



■ Elementos necesarios para una adecuada Ley de Extinción de Dominio

1. Introducción

La creación de una ley que regule la acción de extinción de dominio sobre bienes de procedencia y destinación ilícita es una propuesta que lleva varios años en la Asamblea Legislativa. Recientemente, el tema ha tomado impulso cuando el Órgano Ejecutivo presentó una nueva propuesta en noviembre de 2012 y actualmente se está estudiando en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.

Antes ya existieron varios proyectos cuya aprobación no se concretó. En 2006 existía uno y en 2008 el Ministerio de Seguridad Pública y Justicia presentó otra iniciativa. De hecho, Fusades se pronunció¹ en 2006 desaprobando la propuesta de ley de ese momento. Actualmente la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea

Legislativa está trabajando sobre la propuesta del Órgano Ejecutivo presentada en 2012, a la que se le han sumado elementos de otros proyectos que no se habían incluido, especialmente en lo referente a la administración de bienes que se traspasen al Estado. El presente estudio desarrolla los principales temas relacionados con la acción de extinción de dominio, sin que sea un comentario a uno u otro de los proyectos de ley que se han presentado a la Asamblea Legislativa.

La acción de extinción de dominio es la apertura de un nuevo frente de combate al crimen. Se trata de perseguir su poder económico de manera independiente a la persecución penal de sus integrantes, es decir, no es necesario que exista una sentencia penal para poder debilitar patrimonialmente a las agrupaciones delictivas.

La Ley Modelo sobre Extinción de Dominio propuesta por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, define la extinción de

dominio como “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso”.

La aprobación de esta ley debe incluir un estudio profundo de varios temas que son fundamentales. Uno de ellos es el equilibrio que debe lograrse entre la creación de dicha herramienta jurídica de combate al crimen y el respeto a la Constitución, tanto en la determinación de las causales de extinción de dominio como en la configuración del proceso en el que se ejercite la acción. Uno de los derechos que más se relaciona con el tema es el de propiedad, el cual debe respetarse en todo momento.

1. Fusades. (Diciembre de 2006). Comentarios al proyecto de ley para la extinción de dominio. Boletín de Estudios Legales N°. 72.

“una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.

Otros temas que igualmente requieren gran atención son: la armonía de la nueva ley con otras figuras jurídicas ya existentes en el ordenamiento jurídico; la inclusión de regulaciones torales, como de la administración de los bienes que se traspasan a favor del Estado; y que la entrada en vigencia de la ley coincida con su aplicación efectiva, razón por la cual debe trabajarse en la proyección del financiamiento para su implementación.

2. La extinción de dominio en el derecho comparado

La acción de extinción de dominio está regulada mediante leyes especiales en varios países de Latinoamérica, por lo que, si bien es novedosa en El Salvador, ya tiene un recorrido en otros ordenamientos jurídicos. Colombia, que es pionera en este tema, dictó su primera ley en 1996, la cual sustituyó en 2002²; Perú la aprobó³ en 2008⁴ y la modificó en 2012⁵; Guatemala la

2. Congreso de Colombia (27 de diciembre de 2002). Ley 793 de 2002. Consultada el 6 de junio de 2013 en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0793_2002.html
3. Antes, en 2007, hubo un Decreto Legislativo 992, dictado por el Ejecutivo a delegación legislativa, el cual puede consultarse en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/decreto_legislativo_992.pdf
4. Congreso de la República de Perú (16 de abril de 2008). Ley 29212. Consultado el 6 de junio de 2013 en: http://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor_graf/2008/abril/nl20080418.pdf
5. Congreso de la República de Perú (18 de abril de 2012). Decreto Legislativo 1104. Consultado el 7 de junio de 2013 en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/LEGISLACION/2012/ABRIL/DL%201104.pdf>

dictó en 2010⁶; Honduras lo hizo en 2010⁷. México también ha tenido una normativa federal y diversas leyes estatales sobre el tema.

En cada país, las normativas tienen sus variantes, pero conservan elementos comunes: Es una nueva herramienta legal de combate al crimen organizado que se ha regulado específicamente solo en ciertos países con problemas muy serios de este tipo.

3. Análisis de la constitucionalidad del concepto de extinción de dominio

Pueden existir posturas que consideren inconstitucional la figura de la extinción de dominio, en cuanto se sustraen bienes de particulares sin ninguna indemnización, para traspasarlos en propiedad al Estado, lo cual se asimila a una pena de confiscación, que está prohibida en el artículo 106, inc. final de la Constitución. Ante ello, es necesario precisar que si bien ambos conceptos tienen en común la privación de la propiedad de particulares a favor del Estado sin que exista indemnización, también tienen una diferencia fundamental: el origen

6. Congreso de la República de Guatemala (7 de diciembre de 2010). Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010. Consultada el 6 de junio de 2013 en: <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20leyes/2010/pdfs/decretos/D055-2010.pdf>
7. Congreso Nacional de Honduras (5 de mayo de 2010). Ley sobre Privación Definitiva de Bienes de Origen Ilícito, Decreto 27-2010. Consultada el 6 de junio de 2013 en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/Ley%20sobre%20privaci%C3%B3n%20definitiva%20del%20dominio%20de%20bienes%20de%20origen%20il%C3%ADcito.pdf>

y propósito de los bienes sobre los que recae⁸.

La Constitución manda a garantizar los derechos en ella establecidos, pero estos tienen limitantes. Es lógico entender que el Art. 106 Cn. proteja la propiedad de bienes adquiridos conforme con la ley y destinados a propósitos que no contraríen el ordenamiento jurídico; pero por el contrario, no es razonable interpretar que la mencionada disposición sirva para garantizar el dominio de bienes adquiridos mediante o destinados a la vulneración del orden social que ella misma establece⁹.

8. La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-459/2011 al definir la extinción de dominio, incluye como elemento esencial la forma ilícita de adquirir los bienes, lo cual no incluye al definir la confiscación, que al igual que en El Salvador, está prohibida en ese país. Establece la mencionada sentencia que la extinción de dominio es 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.

9. Se consultaron las Versiones Taquigráficas que Contienen Discusión y Aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 y el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, en busca de comentarios sobre el sentido de la confiscación. No se encontraron registros de discusiones sobre el último inciso del actual art. 106, ya que las dos propuestas que se hicieron coincidían absolutamente en su texto, el cual era el que estaba en la Constitución de 1962. Siendo así, todo el debate se refirió a los primeros incisos que tratan de la expropiación, porque es donde había divergencias, y era, además, el tema del momento.

La prohibición de confiscación como pena o a través de cualquier otro concepto, se refiere a la privación de bienes lícitos. Se trata de evitar ciertos tipos de penas que afecten la dignidad humana y por ello, el legislador constituyente quiso que quien ha adquirido bienes de forma lícita y no los use para vulnerar la ley, aunque cometa un delito, solo sea sancionado con privación de libertad o pago de multa, pero no con la pérdida de su legítima propiedad. Esa protección no es aplicable al caso de la riqueza obtenida por medios contrarios a la ley, que es la que se persigue con la acción de extinción de dominio.

En resumen, en la introducción de la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico se debe alcanzar un equilibrio entre el respeto al derecho a la propiedad privada y el interés público de contar con una herramienta nueva para combatir la criminalidad. Así, la acción de extinción de dominio tiene cabida constitucional como una limitación legítima a la propiedad, siempre y cuando el Estado demuestre fehacientemente en un proceso judicial dotado de todas las garantías constitucionales, que determinados bienes tienen su origen o están destinados a una actividad ilícita. Siendo así, el concepto de extinción de dominio es constitucional, lo cual no implica que no deba tenerse el cuidado de evitar disposiciones concretas que puedan vulnerar la Constitución, a la hora de elaborar la ley.

4. Aspectos particulares sobre la extinción de dominio discutibles constitucionalmente

El cuadro 1 muestra un resumen de algunos de los temas que se discuten constitucionalmente sobre la acción de extinción de dominio, los cuales se desarrollarán en los párrafos que siguen.

4.1. Presunción de licitud de los bienes y carga de la prueba

La forma en que se establezcan las causales para la procedencia de la acción de extinción de dominio es muy relevante desde el punto de vista constitucional. La acción bajo análisis busca establecer que un determinado bien tiene origen o destinación ilícita, pues en este contexto, esa es la única justificación para que el Estado pueda despojar de sus bienes a un particular. En este sentido, no deben establecerse causales de extinción de dominio que se basen en presunciones, y la carga de la prueba debe corresponder al Estado, puesto que no es conforme con la Constitución cargar al particular con la responsabilidad de demostrar el origen legal de sus bienes, ni incluir disposiciones que sean ambiguas sobre la carga de la prueba. El art. 11, inc. primero de la Constitución prohíbe que las personas sean privadas de su propiedad sin ser previamente vencidas en juicio.

Cuadro 1. Temas de relevancia constitucional sobre la extinción de dominio

Asunto	Comentario
Presunción de licitud de los bienes y carga de la prueba	El Estado debe probar inequívocamente que un aumento de la riqueza es de origen ilícito
Acción contra bienes lícitos por tener valor equivalente a bienes ilícitos no localizados	Si se prueba que hubo enriquecimiento ilegal, pero este se ocultó, la extinción de dominio de bienes equivalentes puede tener amparo en la Constitución de El Salvador
Presunción de buena fe en la adquisición de bienes	Los bienes de origen ilícito pueden perseguirse en las manos de quien los tenga, pero debe presumirse que quien los posee los ha adquirido de buena fe
Retroactividad y orden público	La retroactividad solo es viable si es calificada como materia de orden público
Prescripción de la acción de extinción de dominio	Es recomendable que se establezca un plazo de prescripción de la acción, pero que este sea amplio
Inexistencia del recurso de casación	La Sala de lo Constitucional ya ha interpretado que la inexistencia legal de recurrir no vulnera la Constitución
Levantamiento de la reserva bancaria y tributaria	Debe hacerse mediante orden judicial
Gastos de la administración de bienes en custodia	Debe ser a cargo del Estado

Fuente: Elaboración propia.

La Corte Constitucional de Colombia, país que ha sido pionero en la implementación de la acción de extinción de dominio, ya ha analizado este tema. Al respecto ha dicho: “[...] *el Estado se halla en la obligación ineludible de recaudar un conjunto de elementos de convicción que le permita concluir, de manera probatoriamente fundada, que el dominio ejercido sobre unos bienes no sólo no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades legítimas, sino que además obedece al ejercicio de actividades ilícitas.*”

De acuerdo con lo expuesto, si bien la presunción de inocencia no es aplicable en el ámbito de la acción de extinción de dominio, en ésta tampoco hay lugar a presumir la ilícita procedencia de los bienes que son objeto de ella,

pues el Estado, a través de las autoridades competentes, se halla en el deber de demostrar esa ilícita procedencia.”¹⁰.

Esto implica que el Estado debe desvirtuar la presunción de legalidad que asiste a los bienes en posesión de los particulares y estos tienen derecho a aportar prueba de descargo. De los bienes puede decirse que son lícitos o ilícitos, y presumir lo segundo sería contrario

10. Sala Plena de la Corte Constitucional. (28 de agosto de 2013). Sentencia C-740/03 dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 793 de 2002 “por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”. Consultada el 20 de mayo de 2013 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-740-03.htm>

al citado artículo 11 Cn¹¹; pero la persona titular de los bienes cuestionados tiene todo el derecho a contradecir esas pruebas mediante la inclusión en el proceso de los elementos probatorios que estime conducentes para demostrar las realidades que alega en su defensa.

11. La determinación de la naturaleza jurídica de esta acción no ha sido pacífica. Por un lado se sostiene que se trata, a pesar de todo, de derecho sancionatorio, por lo que se podría hablar propiamente de presunción de inocencia, el cual aplica cuando se trata de derecho sancionatorio (Inc. 115-2007). A pesar de lo anterior, se ha sostenido que se trata de una rama nueva, ni civil ni penal, pero patrimonial al fin, de modo que hablar de presunción de inocencia no sería preciso, sino solo de licitud e ilicitud del origen de los bienes que se persiguen.

...el Estado debe desvirtuar la presunción de legalidad que asiste a los bienes en posesión de los particulares y estos tienen derecho a aportar prueba de descargo. De los bienes puede decirse que son lícitos o ilícitos, y presumir lo segundo sería contrario al citado artículo 11 Cn...

A pesar de lo anterior, en legislaciones como la de Guatemala, art. 6 y Honduras art. 7, se establecen presunciones de ilicitud de los bienes, dejando la carga de la prueba al particular cuyos bienes se persiguen. Disposiciones de este tipo no tienen cabida en nuestro orden constitucional.

4.2. Acción contra bienes lícitos por tener valor equivalente a bienes ilícitos no localizados

La extinción de bienes lícitos por tener valor equivalente a bienes ilícitos que no se localicen es una causal de extinción de dominio que ha generado mucho debate en otros países donde existe esta ley¹². Con esta disposición, se podría simplemente demostrar que “A” recibió US\$ 100,000 que son de origen ilícito y aunque no se encontrara esa cantidad en su propiedad, podría extinguirse el valor de bienes lícitamente adquiridos de valor equivalente.

Por un lado, parece una disposición necesaria, puesto que las personas que adquieren bienes por medios ilícitos buscarán deshacerse de ellos para obtener otros con apariencia lícita, o bien pueden tener y administrar una inmensa fortuna a través de testaferreros sin que el delincuente tenga la propiedad formal o legal de los productos de su ilegítimo actuar.

Desde la perspectiva inversa, podría entenderse que es deber del Estado encontrar los bienes ilícitos, de modo que si no los encuentra, no puede tomar los que no han tenido vinculación alguna con el actuar criminal, por

12. Por ejemplo, ver: Valero Montenegro, Luis Hernando. (2009). Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de Extinción del Dominio y en el comiso penal. Revista Vía Iuris. N° 6. Enero-Junio de 2009. Pág. 71-89.

ejemplo, los que se adquirieron antes de que se produjeran los hechos ilícitos que reportaron alguna utilidad. Se podría pensar que esto es inconstitucional porque la ilicitud del origen de los bienes, que es lo que diferencia a la extinción de dominio de la confiscación, no recaería sobre estos.

A pesar de lo anterior, parece que el legislador salvadoreño ya ha sentado su interpretación, pues el término de bienes equivalentes no es ajeno a nuestro ordenamiento. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, lo establece en el art. 5: “1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto”. Esta Convención fue suscrita por nuestro país el 26 de agosto de 1993 y ratificada sin reservas el 24 de septiembre de 1993¹³, de modo que el concepto de bienes equivalentes ya es parte de nuestro sistema jurídico. Lo mismo establece el artículo 35, inc. 2° de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo. Así, la figura ya existe y se presume su conformidad con la Ley Suprema.

En otros países, la figura de los bienes equivalentes es aceptada. En Colombia está en el art. 3 de su ley, en Perú en el 5.2, en Guatemala en el art. 35 y en Honduras en el art. 12. En El Salvador es una decisión que debe ponderar el legislador y, sin agotar el debate al respecto, se considera válido entender que si ya se ha probado que hubo un enriquecimiento fruto de un delito,

13. Diario Oficial 198, Tomo 321, del 25/10/1993.

...es válido entender que si ya se ha probado que hubo un enriquecimiento fruto de un delito, pero que los productos concretos de estos actos se escondieron de tal modo que no es posible extinguirlos a favor del Estado, la extinción de dominio de bienes equivalentes puede tener asidero en la Constitución de El Salvador...

pero que los productos concretos de estos actos se escondieron de tal modo que no es posible extinguirlos a favor del Estado, la extinción de dominio de bienes equivalentes puede tener asidero en la Constitución de El Salvador, dado que en ese caso, esa sería la única forma de lograr el cometido de la ley, que es debilitar económicamente a los criminales y crear un disuasivo para el crimen.

4.3. Presunción de buena fe en la adquisición de bienes

La acción de extinción de dominio es de carácter real, es decir, se persiguen bienes, a diferencia de las acciones personales que recaen sobre individuos, por lo que los bienes de origen ilícito pueden perseguirse en las manos de quien los tenga y no solo mientras estén bajo el dominio de quien realizó actividades ilícitas para obtenerlos. Cuando se ejerza la acción contra bienes que ya no están manos de quien actuó ilícitamente, debe presumirse que el nuevo titular de derechos sobre los bienes, los ha adquirido de buena fe, exenta de culpa. Así se regula en la legislación de Colombia, Perú, Guatemala y Honduras.

Siendo así, al Estado le corresponde probar la ilicitud de los bienes y la mala fe. En este sentido, deben aportarse los elementos conducentes a determinar que la persona que los tiene, por ejemplo, está vinculada a quien los adquirió con origen ilícito, si es un testaferro, etc. A pesar de lo anterior, lo que sí es necesario es que quede claramente establecido que el Estado puede perseguir los bienes aun en las manos de otras personas distintas a quien se lucra directamente de una actividad criminal.

4.4. Retroactividad y orden público

Otro de los temas que se suele discutir sobre la acción de extinción de dominio es su ámbito temporal de aplicación. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito establece que *“La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley”*.

En Colombia, este asunto se trató en la sentencia C-374/97. La Corte Constitucional de ese país interpretó que *“Tal institución [la irretroactividad de la ley] no es ahora, y no lo fue jamás, una argucia para legitimar lo que siempre fue ilegítimo”*¹⁴. El razonamiento detrás de esta afirmación parece ser que, aun y cuando la consecuencia patrimonial de extinción de dominio se instaure después de que alguien ha obtenido riqueza ilícitamente, no se afecta la seguridad jurídica porque los delitos que producían utilidades ya existían especialmente porque en Colombia el art. 34 de su Constitución anuncia que se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Este análisis deja de lado que la seguridad jurídica no implica solo la certeza del supuesto de hecho de una norma, sino también la consecuencia jurídica de este, de modo que para garantizar este principio no

14. Sala Plena de la Corte Constitucional. (13 de agosto de 1997). Sentencia C-374/97 dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 333 de 1996. Consultada el 4 de junio de 2013 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-374-97.htm>



basta con que una actividad ilícita esté tipificada, sino que también lo estén todas las consecuencias que acarrea.

Algunos expertos en la materia consideran que la acción de extinción de dominio no es retroactiva, sino retrospectiva¹⁵. Esto significa que no se trata propiamente de aplicar la ley a hechos consolidados previos a su vigencia, sino que a una situación en curso, con origen anterior pero que está sucediendo cuando entra en vigencia la ley, como es el caso del proceso de consolidación de la riqueza ilícita. Este modo de entenderlo parece una sutileza, ya que lo que realmente sucede es que se está aplicando una consecuencia patrimonial que no estaba establecida cuando sucedió el hecho ilícito originador de la riqueza.

En El Salvador, la retroactividad de la ley solo está permitida en materia penal cuando la nueva ley es favorable al delincuente y en materias de orden público (art. 21 Cn). Debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que ha interpretado¹⁶ que “[...] la calificación de una ley como de orden público no queda sujeta a la discrecionalidad del legislador, sino que presupone el respeto al régimen constitucional establecido, principalmente a las garantías que protegen a los derechos fundamentales de límites excesivos, cuyo núcleo esencial está centrado en los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, no basta que el legislador dé a sus preceptos vigencia retroactiva arguyendo que son de orden público,

sino que compete a la Corte Suprema de Justicia, y específicamente a la Sala de lo Constitucional –por tratarse de materia constitucional–, proceder al análisis de tales normas para determinar si una ley es o no de orden público (art. 21 Cn.)”

Siendo así, la posibilidad de aplicar la extinción de dominio por causales anteriores a la vigencia de la ley, solo es viable si es calificada como materia de orden público, lo cual, como se dijo, corresponde primero a la Asamblea Legislativa y luego a la Sala de lo Constitucional al conocer un proceso constitucional. Lo que parece definitivo es que si la ley no es retroactiva pierde mucha de su eficacia y tratándose de un tema de tanta importancia como es el combate al crimen desde un nuevo frente, bien puede encajar en un concepto jurídico tan amplio como es el orden público.

4.5. Prescripción de la acción de extinción de dominio

Otra de las características de la acción de extinción de dominio en la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio propuesta por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito es que no prescribe, o en otras palabras, la posibilidad de extinguir bienes de origen ilícito es eterna. En El Salvador, aun la acción penal tiene un límite temporal luego del cual no puede ejercerse, con excepción de algunos delitos de especial gravedad, como la tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra y desaparición forzada de personas (art. 32 C. Pr. Pn.) Incluso la pena prescribe, aunque también con excepciones (art. 99 C. Pn.). En los países donde existen leyes específicas sobre extinción de dominio el tratamiento es diverso. En Perú la acción prescribe en 20 años (art. 3°

...la posibilidad de aplicar la extinción de dominio por causales anteriores a la vigencia de la ley, solo es viable si es calificada como materia de orden público...

15. Salazar, Sara. (8-10 de mayo de 2013). Taller Informativo de Prácticas de Aplicación de La Ley de Extinción de Dominio. San Salvador.

16. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29-IV-2011 dictada en el proceso de inconstitucionalidad 11-2005.

literal b)); pero en Guatemala es imprescriptible (art. 7).

La prescripción de la acción tiene como base la seguridad jurídica, pero también es posible entenderla como un marco temporal en el que se obliga al Estado a cumplir con su obligación de ejercer las acciones necesarias para aplicar las consecuencias de los delitos. Se trata de una forma de limitar la intervención del Estado en los ciudadanos, obligándolo a actuar dentro de un lapso establecido para garantizar que las situaciones jurídicas no se mantengan en incertidumbre. Esto resulta más necesario si se toma en cuenta que existe la posibilidad que el legislador determine que la acción de extinción de dominio puede ser retroactiva. Por lo anterior, resulta recomendable que se establezca un plazo de prescripción de la acción, pero que este sea amplio.

4.6. Inexistencia del recurso de casación

El proceso en el que se ejerce la acción de dominio es diferente al penal y al civil. Una de las características es que en otras legislaciones no se permite el recurso extraordinario de casación con el propósito de hacer el proceso más expedito. Esto por supuesto, no quita la posibilidad de interponer un amparo por la presunta violación de derechos constitucionales en el proceso.

Esta es una ponderación que deberá hacer el legislador y dejarlo claramente establecido. La Sala de lo Constitucional ya ha interpretado que “*la inexistencia legal de recurrir, en modo alguno vulneraría preceptos constitucionales,*

*siempre y cuando esta limitación sea evidentemente objetiva, esto es, proporcional y razonable en relación con la naturaleza del caso, la urgencia del objeto del proceso, las posibilidades de dispendio jurisdiccional y la menor complejidad del asunto.”*¹⁷.

4.7. Reserva bancaria y tributaria

El levantamiento de la reserva bancaria o tributaria implica una afectación a la intimidad. Siendo así, debe cuidarse que sea ordenada mediante resolución judicial.

Esto implica que si se permite en la ley el levantamiento de la reserva bancaria o tributaria mediante orden administrativa, se garantice que será excepcional y se busquen todos los mecanismos para evitar que la excepción se convierta en la regla general. También deben establecerse garantías para que esta información solo se use para efectos procesales.

4.8. Gastos de la administración de bienes en custodia

Existe la posibilidad que haya bienes que los tenga el Estado en custodia como medida cautelar mientras se tramita el juicio. La sentencia puede extinguir el dominio de esos bienes y traspasarlos al Estado, o puede ser que no se demuestre su ilicitud y en ese caso deben restituirse con todo y sus frutos a su propietario. En ambos casos debe velarse porque

el valor de los bienes se conserve y eso generará un costo.

Ese costo debe ser a cargo del Estado. Así, si los bienes pasan a su favor lo harán con todo su valor y compensarían lo gastado en administración; pero de obtenerse el resultado contrario, el cuidado de esos bienes deberá cubrirlo el Estado, pues fue la decisión de una de sus instituciones la de incautar unos bienes cuyo origen ilícito no pudo demostrar. Atribuir las costas de la administración al titular de derecho sobre bienes que resultaron ser lícitos sería una vulneración injustificada al derecho de propiedad.

5. Armonía de la acción de extinción de dominio con el resto de la legislación existente

El ordenamiento jurídico de El Salvador cuenta con figuras similares a la acción de extinción de dominio, con las cuales debe quedar claramente diferenciada y en relación a las cuales debe armonizarse la legislación. La más parecida y con la cual puede confundirse es el comiso penal.

Para comenzar, la acción de extinción de dominio no es confiscación y tampoco expropiación. Como antes se mencionó, las penas confiscatorias están prohibidas y se refieren a la privación de todo o una parte significativa del patrimonio lícito de una persona sin contraprestación alguna; mientras que la acción de extinción de dominio, si bien no otorga contraprestación, se refiere solo a bienes de origen o destinación ilícita. Por su parte, la expropiación implica la privación

17. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12-XI-2011 dictada en el proceso de inconstitucionalidad 40-2009/41-2009.

... al ser la acción de extinción de dominio de carácter real y autónomo, esto es, más amplia que el comiso, puede haber bienes sobre los cuales ambas figuras son aplicables, creándose una intersección entre las figuras que deben delimitarse. Una forma de hacerlo es establecer un límite monetario mínimo...

de un bien lícito por causa de utilidad pública o interés social mediante el pago de una contraprestación; lo cual la aleja de cualquier similitud con la extinción de dominio.

En segundo lugar, la extinción de dominio tiene una naturaleza y propósito distinto al decomiso e incautación. De acuerdo con el art. 283 inc. 1° C. Pr. Pn., la incautación es una diligencia de investigación mediante la cual el fiscal dispone que sean recolectados y conservados los objetos o documentos relacionados con la comisión de un hecho delictivo y aquellos que puedan servir como medios de prueba, y sobre los cuales se ordena un secuestro (art. 284 C. Pr. Pn.). Esto bienes pueden servir como medios de prueba o puede recaer sobre ellos un comiso en la sentencia definitiva. Por su parte, el decomiso es caracterizado por el art. 283 inc. 2° C. Pr. Pn. como la diligencia de investigación mediante la cual se resguardan aquellos objetos que sean nocivos a la salud, de tenencia prohibida o peligrosa, de comercio no autorizado o de ilícita procedencia, así como sobre los demás objetos y documentos respecto a los cuales no existan o no sea posible ejercer derechos patrimoniales. Estos normalmente son destruidos una vez que se han usado como evidencia, como sucede con los decomisos de droga. Como puede verse, ninguno de estos conceptos se refiere en sí mismo a la transferencia a favor del Estado de un bien lícito pero con origen viciado, como sí lo hace la acción de extinción de dominio.

En tercer lugar, la acción de extinción de dominio es diferente al comiso (art. 127 C. Pn.), porque lo excede en alcance y porque no necesita de una condena penal para que pueda surtir sus efectos. El comiso está considerado

en varias leyes penales, y en todas ellas aparece con algunas variantes¹⁸, pero siempre tiene como elemento de su naturaleza el condicionamiento de su procedencia a una sentencia penal condenatoria dictada contra el titular de esos bienes, a diferencia como ya se dijo, del carácter real y autónomo de la acción de extinción de dominio.

En resumen, la acción de extinción de dominio es más amplia que el comiso; pero puede haber bienes sobre los cuales ambas figuras son aplicables, creándose una intersección entre las figuras que deben delimitarse.

18. Por ejemplo, en el art. 127 C. Pn. se establece el comiso como la pérdida en favor del Estado de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho doloso del que resultó su pena. Más amplio es el alcance del comiso en el art. 35 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, donde pueden decomisarse y luego declararse el comiso de fondos y activos utilizados o que se haya tenido la intención de utilizar para cometer cualquier delito tipificado en esa ley, así como los que sean objeto del delito, producto de este, e incluso, bienes no relacionados al delito con valor equivalente a los que sí lo estuvieron pero no se localizaron.

Otra deposiciones donde se regula el comiso son: A) El artículo 4 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal que se refiere a la extinción de dominio de los miembros de estas agrupaciones; sin embargo, no es propiamente ese el concepto. Se trata del comiso, puesto que no es una acción de carácter real y autónoma, sino una consecuencia accesoria del delito para cuya procedencia se requiere una condena previa, por lo que es necesario evitar la confusión de la figura. B) En el art. 70 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se regula el comiso de bienes decomisados, los cuales se declaran en la sentencia definitiva por uno de los delitos tipificados en esa ley. C) La Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos también regula en los artículos 23 y 30 el comiso para los delitos en ella contenida.

Esta institucionalidad es clave, porque de ella depende, en buena medida la legitimidad de la figura de la acción de dominio. Debe garantizarse que no se extingan bienes que luego se desperdicien por desidia en su cuidado, o peor, para que sean objeto de la corrupción estatal.

Una forma de hacerlo es establecer un límite monetario mínimo para la aplicabilidad de la acción de extinción de dominio, teniendo en consideración que se trata de una figura especial, diseñada para combatir patrimonialmente los fenómenos criminales más significativos. En el mismo sentido, se puede, delimitar las actividades ilícitas que den origen a la riqueza sobre la que recaiga esta ley, estableciendo solo ciertos delitos de especial propensión a producir utilidades. Los demás casos podrían tramitarse mediante los mecanismos ordinarios como el comiso.

En todo caso, los términos deben emplearse con precisión en su significado al redactar la ley y debe buscarse la armonía entre las figuras en todas las leyes relacionadas. Un elemento que suma en este sentido es que la cláusula derogatoria de la ley deje concretamente establecido lo que la nueva ley sustituye y se establezca la voluntad del legislador en cuanto a lo que busca en la relación de la nueva ley con otras figuras del ordenamiento. Todo esto evitará complicaciones interpretativas en la aplicación de la ley.

6. Administración de los objetos de la acción de extinción de dominio

La creación de una institucionalidad que administre los bienes objeto de un proceso de extinción y transferencia de dominio es una necesidad, pues el Estado debe garantizar que los bienes que se resguarden conserven su valor, ya sea para cuando se transfieran definitivamente al Estado y se asignen o para cuando se devuelvan a su

legítimo titular en caso que estuvieran incautados como medida cautelar y no se demuestre su origen o destinación ilícita. Asimismo, debe regularse la forma en que estos bienes o el producto de su venta entran en el patrimonio del Estado y luego se asignan para su aprovechamiento.

Esta institucionalidad es clave, porque de ella depende, en buena medida la legitimidad de la figura de la acción de dominio. Debe garantizarse que no se extingan bienes que luego se desperdicien por descuido, o peor, para que sean objeto de la corrupción estatal. Esto implica la necesidad de que se regulen la forma de valorar los bienes, los procedimientos para liquidarlos, etc. y estrictas medidas de control, así como rendición de cuentas.

La estructura del ente que administra los bienes puede variar, pero algunos conocedores sugieren que no se asigne a una sola institución, sino preferiblemente a un consejo interinstitucional que permita cierto control intraorgánico al tratarse de un ente colegiado¹⁹.

La forma jurídica de asignar los bienes es otro tema que debe quedar claro. En Guatemala, no es necesario que el destino de lo extinguido por sentencia judicial, se decida en la Asamblea Legislativa, sino que lo hace el consejo que administra los bienes. En El Salvador, tratándose de fondos que pasan a favor del Estado y luego se asignan a diferentes instituciones públicas, debería ser la Asamblea Legislativa la que lo decreta, por tratarse de una función presupuestaria.

¹⁹ Salazar, Sara. Op cit.

7. Consideraciones financieras sobre la ley

El cumplimiento del cometido de una ley se alcanza por la calidad con la que esta se redacta, pero más, por la eficacia con la que se aplica. En este orden de ideas, es necesario que, desde el proceso de formación de la ley, se planee el financiamiento que se requerirá para darle vida a la nueva normativa.

El cumplimiento del cometido de una ley se alcanza por la calidad con la que esta se redacta, pero más, por la eficacia con la que se aplica. En este orden de ideas, es necesario que, desde el proceso de formación de la ley, se planee el financiamiento que se requerirá para darle vida a la nueva normativa.

Por ejemplo, el proyecto de Ley Especial de Pérdida de Dominio sobre Bienes de Origen o Destinación Ilícita presentado por el Órgano Ejecutivo establece la ampliación de la institucionalidad. Esto incluye tribunales y cámaras especializadas en extinción de dominio (arts. 16 y 17), una Unidad Fiscal Especializada en Pérdida de Dominio (art. 18), la División de Investigación Patrimonial de Pérdida de Dominio de la PNC (art. 20). Además, a este proyecto se le deberá agregar un consejo de administración de los bienes en extinción. Todo lo anterior implica la necesidad de un aumento del gasto para la CSJ, la FGR, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública y un gasto nuevo en el consejo de administración. No debe olvidarse que esta nueva institucionalidad debe representar una ampliación de la capacidad operativa del Estado, con personal bien capacitado para una tarea novedosa que implica perseguir el poder económico del crimen y evitar cualquier afectación injustificada al derecho de propiedad de los ciudadanos honrados.

En este orden de ideas, la Asamblea Legislativa debe buscar un consenso interinstitucional previo, para que no se entrampe la eficacia de la ley una vez que esta sea aprobada. Para ello, debe discutirse con cada

institución involucrada el monto que implicaría la implementación de la normativa y catalogar las fuentes de financiamiento, por ejemplo, lo que se podría obtener de una reestructuración del presupuesto que actualmente se asigna, lo que se podría obtener por cooperación internacional y lo que tendría que provenir de un aumento del presupuesto a cada institución. Esto último demanda la inclusión en el proceso del Ministerio de Hacienda.

La inclusión de este tema en el proceso de formación de ley significaría un salto cualitativo en el trabajo legislativo. Se sentaría un precedente donde los aspectos financieros de las normativas que se aprueban han sido discutidos con las instituciones a las que les correspondería aplicarlas, de modo que la redacción de la ley regule la ampliación institucional mediante los mecanismos más eficientes y se reduzca la posibilidad de normativas formalmente vigentes pero materialmente inoperantes.

Finalmente, debe señalarse que una legislación que extinga el dominio de los bienes que contenga los elementos técnicos necesarios, tales como los que se indican en este Boletín, así como que respete el marco constitucional, puede dar resultados muy importantes para combatir la criminalidad, pero no solo basta una buena normativa para lograr dicho cometido, se requiere que la institucionalidad que haga valer la ley sea fuerte y efectiva, pues una legislación que extinga el dominio mal aplicada o con deficiencias en su articulado, se puede convertir en una amenaza para el derecho de propiedad reconocido por la Constitución, es por ello que instamos a que se consideren los aspectos jurídicos que se indican en este estudio.

La ley bien implementada sería útil para combatir la delincuencia desde un nuevo frente. Esto significa que es imperativo que se logre un balance entre el combate al delito y la protección de la propiedad privada y demás derechos fundamentales, así como el establecimiento de una institucionalidad fuerte, con jueces, fiscales y policías bien capacitados.

8. Conclusiones

La extinción de dominio de bienes ilícitos es una limitación a la propiedad que no vulnera la Constitución, pero debe verificarse que ciertas disposiciones concretas que sí tienen potencial para llegar a hacerlo, se redacten adecuadamente y de forma armónica con nuestra Norma Suprema.

La ley bien implementada sería útil para combatir la delincuencia desde un nuevo frente. Esto significa que es imperativo que se logre un balance entre el combate al delito y la protección de la propiedad privada y demás derechos fundamentales, así como el establecimiento de una institucionalidad fuerte, con jueces, fiscales y policías bien capacitados.

Es necesario evitar disposiciones claramente inconstitucionales, como las presunciones de ilicitud en la tenencia de los bienes, que el particular tenga carga de la prueba o que una persona deba pagar por la

administración de los bienes que le incautaron injustificadamente.

Es necesario alcanzar armonía legislativa mediante la articulación de la nueva ley con las ya existentes. Las derogatorias deben hacerse sobre normas concretas y no de manera general. Esto facilitará la aplicación de la ley y mostraría la experticia legislativa sobre la materia que regula.

Debe trabajarse con las instituciones que aplicarían la ley, para diseñar su contenido de la manera en que más se facilite su financiamiento, así como prever las fuentes de este, en busca de la aplicación efectiva de la ley.

Un tema fundamental en la regulación de la acción de dominio es la administración de los bienes y su disposición. Debe estructurarse a través de un consejo interinstitucional que garantice que la administración de los bienes sea eficiente y libre de corrupción.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Departamento de Estudios Legales

Coordinador
Luis Nelson Segovia

Director
Javier Castro De León

Investigadores
Lilliam Arrieta de Carsana
Roberto Vidales Gregg
Marjorie Chorro
René Abrego Labbé
Gina María Umaña
Carmina Castro de Villamariona
Oscar Pineda
Carlos Guzman

www.fusades.org

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366

