecto ocurre⁵⁸.

También lo hizo el derogado Código de Procedimientos Civiles en los arts. 237 y 238, siguiendo las reglas de juicio clásicas sobre la base de las consideraciones anteriores⁵⁹. Sin embargo, no lo ha hecho así el código procesal civil y mercantil, cuyo artículo 321 si bien se titula “*carga de la prueba y regla de juicio*”, no contempla prácticamente nada de ella salvo su global adscripción a las partes, lo que en sí mismo muy poco resuelve, el resto se refiere más bien a la iniciativa subsidiaria del órgano judicial en la práctica de prueba, lo que sólo indirectamente conecta con el problema del *onus probandi*.

⁵⁸A modo de ejemplos, el art. 139 Código General del Proceso establece: “139.1 *Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. 139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba*”. Por su lado, el art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil ordena las siguientes reglas de juicio: “1. *Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.*

⁵⁹Rezaban tales preceptos: a) Art. 237: “La obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase, será absuelto el reo; mas si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla”.- b) Art. 238.- “El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción”.

En el proceso de extinción de dominio es aplicable el principio de *carga dinámica de la prueba*, según el cual corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. Éste derecho de oposición a la procedencia de la declaratoria de extinción implica un comportamiento dinámico del afectado, pues es claro que no puede oponerse con sus solas manifestaciones, es decir, las negaciones indefinidas, en el sentido de que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada del Estado, en cuanto a esa ilícita procedencia.

2.7 Concepto y fases del procedimiento probatorio en el Código Procesal Civil y Mercantil.

En el presente apartado, trataremos brevemente sobre el tema del procedimiento probatorio en materia procesal civil y mercantil. Al respecto, el procedimiento probatorio hace referencia a la sucesión de actos procesales legalmente establecidos para que el juez cumpla su función de decidir el conflicto de intereses entre partes en que el proceso, doctrinariamente se entiende por procedimiento probatorio, *el procedimiento intelectual mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se prueban los enunciados asertivos sobre hechos relevantes para la decisión*⁶⁰. Significa entonces que el procedimiento judicial admite tantas formas adjetivas como tipos de

⁶⁰ GASCON ABELLAN, Marina, La Prueba Judicial: Valoración racional y motivación, p. 5. Artículo consultado en la página: http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf, el día diez de agosto de dos mil catorce, La autora distingue tres tipos de procedimientos probatorios: a) prueba observacional. Procedimiento probatorio basado en la observación del propio juzgador; b) prueba deductiva. Procedimiento probatorio basado en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas; c) prueba inductiva, procedimiento probatorio basado en inferencias inductivas a partir de otras aserciones verificadas.

proceso existen, aunque ellas tienen en común el estar compuestos de una pluralidad de actos característicamente coordinados de modo que cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores⁶¹. A su vez, esos actos o trámites ligados recíprocamente se agrupan y subdividen dentro de cada proceso en diferentes fases o etapas, siendo una de ellas el denominado procedimiento probatorio.

En relación con este último el procedimiento probatorio asegura un orden determinado en la producción de la prueba, cuyo carácter imperativo tiene su fundamento en los principios acusatorio y de contradicción o defensa, de tal forma que puede decirse que el procedimiento aparece “como una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones en actos diversos”⁶², de los diversos sujetos procesales, es decir, de las partes y de los órganos jurisdiccionales encargados de la instrucción y del juicio oral; si bien, cada uno de esos actos de trámite (proposición, admisión, rechazo, recepción, etc.) gozan de cierta singularidad y autonomía: producen efectos procedimentales, pueden ser anulados independientemente, etc.

Más adelante se desarrollara lo relacionado a las fases del procedimiento probatorio, que dicho sea de paso, tendrá como sujetos intervinientes tanto a las partes procesales como al Juzgador. En el caso de nuestro ordenamiento procesal en materia civil y mercantil, dicha actividad probatoria se encuentra regulada en el artículo 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil. Antes de pasar a analizar brevemente cada una de las fases del procedimiento probatorio es preciso mencionar que la prueba no siempre

⁶¹ GUASP, Jaime: *Concepto y método de Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 25 y 64.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 137.

será necesaria, como aquellos supuestos de excepción de prueba que se encuentran regulados en el artículo 314⁶³ del Código Procesal Civil y Mercantil. Es decir, que no se necesitará actividad probatoria cuando los hechos sean admitidos por las partes, hechos que gocen de notoriedad general y que sean evidentes y en el caso de la costumbre cuando las partes estuvieren conformes en su existencia y contenido. Por otra parte pasaremos a analizar brevemente cada una de las fases del procedimiento probatorio, la primera de ellas está la Proposición de prueba se encuentra íntimamente ligado al derecho a utilizar los medios de prueba, el cual forma parte del derecho de defensa⁶⁴, por ello el primer paso en toda actividad probatoria, será precisamente el determinar la necesidad de la prueba y esa determinación le corresponderá en un primer momento a las partes, ya que serán las encargadas para la proposición de la prueba.

Con referencia a lo anterior, esta etapa se define como *“el acto de parte por el que se solicita al órgano judicial la práctica de determinados medios de prueba que aquella estima que son necesarios y suficientes para poder probar la verdad de los hechos y de los actos que fundamentan la acción, o en su caso, la excepción”*⁶⁵. Sobre la base de las consideraciones anteriores el Código Procesal Civil y Mercantil, regula claramente el tema de la proposición de la prueba, en cuanto las partes propondrán las pruebas que a

⁶³Art. 314.- No requieren ser probados: 1° Los hechos admitidos o estipulados por las partes. 2° Los hechos que gocen de notoriedad general. 3° Los hechos evidentes. 4° La costumbre, si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el orden público.

⁶⁴ El ejercicio del derecho de defensa implica las posibilidades de participar en un proceso informado por el principio de contradicción, en que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere pertinente para su defensa.

⁶⁵ CORTES DOMINGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil, Parte general*, op.cit. p.215 y 216. El autor manifiesta que en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se establece el principio general por el que las pruebas se practica a instancia de parte; principio este de la proposición, que está regulado igualmente en los artículos 414.1 II y 429.1 de la misma ley.

su derecho convengan, sobre los hechos que integran el objeto de la prueba. Corresponderá en primer término al actor proponer las pruebas de que intente valerse, y luego al demandado, debiendo en todo caso “singularizar el medio probatorio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido y finalidad a la parte contraria.”⁶⁶

La proposición de la prueba según lo establecen los artículos 276 ord.9° y el artículo 317 ambos del Código Procesal Civil y Mercantil, no hay contradicción entre ellos, puesto que la primera de las disposiciones legales regula el primer momento procesal en que las partes en la demanda o en su caso, en la contestación de la demanda, deberán ofrecer y determinar la prueba y la segunda de las disposiciones legales, prescribe un segundo momento procesal en que las partes podrán hacer uso de su derecho a utilizar los medios de prueba con los que acreditarán las afirmaciones de sus hechos alegados.

Efectivamente, no existe contradicción entre ambas normas procesales, en ese sentido, se hace necesario realizar una labor de interpretación e integración de ambas normas legales, dando como resultado que las partes procesales tendrán la oportunidad de aportar y ofertar los diversos medios de prueba que regula el actual ordenamiento procesal civil y mercantil en dos momentos procesales diferentes, es decir; en un momento inicial como es con la presentación de la demanda o con la contestación a la misma o en la

⁶⁶ Artículo 317 La prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este código. La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido. El Juez evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles. La decisión del juez no será recurrible, y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva.

audiencia preparatoria o en la audiencia del proceso abreviado, a fin de no violentarles sus derecho constitucional a probar dentro de un proceso judicial.

Por otra parte, es necesario mencionar brevemente lo establecido en el inciso tercero del artículo 7 del Código Procesal Civil y Mercantil⁶⁷, en lo concerniente a que la proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros. Lo anterior en razón que dicho inciso regula una cierta facultad de oficio del Juez en cuanto a proposición de la prueba, sobre la figura de las llamadas diligencias para mejor proveer, cuya finalidad en todo caso no es la de suplir la negligencia de las partes en su carga de proposición de pruebas, sino la de auxiliar al propio tribunal en la intelección de las pruebas ya practicadas, cuando alguna arroja dudas (periciales oscuras o ambiguas, por ejemplo). Permitiendo en definitiva al juez ordenar de oficio esas diligencias, sin que las partes puedan oponerse a ello (a lo sumo, recurrir la sentencia si consideran que ha habido exceso de jurisdicción, o que la supuesta diligencia no hace sino sustituir a la parte contraria en su carga probatoria respectiva).

La segunda fase del procedimiento probatorio es la Admisión de la prueba, esta se relaciona íntimamente con el tema de la legalidad de la prueba,

⁶⁷CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, artículo 7: “Los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso sólo podrán ser introducidos al debate por las partes. La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este código, en su caso; en consecuencia, el juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros. La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros; sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro contradictorio, de conformidad a lo dispuesto en este Código.” El inciso tercero es el que interesa para efectos de analizar brevemente esa excepción a la facultad exclusiva de las partes procesales y de terceros en relación a la proposición de la prueba.

doctrinariamente se afirma que una prueba es admisible cuando la ley lo permite y es inadmisibile cuando la misma ley lo prohíbe⁶⁸. Por otra parte, es de mencionar los requisitos de admitir un determinado medio de prueba, entre los cuales están: a) Proposición en tiempo y forma. Tal como se avisto, sobre este punto, cuando desarrollamos el momento procesal oportuno para la correcta proposición de los medios de prueba que debe ser aportada junto con la demanda o su contestación, en su caso; b) legalidad del medio probatorio. El cual debe estar previsto en la ley y en el caso de no estar previstos, podrán admitirse siempre y cuando no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros⁶⁹; c) necesidad del medio de prueba atendiendo al objeto de la misma; d) pertinencia de la prueba, un medio de prueba es pertinente si lo que con él se persigue probar, es relevante para la resolución sobre la pretensión procesal. e) utilidad de la prueba. No será admisible aquel medio de prueba que no servirán para acreditar un hecho alegado y afirmado por alguna de las partes procesales o terceros⁷⁰.

La Producción de la prueba es otra de las fases del procedimiento probatorio y en virtud de la cual, se producirá toda la prueba ofertada dentro del proceso para que luego de dicha producción se pueda valorar la misma por el Juez competente a fin de poder tomar una decisión adecuada al caso planteado. Se ha sostenido que dentro de la actividad probatoria, se deben respetar

⁶⁸ FALCON, Enrique M., *Tratado de la Prueba, tomo I*, S.Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p.26. el autor sostiene que cuando nos referimos al tema de la admisibilidad de la prueba, es necesario determinar los límites de esa admisibilidad y esto se refiere específicamente al medio probatorio.

⁶⁹ CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, artículo 330: *“La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código. Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados.”*. Fiel reflejo del principio de libertad probatoria.

⁷⁰ CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, artículo 319: *“No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos.”*. Límite al derecho a probar de las partes procesales.

ciertas garantías, tales como la concentración, la inmediación, la contradicción y la publicidad⁷¹. Esta fase del procedimiento probatorio, consiste en “*el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción propuestos por las partes.*” El cual se encuentra regulado en el código procesal civil y mercantil en su capítulo cuarto Medios Probatorios, desde el artículo 330 al 401 del mencionado Código.

Una cuarta fase es la Valoración de la prueba. Se refiere a la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba, a fin de establecer cómo gravitan en la decisión del juez (sentencia). Esa eficacia podrá estar determinada a priori por reglas legales de carácter general y abstracto, que asignen un determinado valor probatorio a los distintos medios de prueba, del que el juez no podrá apartarse (sistema de prueba tasada); o podrá fundarse en la libre apreciación del juez, sujeta a determinadas pautas que procuren evitar la arbitrariedad judicial, priorizando el análisis concreto de las pruebas practicadas, consideradas en forma individual y en su conjunto.

Efectivamente, podemos apreciar que para cada uno de los medios de prueba, se aplicará una forma de valorarlo por parte del Juez. Dentro del ordenamiento procesal civil y mercantil, se regularon dos sistemas de valoración de la prueba, como lo son la sana crítica y el valor tasado⁷². Por

⁷¹ MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el proceso civil*, Sexta Edición, Editorial Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. p.201-213. El autor menciona que el procedimiento de la práctica de la prueba, dependerá de cada uno de los medios de prueba propuestos. Así las cosas, no será lo mismo realizar la actividad probatoria de la declaración de un testigo que la actividad del reconocimiento judicial y es así en todos los medios de prueba.

⁷² CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, artículo 416: “*El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o*

ello se debe entender que el principio de libre valoración implica que el Juzgador debe formar su íntima convicción valorando el resultado de las pruebas, conforme a la lógica y a las máximas de experiencia. Este sistema de valoración, se aplica a todos los medios de prueba reglados o no, con excepción de la prueba documental. Asimismo la sana crítica, el Juez debe expresar sus conclusiones sobre la valoración de la prueba, expresando los motivos por los que considera que los hechos han sido acreditados. Se seguirán entonces, las reglas de la lógica, máximas de experiencia y psicología.

Por otra parte, cabe señalar que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido en relación al tema de la sana crítica⁷³, la cual consiste en *“una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia humana, mediante el cual el Juzgador otorga a cada medio probatorio un determinado valor, así como al conjunto de ellos.”*. Además en esta jurisprudencia se expresa que tanto la doctrina como las legislaciones modernas están de acuerdo actualmente, que debe regir el sistema de valoración de la prueba conocida como sana crítica.

En el derecho procesal las actuaciones del proceso se surten por etapas o fases, como lo hemos visto, para el caso de la extinción de dominio el legislador establece dos etapas una etapa inicial o de investigación que

no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.”. En esta disposición legal se observa la motivación judicial y el principio de unidad de la prueba.

⁷³ SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de casación bajo la referencia 62-C-2004, pronunciada a las once horas del día veinte de diciembre de dos mil cinco, p. 8. En dicha sentencia se sostiene que la labor judicial importan que deberán darse las razones que inducen a otorgar ese determinado valor probatorio, con la finalidad de asegurar los derechos de proposición, defensa y contradicción de la prueba por las partes, aplicándose estas reglas especialmente cuando se trate de prueba testifical.

estará a cargo del fiscal especializado, de conformidad a las atribuciones asignadas en la ley y una etapa procesal que se iniciará a partir de la promoción de la acción de extinción de dominio ante el tribunal especializado, etapas que serán desarrolladas posteriormente.

2.8 La prueba en el derecho procesal penal. Concepto

En un sistema procesal penal de tendencia acusatorio, de partes, como el que rige en El Salvador, en donde se tiene como fundamento básico que la fase central del proceso es el juicio, la prueba nace en la fase del juicio oral, por lo que sólo tiene valor de “prueba”, la practicada o introducida en el juicio oral. Las actuaciones realizadas durante la fase de investigación o instrucción formal carecen de valor para probar los hechos en el Juicio (art. 311 Código Procesal Penal)⁷⁴.

En un sistema acusatorio quien afirma algo debe probarlo, no obstante por antonomasia y en atención al principio acusatorio, cuando la Fiscalía decide acusar a una persona como autor responsable de la comisión de un hecho delictivo, debe probar que el hecho existió, que es una conducta delictiva, que la persona a la que acusa es autor de ese delito y que actuó con responsabilidad.

El objetivo de esa acusación es que se declare la culpabilidad de la persona en ese hecho, por tanto la Fiscalía debe ofrecer por lo menos un medio de prueba para establecer cada uno de los hechos que afirma. La acusación no es más que una relación de hechos penalmente relevantes que Fiscalía

⁷⁴ Código Procesal Penal de El Salvador, D. L. N° 733, D.O N° 20, Tomo 382. Art. 311 inc. 2 “Sólo los medios de prueba reconocidos en este Código tendrán valor para probar los hechos en el juicio; las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor”.

afirma que realizó u omitió la persona acusada. La defensa aunque afirme la no responsabilidad de su representando no está obligada a probarla porque la presunción de inocencia no es una afirmación de la Defensa sino del legislador constitucional salvadoreño; pero si la defensa desea hacer una alegación afirmativa, argumentando por ejemplo: que su representando si causó la muerte pero fue en legítima defensa, o que hurto en estado de necesidad: debe probar esa afirmación.

Sin embargo, aunque la defensa acoja una alegación afirmativa no exonera a la Fiscalía de probar la responsabilidad penal del acusado. Por lo tanto corresponde decir que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, esta noción lleva al proceso penal, conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los que se pretende actuar la ley sustantiva⁷⁵.

2.9 Elementos de la prueba.

Como elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva⁷⁶. Existen diferentes caracteres que provienen del concepto del elemento de prueba tales como: *la objetividad, la legalidad, relevancia y pertinencia.*

La objetividad Esta se refiere a que la prueba debe integrarse al proceso, sin el conocimiento anticipado del juez, de tal manera que pueda ser aportada

⁷⁵ CAFFERATA NORES, José I., "*la prueba en el proceso penal*", Ediciones de Palma Buenos Aires 1988, p.3

⁷⁶CAFFERATA NORES, José I., op. Cit. p. 14

por las partes que intervienen en el mismo (fiscalía, querrela y defensa); de esta forma se puede tener una valoración objetiva de la prueba.

El segundo carácter es la legalidad como requisito indispensable para la valoración de la prueba por parte del juez, se tiene la legalidad del elemento probatorio, es decir que éste haya sido recabado o introducido al proceso por medios lícitos⁷⁷.

El tercero es la relevancia se conoce como relevancia o utilidad del elemento de prueba, cuando dicho elemento permita el fundamento de un juicio de probabilidad, en cuanto al hecho y el último carácter es la pertinencia el elemento de prueba debe estar relacionado con la existencia del hecho y la participación delictiva.

La prueba debe de estar ligada íntimamente al hecho que se pretende acreditar o desvirtuar y a circunstancias que aporten al proceso datos relevantes sobre el hecho.

⁷⁷ Código procesal penal **Art. 175.-** Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente inciso, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda. Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona; todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delictuales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior. Los elementos de prueba que no hayan sido incorporados con las formalidades prescritas por este código, podrán ser valorados por el juez como indicios, aplicando las reglas de la sana crítica.

2.10 Órgano de prueba.

Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba. El conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez (como perito, intérprete o traductor) o bien accidentalmente (en caso del testigo o la parte que confiesa) el juez no es órgano de prueba, sino el destinatario de los datos que aquellos traen del proceso⁷⁸. De esta definición concluimos que en el órgano de prueba se aprecian dos momentos: El de percepción, que se da cuando la persona percibe a través de sus sentidos, los hechos que constituyen la prueba. El de aportación, cuando el testigo suministra al juzgador los hechos por él percibidos y aporta datos para la mejor investigación de los delitos.

2.11 Medio de prueba.

La prueba en el proceso penal es la "actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba. El concepto de medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso⁷⁹.

Es decir, son las actuaciones que permiten, la incorporación al proceso de un elemento probatorio y se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la

⁷⁸ CAFFERATA NORES, José I., op. Cit. p.20

⁷⁹ CAFFERATA NORES, José. Op. Cit. Pág. 21

falsedad de los hechos aducidos en el juicio. Sin embargo, es importante poner una diferencia sustancial existente entre los llamados actos de investigación y los medios de prueba. Se trata de dos categorías que, aunque estén, por lo general, causalmente relacionadas, se diferencian por su distinta función procesal, por los sujetos que tienen encomendados su realización, por los requisitos procesales para su validez y por el alcance probatorio de los mismos. Por su función procesal, los resultados de los actos de investigación sirven para decretar o no la instrucción y la apertura del juicio oral, bastando para ello la simple apariencia de culpabilidad, mientras que el resultado de la práctica de los medios de prueba permiten al tribunal sentenciador decidir sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, a partir de un juicio positivo o negativo sobre la certeza de los hechos objeto de imputación, conforme a las reglas de juicio de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*⁸⁰.

En cuanto a los requisitos espaciales, temporales y formales, salvo los supuestos excepcionales de prueba anticipada⁸¹, "*los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y mediante el contradictorio*", tal como se infiere de los artículos 11 Cn y 1 CPP. Por el contrario, las llamadas por el Código "diligencias iniciales de investigación" (título I capítulo II), diligencias iniciales de investigación⁸² son aquellos actos realizados por policía con dirección funcional de la fiscalía con el objeto de recolectar elementos de convicción que permitan sustentar una

⁸⁰CASADO PÉREZ, José María y otros, *Código procesal penal comentado*, consejo nacional de la judicatura, tomo 1, p.552 y ss.

⁸¹BINDER, Alberto M., *introducción al derecho procesal penal*, actualizada y ampliada, 2da. Edición, Buenos Aires, Argentina 1999, p. 217, el cual el autor dice que el anticipo de prueba consiste en la relación jurisdiccional de esa prueba, de un modo tal que también se anticipen las condiciones básicas del juicio, en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales y la presencia del juez.

⁸²SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia definitiva de Habeas Corpus, con referencia No. 211-2002, de fecha cinco de marzo de 2003, p 1.

imputación, a efecto de que la fiscalía pueda promover la acción penal a través del respectivo requerimiento y por su naturaleza y finalidad, esas diligencias iniciales de investigación, para su práctica no requieren la presencia de un defensor ni la notificación al sospechoso de haber cometido el delito.

Por otra parte, con respecto a los *sujetos procesales* encargados de su realización, los actos de prueba los realizan las partes en presencia del juez o tribunal, mientras que los actos de investigación los lleva a cabo normalmente la Fiscalía General de la República (art. 270 y ss.) y la Policía, que actúa a estos efectos bajo su dependencia funcional, aunque también son realizables por el juez de paz o de instrucción (declaración indagatoria, encargo de peritajes, declaraciones de testigos, reproducciones, careos).

En todo caso, ambas instituciones actúan sometidas al control judicial, que se manifiesta en las previas, expresas y motivadas resoluciones judiciales para realizar *actos de investigación que afecten a derechos fundamentales* de la persona: prisión provisional o medidas cautelares sustitutivas; registro de lugares públicos o privados; secuestro de objetos relacionados con el delito, sujetos a comiso y que puedan servir como medios de prueba (art. 283 CPP), salvo casos urgentes; detención provisional del imputado (art. 182 y 329 CPP.); inspecciones corporales de cierta envergadura, etc⁸³.

Por último, los actos de prueba son los únicos que sirven para destruir la presunción de inocencia. Los actos de investigación, por el contrario, carecen por sí mismos de tal efecto, aunque, con el complemento de su reproducción como verdaderos actos de prueba durante el plenario o en los casos

⁸³CASADO PÉREZ, José María y otros, *óp. Cit.*, p.554 y ss.

excepcionales de la prueba anticipada, pueden tener indudablemente un importante valor para configurar la convicción judicial.

2.12 Objeto de la prueba.

El hecho punible con todas sus circunstancias, que constituye el supuesto de hecho de la norma penal de cuya aplicación se trata, conforma el objeto del proceso y el objeto de la prueba, viniendo a ser prácticamente coincidentes ambos conceptos. La prueba, en efecto, señala el art. 177 CPP, ha de referirse "directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio, a la identidad de la responsabilidad. Se debe entender que el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado, sobre lo que debe o puede recaer la prueba, es por ello que en el proceso son los hechos y no las simples afirmaciones, toda vez que aquellos se constituyen en los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado trámite, por lo que corría a cargo de los extremos litigiosos buscar la comprobación de las pretensiones y las excepciones, es decir, la carga de la prueba entendida como "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tiene para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

Existe el objeto de prueba accesorio y secundario son aquellos hechos diversos del hecho punible, pero que guardan conexidad con el mismo a través de los cuales es posible deducir el delito, de esta acepción debe de ser considerada en Abstracto o en Concreto; la primera recae sobre hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos, los que se puede probar en cualquier proceso penal y la segunda sobre la prueba debe versar en la

existencia de un hecho delictivo, se deberá dirigir además a la individualización de los autores del hecho, así como los cómplices o instigadores, los que se deben probar en un proceso determinado⁸⁴.

2.13 Libertad probatoria.

En el Derecho procesal penal salvadoreño se rige el principio de libre disposición de los medios de prueba o libertad probatoria⁸⁵, por lo que pueden utilizarse, incluso, aquellos que no han sido objeto de previsión especial, como sucede, por ejemplo, con las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales, su vigencia se justifica plenamente en cuanto se lo relaciona con la necesidad de alcanzar la verdad real, se extiende tanto al objeto como a los medios de prueba: En relación al objeto de la prueba es posible hacer prueba sobre cualquier hecho o circunstancia interesante para la investigación. Tal interés debe derivar de la relación de lo que se quiere probar con los hechos de la causa. En relación a los medios de prueba La libertad probatoria respecto del medio de prueba significa que: no exige un medio de prueba determinado para probar un objeto específico; la mayoría de las doctrinas sostiene que, además de los medios expresamente regulados por la ley, cabe utilizar otros, en la medida que sean idóneos para contribuir al descubrimiento de la verdad⁸⁶.

La libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues este se concibe como una forma de asegurar

⁸⁴ CAFFERATA NORES, José. Óp. Cit. Pág.22

⁸⁵ Código Procesal Penal **Art. 176.-** Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba establecido en este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares, siempre que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la Constitución y demás leyes.

⁸⁶ CAFFERATA NORES, José. Óp. Cit. Pág.25-27

la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. Pero el principio de libertad probatoria en relación a los medios de prueba, admite algunas excepciones: como por ejemplo la de no admitir medios de prueba que afecten la moral, incompatibles con nuestro sistema procesal, la de acreditar determinado objeto de prueba la ley puede establecer un medio de prueba específico, estado civil de una persona, inimputabilidad por enfermedad mental.

2.14 Principios de la prueba.

La finalidad primordial de todo Proceso Penal, es la realización de la Justicia, su objeto está comprendido en el orden público, en brindar a esta justicia, seguridad, protección, etc. Como consecuencia de ello, tanto el Órgano Jurisdiccional como el Ministerio Público (Fiscalía General de la República) tienen el deber funcional de investigar la verdad real, a la que se puede llegar a través de la prueba, dado que, como se ha manifestado es la columna vertebral de todo Proceso Penal, la cual a su vez se ve regulado por principios que lo inspiran y que rigen el proceso penal, atienden a su contenido material, a la naturaleza de los poderes jurídicos atribuidos a las partes, a la finalidad inmediata del proceso y a la actividad defensiva de las partes”⁸⁷.

Sin embargo, de forma independiente a los principios del proceso penal, se encuentran los principios específicos de la prueba penal los cuales son: a) presunción de inocencia e in dubio pro reo; b) la no obligación de declarar; c) la posibilidad de prueba de oficio, d) el principio de libre valoración, e) principio de contradicción; f) principio de inmediación; g) principio de

⁸⁷ SERRANO, Armando Antonio: *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. 1ª Edición. PNUD, El Salvador, Pág. 313

necesidad de la prueba, h) principio de comunidad de la prueba, es decir son los que permiten al Juez y a las partes procesales, dentro de todo ordenamiento jurídico, visualizar su posición en cuanto a la producción, recepción, y valoración de los elementos probatorios.⁸⁸

a) Presunción de inocencia e in dubio pro reo: por su parte la constitucionalización de la presunción de inocencia, el principio in dubio pro reo ha venido funcionando como regla básica sobre la carga de la prueba, en ese sentido el principio de jurisdiccionalidad, exige que no exista culpa sin juicio, postula la presunción de inocencia del imputado, hasta que su culpabilidad sea establecida según la ley. La presunción de inocencia es, en este sentido, la primera y más importante derivación del principio de jurisdiccionalidad, que se expresa en el mandato constitucional de que nadie pueda ser considerado culpable sin una sentencia obtenida en juicio.

La Constitución⁸⁹ impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se atribuye un hecho delictivo o, lo que es lo mismo, toda persona inculpada ha de ser tratada como inocente hasta que su culpabilidad resulte establecida conforme a la ley. No se afirma que el imputado sea inocente, sino que debe ser tratado como tal mientras no exista una sentencia condenatoria que declare su culpabilidad. Se es inocente o se es culpable por lo que se ha hecho o se ha dejado de hacer en relación con el hecho delictivo que se atribuye al imputado. Por ello, con el principio de inocencia sólo se quiere significar que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no exista una sentencia penal de condena.

⁸⁸Arévalo Hernández, Walter Jeovanny y otros, *la prueba indiciaria en el proceso penal*, tesis de grado, Facultad multidisciplinaria oriental, Universidad de el salvador, San Miguel, El Salvador, 2005 P.50

⁸⁹ Artículo 12 de la constitución dice: Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

Asimismo el principio de in dubio pro reo, la acusación tiene la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión porque si no realiza la prueba y existen dudas razonables sobre alguno de los hechos, el juzgador no puede emitir o pronunciar una sentencia condenatoria en contra del indiciado de un hecho punible; solo la certeza de la autoría o participación en el delito, es meritoria para pronunciarse sobre la culpabilidad de un imputado.

De lo contrario, si se mantiene el estado de inocencia, o existe duda o probabilidad sobre la autoría de los hechos, deberá dictarse Sentencia Absolutoria (*Art.7 C. Pr. Pn*)⁹⁰, b) la no obligación de declarar: surge como una manifestación inherente a la persona de defenderse ante una imputación que lesione su dignidad, al respeto de su propia voluntad de declarar válidamente, y a dar información que considere necesaria, e inclusive a guardar silencio, a no declarar la verdad de los hechos, etc. ya que es una obligación del Estado a encontrar la verdad a través de los órganos de investigación respectivos

De la misma manera deviene del principio de la inviolabilidad de la defensa, por cuanto al no declarar contra sí mismo, el imputado se está parapetando contra las imputaciones realizadas, ello implica que su derecho a guardar silencio sea respetado, ya que si declara esto podría ser erróneamente interpretado y por ende establecer una confesión viciada, por tanto su silencio no produce ningún efecto en el proceso y que durante la sustanciación de éste, el imputado goce del estado jurídico de inocencia.

Este principio encuentra su fundamento jurídico en: Art. 14 No. 3 Lit. G, P. I.

⁹⁰Arévalo Hernández, Óp. cit. P 53

D. C. P (ONU)⁹¹, Art. 8 No. 2 g, C.A.D.H. (OEA)⁹². Todas estas disposiciones dicen unánimemente “toda persona acusada o detenida o que tenga la calidad de imputado en un delito, tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable”.⁹³

c) la posibilidad de prueba de oficio⁹⁴, El objeto del proceso penal lo fijan los acusadores; el juez de instrucción puede ordenar, tras la celebración de la audiencia preliminar, prueba de oficio cuando los estime imprescindible (artículo 362 numeral 10 CPP)⁹⁵, y el tribunal sentenciador acordar Prueba para Mejor Proveer con anterioridad a la discusión final y cierre del debate del juicio oral.

d) el principio de libre valoración, con respecto a las reglas de la sana crítica para el juez o de la íntima convicción para el juicio de jurados. Este sistema de Valoración de la Prueba es el que rige en el Proceso Penal Salvadoreño, opuesto al sistema de la prueba legal o tasada, además este principio está complementado con el derecho a la Presunción de Inocencia. Más adelante se desarrolla el sistema de valoración de la prueba.

⁹¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, aprobado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por El Salvador por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979.

⁹² CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, aprobado 14 septiembre de 1950, ratificado por El Salvador por D.L No. 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

⁹³ MERINO LÓPEZ, Américo Napoleón y Rigel, COLOCHO AYALA, *análisis sobre el respeto a las garantías procesales del imputado en el proceso penal vigente*, tesis de grado, facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1994.

⁹⁴ Código procesal penal **Art. 390.-** El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieran su esclarecimiento.

⁹⁵ Código procesal penal **Art. 362.-** Inmediatamente después de finalizar la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso, 10) Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública, también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible.

e) principio de contradicción, deriva del hecho de que así como no se concibe un proceso sin debate, tampoco se concibe la práctica de la prueba sin la permanencia fiscalización de las partes. La contradicción es, cortante, una exigencia ineludible del derecho de defensa cuyo carácter inviolable viene establecido, respecto del imputado aunque también lo tienen las partes acusadoras. El derecho de defensa, en consecuencia, no se agota con el nombramiento de un defensor por el imputado o de oficio, sino que aquel tiene el derecho a defenderse por sí mismo⁹⁶.

f) principio de inmediación, es indispensable que el Juez sea quien de manera inmediata tenga contacto directo con la prueba, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su recepción. El mismo contribuye a la autenticidad, seriedad, oportunidad, pertinencia y validez de la prueba, de lo contrario, el debate probatorio se convertía en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público, la inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos.⁹⁷

g) principio de necesidad de la prueba, Este principio se enuncia como la necesidad de que todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado sólo mediante pruebas introducidas legalmente al mismo, con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el órgano

⁹⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, art. 14.3 literal d). A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

⁹⁷ SOSA ROMERO, Carlos Nelson y otros, *aplicación de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba en el proceso penal salvadoreño. Zona oriental 2001*, tesis de grado, Facultad multidisciplinaria oriental, universidad de el salvador, San Miguel, El Salvador 2002, p132

jurisdiccional. Esto no impide que sea oficiosamente el mismo juez quien introduzca el elemento probatorio, pero no podría suplirlo por su conocimiento privado.

h) principio de comunidad de la prueba, el término “Comunidad” da la idea de que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, y que su resultado perjudica o favorece indistintamente a cualquiera de ellas sin interesar quien haya sido la ofrecedora del medio.

2.15 Procedimiento probatorio.

Procedimiento Probatorio, hace referencia la sucesión de actos procesales legalmente establecidos para que el juez cumpla su función de decidir el conflicto de intereses entre las partes en que el proceso, en consecuencia el procedimiento probatorio comprende desde el ofrecimiento hasta la valoración de la prueba. La primera fase del procedimiento probatorio es la del ofrecimiento de la prueba⁹⁸, en el sistema acusatorio que las partes no solo introduzcan los hechos objeto del proceso sino que también propongan ejecuten la prueba. Pero siendo esto cierto para cualquier proceso en el proceso penal el principio de aportación cede un tanto a favor del principio inquisitivo o de investigación, porque el tribunal debe tender a descubrir la verdad histórica o material de los hechos y no conformarse con la verdad formal que resulte de las alegaciones de las partes.

De aquí que el juez de instrucción y el tribunal de sentencia estén facultados para rechazar las pruebas propuestas por no ser lícitas, pertinentes o útiles así como para acordar de oficio pruebas no propuestas por las partes. La

⁹⁸ Código procesal penal **Art. 356**, la acusación contendrá, numeral 5) Ofrecimiento de prueba, tanto en el orden penal como en el civil para incorporar en la vista pública.

segunda fase la admisión o rechazo de la prueba, el juez durante la audiencia preliminar admitirá o rechazará la prueba admitida para la audiencia de vista pública (art. 360 CPP), para ello debe realizar las tres siguientes comprobaciones: uno si las pruebas se han propuesto en la forma y momento legalmente establecidos; dos si se han obtenido por un medio lícito y tres si son pertinentes para el descubrimiento de la verdad. Por ello la instrucción tendrá por objeto la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación.

Finalmente la última etapa el juicio plenario, se ha sostenido que un sistema acusatorio o de tendencia acusatorio, la fase central del proceso es la plenaria o de juicio y que por tanto a prueba se practica en él, no obstante existe una excepción a esta regla y es la prueba anticipada (art. 386 y 305 CPP)⁹⁹, el cual solo se refiere a la prueba testimonial, cuando se haya recibido una declaración bajo la modalidad de anticipo probatorio no implica su ofrecimiento directo, sino que siempre debe ofrecerse la prueba testimonial, y acreditar durante la audiencia preliminar como en la vista pública, la existencia de la imposibilidad de la deposición del declarante, por ello la parte que ofreció debe indicar al tribunal en qué momento va a introducirla para su producción y en esa forma pueda valorarse junto con las demás pruebas practicadas en la vista pública.

La práctica de la prueba durante el plenario comienza después de la declaración del imputado, el presidente recibirá la prueba indicando las

⁹⁹ Código procesal penal **Art. 386.-** Después de la declaración del imputado, el juez que preside recibirá la prueba, iniciando con la de los acusadores; las partes determinarán el orden en que se recibirán sus respectivas pruebas. Al proceder a la práctica de las mismas se observarán las reglas previstas para ello en este Código y **Art. 305** inciso 1, En cualquier momento del proceso las partes podrán pedir al juez que reciba una declaración anticipada, cuando exista un obstáculo difícil de superar, que haga presumible que tal declaración no podrá realizarse durante la vista pública.

partes el orden en que se recibirán las pruebas (386 CPP y siguientes), se empezará con la incorporación mediante lectura de la prueba documental, seguidamente con la prueba pericial, identificando al perito; a continuación se dará lectura de las conclusiones de los peritos, luego se practicará la prueba testifical previa identificación y juramentación de los testigos, que serán llamados separadamente comenzando con los que haya ofrecido la fiscalía luego los propuestos por el querellante y concluyendo con los de la defensa aunque el orden puede alterarse.

En materia de extinción de dominio existen dos etapas: en la primera etapa dominada como inicial, que se encuentra a cargo del fiscal, está dirigida a desarrollar las labores de verificación que permitan al Estado identificar que bienes se encuentran dentro de las causales del artículo 6 de la ley de extinción de dominio, para así elaborar la pretensión de Estado que se tendrá que plasmar en la solicitud que da inicio a la siguiente etapa procesal que tiene como objeto plantear incidentes, excepciones y nulidades, verificar la legitimación y el interés de las partes intervinientes en el juicio, resolver sobre la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas y dictar sentencia.

2.16 Sistema de valoración de la prueba.

La valoración judicial¹⁰⁰ permite dar cumplimiento al deber constitucional y legal de fundamentar cualquier decisión judicial que emita, cuyas características son las siguientes: expresa, sin remitirse a elementos de convicción que obran en el proceso o realizar alusión global de la prueba producida, salvo la prueba anticipada y estipulaciones probatorias, clara, es

¹⁰⁰ La valoración probatoria se deberá llevar a cabo una vez que se haya cerrado el conjunto de elementos en juicio; así pues, el objeto será determinar el grado de corroboración que se aporta mediante éstos últimos a cada una de las hipótesis que se hayan planteado en un determinado conflicto.

decir, comprensibles para todas las partes procesales e incluso para terceras personas, completa, debiendo referirse a todos los puntos decisivos de la resolución.

De lo contrario puede anularse por ser incompleta su fundamentación, legal y legítima, como se ha sostenido las bases probatorias de la decisión a emitir deben ser válidas, sin omitir pruebas esenciales, y las mismas obtenidas y producidas conforme a las normas constitucionales y legales. Debe valorar la legalidad, pertinencia y utilidad o conducencia de la prueba practicada¹⁰¹.

Concordante, lo que conlleva a que la prueba correspondiente al hecho acreditado, por lo que debe tenerse claridad de estos hechos acusados o los hechos ampliados en juicio, pues la calificación jurídica del mismo es función judicial, no contradictoria en sus argumentaciones o acreditaciones de hechos, en consonancia al principio de No contradicción, lógica, por tanto no violatoria de las reglas de la sana crítica. Es decir no puede basar la decisión en subjetividades sino en las reglas de la lógica, la experiencia, el sentido común. Las conclusiones a la que arribe el tribunal debe ser fruto de un razonamiento ponderado de cada prueba practicada e introducida en el juicio oral y del conjunto de las mismas, que sean razón suficiente para llegar solo a una conclusión.

Algunas reglas de valoración de la prueba testimonial el Tribunal deberá tener en cuenta: principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria; la naturaleza del objeto percibido; el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción; las circunstancias del lugar,

¹⁰¹Elaborado por Checchi And Company Consulting Proyecto de El Salvador, bajo contrato Institucional con USAID N° DFD-I-02-04-00170-00, *tratado de derecho probatorio penal salvadoreño*, P 112 y ss.

tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Para la valoración de la prueba pericial el tribunal debe considerar lo siguiente¹⁰²: la idoneidad técnico científica y ética del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, el comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados, la consistencia del conjunto de respuestas o conclusiones. Para la valoración de la prueba documental el tribunal debe tener en cuenta: que no haya sido alterado ni en su forma ni en su contenido, que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido y que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre.

Sobre la base de las consideraciones anteriores los tres sistemas principales de valoración de la prueba son: la prueba legal donde la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancias, este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, el de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas¹⁰³.

El juez es libre de convencerse según su íntimo parecer de existencia o inexistencia de los hechos, valorando aquellas según su leal saber y entender, este sistema es propio de los jurados y el de la libre convicción o sana crítica racional; las reglas de la sana crítica son ante todo "las reglas del

¹⁰²CAFFERATA NORES, José. Op. Cit. Pág. 40

¹⁰³CAFFERATA NORES, José. Op. Cit. Pág. 40

correcto entendimiento humano, en ellas se interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez, unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos o de confesión) con arreglo a la sana crítica y a un conocimiento experimental de las cosas. Ello exige que se exprese en la sentencia la relación entre el hecho a probar y el medio de prueba que conforma la convicción judicial, con el fin de comprobar la razonabilidad de la decisión. Por lo demás, el tribunal es soberano en la valoración de la prueba, no estando sujeto más que a los imperativos del razonamiento lógico, de la rectitud, de la imparcialidad y de la fundamentación o motivación. El legislador en el procedimiento de extinción de dominio hace alusión a que la sentencia se dictará de acuerdo con lo alegado y probado, mientras que en el procedimiento penal se exige además para efectos de la sentencia condenatoria, la exigencia de pruebas que conduzcan a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Lo cual se considera plausible, de acuerdo con la naturaleza de la acción de extinción de dominio, sin que ello signifique que el Juez no está obligado a llegar a la convicción plena de certidumbre para plasmar, en la sentencia declarativa, la extinción de dominio o de abstenerse de hacerlo sobre los bienes comprometidos. *Es por ello que el Estado debe llegar a una inferencia razonable sobre el origen ilegal de los bienes y que el eventual afectado debe proceder a ejercer su derecho de defensa mediante la oposición acompañada de los documentos que desee hacer valer para demostrar el origen lícito de sus bienes, además, que las garantías del proceso penal no son extensivas al trámite de extinción de dominio.*¹⁰⁴

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia con referencia T-590/09.

CAPITULO III

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR

Sumario: 3.1 Aspectos procesales de la extinción de dominio, 3.2 Extinción de dominio, concepto, 3.3 Naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio, 3.4 Características de la acción de extinción de dominio, 3.5 El objeto del proceso de extinción de dominio, 3.6 Delitos por los que procede la acción de extinción de dominio, 3.7 Presupuestos que procede la acción de extinción de dominio, 3.8 Principios rectores del proceso de extinción de dominio, 3.9 Garantías procesales, 3.10 Competencia e inicio de la acción de extinción de dominio, 3.11. Etapas del proceso de extinción de dominio, 3.11.1 Etapa inicial o de investigación, 3.11.2 Etapa procesal, 3.11.3 Audiencia preparatoria, 3.11.4 Audiencia de sentencia, 3.12 Diferencia entre la acción penal y la acción de extinción de dominio, 3.13 Constitucionalidad de la ley de extinción de dominio, 3.14 Regulación internacional, 3.14.1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; 3.14.2 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; 3.14.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

3.1 Aspectos procesales de la extinción de dominio.

Antes de abordar el procedimiento probatorio de la ley de extinción de dominio es necesario, en primer lugar adecuar las categorías generales del derecho procesal, y una vez aboradas dichos aspectos generales tales como concepto de extinción de dominio, naturaleza, características, las partes procesales, el objeto del proceso etc., se desarrollara las etapas del proceso de la ley de extinción de dominio, en donde se desarrolla el procedimiento

probatorio desde el ofrecimiento de la prueba hasta la valoración de la misma.

Ahora bien, la extinción de dominio, como una figura jurídica novedosa incluida por el legislador en la Ley de Extinción de Dominio, es una herramienta jurídica, autónoma e independiente de cualquier otro proceso, dirigida a afectar patrimonialmente a la delincuencia en cualquiera de sus modalidades, por el incumplimiento de los deberes que les impone el ordenamiento jurídico tanto en la adquisición del bien como en su destinación, por ello es oportuno establecer una definición de extinción de dominio.

3.2 Extinción de dominio. Concepto.

La incorporación de la extinción de dominio como una institución jurídico dirigida contra los bienes de origen o destinación ilícita, como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas en nuestro país. Por y una respuesta eficaz contra el crimen organizado¹⁰⁵, ya que integran la riqueza derivada de la actividad criminal, el punto de partida del ejercicio fue el derecho a la propiedad que toda persona tiene y del cual nadie puede ser privado arbitrariamente, en esa medida, la extinción de dominio reafirma la aplicación y reconocimiento de ese derecho, en el entendido que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal. La extinción de dominio¹⁰⁶ se declara mediante sentencia

¹⁰⁵Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)ley modelo sobre extinción de dominio; Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe – LAPLAC; Bogotá, D.C. 2011

¹⁰⁶ Corte constitucional de Colombia, sentencia con referencia C-459/11, pág. 2, establece una definición de extinción de dominio la cual dice: *La extinción del dominio ha sido definida*

judicial cuando se acredita, que los bienes proceden directa o indirectamente de una actividad ilícita.

Esta modalidad es de carácter real, es decir, se dirige contra los bienes y no es de naturaleza penal, es decir, no va contra las personas sino contra los bienes, se aplica entonces sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividades delictivas.

También procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el mismo ha generado efectos o ganancias, sobre las que se mantienen ocultos, o han sido transferidos a terceros. Por tanto, el concepto de extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas consistente en: la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular¹⁰⁷.

En la legislación interna existen figuras jurídicas que permiten la obtención del dominio de los bienes adquiridos ilícitamente, figuras tales como el comiso o pérdida de los bienes a favor del Estado, las cuales se encuentra

por esta Corporación como una institución autónoma, constitucional, de carácter patrimonial, que permite al Estado mediante un proceso judicial que no es de carácter penal, rodeado de todas las garantías procesales, desvirtuar el derecho de propiedad de quien dice ostentarlo, debido a que nunca lo ha adquirido en razón del origen ilegítimo y espurio de su adquisición. La extinción implica que los bienes objeto de la misma pasen a ser propiedad del Estado, quien en virtud de la decisión judicial, no debe pagar indemnización o retribución alguna por el bien que recibe. Es una restricción legítima de la propiedad.

¹⁰⁷ Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destino ilícita(LEDAB), d. O. N° 223; tomo n° 401; del 28 de noviembre de 2013 art. 8: La acción de extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a que se refiere la presente ley, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.

inmersa en el Código Penal y Procesal Penal, así como también en leyes especiales. Es necesario tener como punto de partida la regulación que hace el legislador en el Código Penal y Procesal Penal.

El Código Penal distingue entre el comiso de las ganancias del delito y el de los instrumentos destinados a su ejecución, es decir, lo primero responde a la situación patrimonial anterior a la comisión del delito y lo segundo hace alusión a una medida de seguridad que tiende a evitar la reutilización de estos bienes para la ejecución de un nuevo hecho ilícito. En el título VII del Código Penal, se establecen las consecuencias asesorías como lo son la pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho en el artículo 126¹⁰⁸ y el comiso en el artículo 127¹⁰⁹.

Al hacer referencia a la pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho ilícito se declara *imperativamente* la *pérdida de todo aquello que el delincuente obtiene de forma inmediata o mediata como consecuencia de la actividad delictiva*. Quedan comprendidos cualesquiera bienes o derechos a

¹⁰⁸ **Artículo 126** de la pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho .Sin perjuicio de las devoluciones y reparaciones debidas por los daños y perjuicios derivados del hecho, el juez o tribunal ordenará la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas por el condenado con motivo del hecho, en favor del Estado. Esta pérdida comprenderá los valores, derechos y cosas obtenidos por cualquier título, con motivo o como resultado del hecho, por el condenado o por otra persona, natural o jurídica, para la cual hubiese actuado el condenado. También sufrirán la pérdida de los valores, derechos o cosas, los terceros que los hubiesen adquirido incluso a título gratuito, a sabiendas que los mismos proceden de una actividad delictiva, con el propósito de encubrir el origen ilícito de dichos valores, derechos o cosas o de ayudar a quien esté implicado en dicha actividad.

¹⁰⁹ **Artículo 127** Comiso. Sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos. El comiso sólo procederá cuando los objetivos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado.

los que el sujeto condenado ha accedido en ocasión del delito que comete, bien en el curso de la acción delictiva misma, bien después a raíz de su comisión, encuadrándose en este último supuesto el beneficio económico o patrimonial derivado de la comisión del delito. Dichas ganancias deben ser prioritariamente destinadas a la satisfacción de la responsabilidad civil pendiente y sólo pasar al Estado el resto¹¹⁰.

En cuanto al comiso este consiste en “apoderarse de instrumentos y efectos que han servido en la comisión del delito, para hacer la respectiva devolución a su dueño o para efectuar el pago de costas, cuando sean legítimos en caso de ser ilícitos se destruirán; el mismo procedimiento se realiza en mercaderías de contrabando, ya que no se encuentran en situación legal o por estado de descomposición...”¹¹¹. De conformidad con la legislación salvadoreña el comiso es una pena accesoria, ya que el presupuesto es la imposición de una pena, por lo que si ésta no llega a imponerse no procedería el comiso. Por lo que, la naturaleza jurídica del comiso es una pena accesoria, tal como lo establece el artículo 127 del código penal “*el comiso sólo procederá cuando los objetivos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros.*”

En este orden de ideas, el comiso penal debe diferenciarse de la extinción de dominio debido a que el primero se da en consecuencia de la comisión de un acto delictivo y una sanción punitiva recae contra el presunto culpable, luego de tramitado el proceso penal, es decir procede de una sentencia

¹¹⁰ CARRASCO MORENO, Francisco y Luis RUEDA, Código penal comentado, Tomo I artículo 1 al 164, Consejo Nacional de la Judicatura, imprenta nacional de El Salvador 2004, pag. 510.

¹¹¹ GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. Año 1993.

condenatoria, y solo pueden decomisar bienes del condenado, no procede si el bien pertenece a un tercero ajeno a la comisión del delito, es una consecuencia accesoria de la comisión de un delito, si no se establece responsabilidad no puede aplicarse; mientras que el segundo es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas perdida a favor del estado, procede aun cuando no exista pena, si el bien tiene origen ilícito o ha sido destinado a una actividad ilícita, no importa a quien pertenezca, procede se establezca o no responsabilidad penal.

Por lo tanto, la figura de extinción de dominio como función social debe tomarse en cuenta el interés económico que conlleva para el Estado, es decir, se aplicará la figura del comiso cuando el bien ilícito no es de interés social para el Estado, por ello es necesario desarrollar la naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio.

3.3 Naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio.

La naturaleza jurídica del procedimiento de extinción de dominio, como sucede con cualquier institución procesal, se pretende analizar los aspectos que caracterizan esta institución, en la doctrina sea expuesto diversas teorías para determinar la estructura, funcionalidad y categoría jurídica a la que pertenece un proceso, es la misma ley la que de manera expresa destaca la naturaleza de este procedimiento al calificarla de autónoma¹¹², independiente, jurisdiccional y real.¹¹³ En primer lugar es autónoma¹¹⁴ con

¹¹² LEDAB óp. Cit. Art 3 “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de interés social”. Y es de Orden público porque va orientado al conjunto de principios e instituciones para la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico.

¹¹³LEDAB óp. Cit. Art. 9.- La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita.

respecto a otros sistemas normativos procesales aplicables en el ordenamiento jurídico salvadoreño, que dada la naturaleza conduce a la persecución de bienes utilizados como instrumentos o que provienen del delito no concibe una persecución a la persona, como en el caso de la acción penal; o, que por tratarse de una *acción real* en la persecución del bien como tal, independientemente de quién detente u ostente el aparente derecho de propiedad, en la acción civil o, que por no cumplir el titular propietario la función que le designa la Constitución y la ley para el uso o explotación de su bien, revierte el mismo a favor del Estado mediante las acciones administrativas.

Sin embargo, su autonomía es relativa la ley regula cláusulas de remisión al código procesal penal¹¹⁵ y el código procesal civil y mercantil¹¹⁶. Así, en el procedimiento especial de extinción de dominio a pesar de ejercerse la acción real en la persecución de bienes, ello no implica que no se involucren personas para reclamar derechos sobre estos. A éstos últimos se les denomina afectados, mas no imputados como en el proceso penal. Por su parte, la acción de extinción de dominio como ejercicio de un derecho ante el Estado para reclamar algo frente a un particular o frente al Estado mismo, independientemente de quién ejerza ese derecho, se corresponde con el

¹¹⁴ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-740-03 “...*Es una acción autónoma e independiente 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.*”

¹¹⁵ **Exclusión de la Prueba Ilícita** Art. 38.- El tribunal especializado excluirá la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, sin perjuicio de aplicar los casos de excepción a la regla de exclusión probatoria previstos en el Código Procesal Penal.

¹¹⁶ **Normas Supletorias** Art. 101.- En lo no previsto en la presente Ley, serán aplicables las normas y procedimientos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

ejercicio de la pretensión del Estado, es decir, el sujeto activo de la acción vendría a identificarse con el Estado, puesto que se constituye en accionante y demandante de esa pretensión.

Sin embargo, en la ley de extinción de dominio vigente se tiene que el Estado, a través del órgano jurisdiccional¹¹⁷ tiene la función de ejercitar la acción en interés público sobre bienes concretos e identificados, como también lo hace frente a la acción penal pero contra personas concretas e identificadas o individualizadas, puesto que existe un órgano, la Fiscalía General de la República, que investiga y promueve la pretensión del Estado y, otro órgano, el Juez, que decide imparcialmente en la sentencia sobre la declaratoria de esa pretensión conforme a lo alegado y probado.

Por otra parte, el Estado no obra unilateralmente en el ejercicio de esta acción pública, necesita ejercerla contra alguien, ese alguien puede ser determinado y/o indeterminado, independientemente de quién ostente haber adquirido o tenga el derecho real principal o accesorio, contra quién se pide que la providencia salga en determinado sentido. De este modo, el sujeto pasivo de la pretensión del Estado, en el lenguaje de la ley de extinción de dominio, se denomina afectado en su calidad de propietario del bien, cuyo derecho de propiedad, en principio, se encuentra en discusión por su probable ilicitud. Esta calidad de afectado surge en la fase preliminar o inicial del proceso hasta que se profiere la resolución de inicio del trámite. A partir de ahí, se determina la identificación de ese afectado, pasando a

¹¹⁷ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-740-03 *El juez de control de garantías es una institución que hace parte de la estructura básica de acusación y juzgamiento y tiene aplicación en los procesos penales como ámbitos de ejercicio del poder punitivo del Estado. Su función es muy importante, pues está encargado de velar por el respeto de las garantías constitucionales y legales que les asisten a los destinatarios de la acción penal y de controlar los abusos en que pueda incurrir la Fiscalía General de la Nación en su ejercicio.*

denominarse interviniente de carácter necesario para la integración del contradictorio en el proceso.

A su vez, la ley de extinción de dominio se refiere *al tercero de buena fe exento de culpa* como sujeto pasivo de la pretensión de Estado, la cual se concibe como *“aquella persona que como afectado e interviniente en el proceso, aparece en este porque reclama derechos reales principales y accesorios sobre el bien, pero se considera ajeno a la actividad ilícita que se debate como fuente ilícita del bien comprometido, es decir, es una de las hipótesis en que así se haya declarado penalmente responsable el origen del bien, en el acto de la transferencia, no es posible afectar el derecho de propiedad, porque en el acto del traspaso se cumplieron los requisitos de la buena fe exenta de culpa”*¹¹⁸.

Ese tercero de buena fe, para que se le reconozca su derecho, requiere que su conducta esté enmarcada dentro de la buena fe exenta de culpa, *“o buena fe creadora de derechos, que constituye una buena fe calificada, por cuanto exige no solo una conciencia recta y un comportamiento diligente sino, además, requiere que, quien invoca, haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario,(...) es menester que esa creencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente (...) además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a*

¹¹⁸OSPINO GUTIÉRREZ, Julio. *La acción de extinción de dominio*, Bogotá, Nueva jurídica, 1ª ed., 2008. afirma: *“tercero para efectos del procedimiento especial de extinción de dominio, es la persona titular de derechos principales o accesorios que eventualmente, vale decir, en forma circunstancial puede verse involucrado a través de sus bienes o derechos, en un trámite de extinción de dominio; es la persona que en principio nada tiene que ver con la situación planteada o debatida como causal de extinción de dominio; pero que iteramos de alguna forma puede resultar afectada.”*

*esa realidad*¹¹⁹.

En términos generales, se puede afirmar que afectado o interviniente del proceso de extinción de dominio es quien ostente interés en el derecho real principal o accesorio comprometido, sobre quien recae el juicio objetivo y subjetivo de su conducta en los actos de adquisición y/o destinación ilícita del bien perseguido.

La acción extintiva del dominio¹²⁰, así como del proceso penal porque no es una sanción que se impone por la comisión de una conducta punible, también es independiente respecto del derecho civil porque procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado y además porque no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado, reafirmando la motivación en el legítimo interés público.

Por lo tanto, el carácter autónomo e independiente de la acción de extinción de dominio significa, en síntesis, que 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. Además, la ley ha establecido que el margen de aplicación de la extinción de dominio es más amplio que el

¹¹⁹SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Tomo I, 2ª ed., 2006, p. 250, donde cita la sentencia de la CSJ Civil, 20 May. 1936, en *jurisprudencia y Doctrina* Tomo V no. 49 pp. 43 y ss.

¹²⁰Si se entiende en sentido estricto el término *sui generis* como “fuera de género” o “único en su género”, podemos decir que dicha figura no está fuera de su género ni constituye un género único. Es precisamente la extinción de derechos patrimoniales pecuniarios el género teniendo diversas especies, sean actuales o históricas, como la confiscación, la expropiación, el decomiso, la requisición, la adjudicación y ahora la figura de extinción de dominio que abona una nueva especie, por tal razón entra en duda que la figura este fuera de su género.

marco del *ius puniendi* del Estado en materia de narcotráfico y corrupción¹²¹.

3.4 Características de la acción de extinción de dominio.

Una vez establecida la naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio, es conveniente analizar las características que identifican la acción de extinción de dominio que son las siguientes: es de carácter autónoma, ya que no depende de otra área del derecho¹²²; 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.

Asimismo es imprescriptible, ya que el origen de los bienes no puede sanearse con el transcurso del tiempo y menos aun 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, es una

¹²¹ El considerando V de la ley especial de extinción de dominio establece que es vital establecer una herramienta jurídica, autónoma e independiente de cualquier otro proceso, dirigida a afectar patrimonialmente a la delincuencia en cualquiera de sus modalidades, por medio de la extinción del dominio sobre los bienes ilícitamente obtenidos o destinados a actividades ilícitas, teniendo además la posibilidad de declarar la titularidad sobre dichos bienes a favor del Estado, sin condena penal previa, ni contraprestación alguna.

¹²² LEDAB óp. Cit.. **Autonomía de la acción** Art. 10.- La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso.

consecuencia patrimonial; y no posee compensación ni contraprestación económica: se debe aclarar que no es ni una expropiación ni una confiscación, como lo establece la Constitución.

Ya que la confiscación es un acto jurídico que implica la cesación del derecho adquirido en forma lícita sin ninguna compensación, por lo que se prohíbe constitucionalmente y la expropiación constituye un negocio jurídico impuesto por el Estado por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, que tiene por objeto la transferencia de dominio de bienes adquiridos en forma lícita, siguiendo un procedimiento específico determinado en la ley de la materia y previo pago de indemnización.

Otra característica es que procede por bienes equivalentes¹²³, 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.

Por otra parte, los bienes por equivalencia se encuentra fundada en el hecho de que, quien adquiere bienes producto de una actividad ilícita, siempre intentará darles apariencia de lícita, es decir que puede realizar ciertos actos para que los bienes puedan ser ubicados lícitos como por ejemplo: a) Transferirlos a terceros, para adquirir posteriormente con ese dinero otros bienes de procedencia lícita; b) Puede guardar y ocultar el dinero producto

¹²³**Bienes por valor equivalente:** Son aquellos de procedencia lícita y valor similar, cuya extinción de dominio se declara en sustitución de bienes de procedencia o destinación ilícita que hayan sido enajenados, destruidos, ocultados, desaparecidos, alzados o que por cualquier razón resulte imposible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material a efectos de dictar sentencia siempre y cuando pertenezcan al mismo titular.

de la actividad ilícita para pasado el tiempo, utilizarlo en la compra de bienes lícitos.

Es retrospectiva (no es retroactiva ni irretroactiva): Ello significa que regula situaciones ocurridas aun antes de su vigencia, precisamente por no haberse consolidado el derecho de dominio, dado el carácter ilícito de los bienes. En efecto la Constitución regula en su artículo 21 que las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público. Sabemos que el principio de irretroactividad va orientado a respetar derechos adquiridos y consolidados, pero en este caso no opera dicho postulado, porque lo que proviene de un delito no puede llegar a legitimarse.

3.5 El objeto del proceso de extinción de dominio.

El objeto del proceso de extinción de dominio¹²⁴ no es el mismo objeto del proceso penal¹²⁵, ya que el primero pretende declarar, mediante sentencia judicial, la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, es decir, el proceso está encaminado a determinar la existencia de uno de los supuestos contenidos en la ley de extinción de dominio, a través de la identificación y ubicación de bienes, la relación o nexo entre uno de los presupuestos determinados en la ley, los bienes y la actividad ilícita, en cambio el segundo se refiere al enjuiciamiento de una supuesta acción u omisión aparentemente delictiva para determinar, en su caso, con carácter de certeza delictiva y la

¹²⁴ Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo en coordinación con el Departamento de Seguridad de la Embajada de los Estados Unidos, *Ley de Extinción de Dominio*, a cargo de la doctora Sara Magnolia Salazar Landinez y Victoria Convington, 2014.

¹²⁵ ARÉVALO CLEMENTE, Manuel de Jesús, Núñez Rivas Carlos y Lara Fernández Benito Antonio, *incidencias del procedimiento abreviado en la garantía del juicio previo, contemplada en la constitución*, universidad de el salvador facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, octubre de 1999.

responsabilidad criminal declarando la culpabilidad o inocencia del mismo, es decir, que el proceso penal procede en contra del sujeto que realizó la acción delictiva y el de extinción de dominio procede en contra los bienes¹²⁶.

Entre las finalidades especiales del proceso están: evitar la continuidad de las actividades ilícitas; evitar el enriquecimiento ilícito o indebido; evita que el delincuente y el crimen organizado tengan ventajas sobre las personas que respetan la ley e invierten lícitamente sus recursos y asumen riesgos en sus inversiones; evita la competencia desleal contra personas legalmente constituidas; evita la Corrupción y riesgos de ser un paraíso fiscal como país, dañando el desarrollo. Asimismo la función del proceso de extinción de dominio, el Estado debe cumplir una doble misión: La prevención general: disuadir a los ciudadanos de adquirir bienes a través de actividades ilícitas porque ellos jamás gozaran de la protección del estado, y; la prevención especial: pérdida de todos los bienes adquiridos de manera ilícita.

Por ende, el objeto del proceso de extinción de dominio pretende declarar, mediante sentencia judicial, la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado con el fin de mantener la armonía del orden económico y social, el cual se vería afectado por la ilegitimidad en la adquisición o destinación ilícita de los bienes, por lo tanto es necesario establecer contra que delitos procede la acción de extinción de dominio.

¹²⁶Es evidente entonces que, el fin principal del proceso de extinción de dominio es mantener la armonía del orden económico y social, el cual se vería afectado por la ilegitimidad en la adquisición o destinación ilícita de los bienes, así como de garantizar la libertad legítima de adquirir y usar los bienes por parte de sus titulares propietarios, pero solo dentro de los límites establecidos por el derecho y los fines sociales determinados por el Estado, el cual en el evento de que los individuos traspasen esos límites, está obligado mediante el proceso a respetarles sus derechos como afectados e intervinientes en el.

3.6 Delitos por los que procede la acción de extinción de dominio.

Es necesario tener en cuenta que la ley se aplica sobre bienes que provengan o se destinen en actividades que estén relacionadas o conexas a la delincuencia organizada¹²⁷, como lo es:

Lavado de dinero y activos que son los fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito¹²⁸.

El crimen organizado donde la delincuencia se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas con el propósito de cometer uno o más delitos¹²⁹.

Las maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y asociaciones de naturaleza similar recaen sobre los bienes muebles e inmuebles, valores, dinero en efectivo, derechos, ganancias y ventajas que forman parte de la actividad delictiva¹³⁰.

¹²⁷ LEDAB óp. Cit. 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 todas aquellas actividades ilícitas que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva, o a través de grupos delictivos organizados o estructurados. También se aplicará a todos aquellos bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.

¹²⁸ LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS D.L. N° 498, del 2 de diciembre de 1998, publicado en el D.O. N° 240, Tomo 341, del 23 de diciembre de 1998.

¹²⁹ LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA D. L. N° 190, San Salvador, a los veinte días del mes de diciembre del año 2006.

¹³⁰ LEY DE PROSCRIPCIÓN DE MARAS, PANDILLAS, AGRUPACIONES, ASOCIACIONES Y ORGANIZACIONES DE NATURALEZA CRIMINAL, Art. 4 inc. 1, 2 y 3 .- Los bienes muebles e inmuebles, valores, dinero en efectivo, derechos, ganancias y ventajas que, como

Actos de terrorismo 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 mismo¹³¹.

Tráfico de armas, consiste en la introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales de uso exclusivo del Ejército. El Tráfico y trata de personas, que forma parte de una organización con ánimo de lucro es decir que recae sobre el patrimonio que se obtiene de esa actividad.

Delitos relacionados con drogas, recae sobre los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos que se utilicen así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones¹³².

Delitos informáticos de la corrupción, son actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas

parte de la actividad delictiva, propósitos, funcionamiento o necesidades de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones ilegales, hayan adquirido las personas promotoras, creadoras, organizadoras, dirigentes, miembros, colaboradores, financistas o beneficiarias estarán sujetos a la extinción de la titularidad, dominio, posesión o tenencia por medio de los procedimientos y procesos civiles, administrativos y penales correspondientes. Estos bienes, derechos y valores se entregarán y traspasarán a favor del Estado como se indica en el inciso cuarto del presente artículo. De la misma forma se procederá con aquellos bienes, derechos y valores que no tuviesen titular reconocido o sobre los cuales no hubiese reclamo y se encontrasen en cualquiera de los siguientes supuestos: a) estén relacionados con el delito, b) hayan sido decomisados, c) se encuentren en los lugares donde se haya realizado actividad ilícita, cometido delito o ejecutado procedimiento administrativo o judicial relacionado con tal actividad o delito. Dentro de los procesos correspondientes, los tribunales ordenarán el secuestro o embargo de los bienes, valores y derechos mencionados.

¹³¹LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO, Art. 35 El tribunal competente, por resolución fundada, ordenará el decomiso de los fondos y activos utilizados o que se haya tenido la intención de utilizar para cometer cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley; asimismo, ordenará el decomiso de los bienes que sean objeto del delito o el producto o los efectos del mismo. En la resolución que ordena el decomiso se designarán los bienes de que se trate, con todos los detalles necesarios, para poder identificarlos y localizarlos.

¹³²LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS, D.L N°: 153, del 02 de octubre de 2003; D. Oficial: 208; Tomo: 361; de fecha 07 de noviembre de 2003.

informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos.

Delitos relativos a la hacienda pública como lo son: evasión de impuestos, apropiación indebida de retenciones o percepciones tributarias; reintegros, devoluciones, compensaciones o acreditamientos indebidos; la falsificación en la impresión, emisión, entrega u otorgamiento de documentos que soportan operaciones tributarias, así como la tenencia o la circulación de los mismos, y todas aquellas actividades ilícitas que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizados de manera individual o colectiva, o a través de grupos delictivos. También se aplica a aquellos bienes en el que no esté justificado como fue que se incrementó un patrimonio¹³³.

En consecuencia la ley está dirigida a afectar patrimonialmente a la delincuencia en cualquiera de sus modalidades, a través de la extinción de dominio sobre los bienes ilícitamente obtenidos o destinados a actividades ilícitas, en tal sentido es indispensable establecer cuando procede la acción de extinción de dominio.

3.7 Presupuestos que procede la acción de extinción de dominio.

Los presupuestos de extinción de dominio¹³⁴ deben ser entendidos como circunstancias ilícitas que recaen sobre los bienes (no sobre sus titulares), que conllevan una consecuencia jurídica, estas circunstancias ilícitas hacen relación al origen y destinación ilícita del bien. El primer de los

¹³³El aumento cuantitativo en el valor del patrimonio de un contribuyente individual o colectivo (ya sea por aumento de sus activos o disminución de sus pasivos) sin que el contribuyente pueda acreditar fehacientemente su causa, o la fuente que lo originó.

¹³⁴ LEDAB art. 6: Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio.

presupuestos¹³⁵ hace alusión a los bienes que sean producto directo o indirecto de las actividades ilícitas que se realizan fuera y dentro del país; un ejemplo es cuando una persona se ha dedicado al narcotráfico y con las ganancias de ese dinero ha comprado una casa de medio millón de dólares, carros, casa en la playa. No importa si está a su nombre o el de su hijo, el bien le será extinguido a favor del Estado, sin ninguna compensación, es decir que no requiere que el propietario haya participado en la actividad ilícita, solo se investiga el origen del bien¹³⁶.

El segundo supuesto¹³⁷ trata de cuando un bien proviene directa o indirectamente de la transformación o conversión total o parcial de la actividad ilícita, un ejemplo de bienes que hayan sido transformados en el caso del caballo del narcotraficante que adquiere a cambio de unas obras de arte producto de un lavado de activos, o el apartamento que adquiere el secuestrador al permutar la finca donde escondió al secuestrado.

El tercer supuesto¹³⁸ cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado y permita considerar que provienen de actividades ilícitas, un ejemplo: La empleada doméstica de un diputado, que tenga a su nombre tres apartamentos de la Costa del Sol, valorados cada uno en \$200, 000, este supuesto va encaminado al incremento

¹³⁵LEDAB Óp. cit. artículo 6.-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;

¹³⁶**Transmisión por causa de muerte** Art. 7.- Los bienes a los que se refiere el artículo anterior, no se legitiman por causa de muerte. En consecuencia, la extinción de dominio procede sobre éstos.

¹³⁷LEDAB Óp. cit. artículo 6.-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;

¹³⁸LEDAB Óp. cit. artículo 6.- 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.

patrimonial que no tiene justificación y no puede demostrar el origen lícito de los bienes.

El cuarto presupuesto¹³⁹ trata cuando los bienes proceden de actos lícitos pero han sido utilizados en actividades ilícitas o han sido mezclados con bienes de origen ilícito; es decir que está dirigido a evitar los mecanismos de evasión de la acción de extinción de dominio cuando se confunda patrimonio lícito con ilícito, por ejemplo una persona compra un terreno con bienes lícitos y luego con dinero producto del narcotráfico construye la casa con piscina, por ello es un supuesto de destino.

El quinto presupuesto cuando los bienes son abandonados¹⁴⁰ o no reclamados y hay información que dicho bien guarda relación directa o indirecta de actividad ilícita, es decir, bienes abandonados o que no son reclamados y que tengan relación con una actividad ilícita, por ejemplo, la policía encuentra abandonada una avioneta y tres vehículos y a las mismas se le ha practicado análisis de iones y presenta residuos de droga.

El sexto presupuesto¹⁴¹ se refiere a cuando los bienes de origen lícito y cuyo valor sea equivalente a los bienes que se encuentran considerados dentro de los presupuestos anteriores y no haya sido posible su localización, incautación o aplicación de cualquier otra medida cautelar, es de aclarar que

¹³⁹ LEDAB Óp. cit. artículo 6.- 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;

¹⁴⁰ LEDAB óp. Cit. Art. 43 inc. 1° En el caso de los bienes abandonados, siempre que se cumplan los presupuestos señalados en la causal e) del artículo 6, el fiscal del caso pondrá a la orden del tribunal especializado dichos bienes, independientemente de su valor económico, debidamente identificados, así como la descripción de todas las circunstancias del hallazgo o descubrimiento de los mismos.

¹⁴¹ LEDAB Óp. cit. artículo 6.-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;

este presupuesto es uno de los pocos casos que si requiere sentencia condenatoria previa, ejemplo una persona ha sido declarada culpable en un caso de estafa millonaria (FISENPRO E INSEPRO) pero el dinero ya no está, entonces se procede a buscarle bienes de origen licito y todos los bienes que tengan, se hará un análisis y los que sean equivalentes a la cantidad que estafó, se le extinguirán.

El séptimo presupuesto¹⁴² habla que cuando los bienes de origen lícito pertenecientes a la persona contra quien se ejerza la acción de extinción de dominio y cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes antes descritos se acredite sobre éstos el derecho de un tercero de buena fe exenta de culpa, también es de aclarar que igual al anterior presupuesto requiere de una sentencia condenatoria previa, el ejemplo sería similar al anterior, con la diferencia que la casa a nombra del afectado y un familiar que no ha tenido nada que ver en el hecho delictivo.

El octavo presupuesto¹⁴³ cuando los bienes o recursos de que se trate sean enajenados o permutados con otros que tengan su origen directo o indirectamente en actividades ilícitas, por ejemplo Elmer Isaac Magaña se dedica a extorsionar en gran escala con el producto de ese dinero compra una camioneta del año de lujo; pero luego hace una permuta con un carro usado “porsche” de un amigo que él compro de forma licita.

¹⁴²LEDAB Óp. cit. artículo 6.-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;

¹⁴³LEDAB Óp. cit. artículo 6.-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;

El último presupuesto¹⁴⁴ cuando los bienes investigados hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación, por ejemplo: un fiscal está investigando a una persona por el delito de tráfico ilícito, y la persona tiene un tráiler, el cual se ha decomisado, pero el fiscal no investiga cómo compró ese tráiler y el otro ejemplo sería, que al juez se le olvidó pronunciarse sobre el tráiler.

3.8 Principios rectores del proceso de extinción de dominio.

El primero de los principios que rige el proceso de extinción de extinción de dominio es el principio de la carga dinámica de la prueba¹⁴⁵ (Principio de Solidaridad Probatoria) que tradicionalmente se entendía que la carga de la prueba pesaba sobre la parte que afirmaba la existencia de algún hecho controvertido. El otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa. Regía el principio "actor incumbit probatio" (al actor le incumbe la prueba), sólo por la aparición de hechos invocados por el demandado. Así fue como se estableció posteriormente, que lo hechos constitutivos, es decir, los invocados por el actor en el escrito de demanda, deben ser probados por éste en un proceso de conocimiento; mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, debían ser acreditados por el demandado.

¹⁴⁴ LEDAB Óp. cit. artículo 6.- h) 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.

¹⁴⁵ LEDAB Óp. cit. artículo 36 dice: corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal.

Con el correr del tiempo, los legisladores se dieron cuenta de que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance fácil prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra el poder aportar elementos de convicción, lo que demostró que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado.

Es así como la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ampliamente receptada en la jurisprudencia, abandona la óptica tradicional, y distribuye las obligaciones probatorias poniéndolas en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.¹⁴⁶

El segundo el Principio es de buena fe, exento de culpa, la palabra buena fe es la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes o de cualquier otro vicio; por ello el tercero no es destinatario de la acción de extinción del derecho de dominio, pero es quien resulta afectada en algún derecho real o accesorio que pudieran tener sobre algún bien o bienes objeto del trámite de extinción; con las definiciones de buena fe y de terceros podemos decir que el tercero de buena fe, es el propietario o poseedor de los bienes, ganancias o instrumentos adquiridos, capaz de garantizar y demostrar que la adquisición es lícita y ha cumplido con su deber de vigilancia de la cosa y que no se trata de negocio simulado para ocultar el origen ilícito o delictivo, o el verdadero propietario su destino.

Por otra parte, el tercero de buena fe exenta de culpa es aquel adquirente que obra con la conciencia o con el convencimiento de que la propiedad que

¹⁴⁶GROIA, Adrián Gustavo, *cargas probatorias dinámicas*, Universidad Abierta Interamericana, tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003, pág. 20

adquiere tiene un origen totalmente lícito y por tanto desconoce su ilícita procedencia (conciencia y certeza); según la ley de extinción de dominio¹⁴⁷, para que el tercero que alega un derecho sobre el bien pueda ser protegido por el ordenamiento legal, debe probar que obro con buena fe exenta de culpa, la cual requiere de dos elementos: uno objetivo: conciencia de obrar con lealtad; el segundo subjetivo: certeza de que quien trasfiere la cosa es realmente el propietario; la buena fe cualificada exige conciencia y certeza.

En ese mismo sentido, los elementos de la buena fe exenta de culpa, el primer elemento el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación, la apariencia de los derechos no hace referencia a la creencia subjetiva de una persona, sino a las objetivas colectivas de las gentes, de ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente exista, sin existir (este es el error communis, error común a muchos); el segundo elemento la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y el tercer elemento es la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

En consecuencia, este principio será el que fiscalía deberá destruir; ya que cada persona debe cumplir sus obligaciones, ejercer sus derechos mediante una conducta de fidelidad, lealtad y sinceridad, con comportamientos objetivos, por ello la buena fe se refiere a la ausencia de obras fraudulentas,

¹⁴⁷ LEDAB óp. Cit., art. 4 literal G; es toda persona natural o jurídica declarada por el tribunal especializado en cualquier fase del proceso, exenta de culpa en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes regulados por la presente ley.

de engaño, reserva mental, astucia o viveza de una conducta lesiva del obrar de las personas; es contrario a la mala fe, o sea contrariando los usos sociales y las buenas costumbres.

3.9 Garantías procesales.

La autonomía de la acción de extinción de dominio frente a la acción penal, el delito y la pena, tiene una consecuencia de mayor relevancia: a la acción de extinción de dominio no se extienden las garantías propias del derecho penal¹⁴⁸. En el artículo 13 de la ley de extinción de dominio se establece que se garantizarán y protegerán los derechos reconocidos en la Constitución, tratados y convenciones internacionales y además leyes que resulten inherentes a su naturaleza.

Determina de igual manera la ley de extinción de dominio establece los derechos de los cuales goza el afectado, donde no se aplican aspectos prejudiciales, como el cargo del que el afectado goce, ya que, el fin de la ley no es la persecución de la persona sino el bien, el cual es de origen o de destinación ilícita.

¹⁴⁸ “ ... se plantea la controversia de si se trata de una pena que se ha de imponer con ocasión de la comisión de un delito o si se trata de una institución independiente de la comisión de delito alguno y desprovista de carácter punitivo.||... si se afirma que se trata de una pena, las consecuencias son claras: Su ejercicio queda supeditado a la demostración de la responsabilidad penal de una persona y sin esta previa declaración de responsabilidad, no puede haber lugar a su ejercicio en el proceso penal promovido, ni por fuera de él. Además, la institución queda supeditada al reconocimiento de las garantías penales. Por el contrario, si se afirma que la acción de extinción de dominio no constituye una pena, su ejercicio no está condicionado a la demostración de la responsabilidad penal, puede ejercerse independientemente de él y no hay lugar al reconocimiento de esas garantías.

Durante el procedimiento, se reconocerán al afectado los siguientes derechos:

- a) Tener acceso al proceso directamente y a través de la asistencia y representación de un abogado desde la presentación de la solicitud de extinción de dominio, o desde la materialización de las medidas cautelares.
- b) Conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles.
- c) Presentar y solicitar pruebas e intervenir ampliamente en resguardo de sus derechos.
- d) Controvertir las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes.
- e) Renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio. En este contexto la ley contempla garantizar el debido proceso donde el afectado será estrictamente emplazado¹⁴⁹, teniendo la facultad de probar y conocer sobre todo el proceso, de actuar dentro de él y demostrar la licitud de la adquisición de su bien del cual se pretende extinguir el dominio.

3.10 Competencia e inicio de la acción de extinción de dominio.

La palabra competencia es la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos, asimismo el juzgador por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no la puede ejercer en cualquier tipo de litigios, sino solo en aquellos para los que este facultado por la ley, es decir en aquellos en los

¹⁴⁹Comparecencia al proceso Art. 15.- Quienes con ocasión de la acción de extinción de dominio, notificados conforme a la presente ley, ejerciten sus derechos, deberán comparecer mediante abogado o personalmente si lo fuere, ante el tribunal especializado que esté conociendo la acción, bajo la pena de declararse su rebeldía. Igual regla se aplicará a los menores de edad o a los incapacitados legalmente declarados.

que es competente¹⁵⁰, por esta razón el tribunal competente para conocer sobre el proceso de extinción de dominio es el tribunal especializado en extinción de dominio los cuales son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional, y solo estarán sometidos a la constitución, al derecho internacional y las demás leyes¹⁵¹.

Por otra parte, el fiscal general de la república a través de sus agentes fiscales designados corresponde la investigación para establecer y fundamentar uno o más presupuestos de extinción de dominio y promover la acción de extinción de dominio en los juzgados especializados¹⁵². El inicio de la acción le corresponde al fiscal¹⁵³ especializado ya sea de oficio, por

¹⁵⁰ **OVALLE FAVELA**, José, *teoría general del proceso*, tercera edición, colección, textos jurídicos universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 134.

¹⁵¹ LEDAB op.cit. Art. 17.- Los Tribunales Especializados en Extinción de Dominio son independientes en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional y estarán sometidos únicamente a la Constitución, al derecho internacional y a las demás leyes.

¹⁵² LEDAB óp. Cit. 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.

¹⁵³ Con respecto a quien corresponde iniciar la acción de extinción de dominio la corte constitucional de Colombia en la sentencia con referencia C540-11 a establecido que: **la Carta encargar a la Fiscalía General de la Nación del inicio de la acción de extinción de dominio**, el legislador atribuye la competencia a la Fiscalía General de la Nación, por varias razones: **En primer lugar**, de acuerdo con el artículo 250-9 superior, le corresponde a la Fiscalía “cumplir las demás funciones que establezca la ley”, **En segundo lugar**, la función de llevar a cabo las investigaciones inherentes a la acción de extinción de dominio no es incompatible con la naturaleza y la estructura que el constituyente asignó a la Fiscalía, por el contrario, hace parte de su ámbito funcional, en particular, es desarrollo de su función de participar en la definición de la política criminal del Estado. **En tercer lugar**, la Corte concluyó que es razonable que el legislador atribuya a la Fiscalía la función de realizar las investigaciones inherentes a la acción de extinción de dominio, teniendo en cuenta su especialidad en la investigación de hechos “que indiquen la posible existencia” de un delito, **En cuarto lugar**, la Corte recordó que la acción de extinción de dominio es una acción constitucional autónoma diferente a la penal y a la civil. Por ello, en criterio de la Sala Plena, en tanto no es una acción civil, no desconoce el principio dispositivo otorgar a la Fiscalía la función de dar inicio a la acción.” **Por último**, la Corte precisó que la Fiscalía no es la

denuncia o aviso, es de aclarar que la ley a establecido que cuando un fiscal a cargo de un proceso penal tenga conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de la aplicación de extinción de dominio, informará a la Unidad Fiscal Especializada responsable de ejercer la acción de extinción de dominio.

3.11 Etapas del proceso de extinción de dominio.

El proceso de extinción de dominio de Colombia consagra una estructura de la que hacen parte tres etapas: Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio y en la que puede haber lugar a medidas cautelares; *una* segunda fase, que se inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir bienes determinados y que culmina con la decisión sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y la remisión de lo actuado al juez competente y una última fase, que se surte ante el juez de conocimiento, y en la que hay lugar a un traslado a los intervinientes para que controviertan la decisión de la Fiscalía General y a la emisión de la sentencia declarando la extinción de dominio o absteniéndose de hacerlo¹⁵⁴.

Sin embargo, en El Salvador el proceso de extinción de dominio consta de dos etapas, una etapa inicial o de investigación la cual le corresponde al fiscal especializado, de conformidad a las atribuciones que la misma ley le

competente para dictar la sentencia de extinción de dominio y que solamente "(...) cumple un papel de autoridad judicial instructora del proceso, pues si bien adelanta la fase inicial y la investigación, la declaratoria de extinción es un acto de jurisdicción privativo de los jueces de conocimiento", lo que significa que la Ley 793 no desconoce la reserva judicial prevista en el artículo 34 superior para la extinción de dominio.

¹⁵⁴Corte Constitucional de Colombia, sentencia con referencia C-740/03

otorga, 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.

3.11.1 Etapa inicial o de investigación.

Como una etapa pre-procesal, está dirigida a desarrollar las labores de verificación que permitan al Estado, a través del órgano judicial, identificar bienes que se encuentren en alguna de las causales del Artículo 6 de la citada ley, para así elaborar la pretensión del Estado que se tendrá que plasmar en la solicitud que da inicio al proceso¹⁵⁵. No se fija un término definido para el agotamiento de ésta, pero ello no implica que sea indefinido ese plazo, sino que debe ceñirse a los parámetros de lo razonable, acorde con la complejidad para estructurar las causales y la cantidad de bienes. Esta etapa goza del carácter reservado, salvo cuando se acuda a la imposición de medidas cautelares, ya que la elaboración de la pretensión en esta etapa no implica la afectación de ningún derecho, por cuanto en este estado se identifican e individualizan los bienes susceptibles de afectar.

En esta etapa el fiscal especializado de oficio, por denuncia o aviso, dirigirá la investigación cuando concurra los presupuesto previsto en la ley especial de extinción de dominio que anteriormente se explicaron, tan pronto el fiscal tenga el conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de la aplicación de la ley, este deberá informar a la Unidad Fiscal Especializada

¹⁵⁵ Óp. Cit. sentencia con referencia C 740-03, en donde establece la estructura del proceso de extinción de dominio y la primera etapa es: Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que (i) se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio, (ii) se pueden practicar medidas cautelares y (iii) se ejercen facultades de administración sobre los bienes afectados con tales medidas.

responsable de ejercer la acción de extinción de dominio¹⁵⁶, además de contar con la colaboración de la Policía Nacional Civil¹⁵⁷.

El fiscal especializado aparte de contar con las facultades señaladas en la normativa procesal penal, en el desarrollo de esta etapa, podrá:

a) Utilizar cualquier medio probatorio y todas las técnicas de investigación que estime necesarias, siempre y cuando se garantice el respeto de los derechos fundamentales. b) Adoptar u ordenar directamente la aplicación de medidas cautelares¹⁵⁸, como lo es el embargo el cual busca garantizar el cumplimiento de la obligación debida y evitar la insolvencia del deudor, es decir que se busca evitar que el bien sea enajenado, traspasado u ocultado y se haga nugatoria la acción de extinción de dominio, por ello su principal efecto es dejar el bien objeto de la medida fuera del comercio, es por ello que en el proceso de extinción de dominio concurre y prevalece sobre todos los embargos inscritos sin importar su clase, es decir, si los bienes embargados

¹⁵⁶ LEDAB óp. Cit. **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.

¹⁵⁷ LEDAB óp. Cit. Atribuciones de la Policía Nacional Civil Art. 21.- Corresponderá a la Policía Nacional Civil, bajo la dirección funcional del Fiscal General de la República, por medio de sus agentes auxiliares, colaborar en la realización de la investigación a fin de establecer y fundamentar la concurrencia de los presupuestos de la acción de extinción de dominio señalados en la presente ley. Excepcionalmente, la Policía Nacional Civil podrá de oficio, realizar las primeras indagaciones, debiendo comunicar y proporcionar al fiscal especializado, dentro del plazo de ocho horas, la información recolectada y diligencias efectuadas para la continuación de la investigación bajo la dirección del mismo. Para lo anterior, el director general de la institución policial creará la División de Investigación Patrimonial de Extinción de Dominio.

¹⁵⁸ Las medidas cautelares: son actos jurisdiccionales provisionales a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las determinaciones que adopte el juez, es decir, que garantizan la eficacia de los procesos.

son inmuebles, se anotara el embargo en el centro de registro y debe entregarse el bien de manera inmediata al CONAB¹⁵⁹.

Lo anterior realizándose a través de la dirección ejecutiva, y si se trata de embargo de bienes muebles, que no están sujetos a registro como no hay que inscribir medidas, se entregaran inmediatamente al CONAB a través de la dirección ejecutiva, los bienes muebles pasaran de inmediato a tal entidad, quien debe preservarlos, evitando su deterioro.

Por otro lado, el secuestro es una medida judicial en cuya virtud se desapodera al titular del bien del mismo, entregándose a un depositario provisional y la medida puede tener el carácter de autónomo cuando se tiene a preservar el bien y evitar el uso del mismo, y complementario del embargo y recae sobre aquellos objetos obtenidos o generados a través de actividades ilícitas, se perfecciona con el desapoderamiento de la cosa relacionada con la actividad ilícita, para ser entregada en el caso de extinción de dominio al CONAB a través de la dirección ejecutiva, con el fin de privar a su titular de la facultad de disponer del bien, esta medida opera para todo tipo de bienes muebles, tales como: semovientes, acciones, dinero etc.

Asimismo la intervención es una medida que se dirige exclusivamente a controlar los actos de disposición y administración, sobre una empresa, sociedad o establecimiento de comercio, es por ello que esta medida se pretende proteger el patrimonio de una empresa, un establecimiento comercial o una sociedad, a fin de que ese patrimonio no desaparezca o pase otras empresas y así evitar la acción de extinción de dominio o por lo

¹⁵⁹El CONAB es una entidad de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, es autónomo en el ejercicio de sus funciones, quien será responsable de administrar, conservar y destinar los bienes.

menos entorpecer la misma, ya que al ordenar esta medida la administración de la sociedad o la empresa o el establecimiento de comercio pasara a el CONAB de la dirección ejecutiva.

De igual manera cuando el fiscal solicita al juez se disponga de la suspensión del poder dispositivo de unos bienes, mientras se resuelve en definitiva el asunto mediante sentencia, dicha medida evitara que las mismas organizaciones criminales sigan en la administración de sus empresas o personas jurídicas, para que las mismas pasen a la administración del CONAB, por ello antes de solicitar las medidas cautelares es necesario que los fiscales tengan en cuenta lo siguiente:

Si el bien tiene valor neto negativo o marginal en el momento de la afectación, se debería afectar.

Cuáles son las ventajas de la afectación para el estado.

Requiere el bien una cantidad significativa de recursos para mantenimiento y vigilancia por parte de CONAB.

Sobre la base de las consideraciones anteriores el fiscal que dirige la investigación debe estudiar la necesidad de solicitar o decretar una medida cautelar en la etapa de investigación, pues de no ser necesario debe pedirla únicamente cuando presente la solicitud de extinción de dominio, evitando generar costos innecesarios en la administración de los bienes que se traducen en detrimento del patrimonio del Estado y dar lugar a que se concluyan los 90 días de que habla el artículo 23¹⁶⁰ LEDAB, por ello el fiscal

¹⁶⁰ LEDAB óp. Cit. Art. 23.- 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. Las medidas cautelares se ejecutarán independientemente de quien sea el titular del bien. No se exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer

o su delegado dentro de la planificación previa de la afectación de bienes, debe tener en cuenta si el bien sobre el que se van a adoptar medidas cautelares, en realidad tiene un interés económico para el Estado, con el fin de evitar la afectación de bienes cuya administración resulte más onerosa al Estado, que la propia medida adoptada sobre estos, si el análisis financiero indica que la suma de todos los pasivos, impuestos, gravámenes por fallo judicial, pasivos laborales, hipotecas, costos de administración etc., se acerca o supera el valor comercial del bien, deberá analizarse cuidadosamente el impacto de afectar un bien de muy poco o nulo valor residual.

Una vez decretadas las medidas, se fijara fecha y hora para la materialización de las mismas cuando así se requiera, en cuanto la anotación de la acción de extinción de dominio, embargo y desapoderamiento, si se trata de bienes inmuebles, a pesar de que la medida cautelar de embargo se anota en el registro general de la propiedad, a la misma debe proseguir el desapoderamiento a fin de no hacer inútil la medida, dicha materializa de la medida, la dirección ejecutiva debe empezar a ejercer su función de depósito de los bienes o del bien, lo cual se entiende implícito al tenor del artículo 41¹⁶¹ LEDAB. Para llevar a cabo la diligencia se requiere la orden del juez, que contendrá la autoridad judicial que ordena la medida cautelar e indicar

medidas cautelares. 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 90 días, 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.

¹⁶¹ LEDAB óp. Cit. Art. 41.- 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.

que se trata de un diligenciamiento en extinción de dominio y sobre todos los bienes a afectar, se determinara su identificación plena y precisa, incluyendo los números de licencias, placas, chasis, motor, matricula inmobiliaria, matricula mercantil y en general aquellos elementos que permitan su identificación inequívoca y plena, sobre los bienes afectados se obtendrá su valor real y situación jurídica (hipotecas, prendas, limitaciones al dominio, anticresis, servidumbres), y con respecto a las sociedades o empresas mercantiles, se verificara su existencia real, el efectivo desarrollo del objeto social, activos, pasivos, declaraciones de renta, capital, composición accionaria, cuotas o partes de interés social etc.

En el caso de los vehículos se tendrá en cuenta los años de uso, estado y modelo, y en cuanto a los bienes inmuebles urbanos, se obtendrá la copia del registro de la propiedad, su ubicación, estado y destinación, y sobre los bienes rurales además, se obtendrá sus vías de acceso, situación de orden público y todo lo necesario que pueda identificar el bien; en cuanto a las embarcaciones o aeronaves, se hace necesario conocer su operatividad, horas de funcionamiento o de vuelo, empresa a la cual se encuentran afiliadas y la existencia física y real de estas¹⁶².

Para el caso de los semovientes se debe conocer el hierro quemador o la marquilla que los identifica, la especie, raza y edad, y en el caso de los bienes ubicados en otros países, se determinara con precisión la clase de bienes y lugar donde estos se hallen, así como la fecha de adquisición de los mismos. Asimismo el fiscal del caso previo a solicitar el inicio de la acción de extinción de dominio y guardando la reserva debida, tendrá que reunirse con

¹⁶² Óp. Cit. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo en coordinación con el Departamento de Seguridad de la Embajada de los Estados Unidos, *Ley de Extinción de Dominio*, a cargo de la doctora Sara Magnolia Salazar Landinez y Victoria Convington, 2014.

el director ejecutivo para discutir y coordinar las actividades derivadas de la medidas que se adoptaran, según la clase de bienes que se afectaran y su ubicación, para que dicha entidad planifique debidamente la forma eficaz de recibir directamente los bienes para administrar, en esta reunión podrán tratarse temas prácticos encaminados a generar una estrategia para materializar las medidas cautelares que se adopten y administrar eficiente y efectivamente cada uno de los bienes; esto incluye examinar en lo posible, los requisitos y mecanismos adecuados para la administración el bien, de acuerdo con su naturaleza, objeto social y condiciones particulares, esta reunión es el escenario para tratar aquellos temas, que en el caso de bienes complejos como las empresas, sociedades o establecimientos mercantiles, puedan aportar elementos de información útiles para la decisión de la fiscalía¹⁶³.

Es por ello que el fiscal debe estudiar las condiciones particulares del bien (contaminación) toda vez que pueda existir impedimentos prácticos para su administración, venta o traspaso por parte del Estado después de la extinción, por consiguiente, es necesario ser cauteloso al dictar medidas cautelares, igualmente es importante tener en cuenta, que para la Fiscalía resulta imposible sustraer a la incautación de bienes sobre los cuales al plantearse la investigación se ha concluido de una parte, que tienen una valoración económica real e importante y además sobre los cuales existe un nexo con cualquiera de las causales contempladas en la ley que gobierna la extinción de dominio, so pretexto de hallarse en sitios de difícil acceso o en su defecto de aquellos en donde tienen su asentamiento organizaciones criminales.

¹⁶³ Óp. Cit. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo en coordinación con el Departamento de Seguridad de la Embajada de los Estados Unidos, *Ley de Extinción de Dominio*, a cargo de la doctora Sara Magnolia Salazar Landinez y Victoria Convington, 2014.

Es evidente entonces que las medidas cautelares se debe notificar en el momento en que se lleva a cabo la respectiva diligencia para hacer efectiva la misma a quien habite en el lugar, entregándole además copia de la orden del juez o se notificara una vez ejecutada, en las diligencias el fiscal que ejecute la medida cautelar, levantara un acta donde hará una descripción detallada del bien inmueble respecto del cual se lleva a cabo la materialización de la medida cautelar, haciendo un inventario de todos los bienes muebles que se encuentren en el lugar y que serán entregados al CONAB para su administración, en esa misma diligencia, dejara constancia en el acta que el bien inmueble respectivo pasara a la administración del director, quien inmediatamente designara un depositario, y si en el bien inmueble y en el mismo hay arrendatarios, el fiscal les informara sobre la diligencia y además les indicara que en adelante deben entenderse con el director ejecutivo para efectos del pago del arrendamiento¹⁶⁴.

Con referencia a lo anterior los intervinientes en la aplicación de las medidas cautelares están:

El fiscal designado que dirige la investigación, quien tiene a su cargo la labor de materializar las medidas cautelares.

Los peritos que sean necesarios.

Un funcionario delegado por el director ejecutivo.

Miembros de la policía nacional civil o del ejército.

De tal manera que si se trata de embargo de bienes muebles, sobre los cuales no haya que inscribir medidas, se ordenara su inmediato secuestro y

¹⁶⁴ Óp. Cit. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo en coordinación con el Departamento de Seguridad de la Embajada de los Estados Unidos, *Ley de Extinción de Dominio*, a cargo de la doctora Sara Magnolia Salazar Landinez y Victoria Convington, 2014.

se designara como depositario a la dirección ejecutiva y los bienes muebles pasaran de inmediato a tal entidad, quien debe preservarlos, evitando su deterioro, si se trata de sociedades o establecimientos del comercio.

Se puede solicitar esta medida, que consiste en materia de extinción de dominio a que la administración la haga el CONAB a través de la dirección ejecutiva, por ello el legitimado para solicitar la intervención en materia de extinción de dominio es el fiscal designado para adelantar la investigación, debe solicitar al juez de extinción de dominio la intervención de las sociedades o establecimientos de comercio, cuando existan elementos materiales probatorios o evidencias físicas que permitan inferir que las mismas se encuentran dentro de cualquiera de los presupuestos establecidos en el artículo 6 de la ley de extinción de dominio y que guardan relación con actividades ilícitas de las señaladas en el artículo 5 de la ley las cuales que ya fueron desarrolladas anteriormente.

Ahora bien, sobre la cooperación internacional de las medidas cautelares así como lo regula en artículo 154¹⁶⁵ CPCM, en donde la cooperación judicial opera en doble sentido; así como se pide la colaboración a Tribunales extranjeros, de la misma manera, ellos pedirán el auxilio de los Tribunales salvadoreños cuando deban realizarse actos procesales en el territorio nacional originados de procesos judiciales sustanciados en el extranjero, las actuaciones procesales poseen el contenido siguiente: Las comunicaciones

¹⁶⁵CPCM Art. 154.- Los tribunales salvadoreños darán cumplimiento a las medidas cautelares o ejecutivas decretadas por tribunales extranjeros y proveerán lo que fuere pertinente a tal objeto, exceptuándose las medidas que estuvieren prohibidas por la legislación nacional o sean contrarias al orden Público. La procedencia de la medida cautelar se regulará por las leyes del lugar donde se siga el proceso extranjero. La ejecución de la medida, así como la contra cautela, serán resueltas por los tribunales de El Salvador conforme a lo dispuesto en este código. Lo establecido en los incisos anteriores se entiende sin perjuicio de lo que dispongan los Tratados y Convenciones Internacionales y bajo de condición de reciprocidad.

procesales, la actividad probatoria, las medidas cautelares y la ejecución de sentencias extranjeras¹⁶⁶. Con respecto a la cooperación internacional para la aplicación de la ley de extinción de dominio se aplicaran los convenios y tratados internacionales de cooperación y asistencia legal mutua suscritos aprobados y ratificados por el salvador, entre los que podemos mencionar para la aplicables a las medidas cautelares:

a) Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares

Se ha establecido en esta convención que las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales de otros Estado parte, con el objeto de dar cumplimiento a las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles.

b) Convención de las naciones unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 (convención de Viena). Ante la preocupación de la comunidad internacional respecto de lo que debería hacerse con los dineros o bienes producto de las actividades ilícitas referidas al crimen internacional, la convención a establecido que los Estados partes deben adoptar medidas necesarias para autorizar el decomiso.

c) Convención de naciones unidas contra la corrupción. Esta convención hace relación a la recuperación de activos ya que durante muchos años los aspectos patrimoniales del delito fueron tratados como aspectos secundarios, dándose prevalencia a la investigación criminal y

¹⁶⁶Cabañas García, Juan Carlo y otros, óp. Cit. pág. 166

haciéndolos depender de una declaración previa de responsabilidad penal, afectándose bienes con propósitos que no eran prioritarios, como asegurar los mismos como elementos materiales de prueba o evidencia física, o como garantía para la indemnización de perjuicios, se privaba únicamente al delincuente de los bienes que utiliza como medio o instrumento de un delito, sin que se tuvieran en cuenta los aspectos patrimoniales del mismo como una consecuencia patrimonial directa, para quienes de una manera ilícita adquirirían grandes sumas de dinero y numerosas riquezas que incrementaban su patrimonio.

Entonces, la convención señala que los Estados partes deberán establecer un procedimiento para facilitar que los Estados requirentes de bienes producto de la corrupción, puedan recuperarlos, utilizando la cooperación internacional dándole prevalencia a las ordenes de decomiso de bienes enviadas por cualquier país, a fin de que los corruptos reciban el mensaje de que el producto de sus actividades delictivas no va a estar a salvo en ninguno de los Estados parte de la convención¹⁶⁷.

De lo antes mencionado, el fiscal general de la república podrá requerir y obtener en forma directa, información de las autoridades del Estado, territorio o jurisdicción en donde se ubiquen o sospeche se encuentran los bienes susceptibles de la acción de extinción de dominio, trasladándose al extranjero para realizar las investigaciones correspondientes, la información y documentos obtenidos podrán presentarse ante el juez o tribunal y tendrán valor probatorio, los requisitos de solicitud de asistencia y cooperación están:

¹⁶⁷Óp. Cit. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo en coordinación con el Departamento de Seguridad de la Embajada de los Estados Unidos, *Ley de Extinción de Dominio*, a cargo de la doctora Sara Magnolia Salazar Landinez y Victoria Convington, 2014.

i) certificación en legal forma de la orden de imposición de medida cautelar o de la decisión definitiva de extinción de dominio expedida por el Estado solicitante, ii) descripción de los bienes afectados su ubicación y cuando proceda el valor de los mismos, iii) exposición explícita de los hechos en que se base la solicitud y la información que proceda para ejecutar la orden, iv) indicar las medidas adoptadas por el Estado requirente para notificar adecuadamente a terceros o posibles afectados.

En consecuencia, las resoluciones o sentencias judicial donde se haya determinado la extinción de dominio que se localicen en el extranjero, el CONAB debe promover a través de los convenios, tratados internacionales o por la vía diplomática, con el fin de procurar la repatriación de dichos bienes, o si fuere imposible se solicitarla venta de dichos bienes los cuales serán transferidos de conformidad a los procedimientos que se establezcan, de conformidad a lo establecido en el artículo 47¹⁶⁸ del reglamento de la ley de extinción de dominio, donde el juez especializado encargado de la ejecución de la solicitud de cooperación internacional sobre la extinción de dominio decretada por los tribunales extranjeros, respecto a los bienes localizados en el territorio nacional, lo pondrá a disposición del CONAB los bienes de la solicitud y en el caso de la ejecución de resoluciones de medidas cautelares sobre los bienes distintos al dinero, el CONAB deberá emitir un dictamen sobre el costo de administración, según lo establecido en el artículo 48 del reglamento.

¹⁶⁸ RLEDAB óp. Cit. Art. 47.- Cuando en resolución o sentencia judicial se haya determinado la extinción de los derechos relativos al dominio de bienes que se localicen en el extranjero, sin perjuicio de la cooperación internacional que para tal efecto se solicite a los Estados requeridos, el CONAB deberá promover los convenios que sean necesarios con las entidades homólogas en otros países o en su caso seguir los procedimientos establecidos en tratados y convenios internacionales o por la vía diplomática, según corresponda, con la finalidad de procurar la repatriación de dichos bienes, o cuando esto resulte imposible, solicitar la venta de los mismos, en cuyo caso el producto será transferido de conformidad a los procedimientos establecidos.

En conclusión los bienes inmuebles que se vayan a extinguir, se conformara el equipo de fiscales cada equipo debe estar conformado por el fiscal que dirige el mismo, un funcionario de la dirección ejecutiva, los funcionarios que van a conformar el apoyo operativo, los respectivos peritos (topógrafo, fotógrafo, veterinario etc.), el fiscal que dirige el operativo se desplaza al lugar en compañía de todo el equipo de trabajo, y el primero a ingresar al lugar son los que prestan apoyo operativo ya sea de la policía o el ejercito, si se consideran viables ingresar la comisión judicial ingresaran al respectivo inmueble los intervinientes.

El fiscal que dirige la diligencia, comenzara la misma, si en el lugar hay habitantes o cuidadores se les notificara el motivo de la diligencia e inmediatamente se procederá a iniciar el respectivo inventario, el lugar debe ser inspeccionado en su totalidad por el fiscal, quien es el responsable de identificar plenamente el bien, acompañado de los expertos que requería, pero si el bien se encuentran semovientes u otros bienes, deberán ser descritos e inventariados por el fiscal y no podrán retirarse del lugar los intervinientes hasta que hayan inventariado absolutamente todo lo encontrado, y finalizada la diligencia se entregara una copia del acta al funcionario de la dirección ejecutiva que acompaño la misma, además a este deberán entregársele copia de los siguientes documentos si se trata de bienes inmuebles:

a) El acta de materialización de medida cautelar, el folio de matrícula inmobiliaria, la ficha predial, el plano cartográfico, la escritura pública, el recibo de servicio telefónico, el recibo de servicio de energía eléctrica y otros donde se tendrá que especificar; c) Presentar la solicitud de extinción de dominio, materializada la medida cautelar, u ordenar el archivo de la investigación de conformidad a lo establecido en esta ley; y d) Solicitar

información y requerir la intervención de la Policía Nacional Civil y la colaboración de los funcionarios y empleados públicos.

Finalizada la etapa de investigación, pueden presentarse dos situaciones; que se presente la solicitud de procedencia de la acción de extinción de dominio, ya que se cumple con los presupuestos establecidos en la ley, o que se archiven todas las actuaciones de investigación.¹⁶⁹

3.11.2 Etapa procesal.

La fase procesal inicia¹⁷⁰ con la presentación por parte del fiscal, de la solicitud de la acción de extinción de dominio ante el juez especializado, la cual debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 29¹⁷¹ de la ley de

¹⁶⁹ LEDAB óp. Cit. Finalización de la etapa inicial o de investigación Art. 28.- 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.

¹⁷⁰ Esta etapa comienza con una resolución interlocutoria denominada resolución de inicio del trámite de extinción de dominio, la cual, por su importancia demanda el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales. En la misma decisión se impone la carga de ordenar medidas cautelares sobre los bienes siempre y cuando estas no hubiesen sido adoptadas en la fase inicial.

¹⁷¹ LEDAB óp. Cit. 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; y, 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

extinción de dominio, debe de ser de manera escrita y contendrá la narración completa de los hechos en los que se fundamenta la pretensión; la descripción e identificación de los bienes sujetos a la acción; la identificación de los sujetos afectados y el ofrecimiento de pruebas conducentes, así como también las medidas cautelares o actos urgente de comprobación que requieran autorización judicial.

Presentada la solicitud, el tribunal especializado resolverá en un término no superior a cinco días, indicando las razones que fundamente su decisión, si esta solicitud se admite y se da inicio al trámite o se previene al fiscal para que en un término de tres días subsane los defectos formales. En la misma resolución se resolverá sobre las medidas cautelares que se hubieran solicitado y su ejecución, la reserva de las actuaciones y ordenara la notificación de la misma, corriendo traslado a los afectados para que estos se pronuncien en un plazo de veinte días. Finalizado el termino para que el afectado se pronuncie se fijara la fecha de la audiencia preparatoria, la cual se efectuará dentro de los diez días siguientes.

3.11.3 Audiencia preparatoria.

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

El procedimiento está revestido de las garantías legales y procesales

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.

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

El reconocimiento de derechos y garantías también se extiende a aquellos considerados como terceros de buena fe exentos de culpa, en la audiencia preparatoria se procederá a: 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; el juez debe considerar para la admisión de las pruebas, que sean propuestas en la forma y momento legalmente establecido; que se ha obtenido por medios lícitos y las pruebas deben ser útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad . Finalizada la audiencia, se procederá a la lectura del acta y se señalará día y hora para la audiencia de sentencia, que se llevará a cabo dentro de los quince días hábiles siguientes y se tendrá por notificada a las partes.

3.11.4 Audiencia de sentencia.

En el desarrollo de la audiencia y siguiendo el orden de intervención de la audiencia preparatoria, las partes presentarán sus alegatos iniciales, producirán las pruebas en la forma prescrita y expondrán los argumentos de hecho y de derecho que sustentan su petición. Son admisibles todos los medios de prueba que sean útiles y pertinentes, en donde corresponde a cada una de las parte, bajo el principio de *Carga dinámica de la prueba*¹⁷² que

¹⁷² **TRUJILLO CABRERA**, Juan. La carga dinámica de la prueba, Bogota, D.C, Leyer, 1ª edición, 2006 p. 21, quien dice que “*la regla de juicio es el instrumento con el que cuenta el juez al momento de fallar, que le permite pronunciarse respecto a la relevancia de las pruebas aducidas y también definir el contenido de la decisión cuando falten elementos*

prescribe que los hechos debe probarlos quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, probar los fundamentos que sustentan su posición procesal.

En cuanto a esa distribución de la carga de la prueba, el Estado tiene la obligación de llegar a una inferencia razonada sobre el origen ilícito de los bienes; acto seguido, el posible afectado debe efectuar su oposición que no puede consistir en las “*solas manifestaciones*” entendidas como negaciones indefinidas sobre la procedencia no-ilícita de los bienes, sino que debe aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia del Estado.¹⁷³

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. Posteriormente elaborada la sentencia¹⁷⁴ que declara

probatorios, determinando de esta forma cual de las dos partes fue la más idónea para producir la prueba ausente. Por tanto, a falta de prueba, la regla de juicio le permite al juez erigir su propia convicción en caso de duda. Dicha convicción no se refiere a la verdad discutida en el proceso, sino a la aplicación de la regla del onus probandi, que se desplaza dinámicamente a quien, de acuerdo a la convicción formada, deba asumir las consecuencias de la falta de prueba.”

¹⁷³ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso”... “ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes”. C-740 de 2003.

¹⁷⁴ **Contenido de la sentencia** Art. 39.- La sentencia contendrá: 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

la extinción de dominio se fundamentará en las pruebas pertinentes, útiles, legales y oportunamente incorporadas. El juzgado especializado en extinción de dominio¹⁷⁵ declarará la extinción de dominio del bien, conforme a lo alegado y probado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹⁷⁶.

De lo anterior, llama la atención que el legislador en el procedimiento de extinción de dominio hace alusión a que la sentencia se dictará de acuerdo

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

¹⁷⁵ Tribunal creado por medio del decreto legislativo N° 714, D. O. N° 109, Tomo N° 403, Fecha: 13 de Junio de 2014, Creación de Tribunales Especializados Art. 1.- Créanse los Tribunales Especializados en Extinción de Dominio y eríjase la jurisdicción que corresponde, en primera y segunda instancia, al Juzgado y Cámara respectivamente, los que desarrollarán su función jurisdiccional, según lo establecido en la Constitución de la República, convenios y tratados pertinentes, legislación especial y leyes afines, que tendrán competencia exclusiva para conocer de la acción de extinción de dominio. **Primera Instancia:** Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, con residencia en San Salvador, y competencia en todo el territorio de la República. **Segunda Instancia:** Cámara Especializada en Extinción de Dominio, con residencia en San Salvador y competencia en todo el territorio de la República. Conocerá en grado de apelación de las sentencias definitivas y demás interlocutorias que señale la Ley de la materia, pronunciada por el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio.

¹⁷⁶ Cámara de la cuarta sección del centro: Santa Tecla, sentencia definitiva referencia 116-P-2014, establece que la sana crítica: es la unión de las “Reglas del correcto entendimiento humano”, siendo éstas, la lógica, la Psicología y la experiencia común, las cuales se unifican por parte del Juzgador para asegurar el más certero razonamiento decisivo sobre una cuestión sometida a su conocimiento. En cuanto a la lógica ,y refiriéndonos a la lógica formal, juega un papel trascendental, a través de los principios que le son propios y que actúan como controles racionales en la decisión judicial conforme a la concepción clásica, los cuales son: **1.** Principio de Identidad: Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero. **2.** Principio de contradicción: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser verdaderos. **3.** Principio de tercero excluido: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible). Y **4.** Principio de razón suficiente: Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad. Respecto a la psicología, la misma debe entenderse como el elemento interior que preside nuestra vida, desde los actos más simples a los más sublimes, y que se manifiesta en hechos de conocimiento, sentimiento y voluntad, juega un papel muy importante y de la cual el Juez no puede apartarse en la valoración de la prueba y de la experiencia, puede mencionarse que la misma comprende las enseñanzas que se adquieren con el uso, la práctica o sólo con el vivir, y que se encuentran en cualquier persona de nivel cultural medio, integrando el sentido común.

con lo alegado y probado, mientras que en el procedimiento penal se exige además para efectos de la sentencia condenatoria, la exigencia de pruebas que conduzcan a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Lo cual se considera plausible, de acuerdo con la naturaleza de la acción de extinción de dominio, sin que ello signifique que el Juez no está obligado a llegar a la convicción plena de certidumbre para plasmar, en la sentencia declarativa, la extinción de dominio o de abstenerse de hacerlo sobre los bienes comprometidos. Si el juez estimare procedente declarar la extinción de dominio a favor del Estado, declarará la extinción de todos los derechos reales, principales y accesorios sobre los bienes de origen o destinación ilícita. Si la sentencia declara no ha lugar a la acción de extinción de dominio, se ordenará la devolución de los bienes o su equivalente si el afectado logra probar la procedencia legítima de los mismos.

En el caso de las medidas cautelares que fueran aplicadas, el juez se abstendrá de ordenar la cesación de las mismas mientras la sentencia no quede firme. La sentencia firme que declare la extinción de dominio, además de valer como título legítimo y ejecutivo, tendrá por efecto que los respectivos bienes se transfieran a favor del Estado, para que proceda de acuerdo a las disposiciones legales establecidas. Los registros públicos correspondientes están obligados a su inscripción para efectos de oponibilidad frente a terceros; es importante mencionar que en el proceso de extinción de dominio solo admite la interposición de dos recursos los cuales son:

Revocatoria (art. 44 LEDAB); se interpone ante el juez que dictó la resolución, entendiéndose como uno de los medios de impugnación que está a disposición de las partes procesales para atacar una decisión judicial que

le cause un agravio, que permita enmendar los errores que se dan en la administración de justicia por parte de un juez, contribuyendo de esta manera a lograr una recta, pronta y cumplida justicia¹⁷⁷.

Apelación (art. 45 LEDAB), es un recurso ordinario interpuesto ante el tribunal “*A quo*” que posibilita que la parte impugnante someta a la decisión de un tribunal superior (*Ad – Quem*) una decisión judicial dictada por aquel órgano jurisdiccional que le produce un agravio, solicitando su anulación o su revocación total o parcial¹⁷⁸.

Por lo tanto, se podrán interponer el recurso de apelación de las resoluciones siguientes: a) La que admite o rechaza una medida cautelar; b) La que declara inadmisibile el requerimiento de extinción de dominio; c) La que decide una excepción y la nulidad en la audiencia preparatoria; y d) La sentencia que declare la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio.

Por consiguiente, solo se podrá interponer recurso de revocatoria y de apelación, no se podrá interponer recurso de casación así lo ha establecido la ley, pero puede interponerse Amparo, el cual consiste como una “la máxima ineludible que orientan la actividad estatal de administración de justicia y la enviste de las características de urgencia, eficacia y oportunidad a fin de lograr la seguridad jurídica y la protección de los derechos y libertades fundamentales”.

¹⁷⁷**Primera Instancia:** Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, con residencia en San Salvador, y competencia en todo el territorio de la República

¹⁷⁸**Segunda Instancia:** Cámara Especializada en Extinción de Dominio, con residencia en San Salvador y competencia en todo el territorio de la República. Conocerá en grado de apelación de las sentencias definitivas y demás interlocutorias que señale la Ley de la materia, pronunciada por el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio.

3.12 Diferencia entre la acción penal y la acción de extinción de dominio.

La ley de extinción de dominio tiene una *autónoma*¹⁷⁹ relativa ya regula cláusulas de remisión al código procesal penal y el código procesal civil y mercantil, y su naturaleza conduce a la persecución de bienes utilizados como instrumentos o que provienen del delito no concibe una persecución a la persona, como en el caso de la acción penal; o, que por tratarse de una *acción real* en la persecución del bien como tal, independientemente de quién detente u ostente el aparente derecho de propiedad, en la acción civil o, que por no cumplir el titular propietario la función que le designa la Constitución y la ley para el uso o explotación de su bien, revierte el mismo a favor del Estado mediante las acciones administrativas.

En el procedimiento especial de extinción de dominio a pesar de ejercerse la acción real en la persecución de bienes, ello no implica que no se involucren personas para reclamar derechos sobre estos. A éstos últimos se les denomina afectados, mas no imputados como en el proceso penal, por consiguiente las diferencias entre la acción penal y la acción de extinción de dominio es: la primera es una acción individual y se aplica el debido proceso penal y la segunda es una acción real y se aplica el debido proceso, en la acción penal es la fiscalía la una encargada de la carga probatoria, en cambio en la acción de extinción de dominio no solo es la fiscalía la

¹⁷⁹ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-740-03 "...Es una acción autónoma e independiente 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."

encargada de la carga probatoria sino también los afectados se habla del principio de solidaridad probatoria (carga dinámica de la prueba).

Otra diferencia es la presunción de inocencia en donde toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario en un Juicio Oral y Público donde el imputado puede mantenerse en una actitud de absoluta pasividad respecto de la prueba y en la acción de extinción de dominio se habla sobre la presunción de buena fe donde el adquirente obra con la conciencia o con el convencimiento de que la propiedad que adquiere tiene un origen totalmente lícito y por tanto desconoce su ilícita procedencia pero debe probar que fue adquirido lícitamente¹⁸⁰.

Otra diferencia es en la acción penal no debe de haber ninguna duda para emitir una sentencia condenatoria (in dubio pro reo) y en la acción de extinción de dominio el juez se pronuncia con respecto a la verdad procesal, en la acción penal opera el principio de favorabilidad y en la acción de extinción de dominio opera el principio de retrospectividad¹⁸¹, la acción penal

¹⁸⁰ Óp. Cit. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo en coordinación con el Departamento de Seguridad de la Embajada de los Estados Unidos, *Ley de Extinción de Dominio*, a cargo de la doctora Sara Magnolia Salazar Landinez y Victoria Convington, 2014.

¹⁸¹ Óp. Cit. sentencia C 740-03, *Algunos de los actores sostienen que esta norma es inconstitucional por desconocer derechos adquiridos y por otorgar carácter retroactivo a normas de naturaleza penal.... La Corte no acepta el argumento de los actores, por cuanto desvirtúa el verdadero sentido de la irretroactividad de la ley, que consiste en la protección de quien ya ha sido amparado por el Derecho, ante la posible arbitrariedad de futuros legisladores que, por razones políticas o de otra índole, pudieran pretender atropellarlo, desconociendo sus derechos adquiridos. Tal institución no es ahora, y no lo fue jamás, una argucia para legitimar lo que siempre fue ilegítimo.... la propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse.... Contra lo que señalan los demandantes, la norma examinada no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal, primero porque, como ya se dijo, no se está ante la aplicación de penas, y segundo por cuanto la figura allí prevista no corresponde al concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino al de retrospectividad.” “Por ello, se reitera, el concepto de retroactividad de las normas no se aplica al caso bajo estudio, pues aquel supone necesariamente que exista un derecho adquirido (según las voces de la teoría*

prescribe y en la acción de extinción de dominio es imprescriptible y en la acción penal puede darse dos tipos de sentencia una condenatoria o absolutoria y en la acción de extinción de dominio una sentencia declarativa.

3.13 Constitucionalidad de la ley de extinción de dominio.

La acción de extinción de dominio, como tal, tiene por objeto la cesación de derechos reales cuando estos provengan o estén destinados a hechos ilícitos de acuerdo a los presupuestos que establece el mismo cuerpo normativo; la acción puede ser una medida adecuada contra la criminalidad existente en nuestro país y que atenta contra el patrimonio del Estado y de los particulares relacionados con la delincuencia organizada así como con otras formas de actividades ilícitas o delictivas, lo cual no contraviene a la Constitución de El Salvador; sin embargo, tal acción es susceptible de ser analizada, ya que puede revestir características inconstitucionales por contrariar derechos, principios o valores consagrados en la Carta Magna.

Visto desde esta perspectiva, se procederá al análisis de la figura y de determinados principios constitucionales. Un aspecto que es importante es examinar la posible vulneración al *derecho de propiedad*¹⁸², ya que como se

clásica) o una situación jurídica (de acuerdo con la teoría moderna expuesta por Raúl Rubier), elementos que, desde luego, llevan implícito el ya consolidado reconocimiento y amparo de la ley anterior”.

¹⁸²El derecho de propiedad no es un derecho nuevo, sino que uno de larga tradición jurídica, pero su consideración como derecho fundamental es decir, como exigencia moral positivada se generalizará a partir de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su art. 17 establecía: "Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa". En nuestro régimen jurídico constitucional, es un derecho fundamental, pues reúne sus tres notas distintivas: (i) dimensión subjetiva: deriva del valor constitucional libertad, confiriendo al individuo un conjunto de facultades, relacionadas con su patrimonio, que le permiten realizar su proyecto de vida dentro de la sociedad; (ii) dimensión objetiva: informa todo el ordenamiento jurídico, en lo relativo a la actividad económica de los particulares y del

expresó anteriormente en cuanto a la naturaleza de dicha figura tiene un carácter patrimonial y real; por ello, se encuentra íntimamente ligada a la propiedad de una persona debido al vínculo existente entre la persona y sus bienes.

En el artículo 22 de la Constitución¹⁸³ de El Salvador se establece la propiedad privada como derecho constitucional, entendiendo el concepto de propiedad al derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con las observancias de las obligaciones que establecen las leyes, es decir que el derecho de propiedad¹⁸⁴, se encuentra resguardado por nuestra carta magna.

Asimismo, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos señalan la importancia del derecho de propiedad regulándolo en los artículos 17 y 21¹⁸⁵ respectivamente, estableciendo el derecho inherente del mismo y que tal no puede ser restringido arbitrariamente y con las limitaciones a la ley y al interés social. En los considerandos de la ley especial de extinción de

Estado; (iii) supremacía: se residencia en el escalón superior del ordenamiento jurídico salvadoreño; y (iv) protección reforzada: se beneficia de diversas garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales (v. gr. las disposiciones que reconocen el derecho de propiedad están sometidas a un proceso agravado de reforma [art. 248 Cn.]; dichas disposiciones pueden ser invocadas como fundamento jurídico de una pretensión de amparo [art. 247 inc. 1° Cn.]).

¹⁸³ Art. 22.- Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción.

¹⁸⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael *Compendio de Derecho Civil* Tomo II. 5ta. edición, México. Editorial Porrúa. Año 1985. Pág. 78-79.

¹⁸⁵ Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

dominio el legislador establece que la Constitución reconoce como derechos fundamentales de la persona, la seguridad, el trabajo, la propiedad privada en función social, que debe ser protegida en la conservación y defensa de los mismos; que no puede ser privada del derecho a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; reconociéndole el derecho a disponer libremente de sus bienes y a transmitir la propiedad en la forma en que determinen las mismas; prohibiendo la confiscación, ya sea como pena o en cualquier otro concepto.

Que la única vía que existe en El Salvador para la construcción del patrimonio y la riqueza es la del trabajo honesto y con estricto apego a las leyes de la República; en consecuencia, los derechos enunciados en el considerando no serán reconocidos por el Estado, ni gozarán de protección constitucional ni legal, cuando se trate de bienes de interés económico, de origen o destinación ilícita. Por tanto, no se concibe la existencia de vulneración al derecho de propiedad¹⁸⁶ si el bien sobre el cual recayere ese derecho no ha pasado a formar parte de la esfera jurídica y económica de una persona.

Precisamente ese es uno de los argumentos de los defensores de la acción de extinción de dominio, los cuales refieren que lo obtenido de manera ilegal no podría estimarse como integrante del patrimonio de las personas, dado su

¹⁸⁶ *el derecho de propiedad recae sobre toda cosa, material o inmaterial, útil, apropiable y dentro del comercio, que incluye la facultad de poder ocuparla, servirse de ella de cuantas maneras sea posible, y la de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificarla y disponer jurídicamente de ella.* En el código civil regula la propiedad en el artículo **Art. 568.-** Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

origen ilícito. No obstante es importante determinar la posibilidad de lesión al derecho constitucional de propiedad de aquellas personas que, ignorando la procedencia ilícita de un bien, lo adquieren sin mala fe de manos del imputado.

Eso significa que pueden existir terceras personas cuyo derecho de propiedad puede verse afectado, por las acciones ilícitas de otros de quienes no conocían su proceder al margen de la ley, es por tal razón que la ley incorpora la figura de *Presunción de buena fe exenta de culpa*, garantizando a este tercero su derecho de defensa y el debido proceso, siendo este otro aspecto a considerar dentro del tema de constitucionalidad de la ley. En materia de extinción de dominio, el Estado debe llegar a una inferencia razonable sobre el origen ilegal de los bienes y que el posible afectado debe proceder a ejercer su *derecho de defensa* mediante la oposición acompañada de los documentos que desee hacer valer para demostrar el origen lícito de sus bienes. Con relación al derecho de defensa, debe tenerse presente que éste es una garantía procesal y un derecho constitucional establecido en el artículo 11 de la Constitución, en ese sentido, una persona no puede ser sancionada sin que previamente haya sido condenado por un tribunal competente y preestablecido.

Es importante mencionar que el derecho de defensa se encuentra ligado al de *debido proceso*, para lo cual se deben cumplir las condiciones mínimas en todo proceso jurisdiccional para asegurar la seguridad jurídica de las personas, tal como las establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Art. 8 Garantías 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal

Respecto al debido proceso la Sala de lo Constitucional¹⁸⁸ se ha pronunciado en varias ocasiones estableciendo que es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente a un juez.

En tal sentido, los derechos de audiencia y defensa se encuentran íntimamente vinculados. El primero de ellos, plasmado en el artículo 11¹⁸⁹ de

formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁸⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San Salvador, a las once horas con treinta y tres minutos del veinticinco de junio de dos mil nueve... *El debido proceso –comenzó explicando– es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y la oportunidad de ser oída y de hacer valer sus pretensiones frente al juez. El debido proceso –siguió– es un proceso constitucional, el cual está conformado por el principio de igualdad procesal y el derecho de defensa. En la actualidad –expuso– el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona. (102-2007)*

¹⁸⁹ Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

la Constitución de la República, es un concepto abstracto que exige, antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o privársele de un derecho, el deber de ser oído y vencido previamente con arreglo a las leyes. Mientras que el derecho de defensa es de contenido procesal e implica que, para solucionar cualquier controversia, es indispensable que los individuos contra quienes se instruye un determinado proceso, tengan pleno conocimiento del hecho o actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos (principio del contradictorio); y, por lo mismo, sólo podrá privárseles de algún derecho después de haber sido vencidos con arreglo a las leyes. Cabe mencionar que el derecho de defensa se caracteriza por una actividad procesal dirigida a hacer valer ante una autoridad judicial o administrativa, los derechos subjetivos y demás intereses jurídicos de la persona contra la cual se sigue un proceso o procedimiento.

Dicho derecho existe en su aspecto material y técnico, es decir, tanto puede ser ejercido directamente por la persona afectada o por un profesional del derecho¹⁹⁰. En su aspecto material, se caracteriza por la facultad que posee la persona de intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba, así como realizar todas las peticiones y observaciones que considere necesarias, de manera que se le facilite hacerse oír y valer sus medios de defensa.

Y, en su aspecto técnico, consiste en la garantía de la persona de ser

¹⁹⁰ Art. 15.- Quienes con ocasión de la acción de extinción de dominio, notificados conforme a la presente ley, ejerciten sus derechos, deberán comparecer mediante abogado o personalmente si lo fuere, ante el tribunal especializado que esté conociendo la acción, bajo la pena de declararse su rebeldía. Igual regla se aplicará a los menores de edad o a los incapacitados legalmente declarados.

asistido en el transcurso de todo el proceso por un profesional del derecho que, en igualdad de condiciones, enfrente tanto las alegaciones como las pruebas de cargo, presentadas por la parte acusadora. La Ley de Extinción de Dominio, en el artículo 13¹⁹¹ señala, que para el ejercicio y el trámite de la acción de extinción de dominio se debe garantizar el derecho de defensa y el debido proceso, que de alguna manera pudiese resultar afectado. En ese orden de ideas, los derechos a los que se ha hecho relación con anterioridad deben inspirar los procesos que se instauren al aplicar la referida ley. Por ello, al momento de ejercerse la acción mencionada se debe respetar los derechos sustanciales que comprenden la posibilidad de defensa y la observancia del debido procedimiento.

La Ley de Extinción reconoce al afectado los siguientes derechos:

- a) Tener acceso al proceso directamente y a través de la asistencia y representación de un abogado desde la presentación de la solicitud de extinción de dominio, o desde la materialización de las medidas cautelares.
- b) Conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles.
- c) Presentar y solicitar pruebas e intervenir ampliamente en resguardo de sus derechos.
- d) Controvertir las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de

¹⁹¹**Garantías** Art. 13.- En la aplicación de la presente ley, se garantizarán y protegerán los derechos reconocidos en la Constitución, tratados y convenios internacionales y demás leyes que resulten inherentes a su naturaleza. 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.

los bienes.

- e) Renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.

Existe otro aspecto cuestionable en cuanto a la acción de extinción de dominio, ello es lo relativo a la *presunción de inocencia* para ello es importante definir primeramente ese concepto, se constituye como una presunción *iuris tantum*, que exige que toda acusación sea acreditada con la prueba de los hechos en que se fundamenta; tal garantía constitucional se establece en el artículo 12¹⁹² que señala que toda persona es inocente mientras no se le haya declarado responsable judicialmente.

La Ley de Extinción de Dominio no menciona expresamente el principio objeto de estudio en este apartado, únicamente hace mención en el artículo 13 que se garantizará un debido proceso. Debe entenderse que, el debido proceso es el continente de varios derechos fundamentales entre ellos la presunción de inocencia, según lo establecido en convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que la obligación de observar tal presunción está presente en todos los procesos, inclusive los relativos a la extinción de dominio, aunque no haya mención expresamente.

Sin embargo, el afectado tiene la facultad de presentar pruebas para acreditar la licitud del bien adquirido bajo el principio de carga dinámica de la prueba¹⁹³.

¹⁹²Art. 12.- Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

¹⁹³LEDAB óp. Cit. **Carga de la prueba** Art. 36.- Corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal.

3.14 Regulación internacional.

La ley de extinción de dominio nace a partir de la necesidad de fortalecer y complementar las medidas previstas en convenciones internacionales ratificadas por el país, siendo las principales: la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*; la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*.

3.14.1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Los tres principales tratados de fiscalización internacional de drogas se apoyan mutuamente y se complementan. Un propósito importante de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio de 1971 sobre Sustancias Sicotrópicas¹⁹⁴ es codificar las medidas de control aplicables a nivel internacional con el fin de asegurar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos, impedir su desviación hacia canales ilícitos, incluyendo también disposiciones generales sobre el tráfico y el consumo de drogas.

La Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas reforzó significativamente la obligación de los países a imponer sanciones penales para combatir todos los aspectos de la producción ilícita, posesión y tráfico de drogas, la importancia de robustecer la cooperación internacional en asuntos penales.

¹⁹⁴Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 655, de fecha 14 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 198, Tomo No. 321, del 25 de octubre de ese mismo año.

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

La Convención deriva de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/55/25, aprobado en sesión plenaria, del 15 de noviembre del año 2000 y abierta a la firma en la Conferencia de Palermo (Italia) celebrada en diciembre del año 2000; de ahí que se le conozca como la Convención de Palermo. Contiene 41 artículos con sus respectivos numerales, sin división en títulos o capítulos; señala lineamientos relativos a aspectos sustantivos y adjetivos que, pide a los Estados Parte, consideren y apliquen.

La finalidad de la Convención (art.1), es “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. En la parte considerativa indica que la Asamblea General está convencida de que la Convención “constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional” para combatir actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico de flora y fauna silvestre en peligro de extinción, las que atentan contra el patrimonio cultural o el terrorismo.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁹⁵, establece lineamientos importantes para comprender las tendencias que se marcan en el combate al crimen organizado. El reconocimiento formal de que la delincuencia organizada actúa a nivel transnacional y que las medidas para contrarrestarla deben igualmente

¹⁹⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 164, de fecha 16 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 211, Tomo No. 361, del 12 de noviembre de ese mismo año.

asumirse en un marco de colaboración internacional, es relevante. Esta incluye una explícita aceptación de algunos aspectos de gran relevancia en el tema, como la trascendencia de la corrupción para la fortaleza de los grupos delictivos organizados; la utilización de personas jurídicas para lograr fines ilícitos; las facultades discrecionales de las autoridades; la negación de beneficios de ejecución; el incremento en los plazos para la prescripción; el destino de los bienes o productos del delito; los problemas de jurisdicción; la cooperación que los Estados Parte deben lograr para la eficiente prevención, investigación, ejecución y demás cuestiones relativas a su actuación contra el crimen organizado.

3.14.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁹⁶, también conocida como la Convención de Mérida, por haber sido adoptada en esa ciudad de México, en diciembre de 2003, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas. Actualmente, se integra por 126 Estados miembros y sus objetivos son: Adoptar medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, así como el fortalecimiento de las normas existentes. Fomentar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos. En este sentido, la Convención reconoce que una función pública eficiente y transparente es la base de un buen gobierno. Asimismo, indica que para evitar los efectos nocivos de la corrupción, es indispensable que sus normas sean aplicables al sector privado y se involucre a la sociedad.

¹⁹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 325, de fecha 20 de mayo de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 119, Tomo No. 363, del 28 de junio de ese mismo año.

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Sumario: 4.1 Características generales del procedimiento de extinción de dominio en Colombia; 4.2 Procedimiento de extinción de dominio Colombiano; 4.2.1 Fase inicial; 4.2.2. Fijación provisional de la pretensión; 4.2.3. Procedimiento abreviado de extinción de dominio 4.2.4 Etapa de juicio; 4.2.6 Recurso de apelación; 4.2.7 Acción extraordinaria de revisión 4.3 Procedimiento de extinción de dominio en Guatemala; 4.3.1 Inicio de la Acción, 4.3.2 Resolución y Notificación, 4.3.3 Excepción Previa, 4.3.4 Apertura a Prueba, 4.3.5 Sentencia, 4.3.6 Impugnación de la Sentencia: Recurso de Apelación, 4.4 Diferencias y similitudes del procedimiento probatorio de extinción de dominio entre Guatemala y El Salvador.

La acción de extinción de dominio, tuvo su inicio en la legislación colombiana en el año 1996, posteriormente fue derogada por una nueva ley aprobada en el año 2002. Aprobándose en el año 2014 el primer Código de extinción de dominio¹⁹⁷ incorporando nuevos aspectos en el procedimiento de acción de extinción de dominio, así mismo a nivel regional Guatemala ha incorporado a su ordenamiento jurídico la acción de extinción de dominio siendo hasta la fecha el país centroamericano con mayor efectividad al momento de aplicar el procedimiento de extinción de dominio.

El propósito de este capítulo es desarrollar, tanto el procedimiento plasmado en el código de extinción de dominio como en la ley de extinción de dominio de Guatemala.

¹⁹⁷ Informe Jurídico Colombiano, Congreso de la República expide nuevo Código de Extinción de Dominio. Ley 1708 de 2014.

4.1 Características generales del procedimiento de extinción de dominio en Colombia.

El código de extinción de dominio establece un régimen de principios generales para la acción de extinción de dominio. El objetivo de este régimen de principios es suministrarle coherencia al ordenamiento jurídico en esta materia, con la pretensión de construir un auténtico sistema de normas para la extinción del derecho de dominio. Para esta legislación, extinción de dominio¹⁹⁸ es la consecuencia patrimonial del desarrollo de actividades ilícitas o que deterioran de forma grave la moral social, la cual consiste en declarar a favor del Estado la titularidad de los bienes sujetos a la extinción.

Según lo anterior, se define que se declarará extinguido el dominio de aquellos bienes que sean producto directo o indirecto de actividades ilícitas, correspondan al objeto material de la actividad ilícita, sean fruto de la transformación o conversión parcial o completa, física o jurídica del producto, formen un incremento patrimonial no justificado, siempre que se llegue a considerar razonablemente que proceden de actividades ilícitas, aquellos que hayan sido utilizados o destinados al desarrollo de actividades ilícitas, los que constituyan renta, ganancias, frutos y beneficios de dichos bienes, procediendo la acción de extinción del dominio sobre aquellos bienes objeto de sucesión por causa de muerte, resaltándose que la acción de extinción de dominio es imprescriptible¹⁹⁹. La naturaleza del procedimiento de extinción de dominio la determina el mismo código en el artículo 17²⁰⁰, estableciendo

¹⁹⁸Informe Jurídico Colombiano, Congreso de la República expide nuevo Código de Extinción de Dominio. Ley 1708 de 2014. Óp. Cit. p. 1

¹⁹⁹ Código de Extinción de Dominio. Ley 1708 de 2014. Artículo 21. Intemporalidad. La acción de extinción de dominio es imprescriptible.

²⁰⁰ Artículo 17. *Naturaleza de la acción*. La acción de extinción de dominio de que trata la presente leyes de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y

que es de carácter constitucional, ya que a diferencia de la ley de extinción de dominio salvadoreña la acción de extinción de dominio nace a partir del artículo 34²⁰¹ de la constitución de Colombia.

Las principales características que destacan dentro del Código de extinción de dominio son las siguientes:

*Autonomía e independencia de la acción*²⁰²: No es necesario que el titular haya participado en la actividad delictiva que compromete los bienes. Tiene un objeto propio, causales independientes, características particulares y procedimiento propio.

Es imprescriptible: El origen de los bienes no puede sanearse por el transcurso del tiempo, y menos aún, inhibir al Estado para perseguirlos.

Es retrospectiva: Se aplica sobre situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la expedición de la ley.

Concluye con una sentencia declarativa y no de condena: Se declara que la propiedad, dado su irregular origen, no es merecedora de la protección constitucional y *Respeto derechos de terceros de buena fe*²⁰³: Exenta de culpa y cualificada, obrar con lealtad y honestidad.

de contenido patrimonial, y procederá ¹¹ sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido.

²⁰¹Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, 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.

²⁰²Artículo 18. *Autonomía e independencia de la acción*. Esta acción es distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad.

²⁰³Artículo 7. *Presunción de buena fe*. Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.

Carga dinámica de la prueba: Los sujetos procesales tendrán el derecho a controvertir las pruebas y aquellas decisiones que sean susceptibles de recursos dentro del proceso de extinción de dominio. A tal efecto, el funcionario judicial deberá motivar las decisiones que afecten sus derechos fundamentales o reales o que resuelvan de fondo aspectos sustanciales del proceso.

4.2 Procedimiento de extinción de dominio Colombiano.

El procedimiento de extinción de dominio está estructurado como un procedimiento bifásico compuesto por dos grandes etapas: una etapa inicial o preprocesal y una etapa de juzgamiento. La etapa inicial del procedimiento está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y tiene como propósito la identificación, ubicación y recolección de las pruebas necesarias para determinar si concurre alguna de las causales de extinción de dominio previsto en la ley. Esta etapa consta de tres fases: la fase inicial propiamente dicha, la fijación provisional de la pretensión y el requerimiento a los jueces²⁰⁴.

4.2.1 Fase inicial.

La Fiscalía General de la Nación puede iniciar el procedimiento de extinción de dominio de oficio, por información que llegue a su conocimiento por cualquier medio. En consecuencia, cuando la información recibida por la Fiscalía General de la Nación ofrezca razones o motivos serios y fundados para pensar que determinado bien se encuentra en alguna de las causales de extinción de dominio, el fiscal delegado a quien se le haya asignado el

²⁰⁴Informe Jurídico Colombiano, Congreso de la República expide nuevo Código de Extinción de Dominio. op.33

caso debe proceder a proferir una resolución de apertura del proceso de extinción de dominio²⁰⁵. En esa resolución, el fiscal delegado debe exponer las razones o motivos que tiene para iniciar el proceso y ordenar la práctica de todas las pruebas que considere necesarias para determinar la concurrencia o no de alguna de las causales de extinción de dominio.

Durante la fase inicial, la Fiscalía General de la Nación practicará, con apoyo de los organismos que cumplen funciones de policía judicial permanente, todas las pruebas necesarias. Así mismo, el fiscal delegado podrá ordenar durante la fase inicial la realización de todos los actos de investigación que se requieran para identificar, ubicar o recolectar las pruebas que se necesitan.

En consecuencia, la policía judicial podrá llevar a cabo, previa orden del fiscal de conocimiento, actos tales como: allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, recuperación de información dejada al navegar por internet, seguimientos y vigilancias de personas, vigilancia de cosas, búsquedas selectivas en bases de datos públicas y privadas, operaciones encubiertas, etc.

Durante la fase inicial, el fiscal de conocimiento también podrá apoyarse en la policía judicial para obtener las pruebas técnico- científicas que lleguen a necesitarse dentro del proceso de extinción de dominio. El procedimiento de extinción de dominio²⁰⁶ en esta fase inicial se encuentra en una total reserva

²⁰⁵ Artículo 117. *Fase inicial* La acción de extinción de dominio se adelantará l. de oficio por la Fiscalía General de la Nación por información que llegue a su conocimiento, siempre y cuando exista un fundamento serio y razonable que permita inferir la probable existencia de bienes cuyo origen o destinación se enmarca en las causales previstas en la presente ley.

²⁰⁶ Artículo 158. *De la función de investigación*. El Fiscal General de la Nación o su delegado dirigirán las actividades de investigación requeridas dentro del proceso de extinción de

incluso respecto a los afectados, es decir, que los afectados los terceros y los intervinientes no tienen acceso al proceso, ni pueden conocer las pruebas recaudadas por la fiscalía durante esta etapa, sin perjuicio de cuando se afecten derechos fundamentales, la participación en lo que tiene que ver con la intervención del derecho, puede ser debatida ante un juez a través del control de legalidad.²⁰⁷ El código establece expresamente que esta fase inicial tendrá como propósito fundamental lo siguiente:

1. Identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en las causales de extinción de dominio.
2. Buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales de extinción de dominio que se invoquen.
3. Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados, cuando los haya.
4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio.
5. Buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa²⁰⁸.

dominio y podrá adelantar por sí mismo o a través de orden emitida a los servidores que cumplan funciones de Policía Judicial, todos los actos de investigación que considere necesarios y conducentes para cumplir los fines constitucionales y legales de la acción de extinción de dominio.

²⁰⁷ Artículo 158. *De la función de investigación óp. Cit.*

²⁰⁸ Consagra que las medidas cautelares y de decomiso deben practicarse respetando los derechos de los terceros de buena fe cuando los bienes, objetos o vehículos empleados en

6. Estos fines no solo constituyen el objeto de la fase inicial, sino que también actúan como requisitos de procesabilidad. Esto quiere decir, que solo se puede seguir a la siguiente fase del procedimiento, cuando todos los fines antes mencionados se han cumplido en la medida de lo posible.

En este sentido, los fines de la fase inicial también constituyen un estándar probatorio y cognitivo exigido por la ley, para avanzar dentro del proceso de extinción de dominio.

En caso que se reúnan los requisitos, y el fiscal de conocimiento decida hacer uso de esa facultad excepcional de dictar una medida de carácter real, los titulares de derechos reales sobre los bienes afectados adquieren el derecho a solicitar un control de legalidad ante los jueces de extinción de dominio.

A tal efecto, el código de extinción de dominio prevé un levantamiento parcial de la reserva de la actuación²⁰⁹, en el sentido de permitirle al afectado tener acceso únicamente a las piezas procesales que necesita para solicitar el control de legalidad.

En todo caso, la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo, siempre estará presente y será necesaria implementar en todos los casos, con lo que se evita la comercialización del bien y otras consecuencias

la ejecución de los delitos correspondientes no fueran de propiedad de los implicados deben ser devueltos a sus propietarios, siempre y cuando éstos no tengan responsabilidad.

²⁰⁹ Artículo 10. Publicidad. Durante la fase inicial la actuación será reservada, incluso para los sujetos procesales e intervinientes. A partir de la fijación provisional de la pretensión la actuación está sometida a reserva frente a terceros, pero podrá ser conocida por los sujetos procesales y por los intervinientes, con las excepciones previstas en esta ley. El juicio de extinción de dominio es público.

adversas al proceso y a la pretensión de Estado.

4.2.2 Fijación provisional de la pretensión.

La fase inicial termina cuando la Fiscalía General de la Nación ha cumplido los propósitos o fines²¹⁰ para los cuales fue creado este periodo procesal. Por consiguiente, se entiende que al término de la fase inicial de la investigación está prácticamente perfeccionada, las pruebas necesarias están recolectadas casi en su totalidad y por consiguiente el fiscal delegado ya tiene elementos de juicio suficientes para afirmar con buen grado de certeza, si procede o no la extinción de dominio. Así entonces, al término de la fase inicial, el fiscal delegado deberá proferir resolución de archivo cuando se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias:

No se logren identificar bienes que puedan ser pasibles de la acción de extinción de dominio.

Se acredite que los bienes denunciados o que lleguen a ser identificados no se encuentren enmarcados en una causal de extinción de dominio.

Se acredita que los titulares de derechos sobre los bienes que llegaren a identificarse no presentan ningún nexo de relación con una causal de extinción de dominio.

Se demuestre que los bienes cuestionados se encuentran a nombre de terceros de buena fe exenta de culpa y no existan bienes que puedan ser

²¹⁰Artículo 123. De la conclusión de la fase inicial. Concluidas las labores de investigación ordenadas durante la fase inicial se proferirá resolución de archivo o resolución de fijación provisional de la pretensión.

afectados por valor equivalente.

Se acredite cualquier circunstancia que impida fijar la pretensión de extinción de dominio²¹¹.

La consecuencia de esta decisión de archivo es la terminación del proceso y la devolución inmediata de aquellos bienes que hubieren sido afectados con medidas cautelares excepcionales. Por esta razón, el proyecto fue consciente de que el archivo del proceso tiene un efecto importante sobre el destino de los bienes y, en esa medida, se trata de una decisión que debe estar sometida a algún tipo de control, para evitar casos de corrupción.

Ahora bien, cuando la valoración de las pruebas recolectadas durante la fase inicial indique que existe una probabilidad seria y fundada de que los bienes objeto del procedimiento estén incurso en una causal de dominio, el fiscal delegado debe preceder a emitir una resolución de fijación provisional de la pretensión. En esta resolución, la Fiscalía debe exponer las razones fácticas y jurídicas que tiene para sostener, provisionalmente, que concurre alguna de las causales de extinción de dominio. Así mismo, deberá identificar y ubicar los bienes afectados dentro del proceso, y señalar las pruebas recaudadas en que se funda su decisión.

Esta resolución de fijación provisional de pretensión²¹² es un acto de parte de

²¹¹Artículo 124. *Del archivo*. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrán proferir resolución de archivo, previa motivación fáctica, jurídica y probatoria, en cualquier momento que se verifique alguna de las siguientes circunstancias.

²¹² Artículo 126. Fijación provisional de la pretensión. Antes de presentar el requerimiento de extinción de dominio al juez, y con el fin de garantizar el derecho de contradicción, el Fiscal General de la Nación o su delegado procederá a fijar provisionalmente la pretensión, cuando los medios de prueba recolectados durante la fase inicial indiquen que están dados los presupuestos para la extinción del derecho de dominio. A tal efecto, el fiscal que adelante el trámite dictará una resolución en la que propondrá: 1. Los fundamentos de hecho y de

la Fiscalía General de la Nación, y no tiene otro propósito que el de comunicar a los titulares de derechos reales afectados, la existencia del trámite de extinción de dominio. Dicho en otras palabras, la resolución de fijación provisional de la pretensión es un acto de información, en el que la fiscalía general de la nación le manifiesta a una persona, que está adelantando un trámite de extinción de dominio sobre un bien respecto del cual él tiene derechos reales comprometidos. Por esta razón, esta resolución no es susceptible de recurso alguno. Una vez comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión, el expediente debe quedar a disposición de los afectados por el término de 10 días, para que presenten sus oposiciones. Durante este término los afectados y los demás intervinientes (Ministerio Público y Ministerio de Justicia) podrán conocer todas las pruebas recaudas por la Fiscalía, y tendrán acceso completo a todo el expediente del proceso, para que puedan ejercer su derecho a la contradicción.

4.2.3 Procedimiento abreviado de extinción de dominio.

Es posible que dentro del traslado para presentar oposición, el sujeto afectado manifieste de forma expresa y por escrito, que acepta que los bienes están incursos en una causal de extinción de dominio. Ello podría presentarse, por ejemplo, cuando el sujeto espera recibir beneficios por colaborar con la justicia en Colombia o en el extranjero, como contraprestación por la entrega de bienes de origen ilícito. En esos casos, el código propone que la resolución de fijación provisional de la pretensión sea

derecho en que se sustenta la decisión. 2. La identificación, ubicación y descripción de los bienes que se persiguen. 3. Las pruebas en que se funda. I I ' Si aún no se ha hecho en la fase inicial, el fiscal decretará las medidas cautelares, las cuales se ordenarán en resolución independiente y ejecutarán antes de comunicar la resolución de fijación provisional de la pretensión a los afectados. Contra la resolución de fijación provisional de la pretensión no procede recurso alguno. Contra la resolución que ordena medidas cautelares procederá el control de legalidad previsto en esta ley.

suficiente para el ejercicio de la acción de extinción de dominio. Por consiguiente, el procedimiento consiste en que el fiscal delegado remita inmediatamente a los jueces de extinción de dominio la resolución de fijación provisional de pretensión junto con todas las pruebas recaudadas, para que estos procedan de inmediato a proferir sentencia de extinción de dominio.²¹³

Ahora bien, como puede darse el caso que la aceptación solo se produzca respecto de uno o algunos de los bienes, entonces el fiscal delegado puede proceder a hacer uso de la ruptura de la unidad procesal. De esa manera, la parte del proceso correspondiente a los bienes respecto de los cuales se produjo la aceptación se remite a los jueces por la vía del procedimiento abreviado de extinción de dominio, y al resto se le aplica el procedimiento ordinario; cuidando siempre por supuesto, que esa manifestación sea conforme a la verdad, a fin de evitar por esa vía maniobras ilegales.

4.2.4 Etapa de juicio.

Una vez recibido el requerimiento de extinción de dominio presentado por la Fiscalía, el juez avocará conocimiento mediante auto de sustanciación que será notificado personalmente al afectado, tal como lo dispone el artículo 138²¹⁴ del código de extinción de dominio y de forma sucesiva cinco días después de fijado el aviso se dispondrá el emplazamiento de quienes figuren

²¹³ Artículo 133. *De la sentencia anticipada de extinción de dominio.* Después de comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión, el afectado podrá reconocer de manera expresa que concurre sobre el bien los presupuestos de una o varias de las causales de extinción de dominio y renunciar a presentar oposición, evento en el cual se tendrá que lo actuado es suficiente para sustentar ante el juez de extinción de dominio la pretensión, extintiva y se remitirán las carpetas al Juez para que emita la correspondiente sentencia por vía anticipada.

²¹⁴ Código de extinción de dominio, Decreto No. 063, del 20 de enero de 2014. Artículo 138. Notificación del inicio del juicio. El auto que avoca conocimiento del juicio se notificará personalmente al afectado, al agente del Ministerio Público y al Ministerio de Justicia y del Derecho, en la forma prevista en el artículo 52 de la presente ley.

como titulares de derechos sobre los bienes objeto de la acción de acuerdo con certificado de registro correspondiente, así como de los terceros indeterminados, para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que avoca conocimiento, los sujetos e intervinientes podrán: a) solicitar la declaratoria de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades; b) aportar pruebas, las cuales serán las que regula el art.149²¹⁵ del código de extinción de dominio y al mismo tiempo rigiéndose por el principio de carga dinámica de la prueba, tal como lo dispone el artículo152²¹⁶ del mismo cuerpo legal; c) solicitar la práctica de pruebas y; d) formular observaciones sobre el acto de requerimiento presentado por la Fiscalía si no reúne los requisitos. El juez deberá resolver sobre las cuestiones planteadas dentro de los cinco días siguientes, mediante auto interlocutorio. En caso de encontrar que el acto de

²¹⁵Código de extinción de dominio, Decreto No. 063, del 20 de enero de 2014. óp. cit. p 43, Artículo 149. Medios de prueba. Son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio. El fiscal podrá decretar la práctica de otros medios de prueba no contenidos en esta ley, de acuerdo con las disposiciones que lo regulen, respetando siempre los derechos fundamentales. Se podrán utilizar los medios mecánicos, electrónicos y técnicos que la ciencia ofrezca y que no atenten contra la dignidad humana. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse y serán apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con observancia de los principios de publicidad y contradicción sobre las mismas.

²¹⁶Código de extinción de dominio, Decreto No. 063, del 20 de enero de 2014Artículo 152. Carga de la prueba. Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso de extinción de dominio deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos. Sin perjuicio de lo anterior, por regla general, la Fiscalía General de la Nación tiene la carga de identificar, ubicar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestren la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio y que el afectado no es titular de buena fe exenta de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio. 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.

requerimiento no cumple los requisitos, el juez lo devolverá a la Fiscalía para que lo subsane en un plazo de cinco días, en caso contrario lo admitirá a trámite.

Una vez practicadas las pruebas que fueron admitidas y ordenadas por el juez en audiencia, este correrá traslado por el término común de cinco días para alegar de conclusión; continuamente el juez dictará sentencia dentro de los treinta días siguientes declarando la extinción de dominio o su improcedencia, esta sentencia tendrá efectos *erga omnes*²¹⁷. Esta sentencia se notifica como cualquier otra (personalmente o en su defecto por edicto), y contra ella procede el recurso de apelación²¹⁸. Contra las sentencias ejecutoriadas procede también la acción extraordinaria de revisión²¹⁹, pero sólo por las causales expresamente previstas en el código de extinción de dominio.

4.2.5 Recurso de apelación.

En los procesos de extinción de dominio únicamente procede el recurso de apelación contra las siguientes providencias: 1. La sentencia de primera

²¹⁷Efecto erga omnes: expresa que la ley, el derecho, o la resolución abarcan a todos, hayan sido partes o no; y ya se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga.

²¹⁸ Artículo 147. Contradicción de la sentencia. Contra la sentencia sólo procederá el recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales o por los intervinientes, en el efecto suspensivo. Este será resuelto por el superior dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que el expediente llegue a su despacho. La sentencia de primera instancia que niegue la extinción de dominio y que no sea apelada, se someterá en todo caso a grado jurisdiccional de consulta.

²¹⁹ Artículo 80. Revisión de la sentencia. Si la sala encuentra fundada la causal invocada, se declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y se devolverá la actuación a primera instancia, para que un funcionario diferente de aquel que profirió la decisión tramite nuevamente la actuación a partir del momento procesal que se indique. En todo caso, si la Corporación considera que tiene los elementos de juicio necesarios para decidir de fondo y en derecho el asunto, y no afecta con ello derechos fundamentales, puede emitir sentencia de remplazo.

instancia, en el efecto suspensivo²²⁰. 2. El auto que niega pruebas en la fase del juicio, en el efecto suspensivo. 3. Los demás autos interlocutorios proferidos durante la fase de juicio, en efecto devolutivo. 4. Las decisiones judiciales que denieguen cualquiera de los controles de legalidad establecidos en esta ley. 5. El auto que deniegue el recurso de apelación solo será susceptible de recurso de reposición, salvo cuando se trate del auto que niega la apelación de la sentencia de primera instancia, evento en el cual procederá el recurso de reposición y en subsidio el de queja²²¹.

El recurso de apelación deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro del término de ejecutoria de la providencia. Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario dejará el expediente a disposición de todos los sujetos procesales por el término de cuatro días para los no recurrentes. Precluido el término anterior, si fuese viable, se concederá en forma inmediata mediante providencia de sustanciación en que se indique el efecto en que se concede. Concedido el recurso de apelación y efectuado el reparto, el proceso se pondrá a disposición del funcionario, quien deberá resolver el recurso dentro de los diez días siguientes. Si se trata de juez colegiado, el magistrado ponente dispondrá de diez días para presentar proyecto y la Sala de un término igual para su estudio y decisión. En la apelación, la decisión del

²²⁰El procedimiento actual prevé la existencia de una resolución de inicio, en la cual el fiscal delegado no sólo resuelve adelantar el trámite de extinción de dominio con base en las pruebas recaudadas durante la fase inicial, sino también ordena la práctica de medidas cautelares de carácter real. En la redacción original del numeral 1 del artículo 13 de la Ley 793 de 2002, esta resolución de inicio no era susceptible de recurso alguno. Sin embargo, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad condicionada de esta disposición, en el sentido de que esa resolución debía ser susceptible del recurso de apelación (Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

²²¹Artículo 69. Decisión del recurso de queja. Si el superior concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior. En caso contrario, así lo declarará y enviará la actuación al inferior para que forme parte del expediente.

superior se extenderá a los asuntos que resulten vinculados al objeto de impugnación. La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia.

4.2.6 Acción extraordinaria de revisión.

El código de extinción de dominio propone la posibilidad de ejercer la acción extraordinaria de revisión²²² frente a las sentencias de extinción de dominio que estén ejecutoriadas y hayan dado tránsito a cosa juzgada.

Esta posibilidad se considera necesaria por dos razones: a) Por un lado, para poder corregir las decisiones judiciales que se hubieren proferido, a causa de conductas delictivas cometidas para inducir o mantener en error al funcionario judicial. b) En segundo lugar, para revisar los casos de corrupción en los que hubiera cobrado ejecutoria una decisión judicial contraria a la ley.

Sumado a lo anterior, la acción de revisión también permite que algunos casos lleguen por esa vía a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual se abriría la posibilidad de que esa Corporación comenzara a desarrollar una jurisprudencia en materia de extinción de dominio, que tanta falta hace en la actualidad.

La acción se promoverá²²³ por medio de escrito dirigido al funcionario

²²²Artículo 73. Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: 1. Cuando después de la sentencia aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo del proceso, que lleven a considerar razonablemente que la decisión finalmente adoptada pudo haber sido diferente. 2. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta delictiva del juez, el fiscal, un sujeto procesal, un interviniente o de un tercero. 3. Cuando se demuestre, por sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

competente y deberá contener: a) La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo; b) Los hechos y causales que motivaron la actuación procesal y la decisión; c) La causal de revisión que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud; d) La relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición. Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de primera y segunda instancias y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda.

Repartida la demanda, el magistrado ponente examinará si reúne los requisitos exigidos. En caso afirmativo la admitirá dentro de los cinco días siguientes, mediante auto de sustanciación que se notificará, en el cual también dispondrá solicitar el proceso objeto de revisión.

Este auto será notificado personalmente a los no demandantes; de no ser posible, se les notificará por estado. Si la demanda fuere inadmitida, la decisión se tomará mediante auto interlocutorio de la Sala²²⁴. Recibido el proceso se dejará a disposición de los sujetos procesales por el término común de ocho días, para que las partes soliciten las pruebas que estimen conducentes.

²²³ Artículo 74. Titularidad. La acción de revisión podrá ser promovida por cualquiera de los sujetos procesales que tengan interés jurídico y haya sido legalmente reconocidos dentro de la actuación procesal. También podrá ser promovida por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

²²⁴ Artículo 38. Competencia de las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. La Sala de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores conocerá: 1. En primera instancia, de la acción extraordinaria de revisión promovida contra las sentencias de esa corporación en materia de extinción de dominio. 2. En segunda instancia, de los recursos de apelación y queja interpuestos contra los autos y sentencias proferidos por los Jueces de Extinción de Dominio. 3. De las solicitudes de control de legalidad que sean promovidas contra las decisiones adoptadas por el Fiscal General de la Nación en los trámites a su cargo.

Una vez decretadas las pruebas, se practicarán dentro de los treinta días siguientes. Vencido el término para alegar el magistrado ponente tendrá diez días para registrar el proyecto y se decidirá dentro de los veinte días siguientes.

4.3 El procedimiento de extinción de dominio en Guatemala.

El procedimiento de extinción de dominio de Guatemala, es de carácter jurisdiccional, donde se garantiza el debido proceso²²⁵ el cual debe ser eficaz y efectivo cumpliendo las condiciones mínimas en todo proceso jurisdiccional que asegure a las personas, el derecho de contradicción, el derecho de oposición, y presentar pruebas que establezcan el origen lícito del patrimonio o su adquisición de buena fe exenta de culpa y probando que los bienes se encuentran en ninguna de las causales de extinción de dominio.

La competencia²²⁶ de la acción de extinción de dominio le corresponde al

²²⁵LED Guatemala Artículo 9. Debido proceso. En el ejercicio y trámite de la acción de extinción de dominio, se garantizará el debido proceso y el derecho de defensa, permitiendo a la persona que pudiera resultar afectada, presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes, conforme a las normas de la presente Ley.

²²⁶LED Guatemala Artículo 12. Competencia. El Fiscal General, directamente o a través de los agentes fiscales designados, es el responsable de dirigir y realizar la investigación para establecer y fundamentar la concurrencia de una o más de las causales de extinción de dominio, de iniciar y promover la acción correspondiente. De acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, podrá conformar unidades especiales para la investigación y el ejercicio de la acción de extinción de dominio o atribuirla a cualquiera de las secciones existentes. De igual manera, el Ministro de Gobernación conformará las unidades especiales de la Policía Nacional Civil que cooperarán y coordinarán en la investigación con el Ministerio Público. Sin importar la cuantía del asunto, corresponde a los tribunales competentes, según determine la Corte Suprema de Justicia, tramitar y proferir la resolución que declare la extinción de dominio. Los actos y diligencias judiciales realizados o autorizados con anterioridad por los jueces de paz, de primera instancia, municipales o departamentales, conservarán su plena validez, siempre que no sean contrarios a las disposiciones de la presente Ley.

fiscal general a través de sus agentes fiscales designados corresponde la investigación y quien tramitara y declara la extinción de dominio serán los tribunales competentes, la acción de extinción de dominio se iniciara de oficio por el fiscal general o su delegado.

Por otra parte las causales que originan el procedimiento de extinción de dominio son: cuando el bien o los bienes de que se traten provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en el territorio nacional o en el extranjero, cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, cuando los bienes o negocios de que se trate, hayan sido utilizados como medio para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo.

En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir. Los bienes, frutos, productos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que, a sabiendas o debiéndolo presumir razonablemente, tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas o delictivas, los bienes frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito, no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa. Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, provengan de actividades ilícitas o delictivas: se

haya declarado judicialmente el archivo o la desestimación de la causa, cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución o de responsabilidad penal, el sobreseimiento, la clausura provisional o el criterio de oportunidad; cuando no se pueda identificar al sindicado; el sindicado, condenado o procesado, en caso de fuga o se haya sustraído a la persecución penal o a la pena²²⁷.

Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes o negocios de procedencia lícita pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, encubrir, incorporar bienes de procedencia ilícita o delictiva y en los casos de presunción previstos en el artículo 46 de la Ley contra la Narcoactividad. Los bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas y por condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico, lavado de dinero enriquecimiento ilícito o delincuencia organizada, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trate no los haya oportunamente reclamado (según el artículo 4 LED)²²⁸.

Al proceder cualquiera de las causales mencionadas, el Fiscal General o el agente fiscal designado, a quienes competa la acción de extinción de dominio, realizarán por el tiempo que sea necesario la investigación de oficio con el fin de reunir las pruebas necesarias para fundamentar la solicitud de extinción de dominio, quienes podrán solicitar colaboración de empleados, servidores públicos, personas individuales o jurídicas, los que están obligados a proporcionar la información requerida por el Fiscal General o el agente fiscal designado sin necesidad de orden judicial previa, tal como lo

²²⁷PINEDA GARZARO, Hellen Paola, "La extinción de dominio, naturaleza, características y análisis de constitucionalidad", Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012, pág.49

²²⁸PINEDA GARZARO, Hellen Paola, óp. Cit. pág. 50-51.

señala el artículo 17 de la LED²²⁹ donde se hace referencia al deber de colaboración. Si concluida la investigación existen fundamentos precisos para iniciar la acción de extinción de dominio, ésta se desarrollará de la manera siguiente:

4.3.1 Inicio de la Acción.

El procedimiento de la acción de Extinción de Dominio se inicia por demanda del Fiscal General de la República o el agente fiscal designado en un plazo no mayor de dos días, quién expondrá ante el tribunal competente lo siguiente: los hechos en que fundamenta su petición; la descripción e identificación de los bienes que persiguen, así como la causal en la que se fundamenta la extinción de dominio; el nombre, los datos de identificación y la dirección de residencia o de negocios de las personas que podrían tener interés en el asunto, o las razones que imposibilitan la identificación de las mismas; y el ofrecimiento de las pruebas conducentes.²³⁰

²²⁹ Artículo 17. Deber de colaboración. En el desarrollo de la fase de investigación y en cualquier otra etapa, bajo advertencia expresa de procesamiento y sanción por el delito de obstrucción a la justicia, todo empleado, servidor o funcionario público y las personas individuales o jurídicas, públicas o privadas, están obligados a proporcionar, en el acto, la información o los documentos requeridos por el Fiscal General o el agente fiscal designado, sin necesidad de orden judicial previa, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia, conforme a la ley. Las personas a que se hace referencia en el párrafo anterior, deberán proporcionar toda la documentación e información que se encuentre en su poder o señalar el lugar en donde pueda encontrarse, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas en las que pudieren incurrir. Cuando los obligados a proporcionar la documentación o información no pudieren hacerlo justificadamente dentro del plazo estipulado por el Ministerio Público, podrán solicitar una prórroga de cuarenta y ocho (48) horas más, con la debida anticipación, explicando los motivos. Esta prórroga deberá resolverse antes de que concluya el plazo señalado originalmente.

²³⁰ Artículo 25. Ejercicio de la acción y su procedimiento. El trámite de la acción de extinción de dominio se cumplirá de conformidad con las reglas siguientes: Si concluida la investigación, existen fundamentos serios para iniciar la acción de extinción de dominio, el Fiscal General requerirá al Procurador General de la Nación la delegación a él o al agente fiscal por él propuesto, para el ejercicio de la misma. El Procurador General de la Nación

4.3.2 Resolución y Notificación.

Una vez presentada la solicitud de extinción de dominio, el juez debe dictar la resolución admitiéndola para su trámite en el plazo de 24 horas, la cual deberá notificarse en el plazo de 3 días a las personas que pudieren verse afectadas y que puedan de esa manera comparecer a juicio oral para hacer valer su derecho²³¹.

Si no se ha hecho con anterioridad el juez decretara, en la misma resolución de admisión del trámite las medidas cautelares necesarias que aseguren la ejecución de la sentencia, las cuales se ordenaran y ejecutaran antes de ser notificada la resolución a la parte interesada.

Dentro de los dos días después de la notificación señalada anteriormente; el juez emplazará a las partes señalándoles día y hora para la audiencia, la cual se celebrará en un plazo no mayor de 10 días contados a partir de la primera resolución. En la primera audiencia, el Ministerio Público puede

emitirá, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes de recibida la solicitud, la resolución necesaria para designar y delegar al agente fiscal el ejercicio de la acción en nombre del Estado. Dicha resolución deberá notificarse, dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas, al Fiscal General y al agente fiscal designado. La acción de extinción de dominio se iniciará por el Fiscal General o el agente fiscal designado, en un plazo no mayor de dos (2) días, ante juez o tribunal competente, exponiendo para esos efectos: a. Los hechos en que fundamenta su petición; b. La descripción e identificación de los bienes que se persiguen, así como la causal en la que se fundamenta la extinción del dominio; c. El nombre, los datos de identificación y la dirección de residencia o de negocios de las personas que podrían tener interés en el asunto, o las razones que imposibilitan la identificación de las mismas; d. El ofrecimiento de las pruebas conducentes. Cuando se trate de prueba documental, y fuere el caso, se indicará el lugar o archivo en donde se encuentre, para que el juez o tribunal competente ordene su remisión al agente fiscal del caso.

²³¹Artículo 25 numeral 3: Dentro de las veinticuatro (24) horas de presentada la petición de extinción de dominio, el juez o tribunal competente que conozca de la misma dictará resolución admitiéndola a trámite y haciendo saber a las personas interesadas o que pudieren resultar afectadas, del derecho que les asiste para comparecer a juicio oral y del apercibimiento en caso de no hacerlo. La resolución será notificada al Fiscal General, al agente fiscal designado y al Procurador General de la Nación, el mismo día en que se haya dictado.

ampliar su escrito inicial en ese caso se suspenderá la audiencia, pudiendo el juez prorrogarla por una sola vez para que ésta se lleve a cabo dentro de un plazo que no exceda de 8 días, quedando las partes debidamente notificadas.

En la audiencia señalada deben comparecer las personas que fueron citadas, quienes de manera oral manifestarán su oposición, sus medios de defensa y propondrán sus medios de prueba. En caso que la persona afectada no concurra a la audiencia el Ministerio Público, tiene la facultad de solicitar su rebeldía; en el caso que la rebeldía proceda la LED establece en el artículo 25 numeral 9 que se “podrá nombrar a un defensor judicial de entre los abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal”.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de la extinción de dominio no es penal, no cabría la afirmación que el Instituto de la Defensa Pública Penal a través de sus abogados defensores tendrían la legitimación para defender al afectado debido a que esa institución fue creada, como lo establece el artículo 1 de la Ley del Servicio Público Penal, para que haga valer sus derechos durante el proceso mientras no comparezca el declarado rebelde²³².

En ese orden de ideas, debido a la naturaleza de la extinción de dominio los abogados defensores propuestos por la Defensa Pública Penal carecerían de legitimación en el procedimiento de la extinción de Dominio ya que su propia ley excluye otras materias que no sean de índole penal, por ser autónoma e independiente de cualquier otro proceso así como lo establece su naturaleza.

²³²PINEDA GARZARO, Hellen Paola, óp. Cit. pág. 52

4.3.3 Excepción Previa.

La única excepción previa que se puede interponer es la de falta de personalidad, la cual deberá de ser resuelta en el plazo de tres días siguientes a la primera audiencia.

El único recurso que se puede plantear contra la resolución que resuelva la excepción es el recurso de apelación, éste no suspenderá el procedimiento de la extinción de dominio²³³.

4.3.4 Apertura a Prueba.

Una vez sea resuelta la excepción previa o celebrada la primera audiencia, el juez abrirá a prueba el proceso por el plazo de 30 días, prorrogables únicamente por el término de la distancia. La manera en que se ofrecerán, admitirán y diligenciarán cada medio de prueba se realizará conforme se encuentra regulado en el Código Procesal Penal de Guatemala.

El período de prueba puede vencerse antes del plazo estipulado en el caso que se hubieren practicado los medios de prueba o bien sin que las partes hayan aportado sus pruebas. En la última audiencia donde se diligencien los medios de prueba, el juez señalará día y hora para que se lleve a cabo la vista. El día señalado para la vista las partes expondrán sus conclusiones finales.

²³³ Artículo 25 numeral 10.- La única excepción previa que se podrá interponer es la de falta de personalidad, la cual deberá ser resuelta dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia mencionada en el numeral anterior. Contra la resolución que resuelva la excepción se podrá interponer el recurso de apelación, el cual se tramitará y resolverá de conformidad con lo previsto en el párrafo quinto del artículo 22 de la presente Ley La apelación no suspenderá el procedimiento de extinción de dominio.

4.3.5 Sentencia

Luego de llevarse a cabo la vista, el juez citará a las partes para dictar sentencia dentro de un plazo que no exceda de 10 días, en la cual deberá resolver todas las cuestiones suscitadas dentro del procedimiento inclusive las nulidades tal como lo preceptúa el artículo 29 de la LED “si los interesados interpusieren nulidad, ésta deberá ser resuelta en la sentencia de primera o segunda instancia, según corresponda. No se admitirá ninguna nulidad de previo pronunciamiento”²³⁴.

En el caso que el juez declare procedente la acción en la sentencia dictada en el procedimiento de extinción de dominio resolverá sobre lo siguiente en virtud de lo que estipula el artículo 33 de la LED: declarará la extinción de dominio de todos los derechos reales, principales y accesorios a favor del Estado, ordenará su transmisión a favor del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, la sentencia firme valdrá como título legítimo y ejecutivo, y deberá inscribirse en los registros públicos correspondientes, si en la resolución se reconocieran derechos de un acreedor prendario o hipotecario, el Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio procederá a cancelar el crédito, siempre que el bien reporte ganancia económica al Estado después del pago del crédito respectivo, en la sentencia el juez hará declaración de extinción de dominio sobre bienes de valor equivalentes del mismo titular, cuando en la ejecución de la sentencia no resultare posible identificar, ubicar o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la acción y se reconocerán los derechos de terceros de buena fe, que se encuentren exentos de la extinción de dominio.

²³⁴PINEDA GARZARO, Hellen Paola, óp. Cit. pág.54

4.3.6 Impugnación de la Sentencia: Recurso de Apelación.

La sentencia que resuelva la acción de extinción de dominio puede impugnarse por medio del recurso de apelación, procediendo éste por inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la LED. El recurso de apelación deberá interponerse ante el juez que dictó la resolución dentro de los 3 días siguientes a que ésta sea notificada.

Posteriormente, será admitido o rechazado dentro del plazo de 2 días contados desde su recepción. En el caso que éste fuere admitido se debe remitir a la sala respectiva a más tardar al día siguiente. El recurso deberá de resolverse dentro de los 15 días siguientes desde que el expediente fuere elevado a la sala de apelaciones correspondiente. La sentencia de segunda instancia, no es susceptible de ser impugnada por ningún recurso ni el de casación, tal como lo señala el artículo 25 numeral 20 último párrafo²³⁵.

Es por ello que la regulación de la extinción de dominio en Guatemala ha constituido un paso importante en la lucha contra expresiones de la delincuencia organizada. No obstante, si bien resulta plausible que se haya normado esa novedosa institución, es pertinente indicar que, a nuestro juicio, ello debió haberse producido respetando adecuadamente los derechos fundamentales que pudieran ser afectados, a fin de evitar que en un eventual examen de constitucionalidad de la norma jurídica sea expulsada del ordenamiento jurídico guatemalteco y, por ende, no logre su cometido. Se refiere lo anterior, pues la conveniencia de una norma no es razón suficiente para su aprobación. Al redactarse la LED, debieron haberse tenido en cuenta las implicaciones de su contenido en el efectivo goce de los derechos

²³⁵PINEDA GARZARO, Hellen Paola, óp. Cit. pág.55

constitucionales, especialmente el de defensa, al debido proceso, de presunción de inocencia y de propiedad.

4.4 Diferencias y similitudes del procedimiento probatorio de extinción de dominio entre Guatemala y El Salvador.

El procedimiento de extinción de dominio de El Salvador es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, y de contenido patrimonial; es decir es de orden público y de interés social y el de Guatemala es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, el carácter autónomo del proceso en el Salvador es independiente de cualquier otro juicio o proceso y en Guatemala es de carácter imprescriptible, distinto e independiente de la persecución y responsabilidad penal, los sujetos que intervienen en el proceso para ambos procesos son el afectado u afectados y la Fiscalía General de la República, a través del fiscal especializado o designado.

El ejercicio de la acción le corresponde al fiscal especializado de oficio, por denuncia o aviso, dirigir la investigación, cuando concurra alguno de los presupuestos que son previstos por la ley especial de extinción de dominio, la cual inicia por medio de una solicitud de extinción de dominio ante el juez especializado, en Guatemala la acción de extinción de dominio se iniciará por el fiscal general o el agente fiscal designado, ante juez o tribunal competente, en el cual se fundamentaran los motivos que dan origen a aplicar la extinción de dominio.

Por otra parte, los medios de prueba se admitirán todos los medios de prueba que sean útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad, en Guatemala el ejercicio y trámite de la acción de extinción de dominio, se

permitirá a la persona que pudiera resultar afectada, presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes, la carga de la prueba le corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal, en Guatemala se garantizará el debido proceso y el derecho de defensa, permitiendo a la persona que pudiera resultar afectada, presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes, conforme a las normas que se establecen en la ley.

Sin embargo, en el salvador el procedimiento consta de dos etapas una de inicial o de investigación y la segunda es procesal donde hay una audiencia preparatoria y de sentencia, pero en Guatemala se habla de reglas para la tramitación del proceso se establece una primera audiencia y de una última audiencia donde se lleva a cabo la vista y en ambos proceso se interpone recurso de apelación y no admiten casación.

Para ambas legislaciones de la Ley de Extinción de Dominio no vulnera de forma directa el derecho de propiedad, pues el hecho que se desconozca el dominio sobre bienes y/o derechos adquiridos de manera ilícita o delictiva, los cuales no podrían gozar de protección legal, es congruente con las causales de nulidad de los negocios jurídicos. No obstante, en el caso de terceras personas que de buena fe han adquirido bienes y/o derechos, puede verse afectado el derecho de propiedad al ignorar el origen ilícito o delictivo de los bienes, por ello se les brindara protección pero deberán probar que son terceros de buena fe exenta de culpa. Es por ello que la regulación de la extinción de dominio ha constituido un paso importante en la lucha contra la delincuencia organizada. Pese a lo significativo del avance, debe respetarse los derechos fundamentales que pudieran ser afectados.

CONCLUSIONES

La ley de extinción de dominio es un reflejo de la situación en la que vive la sociedad salvadoreña, principalmente en lo relacionado con la delincuencia organizada. Que es un fenómeno social que crece cada día más, no solo en nuestro país, sino también en el mundo entero, y que tiene implicaciones en la proliferación de los mercados nacionales ilícitos de drogas, bienes hurtados, armamentos y otros bienes y servicios ilícitos suministrados y manipulados mediante una red nacional de operaciones comerciales ilícitas. Dado que los grupos de delincuentes organizados han desarrollado técnicas ilícitas cada vez más perfeccionadas, los patrones de su evolución y sus repercusiones han rebasado las actuales capacidades de prevención de los procedimientos para luchar contra ellos.

La ley de extinción de dominio surge con el fin de facilitar la obtención de bienes producto de hechos ilícitos, los cuales no gozan del derecho de propiedad por ser obtenidos de manera ilícita; en consecuencia, no gozarán de protección constitucional ni legal por tratarse de bienes de interés económico de origen o destinación ilícita. La única forma lícita que existe en El Salvador para la construcción del patrimonio y la riqueza es la del trabajo honesto, y en el marco del ordenamiento jurídico para la consecución de ese fin se crea el marco judicial institucional de los tribunales especializados para la correcta aplicación de la ley especial de extinción de dominio.

El análisis de la teoría general de la prueba es aplicable para todos los procesos, independientemente de la disciplina del derecho de que se trate, sea penal, civil, extinción de dominio, laboral, entre otros. Ello se debe a que la finalidad que se persigue con esta es la misma en todos los casos: la búsqueda de la verdad real y la garantía del debido proceso y el principio de

legalidad, en la que solo a través de ella el juez puede llegar a tener certeza o seguridad de la veracidad de las pretensiones de las partes; la prueba no puede ser verificada simplemente como medio, objeto, órgano o elemento probatorio, es el conjunto de todos estos conceptos el que ayuda a determinar su esencia de la dogmática jurídico procesal.

En el proceso de extinción de dominio la carga de la prueba le corresponde a las partes, es decir, tanto a la representación fiscal -que representa al Estado- como al afectado. Es por ello que se aplica el principio de carga dinámica de la prueba, por el cual le corresponde probar un hecho determinado a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. La actividad probatoria en un proceso civil implica una participación directa de las partes procesales, responsables de incorporar todos los elementos probatorios que servirán para sustentar sus pretensiones. El uso adecuado de los medios probatorios hace posible el cumplimiento del principio de igualdad de medios y contradicción, garantizando el proceso.

La acción de extinción de dominio en nuestra realidad jurídica es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas. Consiste en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a que se refiere la ley especial de extinción de dominio, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal. Con esta herramienta se faculta al Estado para recuperar activos producto de hechos ilícitos, es decir, no se dirige a la persecución de personas, es autónoma y no requiere de procedimiento previo para su aplicación; asimismo, es independiente de cualquier proceso penal y civil, aunque suele aplicarse supletoriamente

normas que establecen el Código Procesal Civil y Mercantil y el Código Procesal Penal, todo con el fin de volver más eficiente el procedimiento probatorio que establece dicha ley.

El proceso de extinción de dominio consta de dos etapas. Las cuales deben ser cumplidas y agotadas cada una en su momento procesal oportuno y no pueden ser omitidas; la etapa inicial o de investigación que le corresponde a la Fiscalía General de la República donde se establece si procede la solicitud de extinción de dominio y esta etapa da el impulso procesal para el desarrollo normal del proceso, haciéndolo avanzar a fin de que pueda cumplir su propia finalidad, es por ello que al finalizar la etapa inicial o de investigación pasa al otro acto procesal el cual es la audiencia preparatoria en la cual el juez tendrá la dirección del proceso donde se fijaran los puntos a controvertir para la audiencia de sentencia, es por ello que la audiencia preparatoria da el impulso procesal a la audiencia de sentencia donde se declarara la extinción de dominio del bien, conforme a lo alegado y probado.

La constitucionalidad de la ley de extinción de dominio no se fundamenta en un principio constitucional. Sino sobre un derecho fundamental, que es el derecho de propiedad, el cual tiene su fundamento constitucional en el artículo 2 y debe entenderse como la plena potestad sobre un bien, que a la vez contiene la potestad de ocuparlo, servirse de él de cuantas maneras sea posible y la de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificarlo y dividirlo, es decir, que toda persona tiene derecho a la propiedad y nadie puede ser privada de ella, ya que la acción de privación definitiva del dominio se rige por el principio de licitud, el cual consiste en que el dominio que se tiene sobre bienes, productos, instrumentos y ganancias solamente será reconocido 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. Aquellos bienes que han sido adquiridos con capital producto de una actividad ilícita no pueden gozar de dicha protección.

La extinción de dominio a escala internacional e interna proporciona un panorama general acerca de la regulación de esta figura y del procedimiento probatorio de extinción de dominio. Lo que permite contar con varios puntos que se rescatan de este comparativo, como puede observarse en el caso de los países que cuentan con una ley específica en materia de extinción o pérdida de dominio (Colombia, Guatemala y El Salvador). Del mismo modo, quedara evidenciada la importancia y preocupación de los Estados por regular este tipo de ilícitos que tanto flagelo causan al tejido social y económico de una sociedad.

RECOMENDACIONES

Que se inicie un sistema de divulgación y capacitación sobre la ley de extinción de dominio. Que involucre directamente a magistrados, jueces, colaboradores judiciales, litigantes en el libre ejercicio de la profesión y estudiantes, mediante jornadas de estudio exhaustivas de carácter cognoscitivo y práctico, posibilitando la idónea preparación de los protagonistas actuales y futuros del proceso de extinción de dominio.

Es determinante realizar un análisis minucioso y exhaustivo de la ley de extinción de dominio con el propósito de identificar las debilidades, contradicciones y vacíos regulados, y hacer propuestas de reformas oportunas a la Asamblea Legislativa.

Que se determine por medio de las instituciones competentes que es una figura nueva del derecho. No debe considerarse como parte del derecho penal, civil y mercantil o administrativo, sino que debe crearse un departamento de extinción de dominio para ir creando nuestra propia línea y criterios jurisprudenciales, como la misma ley establece su autonomía e independencia con otros procesos.

Es necesario delimitar el derecho de reserva que establece la ley de extinción de dominio. Determinando alcances y limitaciones en el proceso de acción de extinción de dominio, reformar dicha disposición para poder dar cumplimiento al derecho de todo ciudadano a conocer sobre los procesos y tener información sobre el mismo para una mejor transparencia.

Solicitar un convenio internacional con instituciones judiciales de países como Colombia y Guatemala. Los cuales cuentan con una avanzada

aplicación del procedimiento de extinción de dominio, para que nos envíen por algún tiempo capacitadores en materia de extinción de dominio, ya que en nuestro país no hay expertos en esa área. De esa manera se evitarían las frustraciones en la aplicación de la nueva normativa, en especial en lo que se refiere el procedimiento de extinción de dominio.

Que se realicen reformas a los artículos 67, 68, 69 y 70 de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, el artículo 287, 288 del código procesal penal, que regulan sobre el decomiso. Con el propósito de establece cuando se tendrá que aplicar la ley de extinción de dominio en lo relativo a los bienes que se utilicen en la comisión de un delito.

Que se incorpore en los estudios cursos intensivos de investigación permanente sobre el proceso de extinción de dominio. Todo con el objetivo de fortalecer desde un inicio de la carrera los conocimientos y que no solamente sean un requisito para graduarse.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *“Derecho Procesal Civil”*, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 2000.

BINDER, Alberto M., *“Introducción al derecho procesal penal”*, actualizada y ampliada, 2da. Edición, Buenos Aires, Argentina 1999.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlo y otros, *“Código Procesal Civil y Mercantil comentado”*, 2,500 ed., talleres gráficos UCA, 2010.

CAFFERATA NORES, José I., *“La prueba en el proceso penal”*, ediciones de palma Buenos Aires 1988.

CAMACHO, *“Manual de Derecho Probatorio”*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

CARRASCO MORENO, Francisco y Luis Rueda, *Código Penal comentado*, Tomo I artículo 1 al 164, Consejo Nacional de la Judicatura, imprenta nacional de El Salvador 2004.

CASADO PÉREZ, José María y otros, *“Código procesal penal comentado”*, consejo nacional de la judicatura, tomo 1.

DE LA MATA AMAYA, José, y otros; *Teoría del delito*, República Dominicana 2007.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *“Compendio de la Prueba Judicial”*, Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Temis, Bogotá, 2002,

FALCON, Enrique M. *“Tratado de la Prueba”*, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia *“Extinción de dominio.”* Estudio de Derecho Comparado a nivel Internacional y Estatal (*Segunda Parte*), Dirección de Servicios e Investigación y Análisis, Diciembre 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*, Civitas, Madrid, 1985.

GOLDSTEIN, Raúl, *“Diccionario de Derecho Penal y Criminología”*, Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea, Año 1993.

GUASP, Jaime *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo Primero Introducción y Parte General, 3ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1997.

GUASP, Jaime, *“Concepto y método de Derecho procesal”*, Civitas, Madrid, 1997,

MONTERO AROCA, Juan, *“La Prueba en el proceso civil”*, Sexta Edición, Editorial Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

OSPINO GUTIÉRREZ, Julio, *“La acción de extinción de dominio”*, Bogotá, Nueva jurídica, 1ª ed., 2008.

OVALLE FAVELA, José, “*Teoría general del proceso*”, tercera edición, colección, textos jurídicos universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel “La Prueba en materia Sustantiva Civil, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., “*Los Derechos Fundamentales*”. Tercera edición. Editorial Tecno, S.A. Madrid, España. 1988.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, “*Compendio de Derecho Civil*” Tomo II. 5ta. edición, México. Editorial Porrúa. Año 1985.

SANDOVAL, José Artiga, “*Notas del Derecho Penal Moderno*”.

SERRANO, Armando Antonio, “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. 1ª Edición. PNUD, El Salvador.

TRUJILLO CABRERA, Juan, “*La carga dinámica de la prueba*”, Bogotá, D.C, Leyer, 1ª edición, 2006.

VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando, “*Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción de dominio y en el comiso penal*”, área jurídica, 2008.

TESIS:

ARÉVALO CLEMENTE, Manuel de Jesús y otros, “Incidencias del procedimiento abreviado en la garantía del juicio previo, contemplada en la

constitución”, *Tesis de grado*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1999.

ARÉVALO HERNÁNDEZ, Walter Jeovanny y otros, “La prueba indiciaria en el proceso penal”, *Tesis de grado*, Facultad Multidisciplinaria Oriental, Universidad de El Salvador, San Miguel, El Salvador, 2005.

BARRIOS MAZARIEGOS, Fernando Enrique, “Injerencia y constitucionalidad de la Ley de Extinción de Dominio”, decreto número 55-2010, en la legislación penal vigente en Guatemala; *Tesis de grado*, Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2011.

CONDE GARCÍA, María Elena, “El principio de inmediación en la producción de la prueba con el uso de tic en el código procesal civil y mercantil salvadoreño”, *Tesis de maestría*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2012.

MERINO LÓPEZ, Américo Napoleón y otros, “Análisis sobre el respeto a las garantías procesales del imputado en el proceso penal vigente”, *Tesis de grado*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1994.

PINEDA GARZARO, Hellen Paola, “La extinción de dominio, naturaleza, características y análisis de constitucionalidad”, *Tesis de grado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012.

SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, Yazmín, “La extinción de dominio y las garantías individuales de las personas imputadas”, *Tesis de grado*, Facultad de

Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia Michoacán México, 2011.

SOSA ROMERO, Carlos Nelson y otros, “Aplicación de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba en el proceso penal salvadoreño”, Zona oriental 2001, *Tesis de grado*, Facultad multidisciplinaria oriental, universidad de el salvador, San Miguel, El Salvador 2002.

LEGISLACIÓN:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

CÓDIGO PENAL, D.L. No. 1030, del 16 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No.105, Tomo N° 385, del 10 de julio de 1997.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D.L. No. 712 de fecha 18 de Septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, del 27 de Noviembre de 2008.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR, D. L. N° 733, D.O N° 20, Tomo 382.

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA, D. L. N° 190, San Salvador, a los veinte días del mes de diciembre del año 2006.

LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, D.L. N° 498, del 2 de diciembre de 1998, publicado en el D.O. N° 240, Tomo 341, del 23 de diciembre de 1998.

LEY ESPECIAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE ORIGEN O DESTINO ILÍCITA (LEDAB), D. O. N° 223; tomo n° 401; del 28 de noviembre de 2013.

LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS, D.L. N°: 153, del 02 de octubre de 2003; D. Oficial: 208; Tomo: 361; de fecha 07 de noviembre de 2003.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES:

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, aprobado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por El Salvador por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, aprobado 14 septiembre de 1950, ratificado por El Salvador por D.L. No. 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 655, de fecha 14 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 198, Tomo No. 321, del 25 de octubre de ese mismo año.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 164, de fecha 16 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 211, Tomo No. 361, del 12 de noviembre de ese mismo año.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 325, de fecha 20 de mayo de

2004, publicado en el Diario Oficial No. 119, Tomo No. 363, del 28 de junio de ese mismo año.

DERECHO COMPARADO:

CÓDIGO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO COLOMBIANO, Decreto No. 063, del 20 de enero de 2014.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, proclamada el 26 de enero, publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA MEXICANA, reforma del 18 de junio del 2008.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, publicada en el BOE (29 de diciembre de 1978).

LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe – LAPLAC ;Bogotá, D.C. 2011

LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE GUATEMALA, decreto número 55-2010, 7 de octubre de 2007.

LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN FAVOR DEL ESTADO DE MORELOS, publicada el 11 de marzo de 2009

LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicada el 08 de diciembre de 2008.

LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO PARA EL ESTADO DE CHIAPAS,
Publicada el 23 de septiembre de 2009.

LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO PARA EL ESTADO DE PUEBLA,
publicada el 16 de Marzo de 2011.

JURISPRUDENCIA:

CÁMARA DE LA CUARTA SECCIÓN DEL CENTRO, Santa Tecla, sentencia definitiva referencia 116-P-2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia con referencia C-389/94.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia con referencia C-459/11.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia con referencia C540-11.

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de casación bajo la referencia 62-C-2004.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia definitiva de Habeas Corpus, con referencia No. 211-2002.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. Sentencia de proceso de Inconstitucionalidad, con referencia N° 40-2009/41-2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Sentencia de proceso de Inconstitucionalidad, con referencia N° 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005.

SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia con referencia C-740-03.

SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia con referencia Sentencia T-590/09

PÁGINAS WEB:

REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL, vol. 13, nº 24, primer semestre/2011, pp. 327-355, *Reforma y contrarreforma agraria en Colombia*, disponible en: www.economiainstitutional.com/pdf/no24/aalban24.

MARULANDA, Elsy, "*Aplicación y efectos de la ley 200 de 1936 en la región de Sumapaz*", disponible en: www.bdigital.unal.edu.co/35678/1/36090-149553-1-PB.

ACOSTA ARISTIZÁBAL, Jairo Ignacio, "*La extinción de dominio como instrumento de lucha contra el crimen organizado*", en revista criminalidad local y el crimen organizado, disponible en: www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista.../vol48/18.

BONNELLY VEGA, Manuel Ulises, "*Propuestas de desarrollo del marco legal sobre recuperación de bienes en república dominicana*", disponible en: www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx.

GASCON ABELLAN, Marina, "La Prueba Judicial: Valoración racional y motivación", p.5. Artículo consultado en la página: http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf.