

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



TEMA DE INVESTIGACIÓN

**PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NE BIS IN ÍDEM EN EL DELITO DE
LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO
DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR.**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE

MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADO POR:

LCDA. BRENDA LORENA UMANZOR GONZÁLEZ

DOCENTE ASESOR:

MSc. LILI VERONICA GARCIA ERAZO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 12 DE MARZO 2025

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Juan Rosa Quintanilla
RECTOR

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
VICERRECTOR ACADEMICO

MSc. Roger Armando Arias Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Pedro Rosalio Escobar Castaneda
SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MSc. Hugo Dagoberto Pineda
DECANO

MSc. Oscar Mauricio Duarte
VICEDECANO

Dr. José Humberto Morales
DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO, por permitirme alcanzar este triunfo, y por estar conmigo en los momentos difíciles, y haber superado los mismos, porque todo lo puedo en Cristo que me fortalece.

A mis padres **Josefa** y **Roberto**, por darme la vida, su amor y su comprensión, mi padre por haberme brindado siempre su apoyo en todos los aspectos de mi vida, en el trayecto de esta travesía académica y motivarme en todo momento a nunca darme por vencida y luchar por todos mis sueños, y, sobre todo, en los proyectos académicos y profesionales que emprendo, por enseñarme que en esta vida todo sacrificio vale la pena, aquí un nuevo logro dedicado a ustedes.

Mi hermano, **Roberto**: por todo su apoyo en mi vida, quien es una parte importante en mi vida, apoyándome y exhortándome a hacerle frente a cualquier adversidad que la vida nos ponga.

Mi abuela **Adela** su amor sin límites y sin condiciones ha sido de vital soporte a lo largo de toda mi vida en forjar a una mujer valiente y resiliente.

A mi mentora, **mi ángel de vida**, amiga y hermana por elección que Dios puso en mi camino, por su liderazgo inspirador que me permitió crecer y aprender juntas, su orientación y apoyo han sido fundamentales para mi desarrollo profesional, con su apoyo incondicional, motivarme e inspirarme siempre en cada momento de mi vida a ser una mejor persona y profesional, me enseñó a aprender de mis errores y animarme siempre a hacerlo mejor.

A esos **amigos que la vida me ha dado**, por su incondicional apoyo moral y motivarme a culminar la maestría y han contribuido a la finalización de este trabajo de investigación.

A mi asesora, Master **Lili Verónica García Erazo**, quien con su labor de maestra, metodología, didáctica y paciencia contribuyó en la realización de esta tesis.

A todos ustedes **gracias infinitas.**

ÍNDICE

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN..... IX

CAPÍTULO 1: GENERALIDADES DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

NEBIS IN IDEM. 13

1.1. Denominación y fundamento.....17

1.2. La cosa juzgada material19

1.3. Principio de Legalidad21

1.4. Principio de Proporcionalidad.....23

1.5. Principio de Seguridad Jurídica.....24

1.6. Conceptos jurídicos básicos26

1.7. Origen y Marco Normativo.....27

1.8. Alcance39

1.9. Criterio para establecer el nebis in idem.....40

1.9.1. La identidad de sujeto41

1.9.2. Identidad de hecho42

1.9.3. Identidad de Fundamento42

1.10. Análisis Jurisprudencial43

1.12. El principio de Nebis in Idem en sentido material44

1.13. La vertiente procesal45

**CAPITULO 2: GENERALIDADES DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y
ACTIVOS..... 49**

2.1. Origen y Evolución histórica del delito de lavado de dinero y activos.....50

2.2. Cuestiones terminológicas y distintas acepciones.....59

2.2.1 Definición.....63

2.3 Bien jurídico tutelado.....69

2.4. Sujetos del delito.....73

2.4.5. Conductas Típicas.....76

2.6. Objeto Material del Delito.....78

2.7. Tipo Subjetivo.....83

2.8. Aspectos procesales en el delito de Lavado de Dinero y Activos.....85

2.9. Medidas cautelares.....89

2.10. Medidas cautelares personales.....90

2.11. Medidas cautelares patrimoniales.....90

2.12. Características de las medidas cautelares.....92

2.13 Objeto de la Prueba en el delito de Lavado de dinero y activos.....95

2.14. La prueba del delito previo. Necesidad y alcance.....97

2.15. La Prueba del conocimiento del origen delictivo de los bienes..... 100

2.16. Tratamiento de los Bienes en la Ley Especial Contra el Lavado de Dinero y

Activos. 101

CAPITULO 3: GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE	
DOMINIO.....	102
3.1. DEFINICIONES DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.....	106
3.2. NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL.....	108
3.2.1. Convención Única Sobre Estupefacientes de Nueva York De 1961.....	109
3.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.....	109
3.2.3. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.....	112
3.2.4 Convención Interamericana Contra El Terrorismo de 2002.....	114
3.2.5 Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito 1990 (Convención De Estrasburgo).....	116
3.2.6 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 (Convención De Mérida).....	119
3.2.4 Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos 2005 (Convenio de Varsovia).....	121
3.3 REFERENTES ORIGINADOS EN DIRECTRICES EMANADAS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	122
3.1. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).....	122
3.3.2. Grupo EDMONT.....	124
3.4 REFERENTES NORMATIVOS NACIONALES.....	127

3.5 REFERENTES JURISPRUDENCIALES EN EL SALVADOR.....	130
3.6 ORDENAMIENTOS JURÍDICOS RELACIONADOS A LA FIGURA DE ACCIÓN EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR.....	132
3.7. <i>CONCEPTO Y PRESUPUESTOS</i>	135
3.7.1. Presupuesto de la Extinción de Dominio.	136
3.8 NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.	142
3.9 SUJETOS PROCESALES Y COMPETENCIA	146
3.10 PRINCIPIOS Y CRITERIOS APLICABLES PARA LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.....	152
3.11. <i>MEDIDAS CAUTELARES</i>	155
3.11.1 Características de las medidas cautelares	155
3.11.2 Otras medidas cautelares	164
3.12. <i>ETAPAS DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO</i>	166
3.5.1. Etapa inicial o de investigación	166
3.12.2. Fase procesal.	168
3.13 Aspectos probatorios.	172
3.13.1 Generalidades.	174
3.13.2. Definición de Prueba.....	175
3.13.3. Carga de la Prueba	175

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO NEBIS IN ÍDEM EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR	179
4.1. EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL AL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.....	180
4.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA EN EL SALVADOR.....	191
4.3. DESNATURALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.	197
4.4. Análisis comparado de la medida cautelar del secuestro en el delito de lavado de dinero y activos y Extinción de dominio con la figura del comiso penal.	206
4.5. En relación a la medida cautelar del secuestro en materia de Extinción de Dominio. ..	211
4.6. Análisis de las categorías jurídicas que han servido como base para diseñar la figura de acción de dominio sin vulnerar el principio del Nebis in Idem y postulados del derecho procesal.	215
4.7. SEMEJANZAS EN EL PROCEDIMIENTO DEL DELITO DE CASOS ESPECIALES DE LAVADO DE DINERO Y LA ACCIÓN DE EXTINCION DE DOMINIO QUE PUEDE GENERAR NEBIS IN IDEM.....	220
4.8 SUPUESTOS EXCEPCIONALES DEL PROCESO DE EXTINCION DE DOMINIO EN EL SALVADOR QUE PUEDEN SER COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NEBIS IN IDEM.....	224
CONCLUSIONES.....	229

RECOMENDACIONES.....	232
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	234

ABREVIATURAS

AMP Amparo

ART Artículo

CN Constitución de la República

CNUC Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

CNUCO Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado

CNUDOT Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

CNUTIESP Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

CONAB Consejo Nacional de Administración de Bienes

CP Código Penal

CPP Código Procesal Penal

CSJ Corte Suprema de Justicia

D.L Decreto Legislativo

D.E Decreto Ejecutivo

D.O Diario Oficial

GAFI Grupo de Acción Financiera Internacional

GAFISUD Grupo de Acción Financiera de Sudamérica

Inc. Inciso

INC Inconstitucionalidad

JEED Juzgado Especializado de Extinción de Dominio

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

LMSED Ley Modelo de sobre Extinción de Dominio

ORD Ordinal

UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es para optar al grado de maestra en Derecho Penal Económico de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, es una investigación bibliográfica que aborda “ **PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NE BIS IN ÍDEM EN EL DELITO DE CASOS ESPECIALES DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR**”, siendo el presente trabajo de investigación la finalización del plan de estudios de la Maestría en Derecho Penal Económico Segunda Generación, donde se aplicaron los conocimientos adquiridos en el postgrado con el rigor científico exigido. Siendo un compromiso académico que se enmarca las líneas jurisprudenciales, la normativa penal y de Extinción de Dominio.

El tema de estudio posee como propósito principal analizar la figura de la extinción de dominio, su naturaleza, sus características, su forma de operar, en el delito de Casos Especiales de Dinero y Activos, en las sentencias absolutorias en el proceso penal.

El principio del *ne bis in idem*, entendido también como prohibición de doble valoración o de doble sanción, es un principio que, en la actualidad ha traído más de un problema, tanto en el ámbito del derecho penal, como en el procedimiento de extinción de dominio; problemas, que se han reflejado no sólo a nivel procesal, sino también a nivel práctico. Y cuando nos referimos a una doble problemática respecto cuando se emite una sentencia absolutoria en el delito de lavado de dinero y activos, a la aplicación de una doble sanción por parte del proceso de extinción de dominio cuando concurren un mismo sujeto, hecho, y fundamento, además de ello entender por la concurrencia o la identidad de fundamento entre el proceso de extinción de dominio y el Derecho penal.

En el primer capítulo sentaremos las bases para entender y aplicar de modo correcto el principio de *ne bis in idem*; por ello comenzaremos definiendo correctamente el principio, analizaremos su fundamento y su naturaleza, la doble vertiente que tiene este principio: el material y la procesal, poniendo especial énfasis en los problemas que surgen en el ámbito procesal; siendo, necesario establecer una correcta base teórica que traiga. En todo este proceso, iremos analizando el principio a la luz del ordenamiento jurídico salvadoreño, desde cómo se reconoce en la constitución y el Código Procesal Penal, hasta los pronunciamientos que ha tenido el Tribunal Constitucional.

El segundo capítulo establece un análisis sustantivo del delito de lavado de dinero en nuestro país, de aspectos relevantes, como el bien jurídico, que se protege con la tipificación de dicho delito; objeto material sobre el que recae la conducta típica; los sujetos activo y pasivo del delito; la conducta típica; y el tipo subjetivo de dicho delito, medidas cautelares, aspectos probatorios del delito de lavado de dinero, tales como las generalidades, la complejidad de la actividad probatoria en dicho delito; el objeto de la prueba en el mismo, y las posturas, en cuanto a las formas para acreditar tal ilícito penal.

Tercer capítulo recorrido teórico por algunos aspectos relativos a la naturaleza de la extinción de dominio, desde las generalidades, orígenes en la legislación salvadoreña; definición de la acción de extinción de dominio, características y presupuestos de procedencia de la acción extintiva, la estructura básica del proceso extintivo actual, los sujetos procesales que intervienen, la prueba en el proceso de extinción de dominio desde la normativa procesal penal como norma supletoria, los principios básicos que lo componen, el manejo y tratamiento de la prueba, así como los actos de investigación permitidos en esa jurisdicción. Además, se abordan las medidas cautelares como medios de ampliación de la etapa de investigación y también como forma de garantizar las resultas de un eventual proceso de extinción de dominio

Cuarto capítulo, está referido al “Análisis Constitucional del principio *nebis in ídem* en el Delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos”, en donde se desarrolla el principal criterio para establecer la prohibición del *nebis in ídem*, siendo el capítulo central del presente trabajo donde se hace referencia a la problemática, sobre la base del requisito de la *triple identidad: misma persona, mismos hechos y mismo motivo o enjuiciamiento*.

Partiendo del análisis de los supuestos de *ne bis in ídem* relacionados a un proceso de extinción de dominio, es necesario y obligatorio debe ser realizado por los juzgadores y con ello hacer efectiva dicha garantía en aquellos casos que resulte factible donde se haya emitido una sentencia absolutoria por el delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos. Proponiendo una reforma integral de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, en adelante LEDAB, en ciertos aspectos aun no regulados por esta ley especial, dejando espacio a la discrecionalidad de los operadores de justicia.

En este sentido, la extinción de dominio ha sido concebida como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

El hecho de haberse instaurado un proceso penal no impide que se apertura un proceso de extinción de dominio, asimismo la jurisprudencia constitucional ha señalado que *no será posible la persecución simultánea o sucesiva por enriquecimiento ilícito y extinción de dominio, cuando los bienes en discusión sean los mismos en ambos procesos judiciales, en virtud que la Constitución prevé la prohibición de doble juzgamiento, que se manifiesta en la cosa juzgada y la litispendencia*.

Por ello al analizar factores importantes bajo parámetros constitucionales cual es el objeto en el delito de lavado de dinero y activos, y realizar un análisis de requisito de identidad en la persona perseguida,

identidad en el hecho o identidad del objeto de la persecución e identidad de la causa de persecución como parte integrante de la garantía de prohibición de doble juzgamiento partiendo de los bienes de interés económico de extinción de dominio y los bienes objetos dentro del proceso penal en el delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos y que a su vez están sujetos a la medida cautelar del secuestro, asimismo sobre la misma base fáctica e identidad de la causa de persecución sobre el objeto.

CAPÍTULO 1: GENERALIDADES DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NEBIS IN IDEM.

RESUMEN

1.1 Denominación y fundamento. 1.2 La cosa juzgada material. 1.3 Principio de Legalidad. 1.4 Principio de proporcionalidad. 1.5 Principio de seguridad jurídica. 1.6 Conceptos jurídicos básicos. 1.7 Origen y marco normativo. 1.8 Alcance. 1.9 Criterio para establecer el *nebis in idem*. 1.9.1 La identidad de sujeto. 1.9.2 Identidad de hecho. 1.9.3 Identidad de fundamento. 1.10 Análisis jurisprudencial. 1.11 El principio de *nebis in idem* en sentido material. 1.12 La vertiente procesal.

Non bis in ídem, es una expresión latina que significa "no dos veces sobre lo mismo", ésta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras que no debe resolverse dos veces el mismo asunto.¹

El principio *Non bis in ídem* tiene raíces históricas que se remontan a la antigüedad clásica, pero su consolidación y evolución como un pilar del derecho penal moderno tuvieron lugar en el ámbito del derecho romano, cuna del derecho actual. El fundamento del principio de *Non bis in ídem* radica en la necesidad de evitar la aplicación de un doble castigo, un doble juicio y, por ende, una doble vulneración de la libertad y los derechos del individuo.

El principio jurídico del *non bis in ídem* establece que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito. Es una garantía fundamental en el sistema legal que busca evitar la doble persecución y sanción de una persona por un mismo acto delictivo. Este principio protege los derechos fundamentales de los individuos y promueve la seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional.

Los derechos fundamentales, como los refiere Ferrajoli, "son todos ex lege no son otra cosa que las inmunidades o facultades reconocidas a todos, aquellas libertades atribuidas a ciertas "personas", "ciudadanos" y/o "sujetos con capacidad de obrar" por las normas de un determinado ordenamiento jurídico"². Por este motivo, son constitutivos de la igualdad y del valor del individuo en el sentido de que se trata de expectativas "cuya garantía es

¹ CIFUENTES MUÑOZ, Op. cit., Sentencia T-162 (1998).

² Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil, (Madrid, 2004) pág. 49.

igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad." ³

Propone Ferrajoli que a partir de su definición de derechos fundamentales pueden fundarse cuatro tesis esenciales de la llamada teoría de la democracia constitucional. La primera de ellas, refiere "a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás".

Esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales es las principales posturas de Ferrajoli, debido a ello sostiene que mientras que los derechos fundamentales, *"tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y sociales, son derechos "universales", en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares"*; los derechos patrimoniales, desde el derecho de propiedad hasta los demás derechos reales, e incluso los derechos de crédito, *"son derechos singulares, en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás"*.⁴

En nuestro ordenamiento jurídico la prohibición del doble enjuiciamiento, es un derecho fundamental, siendo una prohibición constitucional conocida como prohibición de *ne bis in idem*, se encuentra en términos simples enunciada en el Art. 11 Cn., la que textual y parcamente establece que la persona no podrá

³ Luigi Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, (Madrid, Trotta, 1997). Pág. 908.

⁴ Ferrajoli, Derechos y garantías., (Madrid, 2004) pág. 46.

ser privada de sus derechos sin ser antes oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes “ni podrá ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.⁵

Sin embargo, una dimensión hasta ahora poco considerada, por la teoría y la jurisprudencia, es la de referirse a la imposibilidad de ser enjuiciado dos veces por la misma causa, desde el punto de vista de la persona sometida a juicio, en cuyo caso la prohibición asume para la persona la consideración de un auténtico derecho fundamental: el derecho fundamental a no ser enjuiciado dos veces por la misma causa.

El principio *non bis in ídem* se enfrenta a un sistema jurídico en el que conviven la administración, la jurisdicción que fiscaliza su actuación, la vía penal o la laboral. Así, la concreción del fundamento jurídico de la infracción, la precisión de los hechos o la consideración del sujeto son aspectos que pueden ser interpretados o calificados desde diferentes perspectivas y por órganos distintos, lo que puede convertir la identidad de todos aquellos elementos en una entelequia o en algo indescifrable a priori para el operador jurídico.⁶

Además de ello se ha vinculado siempre al principio de legalidad, al deducirse que no pueden imponerse dos castigos por la comisión de unos mismos hechos, en tanto que aquellos no se hallan contemplados en una ley previa. Asimismo, se ha afirmado que resulta desproporcionado reprochar dos veces una misma conducta que atenta contra idénticos bienes jurídicos⁷.

Pero este principio, no sólo tiene incidencia en el derecho penal material, sino también en el derecho procesal penal, es decir se debe distinguir entre la dimensión sustantiva (nadie puede ser penado de nuevo por una infracción

⁵ Constitución de la República, Art 11.

⁶ F. Puerta Seguido (2009), «La prohibición de bis in ídem en la legislación de tráfico», Documentación Administrativa, 209, págs. 221-223.

⁷ A. Nieto García (2005), Derecho Administrativo Sancionador, (Madrid, Tecnos) pág. 477.

por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente), y la dimensión procesal (nadie puede ser juzgado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente).

Al respecto menciona Bacigalupo que "no sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad".⁸

1.1. Denominación y fundamento.

Previo a abordar su significación por parte de los autores, resulta pertinente hacer una aclaratoria en cuanto a la raíz etimológica del principio a analizar. Si bien es común encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia el uso del aforismo "non bis in ídem" o "ne bis in ídem" para hacer referencia a aquél, lo cierto es que -en puridad- este último es el adecuado, toda vez que en latín el adverbio de negación simple "non" es utilizado para negar un hecho real, mientras que "ne" se emplea para aludir a las prohibiciones.

A pesar que se ha considerado vaga e innecesaria la discusión sobre si la correcta denominación es *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, REÁTEGUI SÁNCHEZ sostiene que "resulta de especial interés sobre todo la partícula "ne" o "non". Entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit*: "no vino"). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas*: "no vayas"), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (...)."⁹ Por ello, sin perjuicio de que en la doctrina ambos

⁸ Bacigalupo, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, (Madrid, 2002) p. 95.

⁹ Reátegui Sánchez, J., *La Garantía del "NE BIS IN IDEM" en el Ordenamiento Jurídico-Penal*, Jurista Editores, (Lima 2006) p. 22.

términos se utilicen indistintamente sin que ello genere mayor problema, a partir de este momento nos referiremos a este principio como *ne bis in idem*.

Sin perjuicio de la denominación que se le otorgue, existe consenso en que la prohibición es un “principio” inclusive para algunos generales del derecho de carácter amplio y sentido abstracto que se desprende del ordenamiento jurídico y que es relevante para la legitimidad del sistema jurídico y del Estado de Derecho, constituyendo una poderosa garantía contra los abusos del poder estatal sobre los particulares.

En cuanto a su fundamento, es preciso mencionar que no hay consenso en la doctrina sobre ello, pues a lo largo del tiempo se le ha relacionado con distintos principios: el de proporcionalidad, seguridad jurídica, cosa juzgada, litispendencia, legalidad penal e, incluso, en principios como la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de subsidiariedad.¹⁰ Esta discusión llevó a algunos autores, entre ellos a ALARCÓN SOTOMAYOR, a sostener que *“esa variedad de fundamentos se produce porque, en verdad, se está pensando en diversas reglas que gozan cada una de autonomía propia, todas ellas aludidas como non bis in idem; y claro está que no todas ellas comparten el mismo fundamento”*.¹¹

En efecto, cualquiera sea la definición adoptada, el “*ne bis in ídem*” garantiza a toda persona que no sea juzgada nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

¹⁰ Alarcón Sotomayor, L., “El Non Bis In Idem como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) Santamaría Pastor, J. A., Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, (Madrid 2010) pp. 416-418.

¹¹ Alarcón S., L., “Principio non bis in idem”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., Diccionario de sanciones administrativas, Lustel, Madrid 2010, p. 764.

Aunque no exista un consenso respecto de cuál sería su fundamento, es posible señalar que éste descansaría en múltiples instituciones, siendo las principales manifestaciones que se suelen invocar para sustentar la prohibición de *bis in ídem*: la institución de la cosa juzgada, el principio de legalidad, y el de proporcionalidad, siendo estos últimos que cuentan con mayor sustento doctrinal y jurisprudencial.

1.2. La cosa juzgada material

Desde sus orígenes se ha vinculado el principio *non bis in ídem* con la institución de la cosa juzgada. El sustrato de dicha vinculación dice relación con el denominador común a ambos: la seguridad jurídica, que implica la certeza del individuo de que no se le vuelva a sancionar o abrir un nuevo procedimiento en razón de unos mismos hechos (por ello, se le relaciona con el apartado procedimental del *non bis in ídem*, y con la *litis pendencia*). Señala María Lourdes Ramírez, la conexión entre ambas instituciones ha sido abordada teniendo en cuenta los dos planos en que puede conjugarse la cosa juzgada: la positiva y la negativa. Es esta última la que se encuentra íntimamente ligada con la *non bis in ídem*, ya que en la medida en que se haya dictado una sentencia firme, ésta vinculará al juez de un segundo proceso.¹²

Creemos que, si bien la cosa juzgada es un instrumento procesal que sirve para garantizar el principio de *ne bis in ídem*, no lo fundamenta. Pues, ni es el único instrumento con tal propósito ni éste es su única finalidad.¹³ Por tanto, aunque puedan coincidir en algunos casos, su ámbito de aplicación es distinto.

¹² María Lourdes Ramírez, Op. Cit. p. 194.

¹³ Cano Campos, T., "*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", en RAP, n° 156, (2001), pp. 201-202.

En segundo lugar, si, como afirma NIETO, “*la regla de non bis in idem no sólo opera respecto a dos resoluciones cronológicamente separadas, sino también dentro de un mismo expediente y de una sola resolución*”.¹⁴

La cosa juzgada sirve como instrumento del principio de *ne bis ni idem* no lo fundamenta. Pues, en estos casos, es a través de la proyección de la cosa juzgada que la seguridad jurídica adquiere su carácter de fundamento de la prohibición de *bis in idem*.

La cosa juzgada parte de la firmeza que por esencia corresponde a las sentencias de fondo que profiere la jurisdicción y supone la vinculación en otro proceso a la decisión contenida en la sentencia emitida en el primero y anterior, es decir, a la declaración que se produce en ella sobre la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido.

De acuerdo con lo anterior, la eficacia de la cosa juzgada no tiene carácter interno sino externo, es decir, no se refleja en el proceso en el que se produce, sino en un potencial proceso posterior. Por ello sin referencia a otro proceso posterior considerada en sí misma, la cosa juzgada atiende únicamente a la situación de la relación o situación jurídica que en su momento fue deducida y que queda definida.

Por ello podemos decir que la cosa juzgada impide que una persona que ya ha sido juzgada y sancionada sea sometida nuevamente al poder punitivo del Estado y, por aplicación de la segunda, queda proscrito que existiendo un juicio pendiente se inicie otro sobre el mismo asunto al ámbito procesal del principio *Nebis in idem*.

¹⁴ Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª. Ed., (Madrid, Tecnos, 2008) p. 471.

Existirá cosa juzgada material cuando “*no existe posibilidad de impugnación, bien porque los términos para imponer el recurso extraordinario precluyeron, o porque éste no es procedente, o porque se empleó y fue denegado donde el fallo se torna inexpugnable que, en estricto rigor, es la verdadera cosa juzgada porque la decisión se torna inatacable*”.

1.3. Principio de Legalidad

Un sector de la doctrina también postula esta relación posicionando el principio de legalidad por encima del de proporcionalidad. Estas posturas, aunque se sustentan en dos planteamientos con puntos de partida distintos, concuerdan en que una sanción penal y una administrativa pueden provenir de un único ilícito.

La primera, parte de que sólo será posible aplicar una única sanción ante la concurrencia de un injusto penal y una infracción administrativa, pues aquélla expresará todo el desvalor que el ordenamiento jurídico le ha querido atribuir a dicha conducta. Así, el principio de legalidad aportará una funcionalidad excluyente en estos casos; es decir, al contener la sanción (asignada a cada ilícito o hecho infractor) todo el desvalor de una conducta, excluirá una tipificación por un mismo hecho, lo que imposibilitará una doble sanción y permitirá establecer el criterio para determinar cuál norma ha de aplicarse.¹⁵

La segunda, a diferencia de la anterior, tiene como punto de partida la identidad sustancial del derecho penal con las demás ramas del derecho y, en base a ello, concluye que el principio de legalidad es el llamado a fundamentar la prohibición de doble valoración. En este caso, a diferencia del supuesto en

¹⁵ Cano Campos, T., “*Non bis in idem*, prevalencia...”, cit. pp. 202 y 207-208. Este autor sostiene que el fundamento del *ne bis in idem* no sólo recae en la proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad sino, sobre todo, en el principio de legalidad.

que dos sanciones provienen de un mismo ilícito presentándose como solución el concurso de normas y con ello el principio de proporcionalidad, lo que se presenta es un conflicto de normas siendo el principio de legalidad el llamado a solucionarlo. De esta manera, se entenderá que el ordenamiento jurídico ha reconocido una sola sanción para una concreta infracción, siendo una sola norma la que recogerá todo el carácter antijurídico del hecho, quedando todo lo demás en apariencias. Asimismo, esta posición se subdivide en dos razonamientos distintos.¹⁶

Mientras que para uno cabe la posibilidad de que existan dos sanciones (penal y administrativa) que provengan de ilícitos distintos la otra parece no considerarlo así. No obstante, ambas llegan a la misma.

El principio de legalidad, considerado como óbice de toda estructura punitiva, involucra en su concepción toda proscripción de abuso por parte del Estado en el ejercicio del lesivo *ius puniendi*. De esta forma, la aplicación de una doble sanción por la comisión de un mismo hecho representaría un ejercicio excesivo de la potestad punitiva del Estado, toda vez que, con ello, el ciudadano destinatario de la norma no contaría con la certeza necesaria sobre lo que le es o no permitido realizar y el consecuente eventual castigo que tendrá por sus conductas y la magnitud del mismo, el ciudadano “no recibe el mensaje de seguridad jurídica desde el Estado, sino por el contrario, toma noticia de un comportamiento ambiguo y arbitrario por parte de este último, que al final del camino, importa sobretudo vulneración del principio de legalidad.”¹⁷

Dicho principio se encuentra vinculado en una triple garantía: de conocimiento y certeza del derecho positivo; de confianza en el sistema jurídico y en las

¹⁶ Vid. García Albero, R., *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, Cedecs Derecho Penal, (Barcelona 1995) pp. 89-91.

¹⁷ Francisco Castillo V., *Op. Cit.* p. 8.

instituciones públicas, además de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas; la defensa del individuo de los abusos del poder del Estado.

1.4. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, generalmente reconocido como principio general del Derecho -y en tal calidad, vinculante a todos los poderes públicos, es reconocido como una máxima de justicia material con destinatario dual: debe ser respetada tanto por el legislador al momento de tipificar las acciones delictivas y determinar abstractamente las consecuencias jurídicas de las mismas, y también por el operador jurídico, el que debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una sanción.

De esta forma, el legislador debe realizar un juicio que prevea el que las respuestas jurídicas, abarcando los criterios para determinar las conductas delictivas, así como los procedimientos para imponerlas, estén en consonancia con la conducta lesiva, de tal forma que la respuesta al delito no resulte excesiva. Por su parte, el operador jurídico, al momento de la concreción del ejercicio del *ius puniendi* estatal, debe tener en consideración que exista siempre una adecuación entre la imposición de la sanción con los fines que se le imponen por el ordenamiento jurídico.

Por ello sobre la base del principio de proporcionalidad hay quienes sostienen que las sanciones, desde una perspectiva punitiva, son auto suficientes, por lo que duplicarlas generaría una reacción desproporcionada por parte del sistema punitivo, por cuanto se correría altamente el riesgo de causar un perjuicio mucho mayor al realmente ocasionado,

Castillo defiende una posición de tal naturaleza al sostener que “*Cada vez que el Estado decide atacar al sujeto dos veces por la ocurrencia de un mismo*

hecho, desconoce que la sanción que se impone al sujeto debe ser proporcionada a la gravedad del delito, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y los objetivos político criminales perseguidos, porque cuando castiga doblemente un comportamiento, lo que uno interpreta del Estado es, que no calculó correctamente la primera sanción y que por ende le queda espacio para seguir castigando al individuo sin que todavía la pena impuesta sea desproporcionada. Semejante razonamiento es inaceptable y general un nivel de incertidumbre jurídica peligroso en un Estado de Derecho. A partir de la primera sanción impuesta, uno ya conoce lo que a juicio del Estado fue proporcionado a la comisión del delito, todo lo demás, no será manifestación de justicia, sino que manifestación de arbitrariedad.”¹⁸

La proporcionalidad, exige una retribución adecuada entre la gravedad del ilícito imputado y la sanción aplicada, no una “sobrerreacción” del ordenamiento jurídico que atente contra este equilibrio. La proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación al ilícito, incurriendo, por consiguiente, en arbitrariedades.

1.5. Principio de Seguridad Jurídica

El Principio de Seguridad Jurídica posee tres dimensiones: “como conocimiento y certeza del derecho positivo; como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social, y, finalmente, como previsibilidad de las

¹⁸ Castillo. Op. Cit. p. 9.

consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros”¹⁹

Sobre la base de ello, podemos decir que el principio de seguridad jurídica es un concepto fundamental en el ámbito del derecho que garantiza la certeza y estabilidad de las normas legales, consiste en que las leyes sean claras, previsibles y aplicables de manera uniforme, evitando la arbitrariedad y asegurando la protección de los derechos de los ciudadanos. Este principio es esencial para mantener la confianza en el sistema jurídico y promover la justicia.

Es uno de los pilares fundamentales del sistema legal en cualquier país. Este principio garantiza que las leyes sean claras, predecibles y aplicables de manera uniforme a todos los ciudadanos. En pocas palabras, busca brindar certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas.

La seguridad jurídica implica que las normas legales sean accesibles y comprensibles para todos. Esto significa que las leyes deben redactarse de manera clara y concisa, evitando ambigüedades o contradicciones. De esta forma, los ciudadanos pueden conocer sus derechos y obligaciones de manera precisa, lo que les permite actuar de acuerdo con la ley y evitar posibles conflictos legales.

Los ciudadanos deben poder confiar en que las decisiones judiciales serán coherentes y basadas en la ley, sin arbitrariedades de esta manera, se evita la incertidumbre y se fomenta la confianza en el sistema legal.

¹⁹ F. de León Villalba, Acumulación de sanciones penales y administrativas, Bosch Casa Editorial, (Barcelona 1998) p. 404.

1.6. Conceptos jurídicos básicos

Tradicionalmente, el principio puede ser analizado desde dos perspectivas de carácter material o sustantiva,²⁰ conforme a la cual se impide imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento (proscripción de punición múltiple) y, la otra, de orden procesal, a través de la cual se prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria, es el efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de juzgamiento múltiple).

Tratándose de sanciones administrativas, existen casos en que una conducta puede configurar un ilícito penal y además una sanción administrativa, en cuyo caso será necesario determinar su fundamento para efectos de aplicar o descartar el principio non bis in ídem. También, puede resultar que una misma conducta origine ilícitas infracciones previstos en distintos cuerpos normativos especiales, por lo que se pueden originar distintos procedimientos administrativos sancionatorios a cargo de diversos órganos de la Administración, caso en el que, verificada la unidad conductual, el fundamento jurídico de la normativa especial será determinante para establecer si existe vulneración al principio. Finalmente, una conducta puede configurar dos hipótesis infraccionales previstas en el mismo cuerpo normativo, razón por la que, en un solo procedimiento, la autoridad debe examinar si, efectivamente, se lesiona el principio por ser un único hecho el que se debería sancionar dos veces de aplicarse cada uno de los preceptos que se dicen infringidos.

²⁰Juan Pablo Mañalich, “El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Política Criminal*, 9, (2014, 18) p. 547,

En todos estos supuestos, no basta la unidad de la conducta para aplicar el principio, sino que se debe atender al fin de la norma, que indudablemente se relaciona con el bien jurídico tutelado.

Por ello podemos decir que el *ne bis in idem* en sentido material y sustantivo, (los cuales son distintas facetas del mismo). Por un lado, el *ne bis in idem* material o sustantivo, está íntimamente relacionado con los principios de legalidad y proporcionalidad; y se entiende por tal la prohibición de doble (o múltiple) sanción cuando exista en el caso una triple identidad de sujeto, hecho y de fundamento. Dicha concepción será el fundamento básico para alegar vulneración a la faceta del *ne bis in idem* material, y que dicha violación traerá como consecuencia la desobediencia a los dos principios antes mencionados, en el primer caso (de legalidad), en el que una persona ha sido juzgada en contravención a las leyes, y que la pena impuesta.

1.7. Origen y Marco Normativo

En el desarrollo histórico del *ne bis in idem* constituye un complejo itinerario que se inicia en el antiguo derecho griego, para manifestarse luego en el derecho romano y el modo en que en él se regulaba el ejercicio de las acciones, y continuar en el derecho canónico con su arraigo en esa misma fuente y sus propias referencias bíblicas. En el derecho canónico y en el de las incipientes naciones europeas en la Edad Media el telón de fondo es el de las disputas entre señores, obispos y reyes entre las que se incluía el problema de las múltiples jurisdicciones.

El recorrido sigue con el fortalecimiento del absolutismo, época en la que llegó a imponerse en Europa una versión secularizada del modelo inquisitivo de proceso penal cuyos fundamentos quedaron entonces desdibujados por una praxis que tendía a la consolidación del poder real a partir de la necesidad de

paz y de orden. Finalmente, la prohibición de múltiples sanciones penales resurge luego con una intensidad no exenta de matices en las constituciones, declaraciones y convenios internacionales de la edad contemporánea.²¹

En la literatura jurídica dedicada al estudio de la prohibición de *bis in idem* se ha planteado desde hace tiempo la posibilidad de que ella tuviera en la retórica griega su precursor más antiguo dentro de la cultura occidental, Ottaviana Santiago, sugiere que las primeras referencias que se conocen sobre el *nebis in idem* en Roma, que aparecen en la obra de los retóricos romanos QUINTILIANO y GAYO, son en realidad ejemplos tomados de los retóricos áticos que a su vez utilizaban como herramienta de discusión cuestiones escogidas de su propio derecho en el siglo IV A.C.²² Esta hipótesis ha sido fundamentada a partir del estudio de algunos pasajes de la obra de DEMÓSTENES, retórico griego del siglo IV A.C. Desde esta perspectiva parecería que la primera formulación expresa de la prohibición, tomada de la Constitución de Atenas, aparece en la diatriba “Contra Leptino”, en la que DEMÓSTENES presentaba su alegación como abogado en defensa de los sucesores de ciertos benefactores atenienses que habían obtenido en su momento unas exenciones fiscales. Ahora bien, la vigencia de esas exenciones peligraba precisamente porque Leptino había sometido a aprobación una ley que privaba de ellas a los mencionados herederos de los beneficiarios primigenios. Uno de los argumentos empleados por Demóstenes fue el siguiente: “las leyes no permiten que sea(n) dos veces contra el mismo por los mismos”²³.

²¹ , Ottaviana Santiago, Revista de Derechos Humanos, número 3, “El *Nebis in idem* en perspectiva histórica”, (Argentina).

²² Der Herkunft der Regel Detlef, “bis de eadem re ne sit actio”, ZRG Rom Abt., 84 (1967).

²³ José Muñoz Clares, op. cit., pp. 41 – 43.

La importancia de la evolución histórica del *ne bis in idem*, lo constituye sin dudas la consideración de la prohibición desde la perspectiva del pensamiento ilustrado.

Dado que el carácter de exigencia de justicia que la prohibición tenía desde sus raíces romanas, y el de límite al poder real que se pusiera de manifiesto en las primeras expresiones canónicas, habían quedado algo desdibujados en la praxis del procedimiento inquisitivo (sobre todo con el advenimiento del absolutismo), fue un mérito no menor de la vasta reforma penal emprendida bajo el influjo de la ilustración el de recuperar su sentido limitador como forma de garantizar el adecuado respeto a la persona y de evitar el abuso del poder penal del Estado.

Siendo la primera expresión positiva del *ne bis in idem* en Europa bajo el influjo de esas ideas fue la Constitución francesa de 1791 (Título III, capítulo V, art. 9 in fine), Esa disposición expresaba: “Todo hombre absuelto por un jurado legal no podrá ser detenido ni acusado de nuevo por razón del mismo hecho”. Allí se formuló expresamente la prohibición que pasó a ser conocida entonces por el latinazgo simplificado “non bis in idem”, recogido luego en las leyes procesales de aquel país.

Pero sin dudas el reconocimiento más importante de esta nueva etapa fue la incorporación del “double jeopardy” en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que significó su consagración definitiva por el constitucionalismo moderno, por ello SIGLER, Jay expone, los interesantes avatares lo que finalmente fue la inclusión de la prohibición en la quinta enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, siendo la primera redacción propuesta para la enmienda es similar al modo de garantía que fue reconocida posteriormente en la mayoría de los ordenamientos, muy superior

técnicamente y más clara que la estrecha referencia actual a ser puesto dos veces en riesgo de vida o integridad física.

La primera propuesta decía: “*Ninguna persona estará sujeta, salvo en caso de juicio político, a más de un castigo o juicio por el mismo delito*”.²⁴ La primera propuesta de incorporación de la prohibición a dicha Constitución data de 1789, pero hay antecedentes previos en algunas constituciones estatales de aquel país. La primera declaración de derechos que expresamente adoptó una disposición sobre *nebis in idem* fue la Constitución de New Hampshire de 1784, que disponía en su Art. I, Sec. XCI: “*Ningún súbdito estará sujeto a ser juzgado, luego de una absolución, por el mismo crimen o delito*”. De allí en diversas variantes de la prohibición fueron recogidas en los textos constitucionales y códigos de procedimientos penales de todo occidente a lo largo de los siglos XIX y XX.

Siendo la Constitución Argentina constituye una excepción en este sentido, pues no contiene previsión expresa sobre la prohibición, aunque ello no ha impedido que se le reconociera jerarquía constitucional por vía jurisprudencial, además de haber sido recogida en constituciones provinciales y códigos procesales.²⁵

El reconocimiento constitucional del *ne bis in idem* no significó una inmediata desaparición de las leyes procesales de los países de tradición jurídica continental de institutos como la absolución de instancia, o aún de excepciones a la prohibición vinculadas con la búsqueda de la verdad tales como la permisión de un nuevo juicio ante la aparición de nuevas pruebas sobre la

²⁴ Véase en este sentido SIGLER, Jay, op. cit., pp. 304 - 307

²⁵ Véase Julio Maier, op. cit., pp. 596 - 598.

culpabilidad del acusado luego de que fuera absuelto, que en algunos Estados siguen aún hoy vigentes.²⁶

Finalmente cabe destacar que el último paso en la evolución histórica del *ne bis in idem* ha sido su consagración expresa en varios tratados internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos del Derecho Internacional como los referidos al Derecho Penal Internacional, o el Derecho de la Integración es de destacar que también allí, paradójicamente, reaparecen con fuerza importantes excepciones a la garantía cuando se trata de la persecución de crímenes que constituyen graves violaciones.

En el caso interamericano, no hay excepciones expresamente consagradas en la Convención, sin embargo, ellas han sido construidas en la Corte IDH, Serie C, n° 154, caso Almonacid Arellano, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154. Por lo demás tanto el Estatuto de Roma como los estatutos para los Tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda incluyen limitaciones expresas a la vigencia del *ne bis in idem* orientadas a posibilitar la persecución de los autores de crímenes contra la humanidad.

Se impone, de entrada, registrar, como panorama histórico evolutivo del principio del *ne bis in idem* en el siglo XX, que, tras las dos grandes Guerras Mundiales, se establecieron nuevos hitos en términos de valores jurídicos, encarnados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, con el surgimiento de diversos tratados y convenciones que consagraron los derechos fundamentales del hombre, especialmente después de la creación

²⁶ Reforma procesal ocurrida en la Criminal Justice Act de 2003, arts. 75 a 84. Véase en este sentido la consolidación de esa propuesta de reforma en THE LAW COMMISSION (LAW COM No 267), Double jeopardy and Prosecution Appeals. Report on two references under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965. Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Lord High Chancellor by Command of Her Majesty, (Marzo de 2001), en especial ps. 35 a 62.

del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Tanto es así que, en la gran mayoría de los documentos relacionados a los derechos humanos de la última mitad del siglo XX, el principio del *ne bis in idem* se reconocía como garantía individual, con referencias no solo a la prohibición de múltiple persecución, sino también a la prohibición de la acumulación de sanciones. A propósito, se destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

En los términos del art. 14.7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, nadie será llevado a juicio o punido *“nuevamente por un delito que ya haya sido absuelto o condenado por sentencia transitada en juzgado, de acuerdo con la ley y el proceso penal de cada país”*, la Convención Americana de Derechos Humanos, se reconoció, el *ne bis in idem*, en el art. 8.4, en los siguientes términos: *“el acusado absuelto por sentencia pasada en juzgado no podrá someterse a un nuevo proceso por los mismos hechos”*,

Por su parte la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, a pesar de la redacción original de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrita en 1950, no haber incluido cualquier declaración que reconociera el principio del *ne bis in idem*, el art. 4.1, del Protocolo 7, datado de 1984, introdujo en este documento tal postulado, bajo la rúbrica del “derecho a no ser juzgado o punido más de una vez”, afirmando que “nadie puede ser penalmente juzgado o punido por las jurisdicciones del mismo Estado por motivo de una infracción por la que ya fue absuelto o condenado por sentencia definitiva, en conformidad con la ley y el proceso penal de ese Estado”, y de las libertades fundamentales,

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el título “*Derecho a no ser juzgado o punido penalmente más de que una vez por el mismo delito*”, el art. 50, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, asegura que “*nadie puede ser juzgado o punido penalmente por un delito del que ya haya sido absuelto o por el que ya haya sido condenado en la Unión por sentencia transitada en juzgado*”,

El Estatuto de Roma, en los términos del 20.1 establece, “*salvo disposición contraria del presente Estatuto, ninguna persona podrá ser juzgada por el Tribunal por actos constitutivos de crímenes por los que este ya la haya condenado o absuelto.*”

Por ello el recorrido histórico permite ver en perspectiva las discusiones que en la actualidad se mantienen sobre el alcance de la prohibición de bis in idem, y posibilita, sobre todo, verificar cómo la configuración actual de esta forma de proteger a las personas sometidas al poder penal no es en absoluto el producto de un período histórico determinado sino más bien el resultado de una lenta evolución llena de marchas y contramarchas donde confluyen los aportes del pensamiento clásico y medieval como sustrato primario con el lenguaje y la sistemática general del pensamiento ilustrado. Es por cierto indudable el aporte de la ilustración en materia de límites al poder del Estado, en particular de los límites al poder penal, que se concreta más que nada en el plano de su recopilación sistemática y en el de la acción política para su efectivo reconocimiento y aplicación.

El panorama actual no es uniforme y por ello no es posible hablar de una única configuración sino de varias formas más o menos semejantes del *ne bis in idem* en las diversas normas nacionales como supranacionales. En definitiva, a partir de una conformación más elemental proveniente de su puesta en

práctica en el derecho romano que sigue condicionando hasta cierto punto su comprensión, la prohibición fue adquiriendo perfiles específicos derivados de su evolución en contextos históricos y culturales diversos.

El *ne bis in idem*, entendido como derecho, aparece en escasas oportunidades en el ámbito doctrinario. El reconocimiento del carácter de derecho fundamental del *ne bis in idem* ha sido realizado también en la doctrina y jurisprudencia de otros países como, por ejemplo, en Alemania y España. En el primero de ellos, el *ne bis in idem* no sólo configura un derecho fundamental sino como una “norma procesal objetiva”, como una regla estructural del proceso que se materializa en un obstáculo impuesto al Estado.

En España el carácter de derecho fundamental del *ne bis in idem* ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional desde la sentencia.²⁷ En relación a las garantías judiciales a que se refiere el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, por ejemplo, en procedimientos administrativos o disciplinarios a la luz de los propios precedentes de la Corte Interamericana, frente al alcance que señalan nuestros tribunales nacionales sobre las mismas garantías en su espectro constitucional, siendo en muchas ocasiones existe algún grado de simetría, pero en otras tantas, los precedentes internacionales tienen un espectro de protección mayor, por ello el principio *non bis in ídem*.

Siendo un principio fundamental en muchos sistemas jurídicos busca proteger a las personas de un doble enjuiciamiento por el mismo delito. Concretamente, nuestra Constitución Política lo contempla en el artículo 11, mientras que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos lo prevé en su artículo 8.4.

²⁷ 2/1981.66 Mercedes Pérez Manzano, “La prohibición Constitucional de Incurrir en Bis In Idem”. Tirant lo blanch. (Valencia, 2002) p. 18-19.

la corte ha establecido que dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio del inculpado o procesado.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, podemos encontrar que los casos en los cuales se hace una referencia a este derecho, han establecido de manera simple, que el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos requiere la realización formal de un juicio. Sin embargo y por ser la finalidad de este artículo, existe un pronunciamiento proveniente del otro órgano del sistema de protección de derechos humanos configurado por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que interpreta esta cuestión de otra manera.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó en el informe de fondo 1/1995, que el término “sentencia” empleado en el artículo 8.4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, debe ser interpretado como “todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional”. Y luego, a partir de esa interpretación, fue que la Comisión Interamericana consideró que “la decisión de un Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público

en el proceso— que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme.

Entre los instrumentos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica que se preocupan por asegurar la aplicación de esta regla, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14.7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya fue condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

En el ámbito americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en su artículo 8.4 que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

En el ámbito normativo jurídico, la situación del *ne bis in idem* no es del todo diferente a la manifestada en el ámbito doctrinario, ya que la formulación constitucional del *ne bis in idem* aparece expresada en el Art. 11 Cn. como una prohibición, de ser enjuiciado dos veces por la misma causa.

La prohibición constitucional de doble enjuiciamiento tiene como destinatario al Estado, en la medida que es al que corresponde resolver los conflictos intersubjetivos. A pesar de que el derecho fundamental tiene una “eficacia horizontal”, es decir, se dirigen o vinculan también a los particulares, es difícilmente imaginable que la prohibición de doble enjuiciamiento pueda tener por destinatarios a los particulares, ya que el Estado ejerce en cierto sentido

el “monopolio” de resolución de los conflictos y, entre ellos, la función de imponer sanciones.²⁸

Asumiendo que el Estado es el titular de la función jurisdiccional y particularmente de la potestad sancionatoria (penal y administrativa) tal como establecen los Arts. 14 y 172 Cn la prohibición tiene por sujeto obligado al Estado, quien no puede enjuiciar dos veces a una persona por la misma causa.

En los tratados de derechos humanos el *ne bis in idem* es enfocado desde su dimensión de prohibición y referido principalmente para el ámbito penal. Así, en el Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prescribe que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. También el Art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos destaca la dimensión prohibitiva del *ne bis in idem* al prescribir que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

En el Art. 7 del CPP el *ne bis in idem* aparece también formulado como una prohibición de múltiple persecución penal, al establecerse que nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Asimismo, se le reconoce eficacia de cosa juzgada a la sentencia absolutoria firme dictado en el extranjero, sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales.

En el ámbito normativo jurídico, la situación del *ne bis in idem* no es del todo diferente a la manifestada en el ámbito doctrinario, ya que la formulación

²⁸Samuel Aliven Lizama, “El Ne bis in idem. Un derecho fundamental a no ser” enjuiciado dos veces por la misma causa. Pág 5 y 6.

constitucional del *ne bis in idem* aparece expresada en el Art. 11 Cn como una prohibición, la prohibición de ser enjuiciado dos veces por la misma causa.

La prohibición constitucional de doble enjuiciamiento tiene como destinatario al Estado, en la medida que es al que corresponde resolver los conflictos intersubjetivos. A pesar de que los derechos fundamentales tienen una “eficacia horizontal”, es decir, se dirigen o vinculan también a los particulares, es difícilmente imaginable que la prohibición de doble enjuiciamiento pueda tener por destinatarios a los particulares, ya que el Estado ejerce en cierto sentido el “monopolio” de resolución de los conflictos y, entre ellos, la función de imponer sanciones.

El *ne bis in idem* aparece mencionado en el Art. 1 letra “g” de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, como “principio non bis in idem”, según el cual, nadie podrá ser sancionado dos veces por la misma causa, siempre que exista plena identidad del sujeto infractor, hecho y fundamento.

En la Constitución, el *ne bis in idem* no se le considera expresamente como un auténtico derecho fundamental de la persona, el derecho fundamental a no ser enjuiciada dos veces por la misma causa. La razón de ello obedece a la propia formulación de los derechos fundamentales en el texto constitucional, la que con frecuencia recurre a la técnica de configuración como prohibiciones dirigidas al Estado, resaltando la dimensión negativa del mismo y no su dimensión positiva, regulados en los artículos 3 inc. 1; 4 inc. 2; 5 inc. 2 y 3; 6 inc. 2 y 3; 7 inc. 2; 8; 9, 10, 11 inc. 1; 12 inc. 2; 13 inc. 1, 2 y 3; 15; 16; 17; 19; 21 inc. 1; 23 inc. 2, 24 y 27 de la Constitución.

En tal sentido, tratándose de procesos de amparo, es posible valorar la violación al *ne bis in idem* en dos casos: a) cuando haya una previa sentencia definitiva que se pronunció respecto al acto reclamado sobre la violación o no

de preceptos constitucionales y se inicie con posterioridad otro proceso de amparo; b) cuando en el caso de haberse iniciado un proceso de amparo que esté pendiente de sentencia y en forma simultánea se inicie otro proceso de amparo. En el primer caso, la sentencia tiene efecto de cosa juzgada, aunque en forma limitada, ya que sólo lo tiene en cuanto a que el acto reclamado es o no constitucional, o violatorio de preceptos constitucionales. En el segundo caso el *ne bis in idem* tiene por efecto evitar el doble proceso.

1.8. Alcance

El principio limitativo analizado tiene dos vertientes: una sustantiva (prohibición de doble punición) y una adjetiva o procesal (prohibición de doble persecución penal). De ambas se derivan una serie de incidencias o implicancias.

a) Incidencias en el plano sustantivo: esta fórmula se refiere a la reacción penal material (condena, pena o castigo). Su consecuencia más importante es la carencia de reparos jurídicos para admitir la revisión de una sentencia firme, aun en contra del imputado absuelto o del condenado por un hecho punible menos grave o a una pena más leve que la correspondiente y, en general, para concebir el recurso del acusador contra la sentencia. Lo único que garantiza es que una persona no sufra la reacción penal más de una vez.

b) Incidencias en el plano procesal: en este segundo aspecto, el "*ne bis in idem*" impide la persecución penal y se extiende como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal. Por esa razón, cubre el riesgo de una persecución penal renovada cuando feneció una anterior o aún está en trámite. El principal efecto de la regla así concebida consiste en impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de revisión en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve. Por lo demás, es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal,

declarando inadmisibles tanto el regreso sobre la persecución penal ya agotada, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades.²⁹ Para determinar entonces el alcance de la prohibición, su forma y momento de aplicación es menester determinar primariamente cuando se trata “de lo mismo”, y cuándo no. De esta forma, para de la aplicación del mentado principio se ha llegado a una conclusión común: estamos ante “lo mismo” cuando la pretensión punitiva sea castigar en más de una oportunidad al mismo sujeto, por el mismo hecho, y bajo el mismo fundamento. Así, para que el principio reclame aplicación, debemos poder identificar la llamada “triple identidad”

1.9. Criterio para establecer el *ne bis in idem*

El principio de *ne bis in idem* es definido como la prohibición de doble valoración (concepto que abarca la doble sanción y procesamiento) cuando, según la doctrina, el Tribunal Constitucional y la legislación nacional, se presente la identidad de tres elementos: sujeto, hecho y fundamento.³⁰

En ese sentido, la prohibición del conocimiento y juzgamiento sobre una misma causa en diferentes procesos, implicará que las pretensiones objeto de los mismos sean idénticas; es decir, que ambas se compongan de los mismos sujetos, objeto y causa.

La identidad subjetiva se refiere a que en ambos procesos tanto la parte demandante como la demandada estén representadas por las mismas personas, actuando en una calidad semejante. La identidad objetiva reseña que los asuntos que se debaten en ambos procesos sean los mismos.

²⁹ Maier, (2006) pp. 598.

³⁰ Alarcón Sotomayor, L., “La garantía *non bis in idem* y el procedimiento administrativo sancionador”, *Iustel*, (Madrid 2008) pp. 42-46. “Principio...”, cit. pp. 765-766.

Finalmente, habrá identidad de causa siempre que el sustrato fáctico y el fundamento jurídico de las pretensiones resulte coincidente, es decir, que tanto los hechos concretos como las disposiciones normativas específicas en que se basan los reclamos sean iguales.³¹

De estos tres elementos, fuera de la discusión que se presenta en el ámbito del sujeto y del hecho, la principal dificultad se ha centrado en la figura del fundamento; pues éste, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, es “la clave que define el sentido del principio” a efectos de esclarecer el mecanismo de aplicación de la prohibición de *non bis in ídem*, procederemos en lo que sigue al análisis de los elementos de esta triple identidad requerida para conformar el supuesto en el que un mismo hecho se entiende como doblemente sancionado.

1.9.1. La identidad de sujeto

La determinación de la identidad subjetiva a tener en consideración a efectos de evaluar la concurrencia de un eventual bis in ídem no aparece como problemática: el sujeto pasivo (como imputado por la conducta sancionada) debe ser el mismo en todos los procedimientos, sea cual fuere su naturaleza y la autoridad concedora de los mismos. También se consigna como irrelevante el que en uno de los procedimientos el sujeto haya sido sancionado “solidariamente” junto con otro(s), y en otro posterior aparezca como imputado individualmente. Como señala Garberí Llobregat, en definitiva “lo importante a efectos de la coincidencia o identidad subjetiva que tratamos es que la persona incurso en el procedimiento sea la misma, independientemente del título de culpabilidad esgrimido contra ella [...]”³²

³¹ Sala de lo Constitucional, (20 de febrero 2007) Sentencia Definitiva de Amparo 579-2004.

³² L. José, Garberí., R. Guadalupe Buitrón. Op. Cit. p. 182 y ss.

1.9.2. Identidad de hecho

La determinación la identidad fáctica exigida para la operatividad de la prohibición de bis in ídem, la cuestión no es tal cuando debemos identificar primariamente qué es lo que se entiende por “hecho” a efectos de hacer el análisis comparativo. En este sentido, Ramírez³³ clarifica los polos de la discusión al evidenciar dos posibles entendimientos de hecho, ambas posturas recogidas de forma ambivalente por los Tribunales Constitucional y Supremo de España. Así, por un lado distingue el concepto de hecho abordado desde una dimensión normativa, y por otro lado, como un plano histórico. Este último implica que la acción u omisión de un individuo puede satisfacer los tipos delictivos de distintas normas, que a su vez protegen diversos bienes jurídicos, pero podrá ser sancionado sólo una vez, por cuanto lo esencial para el principio non bis in ídem no sería la diferencia de norma aplicada, sino que la identidad del hecho sancionado.

El concepto del hecho delictivo para el Derecho Penal sustantivo es aquel que comprende que la identificación de un determinado hecho delictivo es siempre dependiente de una determinada descripción típica: cada realización imputable de un determinado tipo delictivo cuenta como un hecho delictivo *per se*.³⁴

1.9.3. Identidad de Fundamento

La identidad de fundamento, según la mayoría de los autores, se reconduce a la semejanza de los bienes jurídicos protegidos por las diversas normas sancionatorias, o entre los intereses tutelados por ellas, de forma tal que “si

³³ *Ibíd.* p. 227 y ss.

³⁴ Mañalich, “Informe en Derecho: El principio ne bis in ídem en el derecho sancionatorio chileno”. *Op. Cit.* p. 42.

los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas.³⁵ La discusión también puede plantearse en el sentido de la determinación del bien jurídico que se debe tener en consideración a efectos de hacer el análisis comparativo: aquel que protege la infracción independientemente considerada, o aquel que se encuentra comprendido en la sistemática de la normativa en su conjunto.³⁶

1.10. Análisis Jurisprudencial

Nuestra Constitución de la República, en la parte final del artículo once, reconoce el principio jurídico *ne bis in ídem*, que actúa como un escudo protector contra el abuso de poder por parte del Estado para los ciudadanos, y que prohíbe juzgar a una persona más de una vez por los mismos hechos. Dicho principio busca garantizar la seguridad jurídica y prevenir que el Estado realice actos arbitrarios.

El *ne bis in ídem* en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en forma reiterada y abundante se refiere al *ne bis in ídem* como prohibición constitucional, que desde el punto de vista de la semántica constitucional es el aspecto que más resalta, teniendo por destinatario obligado al Estado, titular de la potestad jurisdiccional y, particularmente, de la potestad sancionatoria según lo establecen los Arts. 172 Cn y 14 Cn, aunque en ocasiones se hace una invocación genérica como destinatario de la prohibición a “las autoridades”, lo cual no deja de introducir un elemento de inseguridad.³⁷

³⁵ Garberí y Buitrón. Op. Cit. p. 184 y ss.

³⁶ Ramírez. Op. Cit. p. 283 y ss.

³⁷ HC-136-2004 de las 12:45 horas del 21/01/2005.

La jurisprudencia de la Sala de Constitucional ha referido en lo que respecta al principio *non bis in idem* ha señalado que la prohibición del doble juzgamiento significa la prohibición sobre la duplicidad de decisiones respecto de un mismo hecho y en relación de una misma persona. Dicho principio está consagrado en la parte final del inciso primero del artículo 11 de la Constitución, al disponer que ninguna persona "puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". El vocablo "enjuiciado" se refiere a la operación racional y lógica del juzgador a través de la cual se decide definitivamente el fondo del asunto de que se trate; y la frase "misma causa" se refiere a la identidad absoluta de pretensiones.

En cuanto a su consagración constitucional, hemos de decir que la Constitución de 1983 reconoció expresamente tal principio, asimismo la Sala de lo Constitucional ha sostenido que el principio *nebis in ídem*, en esencia, está referido al derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa³⁸.

el Tribunal Constitucional ha interpretado que el mismo forma parte de la Constitución, en algunos casos como principio que informa toda la potestad sancionadora y, en otros, como un derecho fundamental. De esta manera, se le ha considerado como garantía inmanente del contenido esencial del derecho al debido proceso.

1.12. El principio de Nebis in Idem en sentido material

La razón que fundamenta la prohibición de concurrencia de una sanción penal con una administrativa en el caso concreto es el principio de proporcionalidad,

³⁸ Jurisprudencia de Sala de lo Constitucional emitida el 20 de febrero de 2007, amparo 579-2004– “que el principio non bis in ídem o ne bis in...”

pues con él se busca evitar el exceso de punición. Por ello, dejaremos de lado los pronunciamientos doctrinales que buscan ligar el sentido material del principio en torno a la cosa juzgada³⁹

En general, esta vertiente se define como la prohibición de sanción múltiple por lo mismo; es decir, cuando concurra un idéntico sujeto, hecho y fundamento. De esta manera, lo que se busca es evitar la doble valoración sancionatoria⁴⁰

Por ello la vertiente material impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos.

1.13. La vertiente procesal

En general, esta vertiente se define como la prohibición de doble procesamiento por lo mismo. Sin embargo, mientras que un sector de la doctrina entiende que, en estos casos, también debe exigirse la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (aunque con un contenido distinto al que se sigue en el plano material aunque pueda entenderse que la vertiente procesal tiene un carácter instrumental del material, ello no obsta para que aquél desborde el marco del segundo, puesto que su fundamento se basa en la tutela judicial efectiva para impedir pronunciamientos con base fáctica contradictoria. Por ello, el contenido de los elementos en el plano procesal y penal han de ser distintos en cuanto a la identidad de hecho. Así, la identidad de hecho en este caso únicamente requiere que “ambos procesos sancionatorios se refieran

³⁹ Vid. Reátegui Sánchez, J., La Garantía..., cit. pp. 45-50.

⁴⁰ Vid. P. García Caverro, Informe..., cit. p. 11.

extensionalmente, con sus parámetros jurídicos de valoración, al mismo suceso fáctico”.⁴¹

El autor Alcácer Guirao sostiene que su contenido únicamente requiere de una identidad de hecho o fáctica, “El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional”⁴²

La prohibición del conocimiento y juzgamiento sobre una misma causa en diferentes procesos implicará que las pretensiones objeto de los mismos sean idénticas, es decir que ambas se compongan de los mismos sujetos, objeto y causa. Así, habrá identidad de causa siempre que el sustrato fáctico y el fundamento jurídico de las pretensiones resulte coincidente, es decir, que tanto los hechos concretos como las disposiciones normativas específicas en que se basan los reclamos sean iguales.

La identidad objetiva supone que los asuntos que se debaten en dos procesos diferentes sean los mismos y la identidad subjetiva se refiere a que en tales diligencias tanto la parte demandante como la demandada estén conformadas por las mismas personas, actuando en una calidad semejante

La doctrina consideran que la vertiente procesal de *ne bis in idem* lo que realmente impide es el doble enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo que se traduce en la prohibición de que un sujeto sea sometido por su comisión a dos o más procedimientos penales o sancionador-administrativo, siempre que tales hechos lesionen o pongan en peligro el mismo bien jurídico, Asimismo, se le ha relacionado con la figura del “double jeopardy” reconocido

⁴¹ Según García Caverovid. GARCÍA CAVERO, P., Informe..., cit. p. 15.

⁴² Vid. R. Alcácer Guirao, en Justicia Administrativa, n° 61, 2013, p. 43. También parecen entenderlo así Vid. CARO CORIA, D. C., “El Principio de Ne Bis In Idem...”, cit;L. Alarcón Sotomayor., “Principio...”, cit. p. 776.

en la V enmienda de la Constitución Norteamericana y, por otro lado, se le ha reconocido implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139.3° de la Constitución y en el 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos. De la misma manera, se ha remitido para hacerle referencia al artículo 14.7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a su finalidad, hay consenso en la doctrina en entender que no es únicamente instrumental en relación con la vertiente material sino que tiene sustantividad propia.⁴³ Es por ello, que “su fundamento va más allá de ser un mecanismo cautelar frente a una eventual desproporción de la respuesta sancionatoria estatal. De lo que se trata es de asegurar una tutela judicial efectiva que impida pronunciamientos diversos con una base fáctica contradictoria”.⁴⁴

De esta manera, no sólo estará proscrito que, una vez procesado y sancionado a través de una resolución que adquirió la calidad de cosa juzgada, se inicie un nuevo proceso o procedimiento; si no, además, que se tramiten de manera simultánea dos procedimientos.

De esta manera, no sólo estará proscrito que, una vez procesado y sancionado a través de una resolución que adquirió la calidad de cosa juzgada, se inicie un nuevo proceso o procedimiento, por ello PÉREZ MANZANO deduce cuatro características de la vertiente procesal de ne bis in idem: 1. Se encuentra vinculado al derecho de tutela judicial efectiva y la cosa juzgada material; 2. Impide el inicio de un segundo procedimiento salvo recurso de revisión o demanda de amparo; 3. No se impide un nuevo proceso si el primero y la

⁴³ Vid. R. Alcácer Guirao, “El derecho...”, cit. p. 42; P. García Guirao, Informe..., cit. p. 15

⁴⁴ P. García Caverro, “Informe...”, cit. p. 15.

primera resolución dejaron sin resolver una “relación jurídica extraprocesal”; y
4. Se considera vulneración una nueva práctica de todo el procedimiento, de sus fases y de una sentencia en segunda instancia.⁴⁵

La vertiente procesal prohíbe, en un sentido originario, la duplicidad de procedimientos en caso de que exista la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento.

⁴⁵ Vid. M. Pérez Manzano, *La prohibición...*, cit. pp. 30-34.

CAPITULO 2: GENERALIDADES DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

RESUMEN

2.1 Origen y Evolución histórica del delito de lavado de dinero y activos. 2.2 Cuestiones terminológicas y distintas acepciones. 2.3 Bien Jurídica tutelado. 2.4 Sujetos del delito. 2.5 Conductas Típicas. 2.6 Objeto Material del Delito. 2.7 Tipo Subjetivo. 2.8 Aspectos procesales en el delito de Lavado de Dinero y Activos. 2.9 Medidas cautelares. 2.10 Medidas cautelares personales. 2.11 Medidas cautelares patrimoniales. 2.12 Características de las medidas cautelares. 2.13 Objeto de la prueba en el delito de Lavado de dinero y activos. 2.14 La prueba del delito previo. Necesidad y alcance. 2.15 La Prueba del conocimiento del origen delictivo de los bienes. 2.16 Tratamiento de los Bienes en la Ley Especial Contra el Lavado de Dinero y Activos.

2.1. Origen y Evolución histórica del delito de lavado de dinero y activos

No se conoce a ciencia cierta cuándo se utilizó por primera vez, alguna forma de dinero, únicamente se sabe que el dinero nació de la necesidad de solventar los inconvenientes del trueque y que muy variados objetos fueron utilizados como medio de cambio.

El blanqueo de capitales, conocido también como lavado de dinero, legitimación de activos u operaciones con recursos de procedencia ilícita, no es un fenómeno novedoso a pesar de su actualidad e incidencia social y jurídica, puesto que es posible afirmar de la mano de la historia y de sus cultivadores que tanto el lavado como la falsificación, han existido incluso antes de que se diera a conocer el dinero legal tal y como se estima en la actualidad.

De hecho, la costumbre de utilizar prácticas para ocultar los ingresos procedentes de actividades ilícitas se remonta a la acuñación de la moneda metálica se inició hacia el año 580 A.C. por los aqueos en Grecia, quienes las hacían de plata gruesa, acuñadas por una sola cara, sin epígrafe, tenían dos sellos parecidos, parte hendidos y, parte en relieve, muy calculados para impedir la falsificación que ya hacían aplicando hojas delgadas de plata a una placa de metal inferior. Los delitos con el dinero, tanto falsificación como lavado no son delitos nuevos,⁴⁶ han existido, paradójicamente, desde antes que existiera el dinero como se conoce actualmente.

Siendo en 1529, como primer antecedente de vinculación Crimen y Dinero, el rey Francisco I de Francia, al pagar 12 millones de escudos como rescate por

⁴⁶ Rodolfo Uribe, "Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos", artículo publicado en www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/EIObservador/EIObservador2_2003/HistoriaLavado.doc

sus hijos tomados como rehenes en España, debió esperar 4 meses, mientras los secuestradores contaban el dinero y comprobaban la autenticidad de las monedas, de las cuales rechazaron 40.000, por considerar que no cumplían los requisitos exigidos.

El inicio de la piratería y de las guaridas de sus practicantes, es más antiguo aún. Se sabe que en el año 67 A.C., Pompeyo⁴⁷ emprendió una expedición contra los piratas del Mediterráneo que privaban de víveres a Roma, Cilici era entonces, la guarida tradicional de los piratas.

Es de mencionar como ejemplo también la historia⁴⁸ de la Orden de los Pobres Caballeros de Cristo del Templo de Salomón, mejor conocidos como los Templarios o Caballeros del Templar, tuvieron su origen en un pequeño grupo de nueve caballeros seculares que formaron una Orden después de la primera cruzada en el año de 1118.

La Orden fue creada bajo el mandato de proteger a los peregrinos cristianos que iban a Tierra Santa. El Papa Inocente II eximió a la orden de responder a las leyes de hombre. Durante esa época, la Iglesia prohibía los préstamos con intereses, lo cual era condenado como usura.

La astucia y visión de los Templarios les permitió el cambiar la manera en que los préstamos eran pagados y fueron capaces de evitar esta prohibición, financiando incluso a reyes. Debido a su vasta riqueza, exceso de materiales

⁴⁷ Mommsen, Theodor. Historia de Roma. Aguilar S.A. Ediciones, 1962

⁴⁸ "El Lavado de Dinero y Fraudes", en "ICC México Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio", número 48 Mayo 2005 pag 4.

y administración, los historiadores consideran que los Templarios inventaron los servicios y sistema bancario como lo conocemos.⁴⁹

Una vez destruida la Orden, la Santa Sede y los reyes europeos adoptaron sus métodos y procedimientos para administrar y ocultar riqueza, siendo la primera la más exitosa. Es así que ahora existen países y principados herederos de esta "tradición", convirtiendo la actividad mucho más ágil, intrépida e interesante a través de un mundo interdependiente y mejor comunicado. Los Templarios dieron origen al concepto de administrar la riqueza a través de estructuras y diversos países.

La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media, cuando la usura fue declarada delito, mercaderes y prestamistas burlaban entonces las leyes que la castigaban y la encubrían mediante ingeniosos mecanismos, fue entonces cuando los piratas se transformaron en pioneros en la práctica del lavado de oro y el blanco de sus ataques fueron las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico durante los siglos XVI y XVIII⁵⁰. A la piratería clásica le añadieron matices propios los bucaneros y los filibusteros, cuya existencia no hubiera sido posible sin la ayuda encubierta en un comienzo, de los gobiernos británico, francés y neerlandés.

Es famoso el caso del pirata inglés Francis Drake, que fue armado caballero en su nave por la propia reina Isabel I de Inglaterra, como recompensa por sus exitosos asaltos a puertos y barcos españoles. Siendo en 1612, Inglaterra ofreció a los piratas que abandonaran su profesión, un perdón incondicional y

⁴⁹ TONDINI BRUNO M.: "Blanqueo de capitales y lavado de dinero: Su concepto, historia y aspectos operativos", Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa de Derecho Internacional

⁵⁰ ibídem

el derecho a conservar el producto de sus felonías. Una gran parte de las riquezas acumuladas por corsarios y piratas, fueron resguardadas por los herederos de la tradición templar y por los banqueros de origen judío.

Así surgieron los refugios financieros, moderna versión de aquellas guaridas, son el complemento indispensable para coronar prácticas de operaciones dudosas o abiertamente fraudulentas que se han abierto paso en el mundo, en la medida en que el lavado de dinero progresa.⁵¹

Los gobernantes de la época detectaron que los tratados y leyes en vigor eran ineficientes y no los apoyarían en su lucha contra los piratas, siendo los reconocidos juristas convocados a disertar sobre el tema y brindar una solución de carácter jurídico, los más destacados fueron Hugo Grotius y el Padre Francisco de Vittoria, ellos crearon los primeros conceptos del derecho internacional relacionados con el derecho de mar. De mare nostrum, de mare liberum y la persecución en caliente son tres de los preceptos más destacados que surgen en esa época. Como resultado de estas acciones, uno de los primeros fenómenos criminales internacionales fue eliminado casi por completo. La economía mundial no se derrumbó, la sociedad no se desquebrajó y la vida continuó sin el asedio de éstos personajes y las actividades relacionadas con ellos. Tal parece que los narcotraficantes son los corsarios y piratas de nuestra época.⁵²

“La ocultación de determinados productos o bienes y su posterior afloramiento con apariencia de legalidad no es pese a lo que pueda parecer un hecho nuevo ni propio de sociedades desarrolladas.”⁵³ Continúa ALIAGA MENDEZ

⁵¹ TONDINI BRUNO, M., op cit., pág.4

⁵² Ibídem

⁵³ ALIAGA MENDEZ, J.M: “Aspectos institucionales del blanqueo en España: Fuentes de información” AA.VV., Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág.38.

con una cita textual de un pasaje del capítulo 54 de la obra “Don Quijote de la Mancha”, en los siguientes términos:

“Júnteme con esos peregrinos, que tenían por costumbre de venir a España muchos de ellos cada año, a visitar los santuarios Della, que los tienen por sus indias, y por certísima granjería y conocida ganancia. Ándala casi toda, y no hay pueblo ninguno de donde no salgan comidos y bebidos, como suele decirse, y con un real, por lo menos, en dineros, y al cabo de su viaje, salen con más de cien escudos de sobre trocados en oro, o ya en el hueco de los bordones, o entre el remiendo de las esclavinas, o con la industria que ellos pueden, los sacan del reino y los pasan a sus tierras, a pesar de las guardas de los puestos y puertos donde se registran.”⁵⁴

La palabra "lavado" tiene origen en los Estados Unidos en la década del veinte, época en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaban con sus actividades criminosas, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos, es de señalar el caso de “Al Capone”, “il capi di tutti de capi”, controlador de la Magia de Chicago, quien no dudó en asociarse con, Meyer Lansky, único miembro de origen judío de la Mafia, que más tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo de Capone.⁵⁵

Otro acontecimiento que está interrelacionado con la evolución histórica del lavado de dinero es el surgimiento del narcotráfico, es decir el comercio de las drogas; porque en un principio “el lavado de dinero fue advertido en países

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ TONDINI, B.M., *op cit.*, pág.5

desarrollados a mediados de los años 70 con la visión puesta en el narcotráfico.⁵⁶

En Estados Unidos el tema surgió debido a que la recaudación de la venta de droga en la calle era depositada en los bancos sin ningún trámite ni control previo y esos fondos se introducían fácilmente al circuito formal. La expresión fue utilizada por primera vez judicialmente en el año 1982 en los Estados Unidos, oportunidad en la que se confiscó dinero supuestamente blanqueado del contrabando de cocaína colombiana.

Por su parte TONDINI sostiene que “en el análisis de los antecedentes históricos, no podemos dejar de señalar las modificaciones en la lógica capitalista y empresarial, en estas dos últimas décadas.⁵⁷ Es decir la evolución del capitalismo, pues “la mayoría de los delitos económicos nacionales o globales existen desde los orígenes mismos del capitalismo y, en algunos casos, de la sociedad misma. Pero quizá nunca como ahora han dejado de ser excrecencias o vicios periféricos del sistema para convertirse en piezas constitutivas y básicas del funcionamiento de lo que puede denominarse, sin temor a la exageración, el capitalismo criminal.”⁵⁸

La expresión lavado de dinero (“money laundering”) fue empleada por primera vez en el ámbito judicial de los EE.UU. En 1982 así lo refiere BLANCO CORDERO,⁵⁹ a propósito de una resolución de decomiso de dinero producto del narcotráfico. El origen de esta expresión, sin embargo, proviene del argot de organizaciones mafiosas de los EE.UU., principalmente italoamericanas,

⁵⁶ *Ibíd*em

⁵⁷ TONDINI, B.M., *op cit*, pág.8

⁵⁸ TONDINI, B.M., *op cit*, pág.2

⁵⁹ BLANCO CORDERO, I. (2015), *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., Navarra, Aranzadi, p. 98.

para referirse al acto de incorporación de los fondos obtenidos ilícitamente a cadenas de lavanderías automáticas constituidas como sociedades interpuestas, en las cuales eran mezclados con fondos lícitos, con el objeto de aparentar legalidad en su obtención.⁶⁰

Esta terminología o sus versiones equivalentes, tales como “blanqueo de bienes” o “reciclaje de capitales”, han sido posteriormente empleadas en sentido jurídico por la normativa internacional con la cual los Estados concretaron sus esfuerzos de lucha intergubernamental contra este fenómeno delictivo. Asimismo, ha sido incorporada en los ordenamientos internos mediante la emisión de normas administrativas de carácter preventivo, así como las de contenido represor.⁶¹

“Los primeros indicios acerca del blanqueo de capitales de esta “actividad coordinada entre Estados y Bancos”, tiene sus orígenes, desde fines de la década del 60, en los paraísos fiscales y en las plazas financieras offshore. Estos centros se encuentran fuera del alcance de los bancos centrales, y aptos por su ubicación estratégica, para la gran circulación de divisas. Asimismo, el constante y progresivo crecimiento del narcotráfico de la década de los 80 y 90, resulta contemporáneo a la desregulación y liberalización financiera.”⁶² De ahí que se diga que el Estado aparezca como cómplice en el lavado de dinero.

⁶⁰ MATHERS, C. (2004), *Crime school: Money laundering. True crime meets the world of business and finance*, New York, Firefly book, p. 21; DEL CID GÓMEZ, J. M. (2007), *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Barcelona, Ediciones Deusto, p. 21; BARRALARRAL, J. (2003), *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo*, Buenos Aires, Ad Hoc, p. 39; VERVAELE, J. (2001), “Blanqueo de capitales y cooperación internacional en los delitos económicos”, en RCIIDPE, Córdoba, 2-3.

⁶¹ MARTÍNEZBUJÁN PÉREZ, C. (2005), “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, en GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, CGPJ CGPJ, p. 214. C.

⁶² TONDINI, B.M., op cit., pág.9

Su vinculación con otras ramas de la actividad criminal, el delito de lavado de dinero no solo está relacionado solo con el narcotráfico, puede y de hecho está relacionado con cualquier otra fuente ilícita, es decir aquella que proviene de delitos políticos que atentan contra la forma y organización política de un Estado, y otros delitos comunes. Una de las preocupaciones más importantes para los estados, se encuentra situada en el conocimiento que se tenga sobre el origen del dinero. La diferencia sustancial radica en que los delitos previos pueden ser juzgados como graves o no.

Considera el Contador Fernández,⁶³ que el origen del hecho ilícito llamado "lavado de dinero" tiene su comienzo en los primeros años de la década del 60 destacándose que es, una causa de ocultamiento mediante una serie de operaciones, a efectos de poder legitimar los bienes que provienen de una actividad ilícita previa. Las ingentes cantidades de dinero producidas por la actividad criminal se relacionan de esta forma con delitos graves como el tráfico ilegal de armas, de animales exóticos, de seres humanos o de sus órganos, la corrupción, el juego, el contrabando y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

Ante esta actitud por parte de los grandes Bancos, el gobierno no interviene aplicando la legislación que debiera hacer cumplir. El avance en el tiempo del blanqueo de capitales, originado por delitos previos, ha evolucionado de manera progresiva, aparejando consecuencias nefastas y reduciendo el tamaño de la economía formal y asimismo sus tasas de beneficio.⁶⁴

⁶³ Cdor Jorge R. Fernández, "La globalización y su incidencia en el lavado de dinero. Normas aplicables", (I.E.F.P.A. 2003) publicado en el XII Encuentro internacional de Administradores Tributarios en Argentins Mar del Plata 2003. Archivo http://www.iefpa.org.ar/XIII_encuentro_tecnico/documentos/fernandez.pdf

⁶⁴ Petras, James; "Dinero negro: Fundamento del crecimiento y del imperio de los Estados Unidos"; El chileno; Rebelión; 27/04/01

De manera creciente también, evoluciona las posibilidades para aumentar el valor de los capitales de manera puramente financiera, al margen de toda actividad de producción de bienes y servicios.⁶⁵ Otros autores como Xavier Caño Tamayo, sostienen que el origen de este tipo de blanqueo se remonta a la guerra fría, de la mano de Gran Bretaña en territorios formalmente independientes, pero bajo el control o fuerte influencia de las autoridades británicas y que dieron lugar a la aparición de los paraísos fiscales. Junto con los paraísos fiscales, encontramos el secreto bancario como uno de los beneficios que conlleva a radicarse en este tipo de lugares, uno de los principales dogmas del neoliberalismo, secreto que además garantiza la libertad de los grandes delincuentes globales para blanquear dinero sucio.

En última instancia, los delincuentes organizados globales son partidarios y practicantes de la desregulación total, el sueño dorado de cualquier neoliberal que se precie.⁶⁶ En ese sentido, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes celebrada en Viena en 1988, ratificada por ley nacional argentina n° 24.072 dejó establecido el interés internacional en combatir este delito cuando los países intervinientes plasmaron en dicho documento, que reconocen "...los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socaban las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados"; del mismo modo manifestaron ser *"...conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la*

⁶⁵ Chesnais, Francois, "Blanqueo de dinero sucio y mundialización financiera"; Rebelión; 09/01/01

⁶⁶ Caño Tamaño, Xavier; "Blanqueo de dinero e hipocresía económica"; Centro de Colaboraciones Solidarias; España; La Insignia, mayo del 2001

administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".

Por lo tanto, podemos concluir que el lavado de dinero, no es algo nuevo o novedoso, lo que sí es algo innovador es su conceptualización como delito, “... *que nace cuando los analistas detectan que se trata de un problema en sí mismo y comienzan a separarlo y distinguirlo de los delitos que le dan origen, dándole un tratamiento independiente.*”⁶⁷

La convención de Viena de 1988, representó el primer esfuerzo internacional en la lucha contra el Lavado de dinero y Activos, convirtiéndose en el instrumento internacional vinculante que goza de mayor relevancia en materia de lavado de dinero a nivel mundial, puesto que sirvió como base en la profundización del tema que posteriormente evolucionó en las convenciones de Palermo, Mérida y otras convenciones multilaterales y bilaterales, sin embargo, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, en adelante, GAFI, representaron un aditivo importante en la regulación internacional del fenómeno, de tal manera que tanto las convenciones y las recomendaciones del GAFI jugaron un papel determinante en la tipificación de la conducta en las distintas legislaciones.

2.2. Cuestiones terminológicas y distintas acepciones

La terminología “blanqueo” de capitales o blanqueo de bienes se corresponde con la expresión francesa blanchiment d’argent y la portuguesa branqueamento de capitais, siendo la más empleada por la doctrina española para referir al fenómeno delictivo objeto de estudio, constituyendo inclusive una acepción jurídica reconocida por la Real Academia Española,⁶⁸ que indica

⁶⁷ TONDINI, B.M., op cit., págs.1-2

⁶⁸ Edición del Diccionario de la Real Academia Española^{22a}

que admite a la expresión “blanqueo de capitales” como acepción jurídica en los términos siguientes: “Delito consistente en adquirir o comerciar con bienes, particularmente dinero, procedente de la comisión de un delito grave”. No obstante, autores como Manuel Bajo la califican como una denominación “profundamente desafortunada” que no constituye una “expresión técnica” para describir este fenómeno criminal.⁶⁹

Siendo duramente criticada por ser calificada de coloquial y carente de técnica, se ha impuesto en distintos sectores; terminología que si bien es cierto como señala DEL CARPIO DELGADO “... no es la más adecuada ni técnica ni jurídicamente, ha sido adoptada por los Organismos Internacionales y por la mayoría de las legislaciones extranjeras de igual forma que ha sido aceptada por la doctrina, aunque no sin manifestar la necesidad de encontrar un término más apropiado que refiera el sentido del tipo.”

La razón por la que la expresión “blanqueo”, se impuso en esos sectores, es la misma que se menciona en la exposición de motivos del proyecto de código penal Español de 1992, citada textualmente por ARANGUEZ SANCHEZ, es decir: “la convicción de que es la expresión que mejor designa, en coincidencia con el entendimiento que de ella se tiene, la clase de conductas que se describen, que son todas aquellas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenido.”⁷⁰

Manifiesta ARANGUEZ SANCHEZ, que “siendo el blanqueo de capitales una realidad económica relativamente novedosa, no puede hablarse de una

⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZERNÁNDEZ, M. (2009), El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en BAJO FERNÁNDEZERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S. (edits.), Política criminal y blanqueo de capitales, Madrid, Marcial Pons, p. 13.

⁷⁰ ARANGUEZ SANCHEZ, C., op cit., pág. 22.

terminología universalmente aceptada, aunque ya existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito.”⁷¹

Lo anterior significa que cada país tiene su propio idioma y sobre la base de ello son diferentes formas en que se le denomina lavado de dinero, por ejemplo, en España se le conoce como Blanqueo de capitales y Estados Unidos de Norte América se le conoce como Money laundering”.

Por lo tanto, “... la predicción por uno u otro término (“lavado” o “blanqueo”) tan sólo está en función de las arbitrarias variantes idiomáticas regionales”.⁷²

En lo que respecta a la denominación “lavado” de activos o de dinero ha sido implementada como la versión del término inglés (money) laundering y del alemán (geld-) wäsche. Y ha sido incorporada a las legislaciones y la doctrina de América Latina, debido a la influencia y proximidad geográfica con los EE.UU; incluso utilizada por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), de la Organización de Estados Americanos.⁷³

De otro lado, el llamado “reciclaje” de dinero se corresponde con el término italiano riciclaggio di denaro, aunque ha sido muy poco utilizada por la doctrina española,⁷⁴ propongan el empleo de expresiones tales como “regulación”, “reconversión”, “naturalización” o “normalización” de capitales de origen delictivo.

⁷¹ ARANGUEZ SANCHEZ, C.: El Delito De Blanqueo De Capitales, 1era. Ed., MARCIAL PONS, Madrid, 2000, pág. 21.

⁷² ABEL SOUTO, M., op cit., pág. 29.

⁷³ D’A LBORALBORA, F. (2011), Lavado de dinero, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 16 16-17; ORS I, O.

(2007), Lavado de dinero de origen delictivo, Buenos Aires, Hammurabi, p. 158

⁷⁴ Fabián Caparrós, al respecto, pareciere emplear la terminología “reciclaje de fondos” por cuestiones estilísticas, para evitar ser repetitivo con el empleo del término “blanqueo”.

Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. (1998), El delito de blanqueo de capitales, Madrid, Colex, p. 48

De igual forma proponen VIDALES RODRÍGUEZ y ZARAGOZA AGAUDO, que este fenómeno delictivo debería ser denominado “legitimación” de capitales.⁷⁵ Del mismo modo, BAJO FERNÁNDEZ, considera que con la terminología “legitimación de activos” se ganaría notoria claridad.⁷⁶

Así mismo considera RODRIGUEZ HUERTAS que “las expresiones utilizadas en la denominación de este comportamiento delictivo indican que ella no es uniforme en la legislación, así como tampoco en la doctrina sobre el tema.”⁷⁷

El fundamento criminológico de este fenómeno lo constituye la realización de diversos actos encaminados a dotar de apariencia de legitimidad al origen de los activos, con el objeto de dificultar o impedir que se identifique su real fuente delictiva.

Este fundamento es puesto en contraste con otros tipos legales, considerando que los nomen iuris establecidos por los exégetas de la ley no son necesariamente vinculantes, debe servir para desentrañar la terminología jurídico penal que mejor describa la naturaleza y alcance de este delito. En el Salvador, tanto desde la perspectiva legislativa como doctrinal, se emplea la denominación “lavado de dinero y de activos”.

⁷⁵ ZARAGOZA AGUADO, J. A. (1999), “XXII. El blanqueo de capitales y la receptación”, en SERRANO BUTRAGEÑO, I. / RODRÍGUEZ GARCÍA, J. L. Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial. Manual VI, Madrid, Expansión, p. 591.

⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZERNÁNDEZ, M. (2009), “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en BAJO FERNÁNDEZERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S. (edits.), Política criminal y blanqueo de capitales, Madrid, Marcial Pons, pp. 13 13-14.

⁷⁷ RODRIGUEZ HUERTAS, O.: “Modulo I: Lavado De Activos. Generalidades”, AA.VV., Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales Del Lavado De Activos, 1era. Ed., USAID, Santo Domingo, 2005, pág. 5.

2.2.1 Definición

Se ha sostenido que, para establecer una definición de este fenómeno criminal, ha surgido inconvenientes, en lo relativo a la realización de un acto, que perfectamente puede ser calificable como “delito” de lavado de activos, podría no cumplir con el íntegro de los caracteres diseñados en su conceptualización criminológica, lo cual tiene relación con el hecho que la figura de lavado de activos constituye un proceso, una secuencia operativa de hechos, cuya valoración jurídico penal ha dado lugar a que, legislativamente, cada acto tenga autonomía típica.

El delito de lavado de dinero y activos posee una diversidad de conceptos respecto de su contenido u objeto, por existen una serie definiciones a nivel doctrinal, sobre la base de algunos instrumentos internacionales y legislación nacional.

Debido a ello son diversas y opuestas las posiciones asumidas por los diferentes estudiosos del tema, así Bajo Fernández y Bacigalupo.⁷⁸ Que sostienen que es conveniente que el Estado en lugar de obstaculizar e impedir operaciones de blanqueo de capitales debe encaminarlas o dirigirlas, ya que en sí mismas, carecen de valoración negativa. Bajo Fernández añade: “el lavado de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos los puntos de vista por los poderes públicos, ya que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica de un país: la inspección de la Agencia Tributaria, la inspección de Trabajo, etc. La única relevancia que podría tener el blanqueo de capitales

⁷⁸ Miguel Bajo Fernández y Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Económico (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001)

estriba en lo que representa como participación en el delito base, es decir, en su significación como receptación o encubrimiento”.⁷⁹

Así lo refiere MAROTO Y VILLAREJO define este fenómeno como “... el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero.”⁸⁰

Desde la perspectiva criminológica, en primer lugar, precisa FABIÁN CAPARRÓS, el blanqueo de capitales constituye un proceso más que el resultado del mismo proceso.⁸¹

En igual sentido, PRADO SALDARRIAGA identifica al lavado de activos como un proceso continuo y dinámico cuyo desarrollo se produce en diversas etapas secuenciales.

Lo que significa que no se trata de un hecho aislado sino de un conjunto de actuaciones y fases sucesivas destinadas a la obtención de un determinado propósito. El lavado de activos, en efecto, no constituye un hecho puntual en el que instantáneamente se logra dotar de apariencia de legalidad al origen de los bienes producidos por el delito, antes bien, se trata de un conjunto de actos coordinados dirigidos a la obtención de tal finalidad.⁸² Por ello, se trata de un progresivo proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la

⁷⁹ Miguel Bajo Fernández, El desatinado delito de blanqueo de capitales (En: Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Madrid: Marcial Pons, 2009), 13

⁸⁰ MAROTO Y VILLAREJO, J.: El Blanqueo de Capitales En El Derecho Español, DYKINSON, Madrid, 1999, pág. 5.

⁸¹ PRADO SALDARRIAGAALDARRIAGA, V. (2013), Criminalidad organizada y lavado..., op. cit. cit., pp. 118-119.

⁸² Roberto Durrieu, bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero

delictuosidad de su origen o de su destino “a fin de simular su auténtica naturaleza y, así, conseguir que aparezcan como legítimos”.⁸³

ALIAGA MENDEZ, sostiene que “el blanqueo no es otra cosa que el conjunto de mecanismos y procedimientos, variados y complejos, que tienden a dar apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo... o a bienes de origen lícito que sus propietarios extrajeron del círculo de bienes conocidos para la administración.”⁸⁴

Por ello, desde la perspectiva jurídico penal, puede definirse como “delito” de lavado de activos aquellos actos independientes incluso disímiles y heterogéneos realizados dentro de un proceso de reciclaje, efectuados para evitar que la fuente criminal de los bienes sea identificada o con el fin de evitar su incautación o decomiso, siempre que el interviniente haya conocido o debido presumir el origen delictivo de los activos. En este concepto, por tanto, no se abarca a conductas similares que puedan efectuarse sobre activos producidos por ilicitudes extrapenales de alta rentabilidad.⁸⁵

Con relación a sus caracteres criminológicos, se puede definir al lavado de activos como el proceso mediante el cual se incorporan o integran al sistema económico legal bienes que, teniendo un origen delictivo conocido, fueron dotados a través de actos mercantiles o económicos de una apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita, con el objeto que dichos bienes puedan

⁸³ PRADO SALDARRIAGAALDARRIAGA, V. (2013), Criminalidad organizada y lavado..., op. cit. cit., pp. 118-119.

⁸⁴ ALIAGA MENDEZ, J.M., op. cit., pág.37.

⁸⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, T. (2009), El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765, 2ª ed., Lima, Jurista Editores, pp. 96-97; CARO CORIAORIA, C. (2012), “Sobre el tipo básico de lavado de activos”, en ÉL MISMO (dir.), ADPEE, Lima, CEDPE, p. 219; PRADO SALDARRIAGAALDARRIAGA, V. (2013), Criminalidad organizada y lavado..., op. cit., p. 251; GARCÍA CAVEROAVERO, P. (2015). El delito de lavado..., op. cit., p. 137.

ser empleados en las mismas condiciones que aquellos que tienen procedencia legal.⁸⁶

SUSANA HUERTA TOLCIDO citada por DEL OLMO GALVEZ sostiene que el blanqueo de capitales es el “procedimiento mediante el cual se pretende incorporar al tráfico económico-financiero legal los beneficios obtenidos a raíz de la realización de ciertas actividades delictivas.”⁸⁷

“En definitiva, se trata de una actividad dinámica o proceso de ocultación de aquellos bienes de origen o procedencia delictiva, que tiene por objeto atribuirles una apariencia última de legitimidad.”⁸⁸

BLANCO CORDERO, considera que el blanqueo de dinero es el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”.⁸⁹

En cuanto a instrumentos internacionales se refiere, denotamos que los mismos no brindan definiciones atinentes al blanqueo de capitales, sino que únicamente se limitan a describir las conductas típicas a sancionar, razón por la que no haremos mención a esa normativa.

La legislación interna de El Salvador, siguiendo la tendencia de la regulación internacional sobre la materia, lejos de brindar una definición sobre lavado de dinero, da a conocer de forma descriptiva, lo que entiende por este delito en la

⁸⁶ Jurisprudencia STS N° 151/2011, de del 10 /Mar/2011 (2ª Sala del Tribunal Supremo. Ponente: MONTERDE FERRERERRER),

⁸⁷ DEL OLMO GÁLVEZ, J.: “El Blanqueo Desde La Perspectiva Del Juez Instructor” AA.VV., Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 221

⁸⁸ DEL OLMO GÁLVEZ, J.: “El Blanqueo Desde La Perspectiva Del Juez Instructor” AA.VV., Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 221.

⁸⁹ BLANCO CORDERO, I., op cit., pág. 93.

Ley contra el lavado de dinero y activos, concretamente en su art.4, consignado bajo el epígrafe LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, que reza así: *“Art. 4.- El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la Comisión de dichas actividades delictivas, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente.*

Se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del país”.

La Sala de lo Constitucional por su parte, en sentencia definitiva de referencia 545-2003, de fecha doce de abril de dos mil cinco, se refiere a la consideración del concepto jurídico, en dicha resolución la Sala señala:

“El concepto jurídico del activo, se expresa en forma general, comprendiendo el conjunto de bienes y de derechos estimables en dinero y que forman parte de un patrimonio o de una universalidad jurídica.”⁹⁰

En fin, son innumerables las definiciones que existen sobre lavado de dinero, y “la búsqueda de una definición que logre abarcar todas las formas posibles

⁹⁰ Sala de lo Constitucional. Amparo, Referencia: 545-2003 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

de lavar activos constituye una tarea casi imposible, en la medida en que las actividades a incluir son innumerables.”⁹¹

Por ello en lo relativo a las definiciones arriba relacionada se logra determinar que hay elementos coincidentes o comunes a todas ellas son los siguientes: es un proceso, tiene una doble finalidad, ocultar el origen ilícito de los bienes y darles apariencia de legitimidad.

Siendo un proceso que tiene como finalidad inmediata la ocultación de los efectos o productos originados de un delito, a través de diversos y complejos mecanismos, para posteriormente dotarlos de apariencia de legitimidad y lograr la finalidad última, que es la incorporación de estos al tráfico económico-legal.

El lavado de dinero y activos o blanqueo de capitales son términos equivalentes, en dos direcciones:

La primera relativa a que se usa de forma sinónima como “Lavado de Dinero o Lavado de Activos”. Aunque no son las únicas sinonimias utilizadas.

Una segunda acepción, separando el dinero como especie metálica a bienes muebles o inmuebles, de tal manera que el concepto de Activo abarca más allá de dinero, por lo que “Lavado de dinero” ó “Lavado de Activos” por su propia naturaleza conceptual, no existe una definición única.⁹²

⁹¹ IBÁÑEZ NAJAR, J.: Estudios De Derecho Constitucional Económico, 1era. ed, Bogota, 2001, pág. 364.

⁹² Luis Alberto Núñez Lira, Yasmin Sara Castillo Palomo y Jesús Enrique Núñez Untiveros, "Lavado de activos y la incautación de bienes como medida cautelar. Money laundering and seizure of assets as a precautionary measure", Artículo n.o 2 (2020), 92.

En El Salvador, el concepto de Lavado de Dinero y Activos y los delitos generadores que se establece en los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos.

2.3 Bien jurídico tutelado

No obstante que la discusión sobre la concepción de bien jurídico es de amplia discusión, a partir de su incorporación por BIRNBAUM ⁹³, por bien jurídico, se entiende: *“aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedades que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública.”*⁹⁴

La concepción de bien jurídico, está íntimamente vinculada a la relación social, capaz de incidir en la identidad cultural de un país, la ideología imperante al momento de su tipificación y de la capacidad de reflexión política del legislador que enmarca las prohibiciones de acuerdo a la política criminal,⁹⁵ que se adopta.

Esta relación social que condiciona a los bienes jurídicos no gozan de un estado de firmeza de cosas, sino que, de acuerdo a la dialéctica misma de la realidad, avanza en la radicalización o despenalización de las conductas que se consideran valores supremos para el Estado.

⁹³ Norma Angélica Ortiz Dorantes, “El delito de operaciones con recursos de operaciones ilícitas” (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010) 113.

⁹⁴ Jacobs Gunther, Derecho Penal, Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación (Marcial Pons, Madrid 1995) 44-52

⁹⁵ Blanco Lozano, C. Tratado de Política Criminal. Tomo II: la política criminal aplicada (J.M BOSCH EDITOR, BARCELONA 2008) 36-39 <https://elibro.net/es/lc/biblioues/titulos/52264>

El bien jurídico protegido con el delito de Lavado de Dinero y Activos, es materia de discusión inacabada.⁹⁶

El bien jurídico representa una protección jurídico penal cuya función es proteger y a su vez reprimir conductas que luego de ser analizadas y categorizadas, permiten la persecución penal.

Distintas son las posiciones respecto a responder a la interrogante ¿Qué bien o bienes jurídicos protege el Lavado de dinero o blanqueo de capitales? Al respecto, existen al menos tres posiciones⁹⁷ como parte de la consumación del delito previo y que, por lo tanto, no posee un bien jurídico propio sino depende del delito previo.

La primera, niega que el delito de Lavado de Dinero y de Activos proteja un bien jurídico independiente y distinto al del delito previo, considerándose que éste es una de las etapas del iter criminis⁹⁸ puesto que a su vez rechazan una multiplicidad de bienes jurídicos, al establecer que a cada delito le corresponde un bien jurídico, por tanto, el bien jurídico protegido puede ser la administración de justicia, el orden socioeconómico, el erario público, el sistema democrático de las naciones, entre otros, considerados de forma particular.

Existe un segundo sector de la doctrina que justifica la penalización del lavado de dinero; alegando que dicha actividad afecta, principalmente, un determinado y claro bien jurídico.⁹⁹

⁹⁶ Jesús María Silva Sánchez, "Expansión del Derecho Penal y blanqueo de capitales". (II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, 2011). 133

⁹⁷ Roberto Durrieru, "El bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero"

⁹⁸ Eduardo Arsenio Oré Sosa, "La procedencia delictiva en el delito de Blanqueo de Capitales", (2017):

⁹⁹ Ibid

Y una tercera posición expresa que el bien jurídico protegido es plural, es decir que existen varios bienes jurídicos que se pretenden proteger con el tipo penal, entre ellos es posible una combinación entre la administración de justicia, el orden socioeconómico, el orden económico, la hacienda pública, el sistema democrático de las naciones, entre otros, con ello se posiciona la postura que el delito es un delito pluriofensivo.¹⁰⁰

La importancia en la discusión, es que de la determinación de una u otra postura determina el grado de autonomía del ilícito, su vinculación con el delito previo.

MARIANO RODRIGUEZ GARCÍA en consideración de las teorías que pretenden explicar el bien jurídico protegido, se decanta por la teoría dialéctica del bien jurídico, que expresa que el bien jurídico protegido es la Administración y la jurisdicción y por otro lado, la hacienda o erario público concluyendo el autor en que lo que se protege es el Orden Socioeconómico.¹⁰¹

En esa misma sintonía BLANCO CORDERO, PATRICIA FARALDO CABANA, FABIAN CAPARROS, consideran que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, aunque este último autor califica que la administración de justicia no es únicamente en sí el bien jurídico, sino que este aparece como un efecto colateral del delincuente organizado que busca sobre todo el encubrimiento de su operación.

CALDERON CERESO por su parte si bien comparte que el bien jurídico es la administración de Justicia también considera que afecta el Orden Económico, GOMEZ INIESTA, considera además que, si bien afecta al Orden

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Gonzalo Armienta Hernández, et al, El lavado de dinero en el Siglo XXI. Una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales la doctrina y las leyes en américa latina y España (México, Sinaloa: Editorial UNIJURIS, 2015),pag 182

Socioeconómico, también afecta al sistema financiero de un país. En ese sentido, se va disociando la idea de que el delito de lavado de dinero y activos es un delito uniofensivo, puesto que del análisis que cada estudioso del derecho aporta en la construcción de la teoría del bien jurídico, éste se va ampliando y asentando en un delito pluriofensivo. Sin perjuicio de las valoraciones político-criminales que se utilizan en la tipificación del mismo.¹⁰²

MUÑOZ CONDE, VIDALES RODRIGUEZ, MORALES DAGANUT Y FISZER, consideran que el delito de lavado de dinero y activos o blanqueo de capitales es un delito de carácter pluriofensivo,¹⁰³ puesto que afecta diferentes bienes jurídicos, uno de ellos es la administración de justicia, al estar asociado a los supuestos de encubrimiento. El orden socioeconómico, puesto que las acciones del lavador conllevan a una alteración económica de la sociedad y con ello modifica las reglas económicas imperantes, verbigracia la libre competencia.

De las distintas posiciones sobre la uniofensividad y pluriofensividad, el bien jurídico protegido, es el orden socioeconómico, sin embargo, al ser amplio, se derivan otros bienes jurídicos con necesidad de tutela penal, lo que convierte al lavado de dinero en un delito pluriofensivo.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de referencia 288-CAS-2011, por su parte, en relación a la determinación del Bien jurídico protegido, expone:

¹⁰² Blanco Lozano, "Tratado de Política Criminal. Tomo II: la política criminal aplicada", 49-51

¹⁰³ Ortiz Dorantes, "El Delito De Operaciones Con Recursos De Operaciones Ilícitas", 130-138

“El delito de Lavado de Dinero y de Activos, desde la óptica del bien jurídico protegido, se trata de un delito pluriofensivo con incidencia, sobre todo, en el Orden Socioeconómico”.¹⁰⁴

De acuerdo a lo sostenido por la Sala, el orden socioeconómico es uno de esos bienes jurídicos más dañados y que se pretende proteger mediante el combate de las acciones tendientes a introducir el dinero, Activos, bienes o valores de cualquier tipo producto del objeto delictivo al circuito económico.

Pero además señaló: “no se debe perder de vista, que dicho ilícito, más allá de perturbar la correcta Administración de Justicia, en tanto que restringe su normal funcionamiento al dificultar la investigación de las conductas de ocultación de bienes de ilícita procedencia... ponen en riesgo a otros bienes como: La Salud Pública, en el caso de las drogas, el Patrimonio, al turbar la propiedad, el Orden Público y la Paz Social, en el tráfico de armas, la Hacienda Pública, en los casos de defraudaciones al Fisco, entre otros.”¹⁰⁵

En tal sentido desde la jurisprudencia, sostenida por la Sala de lo Penal, el bien jurídico protegido es pluriofensivo, debido a la amplia gama de bienes jurídicos que se ponen en peligro o riesgo ante las acciones previstas por el legislador que son constitutivas de lavado de dinero.

2.4. Sujetos del delito

La normativa salvadoreña, no tiene regulada de forma expresa la autonomía del delito de Lavado de dinero, no obstante ello haciendo uso de los controles de convencionalidad con los tratados internacionales y con la diversidad de

¹⁰⁴ Sala de lo Penal. Casación, Referencia: 288-CAS-2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

¹⁰⁵ Ibid.

jurisprudencia de la Sala de lo Penal, de las que podemos mencionar la sentencia de Referencia 12-CAS-2013.¹⁰⁶

Dicha autonomía adquiere vigencia. Razón por la cual no se requiere que el delito previo se encuentre probado y con sentencia condenatoria, sino que se crea razonablemente que los bienes y activos provengan de un hecho delictivo y que se hayan realizado conductas encaminadas a blanquear esos capitales resultantes del delito. Lo anterior implica que el sujeto del delito, puede ser cualquier sujeto, sin ningún tipo de especial requerimiento, basta con que realice uno o más verbos que contiene la Ley Contra El Lavado de Dinero y Activos, en adelante LCLDA para que sea sujeto activo del delito,¹⁰⁷ al ser el lavado de dinero un delito autónomo, sin embargo, dicho delito es eminentemente doloso, por cuanto es condición necesaria para la acreditación en la comisión del lavado de dinero.

En El Salvador, el concepto de Lavado de Dinero y Activos en los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos; se regulan las acciones que constituyen lavado de dinero y de activos, los delitos generadores de lavado de dinero y de activos y los delitos de encubrimiento, que se detallan a continuación:

ACCIONES RELACIONADAS AL LAVADO DE DINERO	DELITOS GENERADORES
Depositar	Narco tráfico
Retirar	Trata de personas

¹⁰⁶ Sala de lo Penal. Casación, Referencia: 12-CAS-2013 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁰⁷ Isidoro Blanco Cordero et al, Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, 5ta ed (Washington D, C: Organización de Estados Americanos OEA, 2014.), 176

Convertir	Administración fraudulenta
Transferir	Hurto y robo de vehículos
Ocultar	Secuestro
Legalizar	Extorsión
Disfrazar	Enriquecimiento ilícito
Encubrir	Negociaciones ilícitas
Adquirir	Peculado
Poseer	Soborno
Utilizar fondos, bienes o derechos relacionados con actividades delictivas	Comercio ilegal y depósito de armas
	Evasión de impuestos
	Contrabando de mercadería
	Prevaricato
	Estafa
	Todo acto de encubrimiento

En consecuencia, el sujeto activo, para serlo, debe ejecutar los distintos actos y modalidades de lavado de dinero y de activos de manera consciente y voluntaria, lo cual significa que el agente sabe o puede inferir de manera altamente probable que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito.

Debido a ello, el sujeto activo al menos debe inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración que va a ejecutar con activos, tienen un origen ilícito, aunque desconozca a que origen ilícito se refiera.¹⁰⁸

2.4.5. Conductas Típicas

El delito de lavado de activos se encuentra comprendido por las conductas típicas de colocación, intercalación e integración, y es caracterizado por ser un delito en proceso, ello ha sido reconocido en el tipo básico de Lavado de dinero, contenido en el art. 4 del Capítulo II de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activo de El Salvador, bajo el epígrafe DE LOS DELITOS. LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, literalmente dice:

“El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la Comisión de dichas actividades delictivas, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente”.

Se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del país.

¹⁰⁸ Alejandro F. Peláez Ruiz-Fornells, Blanqueo de capitales: fases, efectos e implicaciones de política económica. (Madrid: Delta Publicaciones, 2014.) 2-5

En el caso de las personas jurídicas, las sanciones serán aplicadas a las personas naturales mayores de 18 años, que acordaron o ejecutaron el hecho constitutivo del lavado de dinero y de activos. Las personas naturales que por sí o como representantes legales, informen oportunamente sobre las actividades y delitos regulados en la presente Ley, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad.

Es decir, no se trata de entender al lavado de activos como una conducta única en el cual la finalidad es el lavado de dinero del origen ilícito, sino al contrario, se debe comprender como un delito en el cual se requieren una serie de actos destinados, que por su propia naturaleza necesita de otros, para lograr el blanqueamiento en concreto del origen ilícito, sin embargo, cada acto realizado por el agente, ha sido criminalizado por la legislación salvadoreña, para configurar el delito de lavado de activos.

Es necesario interpretar cada conducta delictiva del lavado de activos, de acuerdo a su naturaleza. El delito de lavado de activos es un delito proceso y autónomo, del cual cada etapa depende una a la otra, debido que una característica del lavado de activos es que el sujeto que obtuvo el dinero ilícito, asuma en la etapa ultima, el dominio de los bienes ya aparentemente legítimos, finalidad que no se lograra si no se transita por las etapas previas al de integración.

Por ello cada etapa del lavado de activos se caracteriza por ser sui generis, la primera modalidad “conversión” es fundamental probar que los bienes materia de transformación son bienes originarios de procedencia ilícita, de lo contrario, no será imputable por dicha modalidad, de la misma forma, en la imputación por la segunda modalidad “transferencia”, se deberá probar que tales bienes transferidos, son bienes que han transitado por una primera transformación

“etapa de conversión” y por último, en la etapa de ocultamiento y tenencia, se deberá tener presente que en esta etapa se deberá probar que los bienes son ya lavados.

El Ministerio Público deberá imputar con hechos todos los elementos típicos del delito de lavado de activos, no solo basta concentrarse en la imputación de la actividad criminal previa que generó los bienes ilícitos, sino que las modalidades típicas son elementos del tipo penal, los cuales merecen ser imputados de forma correcta, de acuerdo a su naturaleza de delito proceso.

2.6. Objeto Material del Delito

Tradicionalmente la doctrina ha definido el objeto material del delito como aquello en lo que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente, bien que se trate de una persona, una cosa o un fenómeno.¹⁰⁹

Partiendo de esta definición y dando por sentado que el lavado de activos es el proceso por medio del cual una persona busca dar apariencia de legalidad a los bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades delictuales, se concluye sin dificultad alguna que el objeto material de este punible lo constituyen los bienes a los cuales se pretende librar de la mácula de proceder de una conducta contraria a la ley.

Siendo una de las mayores inquietudes sobre el delito de lavado de activos se centra en su objeto material, toda vez que se discute con insistencia sobre cuál es la fórmula adecuada para determinar los delitos que deben ser base de ese comportamiento, esto es, si se enlista un buen número de conductas o si se

¹⁰⁹ Reyes Echandía, 1981, pp.108 y ss.

limita a delitos graves o que tengan una determinada cuantía, e inclusive, si se extiende a todas las actividades delictuales.

Asimismo, se ha generado debate para determinar si para que pueda hablarse de lavado de activos se requiere que la persona que se investiga haya sido previamente condenada por el delito subyacente o si basta la inferencia lógica del comportamiento y, por último, si la responsabilidad de probar el delito fuente sigue siendo responsabilidad exclusiva del Estado o si es factible aplicar el criterio de la carga dinámica de la prueba en este delito de carácter transnacional.

La anterior problemática ha surgido por la decisión de muchas legislaciones de tipificar el delito de lavado de activos como una figura autónoma y desconocer que se trata de un claro punible de encubrimiento. Este criterio tiene explicación en el propósito de los países de permitir el concurso de delitos entre el lavado de activos y el delito del que provienen los bienes a lavar, con lo cual se sanciona en forma más severa este odioso comportamiento que tanto daño le genera al orden económico social de los países.

De otra parte, se busca liberar a los jueces de contar con la sentencia condenatoria por el delito fuente y, finalmente, se utiliza el criterio de que quien mejor conoce el origen de sus bienes es la persona investigada, con lo cual se le transfiere la responsabilidad de probar su origen lícito.

La redacción que las diversas legislaciones han adoptado para castigar el lavado de activos ha sido variada, en especial la relacionada con los comportamientos de los que deben provenir de los bienes, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 1 de la Convención de Viena, debe entenderse: "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces,

tangibles o intangibles, y los documentos o los instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

En similar sentido define el término “bienes” el literal d) del art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, mejor conocida como “Convención de Palermo”.

De forma más amplia y exhaustiva, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, mejor conocida como “Convenio de Nueva York” en el numeral 1. de su art. 1 reza que: “Por fondos se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito”.

En iguales términos que los dos anteriores instrumentos internacionales, define “bienes” el literal d) del art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, mejor conocida como “Convención de Mérida”.

Atendiendo las recomendaciones de organismos multilaterales como el GAFI y la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, en adelante CICAD- OEA, los países incluyeron otros ilícitos como generadores de los bienes a los que se pretende dar apariencia de legalidad los cuales constituyen el objeto material del delito de lavado de activos.

Al consultar los diversos documentos internacionales en materia de blanqueo de bienes, así como a la doctrina más actualizada sobre el mismo, inferimos

que se propugna por una definición amplia del término bienes, que sea capaz de abarcar, no únicamente a los bienes, cosas, fondos, u otros activos y derechos sobre los mismos, obtenidos directamente de la comisión de un delito, sino también a "...la variada gama de cosas y derechos que a través de sucesivas conversiones conforman el complejo proceso de blanqueo."¹¹⁰ Es decir una definición de bienes que incluya tanto a los bienes directamente provenientes del delito previo, como a los que procedan indirectamente del mismo.

De las definiciones expuestas en los documentos internacionales supra relacionados, denotamos la naturaleza o vertiente económica del término "bien", en el sentido que hacen uso de la expresión activo, que consiste en "... cualquier clase de partida que represente bienes y derechos..." ¹¹¹. La importancia de la utilización del término "activo" se manifiesta en dos sentidos: el primero de ellos porque, "refuerza la propia dimensión económica del bien..., delimitando el campo de bienes y excluyendo todo aquello que carezca de esa dimensión."¹¹²

En segundo lugar, porque "... conlleva, necesariamente, el carácter positivo de ese dato económico, es decir, se delimita aún más el campo en torno a los bienes valorables económicamente, pues deben tener carácter activo o de crédito, con lo que quedan excluidos aquéllos que integren sólo un pasivo, gravamen o deuda".¹¹³

De ahí, que, si los documentos internacionales definían el término bien, como "... todo activo corporal o incorporeal, mueble o inmueble, tangible o intangible...

¹¹⁰ ARANGUEZ SANCHEZ, C., op cit., pág. 181.

¹¹¹ PALMA HERRERA, J., op cit., pág. 305.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*

es porque querían que todo lo valorable económicamente como activo tuviese cabida en ese concepto, al margen de sus caracteres, peculiaridades, o esencia.”¹¹⁴

Por lo tanto, en base a las anteriores consideraciones, siguiendo a PALMA HERRERA se define el término “bien” para efectos del delito de blanqueo, como “... todo aquello evaluable económicamente..., con independencia de su valor..., siempre que pueda ser incorporado a un derecho transmisible, es decir que pueda ser objeto de derecho, y siempre que sea susceptible de tráfico mercantil de carácter lícito...”¹¹⁵

De conformidad con la ley contra el lavado de dinero y activos salvadoreña, existe la descripción de sus tipos penales el objeto material sobre el que ha de recaer las conductas, y en el caso concreto del tipo básico del art. 4 de dicha ley.

Podemos decir que el objeto material del delito, según la norma antes relacionada no es la actividad criminal previa sino lo activos que proceden de esta actividad, constituido por: A) Dinero, que son las monedas los billetes que funcionan como medios de pago, que en efectivo fueron generados ilícitamente. B) Bienes, que se dividen en bienes muebles o inmuebles susceptibles de valoración económica que fueron adquiridos ilícitamente, también las sucesivas transformaciones que se dieron en éstos a través de negocios civiles, comerciales o financieros. Los diferentes instrumentos financieros negociables emitidos al portador que tengan igual origen o mutación. C) Efectos o ganancias, los objetos son los producidos mediante la

¹¹⁴ PALMA HERRERA, J., op cit., pág. 308

¹¹⁵ PALMA HERRERA, J., op cit., págs. 305 y 306.

acción delictuosa y las ganancias las ventajas patrimoniales o utilidades conseguidas a través del dinero.

2.7. Tipo Subjetivo

En el caso del delito de lavado de activos, es de vital importancia el aspecto subjetivo, puesto que se trata de un delito de intención, donde el agente despliega una diversidad de comportamientos con la intención de blanquear dinero de procedencia delictiva. La relevancia de lo subjetivo se puso en evidencia ya desde los orígenes del delito en el marco jurídico internacional. Así, tanto en la Convención de Viena de 1988, como en la Convención de Palermo del 2000, los elementos subjetivos “conocimiento”, “intención” y “finalidad” se han considerado como componentes centrales de la tipificación del delito de lavado de activos.

En la misma línea, y con más claridad aún, sigue la Convención de Estrasburgo de 1990, que exigía que los “delitos de blanqueo” se realicen necesariamente con conocimiento, excluyendo la posibilidad de sancionar cuando se obre por culpa.

En virtud de lo anterior para que la conducta de lavado de dinero sea típica, debe cumplir con los elementos de la vertiente objetiva (bien jurídico, procedencia delictiva de los bienes, conductas típicas), como con los elementos de la vertiente subjetiva (dolo, y los elementos subjetivos del injusto, según lo regulado en el artículo 4 de la Ley Especial de Lavado de dinero en el inciso primero, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la Comisión de dichas actividades delictivas; y en el inciso segundo ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas).

En el delito de lavado de activos solo es posible el dolo directo. Ello se debe a que, según la configuración típica del delito en nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto activo realiza el comportamiento de lavado con conocimiento de que da apariencia de legalidad a dinero o bienes que provienen de la comisión de un delito previo, y que ese comportamiento se realiza con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso.

El dolo en el delito de lavado de activos requiere que el agente tenga conocimiento y voluntad de realizar el comportamiento descrito en el tipo objetivo del delito¹¹⁶. Esto es, el autor actúa con conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo del lavado y, además, quiere las consecuencias que genera su conducta. En tal sentido, el agente actúa con el objetivo principal de evadir la acción de la justicia y asegurar la ganancia ilegal. Se trata pues de un comportamiento que evidencia dolo directo y que no admite el dolo eventual.

Existen diversos criterios clasificadores de los tipos penales, uno de ellos es la finalidad del autor respecto a la acción típica o resultado típico; en razón a este criterio los tipos penales se clasifican en dolosos e imprudentes. En los primeros, el ámbito de prohibición está constituido por la finalidad que persigue el sujeto de realizar los elementos constitutivos del tipo penal; mientras que en los segundos, la finalidad que persigue el sujeto es penalmente irrelevante, en el sentido que la misma no va orientada a la realización de los elementos del tipo, y su ámbito de prohibición se encuentra integrada por la forma de ejecutar esa finalidad, que es violando un concreto deber objetivo de cuidado, que determina la producción del resultado típico.

¹¹⁶ Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general, Madrid: Civitas, 1997, p. 415. Resalta lo importante e imprescindible de la voluntad en el dolo.

Por técnica legislativa "... el legislador configura el tipo subjetivo en los tipos de injusto de los delitos dolosos exclusivamente sobre la base del dolo, entendido éste como el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. En otros supuestos, para que las conductas tengan relevancia penal, se exige que el sujeto actúe con determinados fines o que su voluntad esté dirigida hacia un propósito ulterior, se incluyen pues, otros elementos subjetivos específicos además del dolo. Y cuando se pretende ampliar la protección de un determinado bien jurídico, se atribuye relevancia penal a la imprudencia."¹¹⁷

El delito de blanqueo de capitales tiene un carácter esencialmente doloso. Esta afirmación se deriva del análisis de la normativa penal de diferentes países, y también de la propia definición de tal fenómeno."¹¹⁸

2.8. Aspectos procesales en el delito de Lavado de Dinero y Activos.

La lucha contra el lavado de activos, como una expresión de la criminalidad organizada, ya no es vista como un fenómeno coyuntural, sino como un ataque a los diferentes campos de actuación social. La complejidad que presenta esta realidad criminal, en sus versiones más recientes, dificulta notablemente su erradicación. Los mecanismos tradicionales del control penal ya no son suficientemente eficaces. Por ello, se hace imprescindible reorientar las soluciones o estrategias de lucha a un nivel multidisciplinario (medidas legislativas, preventivas, policiales, represivas penales, procesales, una adecuada política institucional y la concientización social), pero sobre todo armonizando las medidas que se adopten en un contexto internacional con la

¹¹⁷ DEL CARPIO DELGADO, J., op cit., pág. 284.

¹¹⁸ BLANCO CORDERO, I., op cit., pág. 354.

mayor homogeneidad posible, en relación al respeto de los principios limitadores del poder penal.

Las diversas modalidades típicas del delito de lavado de activos, o, según otra denominación, blanqueo de capitales o fondos, han experimentado en las últimas décadas sucesivas ampliaciones en las legislaciones de los diversos países que plantean un sinnúmero de problemas dogmáticos-penales, político-criminales y procesales.

Desde el punto de vista procesal, en materia de lavado de dinero, la experiencia forense de los investigadores policiales y fiscales demuestra, que uno de los mayores acaecimientos que enfrentan las autoridades encargadas de la persecución penal, es demostrar ante los Tribunales, el conocimiento de parte del sujeto activo respecto al origen delictivo de los bienes.

Por ello la etapa de la instrucción se ha transformado en la etapa en la cual se definen los ejes probatorios y la misma producción de la prueba y define el modelo de control de la policía y demás organismos de investigación. Pero, además, en esta etapa reside el máximo riesgo de lesión de las garantías individuales (actividades coercitivas, personales y reales). Por otro lado, por la instrucción pasan la gran mayoría de los casos y, por lo tanto, en ella se definen las líneas político-criminales que regirán las salidas intermedias en el marco del proceso (oportunidad, probación, etc.) y reside un caudal decisorio de tremenda importancia, como falta de mérito, sobreseimiento, actividades coercitivas, etc.

Es aquella etapa frente a la cual procesalistas como D'Albora, han podido decir que presentan las características de ser preponderantemente escrita, limitadamente secreta, escasamente contradictoria, etc.

Existen dos formas de resolver procesalmente y técnico-legislativamente el sistema de la instrucción: el modelo inquisitivo y el modelo acusatorio. En casos de delitos complejos como el lavado de dinero es inviable el logro de un modelo de investigación eficiente sin contar con un sistema de investigación a cargo del Ministerio Público.

Si el modelo inquisitivo que expone la figura del juez instructor se muestra en general ineficiente, ello se multiplica a la hora de investigar delitos más complejos. El sistema acusatorio refleja un modelo más ágil, con mejores chances de acercarse a la producción del caso y con la ventaja adicional de que no contamina la imparcialidad del juzgador y con ello no lesiona la garantía del derecho de defensa.

Por ello, la etapa de instrucción se tiene la necesidad de aumentar los niveles de eficiencia de la administración de justicia penal, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones la comunidad deposita en su propio rol la garantía de la vigencia social de los valores ético-sociales. Una comunidad sin una justicia penal eficiente siente una fuerte debilidad en la real manifestación en el tejido comunitario de los valores éticos fundamentales.

Hay una trilogía que permite comprender y evaluar político-criminalmente a los sistemas procesales: a) el Modelo de instrucción: en el sentido de la distribución del poder de persecución penal, b) el Rol procesal del Ministerio Público y c) el Principio acusatorio.

El Ministerio Público tiene, sin embargo, otra función de máxima trascendencia, quizá la más importante desde una visión constitucional o de organización política del Estado: por mandato constitucional de acuerdo al artículo 193 de la Cn, ...2) promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad; 3) dirigir la investigación del delito con

la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; y
4) promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

En efecto, a nadie escapa que en la investigación de esta realidad delictiva es necesario acudir a ciertos medios de investigación, hoy ya unánimemente admitidos, que se presentan como fundamentales para la obtención de información que permita la persecución y enjuiciamiento del delito. Sería ilusorio pensar que se pueda luchar contra estas formas de criminalidad con las mismas “armas” con que se actúa frente a la delincuencia común o en la forma que se actuaba hace décadas.

Así se reconoce por la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada por la Resolución del 15 de noviembre de 2000, en la que se lee: Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada (art. 20).

De igual forma, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que... el problema del blanqueo de dinero proveniente del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como de otros delitos graves, se ha expandido internacionalmente hasta convertirse en una amenaza mundial de tal gravedad para la honestidad, seguridad y estabilidad del sistema financiero y comercial, e incluso para las estructuras de gobierno, que su

solución reclama la adopción de medidas por parte de la comunidad internacional en su conjunto que denieguen refugio seguro a los criminales y al producto de su delito (Organización de las Naciones Unidas, 1998).

2.9. Medidas cautelares

Se definen como medidas de coerción, también denominadas cautelares, “aquellas actuaciones jurisdiccionales, llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la condenación que definitivamente recaiga.”¹¹⁹

Como su nombre lo indica constituyen modos de evitar el incumplimiento de la sentencia, pero también suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes. Su finalidad es la de evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos titulares de un derecho subjetivo sustancial, tanto como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo la verdad del caso litigioso, de modo que sea resultado conforme a derecho y que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida. Como su finalidad es instrumental, la medida del ejercicio de la facultad de solicitar y ordenar medidas cautelares estará dada precisamente por aquella finalidad a que está referida, atendiendo procurar el menor daño posible a las

¹¹⁹ Cano C., Miguel Antonio. Modalidades de Lavado de Dinero y Activos”, Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia, 2001

personas y bienes a los cuales afecte la medida.¹²⁰ Siendo de carácter personal y patrimonial

2.10. Medidas cautelares personales

Son las que afectan, de manera principal, al estatuto de libertad, o sea, al principio de libertad y de seguridad personales del imputado como a su derecho constitucional de la libertad de tránsito artículo 11 de la Cn, siendo por ello el principio general con relación a las medidas cautelares reguladas en el artículo 320 Código Procesal Penal, donde se regula “las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

2.11. Medidas cautelares patrimoniales

Se establece que la adopción de esta medida cautelar se dicta cuando los objetos incautados, que son aquellos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medios de prueba; son susceptibles de tener un contenido patrimonial, pero más allá de ese carácter patrimonial debe establecerse que existirá una privación temporal al derecho fundamental a la propiedad que reconoce nuestra Constitución en su Art. 2, extendiéndose éste a los conceptos civiles de la posesión y tenencia que permitan a persona cierta, determinada o determinable disponer libremente de los bienes que a raíz de la comisión de un hecho delictivo han sido incautados o decomisados, y que eventualmente habiliten la posibilidad que la persona afectada pueda recuperar sus bienes cuando ello sea pertinente, por cuanto se trata de una medida de carácter provisional que permite proceder a la devolución de los

¹²⁰ Podetti, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, pág. 12/14, Ed. Aguiar, 1956, Bs. As

objetos a sus legítimos propietarios o poseedores, como ya se apuntó, ante el valor que el objeto pueda representar para éstos.

La Convención de Viena de 1988, en su capítulo de definiciones denomina indistintamente a la “incautación” como “embargo preventivo”, refiriendo que esta medida implica “la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente”.

En las Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI se invita a los países a adoptar las medidas cautelares o provisionales consagradas en la Convención de Viena que permitan el congelamiento o embargo para impedir la comercialización, transferencia o disposición de bienes vinculados al proceso por lavado de activos, en la recomendación número 7.

Asimismo, en el CAPITULO V de la Ley Contra El Lavado de dinero y activos detallan una serie EXCEPCIONES AL SECRETO BANCARIO Y MEDIDAS CAUTELARES, regulados en el Art. 24. Que refiere que “El secreto bancario, así como la reserva en materia tributaria, no operarán en la investigación del delito de lavado de dinero y de activos; la información que se reciba será utilizada exclusivamente para efecto de prueba en dicha investigación y solo podrá ser ordenada por el Fiscal General de la República ó el Juez de la causa en el momento procesal oportuno, además de ello el artículo 25 de la misma ley especial, regula “para el efecto de incautar o requerir la presentación de documentos bancarios, financieros o mercantiles, será necesaria la orden del juez competente quien podrá expedirlas en cualquier etapa del proceso.

El Juez podrá en todo momento ordenar el congelamiento de las cuentas bancarias, el secuestro preventivo de los bienes de los imputados, mientras transcurre la investigación o proceso respectivo. En casos de urgente

necesidad, el Fiscal General de la República, podrá ordenar la inmovilización de las cuentas bancarias de los imputados, así como de los fondos, derechos y bienes objeto de la investigación, en los delitos a que se refiere esta ley; pero dicha inmovilización no podrá exceder de diez días, dentro de los cuales deberá darse cuenta al juez competente. Quien fundamentara razonablemente sobre la procedencia o improcedencia de dicha medida conforme a la ley.”

Lo anterior sobre la base del mandato constitucional que le confiere la misma, en lo relativo a la investigación en el delito de lavado de dinero, el Ministerio Público podrá solicitar al juez se decrete cualquier medida cautelar real que sea necesaria para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia del proceso. Para estos efectos, y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquier naturaleza que sea: y, en general, cuando conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual.”

2.12. Características de las medidas cautelares

La doctrina ha asignado una gran variedad de notas distintivas a las medidas cautelares. Aquí enunciaremos en primer término las más corrientes, para luego tratar brevemente las restantes características. Así tenemos:

1. **Accesoriedad:** Las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, dependen de una pretensión principal y se sujetan a las contingencias y vicisitudes de ella, existiendo en todas las medidas cautelares, incluso en aquellas que han dado en denominarse autónomas.

Son un accesorio o instrumento de otro proceso, ya sea actual, ya sea futuro. Se otorgan siempre en razón de una pretensión principal que se quiere salvaguardar, pues aún las medidas autónomas deben estar referidas a un derecho controvertido cuyo reconocimiento se quiere lograr en virtud del ejercicio de una acción en juicio. Es por ello que la mayoría de los ordenamientos incluyen una cláusula de caducidad para el caso de que, otorgada que sea la medida cautelar, la acción a la cual sea referida no sea intentada dentro de un cierto plazo, que puede ser más o menos extenso.

Algunos autores han sostenido la idea de la autonomía de las medidas cautelares, afirmando que es una forma en sí misma de acción, al constituir un poder jurídico actual de solicitar del órgano jurisdiccional la tutela de un derecho cuya existencia es aún dudosa.¹²¹ Otros autores señalan que existen medidas cautelares que tienen una finalidad en sí mismas, vale decir la no promoción del proceso del cual deberían depender no afecte su eficacia ni su existencia porque cumplen una finalidad por sí mismas. En este supuesto la medida cautelar estaría relacionada con una pretensión cuya nota es no solo su futuridad, sino también su eventualidad, vale decir la mera hipótesis de su existencia. En este orden de ideas se ha mencionado el caso del otorgamiento de Litis expensas, el cual cumple su objeto si importar el resultado del proceso para el cual fueron dadas, o también el caso del otorgamiento de alimentos provisorios.¹²²

Por ello las medidas cautelares deben estar siempre referidas a una pretensión actual o futura. Esta última puede ser incluso eventual o hipotética, pero siempre debe mencionarse al solicitar la medida cautelar, además de ello

¹²¹ Chiovenda, Instituciones del Derecho Procesal Civil, T. I, pág. 298, 1936, Madrid.

¹²² Podetti, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, pág 16/17 y 22/23

agregar que las mismas no son autónomas debido que no existen por sí mismas, precisan necesariamente estar referidas a una acción posterior que será promovida.

Las autonomías de estas medidas solo radican en su anterioridad temporal a la causa que deberá seguir luego. Es por ello que el pedido debe mencionar la acción a la cual la medida cautelar será referida.

2. Provisionalidad: Esta es tal vez la nota más distintiva de las medidas cautelares y también aquella que encuentra coincidencia en la gran mayoría de los autores. Las medidas cautelares pueden modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias dadas al tiempo de decretarlas. Esta característica ha llevado a los autores a decir que la decisión sobre las medidas cautelares, ya sea para desestimarlas o acogerlas, no hace cosa juzgada. Por lo tanto, esta decisión puede ser modificada o revocada, aun cuando ya se halle prelucido la oportunidad procesal para impugnarla. En efecto, la medida cautelar ya consentida puede, no obstante ello, ser revisada a posteriori, si resultan falsos los hechos alegados para obtenerlas, o ciertas circunstancias relacionadas con ellos, como también si la situación fáctica original sufre cualquier alteración o cambio.¹²³ Y también puede ser nuevamente solicitada, aunque ya se halle firme el auto que las denegó en un principio. Igualmente, las medidas cautelares son provisionales en el sentido de que su destino está ligado a la pretensión principal que pretenden asegurar. Vale decir, el pronunciamiento sobre la cuestión principal debatida determina la suerte de la medida cautelar, la cual se extingue de pleno derecho. Este efecto tiene lugar independientemente del sentido en que se decide el litigio, dado que, si la

¹²³ Martínez B., op. cit., pág. 81; Novellino, Norberto José, Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares, pág. 24/24, 4ta. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As

sentencia acoge la demanda, esta decisión reemplaza –o en ocasiones modifica– la resolución que ha ordenado la medida cautelar. Si por el contrario, la sentencia desestima la pretensión deducida, la medida cautelar se extingue ipso iure, sin necesidad de una declaración expresa en este punto.¹²⁴

Las medidas cautelares se extinguen además cuando el proceso al cual se hallan vinculadas termina por cualquiera de los modos anormales previstos en el derecho procesal, a saber: por caducidad, desistimiento, allanamiento, y demás. Del mismo modo terminan cuando se produce la caducidad de la medida cautelar misma, al no haberse intentado la acción en vistas a al a cuál fueron dictadas.

2.13 Objeto de la Prueba en el delito de Lavado de dinero y activos

Por Objeto de la Prueba, se entiende “aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba.”¹²⁵ Dicho tema es abordado por la doctrina desde una doble perspectiva; una abstracta y otra concreta. Desde un punto de vista abstracto, el objeto de la prueba, “... es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal...”¹²⁶ es decir el proceso penal como categoría jurídica abstracta; mientras que desde un punto de vista concreto, el objeto de la prueba, “... es lo que se debe probar en un proceso...”¹²⁷ penal en concreto, es decir un proceso penal en específico, que se instruya contra una o varias personas por la comisión de uno o varios delitos.

En los procesos judiciales no es necesario probar el derecho, de acuerdo con el principio del *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho) que irradia todo el

¹²⁴ Martínez B., op. cit. Pág. 80

¹²⁵ CAFFERATA NORES, J; op cit; pág. 26

¹²⁶ Ibidem

¹²⁷ Ibidem

derecho procesal. Por otro lado, tenemos la necesidad de probar los hechos de los cuales se basan las afirmaciones dadas por los intervinientes.

En este sentido, Carnelutti,¹²⁸ sobre la prueba en un sentido jurídico, nos indica que el objeto de la prueba no son los hechos propiamente tales, sino las afirmaciones o proposiciones fácticas respecto al hecho, el cual, no es ni verdadero ni falso, sino que existió o no, ha ocurrido o no. De lo que cabría hablar entonces, es de enunciados fácticos, los que pueden ser una afirmación o una negación de un hecho. Esta enunciación es la que se prueba para corroborar su afirmación o negación, pero no el hecho en sí, el cual como dijimos sólo ocurrió o no ocurrió.

Por ello en un proceso penal, la prueba deberá recaer, sobre los dos extremos básicos a acreditar por parte de la acusación en toda causa penal, como lo son: la existencia del delito y la participación de una persona en el mismo, de conformidad con el artículo 329 del Código Procesal Penal, constituido con aspectos genéricos que a su vez está conformado por aspectos específicos que también deben probarse.

En virtud de lo anterior, para acreditar la existencia del delito de lavado de dinero y activos, es necesario demostrar que la conducta del sujeto activo, es típica, antijurídica y culpable.

En relación a la tipicidad de la conducta, se debe comprobar, que la misma se adecua al supuesto de hecho del tipo de lavado de dinero y activos del art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos; y para ello es obvio, que la acusación penal debe corroborar cada uno de los elementos que integran dicho tipo penal.

¹²⁸ Carnelutti, Francesco (1982), p. 40.

Para mejor entendimiento y claridad, diremos sobre que deberá versar la prueba, respecto a cada una de las modalidades que contempla el art. 4 antes relacionado: En el caso de la modalidad del inciso 1º, se debe establecer que el sujeto activo ha realizado una acción de depósito, retiro, conversión o transferencia de fondos, bienes o derechos relacionados, que procedan directa o indirectamente de hechos delictivos, con la finalidad de ocultar o encubrir dicho origen o procedencia, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a los autores o partícipes de dichos hechos delictivos. En el caso de la modalidad del inciso 2º, se debe determinar, que el sujeto activo ha realizado cualquier operación, transacción, acción u omisión dirigida a ocultar el origen delictivo de los bienes y valores, y a legalizar los mismos.

En cuanto a la antijuricidad de la conducta, se debe acreditar, que la misma no está amparada por alguna causa de justificación, y que ponga en peligro o lesione el bien jurídico (Tráfico lícito de capitales) protegido por ese delito. En lo atinente a la culpabilidad, se debe demostrar, que el sujeto realizó la conducta con aptitud de comprender y distinguir lo lícito de lo ilícito (capacidad de culpabilidad); que conozca lo antijurídico de su actuar, y que actué bajo la no exigibilidad de otra conducta distinta a la realizada.

2.14. La prueba del delito previo. Necesidad y alcance.

Siendo un elemento objetivo del delito de lavado de dinero, como lo es el delito previo, porque por definición propia el blanqueo de capitales es un hecho delictivo, que requiere como presupuesto la previa comisión de otro delito del que procedan los activos a blanquear; lo que en lógica consecuencia significa, que solo podrá imputarse el lavado de dinero cuando se compruebe que los capitales blanqueados provienen de la comisión de un delito previo al mismo.

En el tipo básico de lavado de dinero del art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, el delito previo (cualquiera de los enunciados en el art. 6 de esa ley), "... es un presupuesto material de la acción punible, esto es, un elemento del tipo penal que se construye tanto objetivamente (como un hecho que debe acreditarse) como subjetivamente (como el necesario conocimiento que ha de tener el autor del lavado de que los bienes involucrados provienen de ese hecho delictivo..."¹²⁹

De ahí, que, en lógica consecuencia, "... tanto la existencia de un delito previo... origen de los bienes objeto del lavado, como el conocimiento de dicho origen son el objeto de prueba, en sede procesal, de este elemento del tipo."¹³⁰ Y siendo un elemento objetivo del delito de lavado de dinero, es necesario que sea objeto de prueba, y consecuentemente probado en el respectivo proceso instruido por dicho delito.

Por otro lado, en lo que respecta al alcance de la prueba del delito previo, ello se refiere a si basta "... acreditar la existencia de un delito punible autónomamente o de algo menos, esto es el tradicional problema de la accesoriedad."¹³¹ Es decir, si la actividad probatoria debe estar orientada a demostrar la existencia de un hecho delictivo previo típico antijurídico, culpable y punible (accesoriedad máxima); de una conducta delictiva previa típica y antijurídica (accesoriedad limitada); o de un hecho delictivo previo típico (accesoriedad mínima).¹³²

¹²⁹ MATUS A. J.: "Informe Sobre Algunos Aspectos Sustantivos y Procesales del Delito de Lavado de Dinero del Art.12 de la Ley 19.366", *Ius et Praxis*, Volumen 10 N° 2, Centro de Estudios de Derecho Penal, Campus Santiago de la Universidad de Talca, 2004, pág.3.

¹³⁰ MATUS A, J; op cit; pág. 3.

¹³¹ *ibidem*.

¹³² Vid. *Supra* Págs. 71-77

Nuestra postura es similar a la de la mayoría de la doctrina en el ámbito del delito previo del blanqueo de capitales, que propugna por un concepto de delito en base al criterio de la *accesoriedad limitada*, es decir una conducta típica y antijurídica, sin necesidad que sea culpable y punible; pues la experiencia nos indica, que no es necesario que un hecho delictivo sea culpable y punible para generar bienes a blanquear; así mismo este criterio es más acorde con el objeto de la normativa de la materia, ya que si el mismo es según su art. 1, prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento; pues carecería de toda lógica y razón, que las conductas delictivas de las que proceden los bienes, únicamente sean idóneas para tal propósito cuando sean típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

En consecuencia, el alcance de la actividad probatoria en cuanto al grado de accesoriedad del delito previo en relación al blanqueo, debe de demostrar por lo menos la existencia del delito previo a nivel de tipicidad y antijuricidad, siendo superfluo e innecesario probar la culpabilidad y punibilidad del mismo, si es el caso; pues la ley especial de la materia no exige, "... que dichos hechos hayan sido sancionados ni que se encuentren determinadas las personas de sus responsables."¹³³

En ese sentido, debe quedar probada la existencia de la tipicidad y de la antijuricidad del crimen antecedente, pues el reconocimiento de una justificante o la ausencia de uno de los elementos del tipo, conlleva la ausencia del crimen antecedente y por ello no hay subsunción típica a las figuras de blanqueo que exige la comisión de aquel."¹³⁴

¹³³ MATUS A, J; op cit; pág. 3.

¹³⁴ CALLEGARI, A.: El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil, 1era. ed; UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, 2003, pág. 23

2.15. La Prueba del conocimiento del origen delictivo de los bienes.

Sobre la prueba de los elementos del tipo penal art 4 de La Ley Contra El Lavado de Dinero y Activos, en el respectivo proceso penal, la experiencia forense de los investigadores policiales y fiscales, siendo las encargadas de la persecución penal, es demostrar ante los Tribunales, el conocimiento de parte del sujeto activo respecto al origen delictivo de los bienes, y sobre la base del “Principio de Libertad Probatoria”, que se rige en nuestra normativa procesal penal, desde el punto de vista de los medios probatorios, se puede utilizar cualquier medio de prueba para probar el conocimiento de ese origen delictivo, ya sea directo o indirecto.

De lo ya visto, podemos fácilmente concluir que la prueba indiciaria es apta, admisible e incluso recomendable para el proceso penal del lavado de activos. Lo anterior, por la complejidad innata del ilícito penal en comento. Es así como, ya el primer instrumento internacional que intentó regular el lavado de activos menciona la prueba indiciaria de forma sutil, cuando menciona: Art. 3.3. Convención de Viena de 1988. *“El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo **podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.**”*

No es sólo la Convención de Viena de 1988 la que menciona y recomienda el uso de la prueba indiciaria en el ámbito internacional, así también lo ha hecho en GAFI en sus diversos estudios de normativa nacional, recordemos lo ya mencionado en el punto 1.1 letra d) de este capítulo, el GAFISUD, anteriormente conocido como el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica, menciona que: *“El proceso de inferencia del carácter intencional del delito de lavado de activos se puede producir a través de la prueba indiciaria o indirecta,*

extraída de circunstancias fácticas objetivas, en la medida que el artículo 162 C.Pr.Pn, bajo el epígrafe Extensión, Pertinencia y Valoración de la Prueba, que reza así: “Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes, siempre que se refiera, directa e indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad consagra el principio de libertad de prueba”.

2.16. Tratamiento de los Bienes en la Ley Especial Contra el Lavado de Dinero y Activos.

En primer lugar, la función del bien en el proceso penal, en el delito de lavado de dinero, el uso que determina exclusivamente el fiscal como titular de la acción penal, dichas funciones se clasifican en cinco modalidades: (1) como evidencia física o elemento material probatorio, (2) objeto material del delito, (3) medio de reparación, (4) con fines de comiso (sanción o pena) y (5) susceptible de inicio de la acción de extinción de dominio.

En segundo lugar, analiza las medidas materiales y jurídicas, previstas en la legislación procedimental penal, su definición, naturaleza, alcance y procedencia.

En tercer lugar, la situación jurídica, es decir, la forma como finalmente queda resuelta la situación del bien dentro del proceso penal: devolución, afectación con medidas cautelares con fines de reparación, destrucción, declaración de comiso e inicio de la acción de extinción de dominio.

CAPITULO 3: GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

RESUMEN

3.1. Definiciones de la acción de extinción de dominio. 3.2. Normativa Internacional y Nacional. 3.2.1. Convención Única Sobre Estupefacientes de Nueva York De 1961. 3.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. 3.2.3. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. 3.2.4. 2.3.5. Convención Interamericana Contra El Terrorismo de 2002. 2.3.5. Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito 1990 (Convención De Estrasburgo). 3.2.6. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 (Convención De Mérida). 2.3.7. Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos 2005 (Convenio De Varsovia). 3.3. Referentes originados en directrices emanadas de Organismos Internacionales. 3.3.1. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). 3.3.2. Grupo EDMONT. 3.4. Referentes normativos nacionales. 3.5. Referentes Jurisprudenciales en El Salvador. 3.6. Ordenamientos jurídicos relacionados a la figura de acción extinción de dominio en El Salvador. 3.7. Concepto y presupuestos. 3.7.1. Presupuesto de la Extinción de Dominio. 3.8 Naturaleza y ámbito de aplicación. 3.9. Sujetos procesales y competencia. 3.10. Principios y Criterios aplicables para la declaratoria de extinción de dominio. 3.11. Medidas cautelares. 3.11.1. Características de las medidas cautelares. 3.11.2. Otras medidas cautelares. 3.12. Etapas del Proceso de extinción de domino. 3.12.1. Etapa inicial o de investigación. 3.12.2. Fase procesal. 3.13. Aspectos probatorios. 3.13.1. Generalidades. 3.13.2. Definición de Prueba. 3.13.3. Carga de la Prueba.

La extinción de dominio, es una consecuencia jurídico-patrimonial en cuya virtud –previo a un juicio correspondiente en el que se observan las garantías del debido proceso y mediante una sentencia de carácter declarativo –, se desvirtúa de quien aparece como propietario, poseedor o tenedor pueda serle reconocido algún derecho sobre un bien, conjunto de bienes o ganancias derivadas de los mismos, cuando estos se encuentren comprendidos en alguna de las causales o presupuestos establecidos en el art. 6 de la LEDAB y aparezcan relacionados con las actividades ilícitas establecidas en el art. 5 LEDAB.

La LEDAB en su art. 8, la define como aquella acción que genera “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”.¹³⁵

Se trata de una reacción legal autónoma contra el patrimonio criminal. Por ende, no puede considerarse su naturaleza jurídica como penal, civil o administrativa sancionadora stricto sensu, pues es in rem, es decir, enfocada a bienes concretos, determinados y con valor económico sobre los cuales una persona ostenta una titularidad “aparente”, la jurisprudencia colombiana sostiene que la extinción de dominio “no tiene el mismo objeto del proceso penal, ni corresponde a una sanción de esa índole”.

Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de

¹³⁵ Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, D.L. No. 534 de 7 de noviembre de 2013, publicado en el D.O. No. 223, tomo No. 401 del 28 de noviembre de 2013.

que el Estado desestimule las actividades ilícitas y las contrarias al patrimonio estatal y a la moral pública, exteriorizando mediante sentencia judicial, que quien pasaba por titular del derecho de dominio no lo era, por el origen viciado del mismo, en cuanto no podía alegar protección constitucional alguna.¹³⁶

Al existir diversos tipos de acciones en el ordenamiento jurídico, que atienden a la naturaleza del que será el objeto de esta, resulta necesario, en primer lugar, tener claridad sobre el tipo de acción en la que puede encuadrarse –si es posible– la extinción de dominio. Desde un enfoque propio del Derecho Procesal Civil, la “acción” se define como una forma de promover la resolución con carácter autoritario de conflictos intersubjetivos y derechos aparentes.¹³⁷ Como sostiene la doctrina mayoritaria, consiste en la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional por parte de las personas para obtener la satisfacción de sus pretensiones.

En el ámbito civil, por tratarse de asuntos privados o particulares, la acción puede llevar aparejada o no un derecho subjetivo y esta será ejercitada por su titular de forma potestativa, es decir, el inicio de la acción ante un órgano jurisdiccional dependerá de la voluntad de quien tiene un interés o una controversia que requiere ser solventada. El objeto de acudir ante un ente jurisdiccional será que éste se pronuncie a favor de dicho reconocimiento, pues una de las partes en disputa sostiene que se ha visto vulnerada o amenazada por otra persona o por el Estado que, correcta o incorrectamente, siente tener igual o mayor derecho.¹³⁸

¹³⁶ jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia de 28-VIII-1997 –C-409/97

¹³⁷ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Teoría general del Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992, p. 76.

¹³⁸ Vid. GARCÍA ROMERO, L., Teoría general del proceso, Red tercer milenio S.C., México, 2012, p. 53.

Se pueden identificar dos doctrinas que han pretendido dar cuenta acerca de la naturaleza de la acción civil: la monista y la dualista.

La doctrina monista identifica o, más bien, confunde la acción con el derecho material o sustantivo y, en el peor de los casos, elimina a este último. Existe para esta teoría una confusión entre el derecho en sí mismo y las formas de exigir su cumplimiento ante determinado órgano jurisdiccional. Según la teoría o doctrina dualista, la acción sí se diferencia del derecho material o sustantivo. Esta doctrina consideró a la acción en varios sentidos: (i) como derecho objetivo a obtener una sentencia; (ii) como derecho subjetivo concreto, dirigido a obtener una sentencia favorable; y (iii) como derecho potestativo, ya sea que se dirija frente a un sujeto pasivo cualquiera o frente al Estado.¹³⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, la acción se manifiesta a través de la teoría dualista. Existe una distinción entre el derecho de acudir a instar la actividad del órgano jurisdiccional y el derecho que se pretende tutelar mediante tal acción. Esta situación ha sido entendida así por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al sostener que el derecho a la protección jurisdiccional, regulado en el art. 2 inc. 1° de la Cn. *“se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona, al permitirle reclamar válidamente, en aquella sede, frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos y a través del instrumento hetero compositivo diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. Este derecho se manifiesta en cuatro rubros: (i) el acceso a la jurisdicción; (ii) el proceso constitucionalmente*

¹³⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V., op. cit., pp. 78-79

*configurado o debido proceso; (iii) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y, (iv) el derecho a la ejecución de las resoluciones”.*¹⁴⁰

La acción, entonces, se manifiesta por medio del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, como modalidad más específica del derecho a la protección jurisdiccional. Ahora bien, este derecho, según el contenido que la Sala de lo Constitucional le ha dotado, no se ejercita únicamente dentro de los procesos de índole civil o de cariz eminentemente privatista, sino en cualquier tipo de proceso, siempre y cuando sea de aquellos que por su naturaleza el inicio de la acción pueda ser ejercido directamente por la persona o por esta a través de un ente estatal, como pueden ser la fiscalía general de la República y la Procuraduría General de la República. En el ámbito penal la acción consiste en la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado (acción privada), para la aplicación de la ley penal en un caso concreto.¹⁴¹

3.1. DEFINICIONES DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Afirman Fondevila y Vargas que extinción de dominio “es considerada como una acción de secuestro y confiscación de bienes que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos.”¹⁴²

Santiago Vásquez Betancur afirma que la extinción de dominio “es aquella que versa sobre la pérdida del dominio de los derechos patrimoniales ilícitos por la

¹⁴⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 12 de noviembre de 2010, Referencia 40-2009 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁴¹ CASTILLO SOBERANES, M.A., El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992, pp. 35-36.

¹⁴² Gustavo Fondevila y Alberto Mejía Vargas, Revista jurídica. Reforma Procesal Penal: Sistema Acusatorio y Delincuencia Organizada (publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010),

ejecución de actividades ilícitas y que su realización implica una vulneración efectiva de la propiedad en punto de su legitimación, bien sea por origen o destinación.”¹⁴³

Por otra parte, la Ley Modelo de sobre Extinción de Dominio (LMSED)¹⁴⁴ establece en el artículo 2 inc. final, lo que se debe entender como extinción de dominio, y esta consiste en “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”. Continúa agregando la Ley en mención que “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 LEDAB define en el artículo 8 la acción de extinción de dominio y literalmente dice que “es consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistentes en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a los que se refiere la presente Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.”¹⁴⁵

De acuerdo con la configuración adoptada por el legislador, la acción de extinción de dominio es *autónoma*, pues en términos generales no está condicionada por la tramitación o el resultado de otro proceso; es de *carácter*

¹⁴³ Santiago Vásquez Betancur, “Fundamentos e Imputación en Materia de Extinción del Derecho de Dominio” (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2018), 12.

¹⁴⁴ Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, abril 2011, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe

¹⁴⁵ Ley de Extinción de Dominio y Administración de Bienes de Origen Ilícito (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013) Art.8

real, dado que se enjuicia la situación de bienes y no de personas; *jurisdiccional*, pues la decisión sobre la extinción del dominio a favor del Estado únicamente puede declararla un funcionario judicial; está referida a una *materia propia*, especializada, no adscrita a los ámbitos penal o civil, sino con sus propias características y procedimientos.

Guillermo Cabanellas define a esta acción extintiva como la cesación o desaparición de una persona, cosa, situación o relación y, a veces, de sus efectos y consecuencias también.¹⁴⁶

Para autores como Gilmar Santander la extinción de dominio ha sido comparada con el comiso penal, con la diferencia que se investigan bienes a través de un procedimiento no penal, recogiendo las principales formas de comiso recomendadas en los instrumentos internacionales, pero adaptadas desde una perspectiva *in rem*.¹⁴⁷

3.2. NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL

La normativa Internacional contenida en las Convenciones, tratados y otros instrumentos suscritos y ratificados por la Asamblea Legislativa, son fuente directa o inmediata de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita de El Salvador, la cual, de conformidad a lo establecido en la Constitución de la República, en caso de conflicto con una ley secundaria prevalece dicha normativa

¹⁴⁶ Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, (Argentina: Cabanellas Guillermo, 2007), 132.

¹⁴⁷ Gilmar Giovanni Santander Abril, Fundamentos y garantías constitucionales de la extinción de dominio en Colombia, (Colombia, 2014), 7.

3.2.1. Convención Única Sobre Estupefacientes de Nueva York De 1961.

Esta Convención fue creada con el fin de establecer un instrumento internacional marco que sea de aceptación general a nivel internacional sobre estupefacientes y que se limite el uso de estos a fines médicos y científicos. Además, es la primera normativa internacional que da cuenta de la existencia de la relación entre el tráfico ilícito de drogas con los instrumentos, medios o derechos patrimoniales destinados a facilitar la ejecución de la conducta punible del narcotráfico.¹⁴⁸

En ese sentido, esta Convención constituye el primer referente internacional en materia de extinción de dominio la cual fue enmendada por el Protocolo de 1972 y en su Artículo 37, pues se dispuso que todos los instrumentos empleados para la comisión de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes podrían ser objeto de aprehensión y decomiso, en el art. 37 de dicha Convención refiere: “Todo estupefaciente, sustancia y utensilio empleados en la comisión de delitos mencionados en el artículo 36 o destinados a tal fin podrán ser objeto de aprehensión y decomiso”.

3.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

También llamada Convención de Viena;¹⁴⁹ norma internacional creada con el propósito de promover la cooperación internacional para hacerle frente al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con dimensiones

¹⁴⁸ Convención Única Sobre Estupefacientes de Nueva York De 1961, aprobada del 30 de marzo de 1961 y ratificada el 30 de octubre de 1997 y publicada el 16 de diciembre de 1997, en el Diario Oficial N° 235, Tomo 337.

¹⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 o Convención de Viena, aprobada el 20 de diciembre de 1988, y ratificada el 24 de septiembre de 1993, en el Diario Oficial Número 198, Tomo 321 del 25 de octubre de 1993.

internacionales, a través de la adopción de medidas de orden legislativo y administrativo en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes; también establece lo referente al comiso en el Artículo 5, desarrollando los conceptos relacionados con dicha figura, distinguiendo los aspectos sustanciales y procesales e incorporando una serie de recomendaciones para que los Estados adherentes construyan un sistema adecuado de persecución y afectación de bienes con fines de decomiso, expresando entre otras cosas que:

Esta Convención define al decomiso como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal u otra autoridad competente” y que procede en los siguientes casos:

- El producto derivado de los delitos de narcotráfico y delitos conexos (artículo 5 n° 1, lit. a).
- Bienes cuyo valor es equivalente a ese producto (Artículo 5 n° 1, lit. a).
- Objeto material del delito (Artículo 5 n° 1, lit. b).

Instrumentos del delito (Artículo 5 n° 1, lit. b).

- Bienes destinados a ser utilizados en la comisión del delito (Artículo 5 n° 1, lit. b).
- Bienes empleados en las conductas de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de los bienes (Artículo 3 n° 1, lit. b).
- Bienes transformados o convertidos en otros bienes (artículo 5 n° 6, lit. a).

- Productos del delito que han sido mezclados con bienes de fuente lícita (Artículo 5 n° 6, lit. b).
- Ingresos o beneficios derivados de los bienes anteriores (Artículo 5 n° 6, lit. c).

Además de lo anterior, la Convención también valora la buena fe de los terceros titulares de derechos sobre los bienes pretendidos, al disponer en su Artículo 8, n° 8, como presupuesto de procesabilidad de la medida: "Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe."

Sobre la recomendación de afectación o destino de los bienes, la Convención sugiere adoptar medidas que permitan embargar o incautar preventivamente bienes ilícitos, destacando entre éstas, la medida de suspensión del poder dispositivo, que suspende cualquier acto de disposición del bien por parte del titular de derechos sobre el mismo, habilitando al Estado, mediante una institución administradora de bienes, en nuestro caso el CONAB, para actuar en lugar del titular del derecho

La Convención también permite invertir la carga de la prueba¹⁵⁰, en el Artículo 5 n° 7, estableciendo: "Cada una de las partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos."

¹⁵⁰ Art. 36 LEDAB: "Corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal"

Establece también una serie de recomendaciones que fomentan la cooperación internacional, para perseguir los delitos relacionados con las actividades de narcotráfico y la cooperación y asistencia judicial recíproca entre los Estados para adelantar acciones de identificación, localización y persecución de bienes ilícitos de acuerdo con los parámetros previstos en el mismo artículo 5° de la Convención.¹⁵¹

Además de ello dicha Convención establece reglas para asegurar la extinción de dominio de bienes ubicados fuera del país donde se está ejerciendo la acción de dominio y el reconocimiento de las decisiones de decomiso, permitiendo que los Estados comprometidos puedan beneficiarse de los resultados obtenidos, compartiendo los bienes sobre los cuales se declare mediante sentencia definitiva la extinción de los derechos reales que había estado siendo objeto de ejercicio de forma ilícita por parte de las personas que fueron indagadas patrimonialmente.

3.2.3. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

Llamada también Convención de Palermo,¹⁵² ratificada con la misión de promover entre los Estados parte la lucha conjunta contra la delincuencia organizada transnacional, dispone en el Artículo 12 lo referente al decomiso y a la incautación, estableciendo lo siguiente:

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar

¹⁵¹ Regulado en el capítulo XII “Asistencia y Cooperación Internacional” de la LEDAB, art. 54 y siguientes.

¹⁵² Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 o Convención de Palermo, aprobada el 14 diciembre del 2000 y ratificada el 16 de octubre de 2003, publicada en el Diario Oficial 211, Tomo 361, del 12 de noviembre de 2003.

el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a

aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.¹⁵³

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

3.2.4 Convención Interamericana Contra El Terrorismo de 2002.¹⁵⁴

Instrumento internacional creado con el objetivo de prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la adopción de medidas por parte de los Estados suscriptores; en ese sentido, esta convención establece en su artículo 5 que conforme a los procedimientos internos de cada legislación se deberían adoptar las medidas necesarias para identificar, congelar y embargar bienes producto de la comisión, financiación y facilitación de los delitos contemplados en este instrumento internacional.

¹⁵³ Bíd supra.

¹⁵⁴ Convención Interamericana Contra El Terrorismo de 2002, aprobada el 3 de junio de 2002 y ratificada el 12 de febrero de 2003, mediante el Diario Oficial N° 48, Tomo N° 358, de fecha 12 de marzo de 2003.

El artículo 5 número 1 establece que: “Cada Estado parte, de conformidad con los procedimientos establecidos en su legislación interna, adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención”.

Por su parte el Artículo 31 establece lo siguiente: Embargo preventivo¹⁵⁵, incautación y decomiso: 1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias.

Ahora bien, en materia de terrorismo es importante precisar el papel de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), en razón a que la Asamblea General de la ONU dictó la Resolución 51/210 de 1996,¹⁵⁶ y el Consejo de Seguridad formuló las Resoluciones 1267 de 1999, 1373 de 2001, 1718 de 2006, 1737 de 2006 y 1888 de 2011, como parte de la estrategia destinada a

¹⁵⁵ El embargo preventivo se encuentra regulado en la legislación nacional en el Código Procesal Civil y Mercantil como una medida cautelar dentro del catálogo de estas en el art. 436 N° 1.

¹⁵⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 51/210, de fecha 17 de diciembre de 1996 denominada “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”.

congelar los activos de los terroristas, organizaciones criminales y de quienes ayuden o financien esta clase de actividad.

3.2.5 Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito 1990 (Convención De Estrasburgo)

Esta Convención constituye un referente claro en relación al ejercicio de la extinción de dominio cuando en los párrafos cuarto y quinto del preámbulo estableció "(...) que la lucha contra los delitos graves, que se ha convertido progresivamente en un problema internacional, exige el uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional; Creyendo que uno de dichos métodos es el privar a los delincuentes de los productos del delito."¹⁵⁷

De igual forma, en dicha convención se establecen varias normas que constituyen referentes de algunos aspectos que han sido introducidos en ordenamientos legales como el que rige en la jurisdicción de extinción de dominio en El Salvador.

A vía de ejemplo se mencionan los siguientes:

"Artículo 3. Medidas de investigación y provisionales.

Cada una de las partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitir identificar y localizar propiedades que sean susceptibles de confiscación en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2, apartado 1, e impedir que se comercien, transmitan o enajenen d propiedades."

¹⁵⁷ Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito 1990 (Convención De Estrasburgo), aprobado el 8 de noviembre de 1990.

1. Cada una de las partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias en orden a facultar a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar que los archivos de un banco, financieros o comerciales sean puestos a su disposición o sean embargados, con el fin de llevar a cabo las acciones a que se refieren los Artículos 2 y 3. Ninguna parte podrá abstenerse de actuar en virtud de las disposiciones de este artículo basándose en el secreto bancario”.
2. Cada una de las partes tomará en consideración la adopción de aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para utilizar técnicas especiales de investigación que faciliten la identificación y seguimiento de los productos de un delito y la reunión de pruebas relacionadas con el mismo.

Dichas técnicas podrán incluir control de órdenes, observación, intersección de telecomunicaciones, acceso a sistemas de ordenador y órdenes de presentar documentos específicos”.

Sección 2. Ayuda en la investigación.

“Artículo 8 Obligación de ayudar. Las partes se prestarán entre sí, cuando se les solicite, la mayor ayuda posible, en la identificación y seguimiento de los instrumentos, productos de un delito y otras propiedades que sean susceptibles de confiscación. Dicha asistencia incluirá cualquier medida que proporcione y asegure medios de prueba relativos a la existencia, localización o movimiento, naturaleza, situación jurídica o valor de las propiedades anteriormente mencionadas”.

“Artículo 9 Ejecución de la ayuda. La ayuda prevista en el Artículo 8 se prestará de la forma permitida y prevista por el derecho interno de la parte requerida y

de acuerdo con los procedimientos especificados en la solicitud, en la medida en que éstos no sean incompatibles con dicho derecho interno”.

“Artículo 10 Información espontánea. Sin perjuicio de sus propias investigaciones o procedimientos judiciales, cualquier parte puede, sin que haya mediado solicitud previa, enviar a otra parte información acerca de instrumentos o productos de un delito, cuando considere que la revelación de dicha información puede facilitar a la parte receptora el iniciar o el llevar a buen fin investigaciones o procedimientos judiciales o que puede llevar a dicha parte a realizar una solicitud en virtud de este capítulo”.

Este Convenio también reconoce la forma culposa del delito de lavado de dinero y activos, en su art. 6.3, facultando, más no obligando a los Estados para tipificar como delitos las acciones de blanqueo de capitales en los casos en que el delincuente debió presumir que los bienes tenían un origen en actividades delictivas. En materia de extinción de dominio esto se encuentra íntimamente vinculado con la buena fe exenta o no de culpa, en cuanto el conocimiento de las acciones puede devenir en falta de buena fe por quien realizó un negocio jurídico con bienes de origen o destinación ilícita. Como puede notarse, del contenido de los Artículos antes citados se extraen aspectos que están plasmados en la LEDAB y que constituyen referentes que han sido base, juntamente con otras normas internacionales para delinear la Facultad que se le otorgó la Unidad Especializada de Extinción de Dominio de la fiscalía general de la República para realizar la investigación inicial del proceso.

3.2.6 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 (Convención De Mérida).

Condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por fue implementada con la finalidad de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficazmente la corrupción en todas sus modalidades; facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha de la corrupción. Además, fue el primer instrumento internacional ratificado por El Salvador que establece la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

Esta convención reproduce las recomendaciones sobre comiso de las convenciones de Viena de 1988 y Palermo de 2000, y se marca una aproximación conceptual más coincidentes con el concepto de extinción de dominio, pues recomienda a los países suscriptores regular instituciones de decomiso sin condena, siendo la extinción de dominio una modalidad de comiso sin condena tal y como ya se expresó en el capítulo anterior.

Para tal efecto, el artículo 54 n° 1, letra c, dispone:

“1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: (...); c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie un motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

La normativa anteriormente citada se refiere a aspectos del proceso de extinción de dominio como medio realizador de la acción extintiva, que además

determina ámbitos de diferencia entre la acción de extinción de dominio y el comiso, pues determina la procedencia del ejercicio de tal acción en los casos de muerte de afectado, su fuga o rebeldía, circunstancias bajo las cuales es imposible procesalmente en materia penal, para llegar a decretar un comiso.

En la LEDAB se encuentra regulado en el art. 7 relativo a la Transmisión por Causa de Muerte, con lo cual los bienes no se legitiman por causa de muerte del titular y en consecuencia la extinción de dominio procede sobre estos. De igual forma, dicha norma habilita el ejercicio de la acción de extinción de dominio en aquellos casos donde el Derecho Penal está imposibilitado para declarar la responsabilidad de una persona, ejemplo de ello los casos de extinción de la acción penal por prescripción y aplicación de un criterio de oportunidad.

Adicionalmente, la Convención introduce criterios para la persecución de bienes ilícitos, como la recuperación de activos, al disponer en su artículo 51 un principio orientador: "La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto".

En este caso, se trata de una institución distinta del decomiso penal, pues solo tendrían en común el procedimiento, pero no sus fines, ya que las recomendaciones en materia de decomiso y decomiso sin condena también son contempladas en los artículos 31 y 54 de la Convención.

Con base en lo que establecen ambos Artículos se concluye que la extinción de dominio (como forma de decomiso sin condena), el comiso penal y la recuperación de activos, son instituciones diferentes.

Los dos primeros persiguen que los bienes de ilícita procedencia o destinación ilícita pasen a propiedad del Estado y se les devuelva el cumplimiento de su función social; mientras que la recuperación pretende que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de haberse constituido derechos reales sobre ello de forma ilícita.¹⁵⁸

3.2.4 Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos 2005 (Convenio de Varsovia).

Este instrumento internacional determinó que las ganancias obtenidas como resultado de la realización de actividades delictivas locales o transnacionales en el contexto de la trata de personas deben ser combatidas con instrumentos legales que sobre la base del comiso sin condena penal se pudieran extinguir los derechos reales que cualquier persona, sea natural o jurídica, el art. 8 LEDAB establece que la acción de extinción de dominio es sin contraprestación para su titular o quien ostente o se comporte como tal. pudiese estar ejerciendo sobre bienes adquiridos de forma ilícita para su uso, goce y disposición o para destinarlos a la comisión de hechos delictivos. Así refiere el art. 23 de dicha Convención.

“Artículo 23 – Sanciones y medidas.

Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para que sea posible la confiscación o cualquier otra forma de incautación de los instrumentos y productos de las infracciones penales

¹⁵⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 o Convención De Mérida, suscrita el 10 de diciembre de 2003 y ratificada el 20 de mayo de 2004, publicada en el D.O. N° 119, Tomo N° 363, del 28 de junio de 2004.

tipificadas en aplicación de los artículos 18 y 20, apartado a, del presente Convenio, o de los bienes cuyo valor corresponda a dichos productos”.¹⁵⁹

3.3 REFERENTES ORIGINADOS EN DIRECTRICES EMANADAS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

En este apartado se hace referencia a los Organismos Internacionales involucrados en la Prevención, Investigación y Represión de las actividades de la delincuencia económica organizada que en el ejercicio de su rol han emitido directrices que han servido de referentes al momento de promulgarse legislaciones en materia de Extinción de Dominio y otras.

3.1. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI o FATF, por su sigla en inglés) es un organismo intergubernamental creado en París, Francia, en 1989, por el Grupo de los Siete (G-7) para establecer estándares y promover la aplicación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos (LA), el financiamiento del terrorismo (FT) y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional. Así lo define la Unidad de Información y Análisis Financiero.

Para ello este organismo emite una serie de Recomendaciones, reconocidas como el estándar internacional de lucha contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) efectúa recomendaciones sobre combate al lavado de activos. En referencia al decomiso penal, en su

¹⁵⁹ Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos 2005 (Convenio De Varsovia), aprobado el 16 de mayo de 2005.

recomendación n° 4, señala expresa que “La confiscación evita que las propiedades delictivas se laven o se vuelvan a invertir para facilitar otras formas de delitos o para ocultar las ganancias ilícitas”. En sí mismo, esto puede restringir significativamente las operaciones delictivas organizadas, reprimirlas o frustrar el movimiento de ganancias que provienen de un delito. Reducir las recompensas de un delito afecta el balance de riesgo y recompensa, así como la posibilidad de perder ganancias puede desalentar a algunas personas a cometer un delito. También permite que la víctima de un delito sea recompensada de forma parcial o total, aún si las ganancias se trasladaron a otra parte del mundo. (GAFI, 2010).

En síntesis, para promover estos instrumentos, el GAFI sugiere en su recomendación n° 4, adoptar instituciones que permitan perseguir los bienes ilícitos sin necesitar de una condena penal previa, De ahí la autonomía e independencia de la extinción de dominio, al tenor del art. 10 LEDAB.

Por su parte, la recomendación n° 38 promueve la más amplia cooperación internacional para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes objeto de lavado de activos o que son producto de sus delitos subyacentes, además de fomentar la adopción de mecanismos eficaces para que dichos bienes sean administrados en debida forma, lo cual también sirve de fundamento para la labor que cumplen organismos el CONAB en El Salvador.

Al respecto y sobre la cooperación internacional se puede citar el Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso del Producto del Delito de la Oficina de Las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, promulgado en Viena, 2013. El que establece: “(...) La cooperación internacional es esencial para recuperar con éxito bienes que se hayan trasladado u ocultado en jurisdicciones extranjeras. La cooperación es necesaria para la reunión de

pruebas, la ejecución de medidas provisionales y, por último, para el decomiso del producto y los instrumentos de la delincuencia organizada. El tema de la cooperación internacional se examina a fondo en el Manual de asistencia judicial recíproca y extradición, publicado con miras a ayudar en la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada (...).”.

3.3.2. Grupo EDMONT

El Grupo EGMONT es un organismo internacional que reúne a más de 150 Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) de diferentes jurisdicciones del mundo, cuyo objetivo es fomentar la cooperación y el intercambio de información entre ellas (a través de la Red Segura de Egmont- ESW) para luchar de manera coordinada contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Este grupo se reúne regularmente para promover el desarrollo y eficacia de las UIF, verificando la autonomía de éstas, fomentando una mayor coordinación y apoyo entre sus áreas operativas, promoviendo el entrenamiento y tipologías, e impulsando la creación de UIF en jurisdicciones donde no existen.¹⁶⁰

El Grupo surgió en 1995 en Bélgica, como una iniciativa de los representantes de algunos países y de organizaciones internacionales cuyo interés era discutir sobre las organizaciones especializadas en lavado de activos, creándose una primera red de UIF para la estimulación de la cooperación internacional.

La mejor muestra de cómo las directrices de este organismo internacional han sido referentes en la promulgación de legislación interna en El Salvador, se puso de manifiesto cuando se aprobó por la Asamblea Legislativa la reforma

¹⁶⁰ Prevención del Lavado de Activos, acceso el 4 de septiembre de 2024, <https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Sistema-de-Lucha-Contra-el-LA-FT/Organismos-Internacionales-que-rigen-el-Sistema-Nacional-contra-el-LA-FT/Grupo-Egmont>

profunda que se hizo a la Ley de Lavado de Dinero y de Activos en el año 1998, dentro de cuya reforma merece mención especial, la creación de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la Republica de El Salvador con autonomía propia dentro de dicha Institución.

Sin embargo, El Salvador fue objeto de sanciones por parte de este organismo internacional en el año 2018, justamente cuando el presidente de la República de ese momento vetó la autonomía de la Unidad de Investigación Financiera y como consecuencia se prohibió compartir información con el país consecuencia de esto.

Asimismo, el país fue objeto de sanciones por revelar información confidencial en el caso del expresidente Francisco Flores, al compartirse información reservada consistente en un reporte de operaciones sospechosas (ROS); información que no puede ser utilizada públicamente.

El Programa de Asistencia Legal en América Latina y El Caribe (LAPLAC), de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC).

Este organismo regional de las Naciones Unidas contribuyó con la extinción de dominio elaborando una Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, misma que tendría como fin facilitar la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo, en aquellos países que proyectan incorporar esta figura en su legislación interna, estableciendo parámetros o directrices para realizar este proceso.

La UNODC define a la extinción de dominio como la facultad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener una sentencia declaratoria de titularidad del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación, pago o indemnización alguna, cuyas características son: 1.- Es autónoma; 2.-

constitucional; 3.- de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad.¹⁶¹

Este instituto jurídico está dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita, y un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países, que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal.

Asimismo, UNODC señala que esta medida comienza en el derecho a la propiedad que toda persona tiene y del cual nadie puede ser privado arbitrariamente. En ese contexto, la extinción de dominio reafirmaría la aplicación y reconocimiento de ese derecho y de otros conexos, en el entendido que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal.

En cuanto a la ley propuesta por la UNODC, señala que esta Ley Modelo es “regional” pues fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa. Por la misma razón se adoptó el nombre de “extinción de dominio” por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por “decomiso sin condena” término utilizado en otros ámbitos internacionales. Luego, la Ley

¹⁶¹ Wilson Alejandro Martínez Sánchez et al, La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia, Especial referencia al nuevo Código (Colombia, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015) 20.

Modelo recoge buenas prácticas a nivel internacional, con un enfoque diferente y propio en lo que a técnica legislativa se refiere, y retoma las experiencias domésticas para llegar al mejor modelo posible.

Para la creación de la LEDAB en El Salvador, además de los instrumentos internacionales y las directrices antes mencionadas, se utilizó algunos referentes normativos como los que se mencionarán a continuación.

3.4 REFERENTES NORMATIVOS NACIONALES.

Ley Modelo sobre Extinción de Dominio.¹⁶²

El Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), elaboró una Ley Modelo sobre Extinción de Dominio para facilitar la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo, en aquellos países que proyectan incorporar esta figura en su legislación interna, ordenamiento legal sobre el cual ya se hizo referencia en esta investigación.

La Ley Modelo fue redactada por un grupo informal de expertos con integrantes de varios países y organismos. El grupo – escogido por el conocimiento técnico y experiencia personal – se reunió en tres ocasiones entre agosto de 2010 y enero de 2011 en Colombia con el apoyo técnico de la OEA/CICAD y financiero de los gobiernos de Canadá, Estados Unidos de América y Reino Unido

Dicho organismo regional define esta medida como un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita, Básicamente la ley en el art. 6

¹⁶² Ley Modelo de Extinción de Dominio de la Oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y el Delito del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, suscrito en Bogotá, D.C., año 2011.

LEDAB, establece las causales de extinción de dominio que se agrupan en 2 presupuestos básicos, el origen y la destinación. Así lo establece el art. 2 referido al “Ámbito de aplicación de la ley” y dice: “Esta ley se aplicará a los bienes de interés económico, de origen o destinación ilícitos ubicados dentro o fuera del territorio nacional cuando su origen, incremento o destino se ubique dentro de los presupuestos contemplados en la misma, siempre que la acción de extinción de dominio sea iniciada en El Salvador”.

Un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países, que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal.

En dicho ordenamiento se asegura el derecho a la propiedad que toda persona tiene y del cual nadie puede ser privado arbitrariamente. En ese contexto, la extinción de dominio reafirma la aplicación y reconocimiento de ese derecho y de otros conexos, en el entendido que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal, El art. 12 LEDAB referido a “los actos jurídicos” sostiene que: “Ningún acto jurídico realizado sobre los bienes previstos en la presente ley los legitima, salvo los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa (...).”

En su contenido, la Ley Modelo contiene nueve capítulos que se identifican así: I. Aspectos generales II. Garantías procesales III. Aspectos procesales IV. Procedimiento V. Pruebas VI. Nulidades VII. Administración y destinación de bienes VIII. Cooperación internacional IX. Disposiciones finales.

El carácter de dicha Ley Modelo es “regional” y fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países de América Latina de abordar la temática del dominio o propiedad en el marco del estudio de los bienes en el Derecho Civil,

para que se pudieran acoger sin reticencias la iniciativa, siendo una de las razones por la cuales se adoptó el nombre de “extinción de dominio” por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por “comiso” “decomiso sin condena” o “confiscación” término utilizado en varios de los ordenamientos internacionales a que se hizo referencia anteriormente internacionales.

Dentro de esta perspectiva, la Ley Modelo aglutina las buenas prácticas a nivel internacional sobre el combate a la criminalidad económica organizada, materializando mucha de la práctica judicial de América Latina y plasmándola en un cuerpo normativo como la Ley modelo de que se viene hablando.

Finalmente, es muy importante mencionar que esta Ley modelo ha sido tomada como base en alto porcentaje para la aprobación de la LEDAB en El Salvador, donde resaltan aspectos como los que ya se hizo referencia anteriormente, tales como los referidos a que: a) La Acción de Extinción de Dominio es una “consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas”, “autónoma” e “independiente” de cualquier otro juicio o proceso, regulado en Art. 10 LEDAB “Autonomía de la acción”. b) La regulación de temas generadores de mucha polémica como la “imprescriptibilidad” de la acción de Extinción de Dominio, “Transmisión por causa de muerte”, regulado en el Art. 7 LEDAB “Transmisión por causa de muerte”. de los bienes adquiridos o destinados de forma ilícita, la “improponibilidad del Secreto Bancario”, regulado en el artículo Art. 98 LEDAB “Secreto o reserva bancaria, tributaria u otra”

Adicionalmente, a diferencia de otras leyes modelo, ésta dedica numerosos artículos a aspectos procesales, incluyendo un procedimiento detallado, y que representa un mapa de ruta para las autoridades legislativas y judiciales de los

países, pues el concepto de extinción de dominio como una “consecuencia patrimonial” es sui generis y que el procedimiento es “autónomo” e “independiente” de cualquier otro juicio o proceso, por lo que se requiere de un procedimiento especial, sin el cual los países tardarían mucho en poder llegar a una aplicación efectiva y eficiente del mecanismo.

Las Legislaciones vigentes que fueron creadas bajo la influencia de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, son varios los Países de la región latinoamericana que han legislado en materia de Extinción de Dominio, dentro de los cuales destacan por su influencia en nuestra legislación, Colombia, México, República Dominicana, Guatemala, Honduras y Perú, entre otros.

Estas legislaciones contribuyen al desarrollo de la figura de extinción de dominio en El Salvador, pues aportan datos que ayudan a entender mejor esta acción.

3.5 REFERENTES JURISPRUDENCIALES EN EL SALVADOR.

La extinción de dominio se erige como un instrumento jurídico de suma importancia, distinto al proceso penal, que tiene como finalidad prevenir y combatir el lavado de activos, y recuperar eficientemente a favor del Estado los bienes de origen ilícito. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad del proceso de extinción de dominio.

En El Salvador, desde la entrada en vigencia de la LEDAB el Tribunal Especializado de Extinción de Dominio, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro y la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tomando como referentes muchas interpretaciones extraídas de Sentencias emitidas por tribunales de Colombia y doctrina de los expositores del derecho en la temática de extinción de dominio, han marcado una línea

jurisprudencial en sus resoluciones que ha dado como fruto la delineación de una doctrina legal sobre esta temática coherente y orientativa, únicamente referida a aspectos sustantivos de la LEDAB pero no referidas a aspectos procesales.

Lo anterior ha permitido que tanto la fiscalía general de la República como la Jurisdicción actúen con excesiva discrecionalidad.

Es preciso señalar que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, a la fecha ha emitido una de las sentencias más trascendentales referidas a la extinción de dominio; esta sentencia se identifica con la referencia judicial 146-2014/107-2017,¹⁶³ del 28 de mayo de 2018 y que ha sido citada a lo largo de la presente investigación, resolución que es de carácter orientadora, vinculante y de obligatorio acatamiento para el resto de los tribunales de la República.

Esta resolución judicial del alto tribunal es un referente de la acción extintiva en el país, abordando aspectos doctrinarios y jurisprudenciales de la figura extintiva, que en su mayoría han sido abordados desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial de otras naciones latinoamericanas que ya poseen un proceso extintivo desarrollado.

La citada sentencia desarrolló puntos esenciales de la extinción de dominio, tales como:

- 1.- El carácter autónomo de la extinción de dominio;
- 2.- Los bienes por equivalencia;

¹⁶³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

- 3.- El incremento patrimonial no justificado;
- 4.- La introducción de un término de prescripción para el ejercicio de la acción extintiva;
- 5.- Los efectos del archivo fiscal;
- 6.- Las obligaciones probatorias de los sujetos procesales;
- 7.- La administración de bienes, entre otros puntos.

Así lo sostiene el autor Martín Martínez,¹⁶⁴ en su artículo “La extinción de dominio es constitucional”.

Sin embargo, aun y cuando esta sentencia desarrolló algunos aspectos doctrinarios sustanciales importantes de la figura extintiva, la misma carece de la explicación de puntos procesales, que en la práctica pueden causar inconvenientes de interpretación.

3.6 ORDENAMIENTOS JURÍDICOS RELACIONADOS A LA FIGURA DE ACCIÓN EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL SALVADOR.

La cantidad de actividades ilícitas relacionadas en la LEDAB, al tenor del art. 5 de dicha ley, implica la vinculación de varios ordenamientos jurídicos de El Salvador; siendo lo siguientes:

ACTIVIDADES ILÍCITAS del art. 5 LEDAB	NORMATIVA RELACIONADAS
---------------------------------------	------------------------

¹⁶⁴ Martín Alexander Martínez Osorio, “La Extinción de dominio es constitucional (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional”, Revista de Derecho constitucional, N 109, (2018).

Lavado de dinero y de activos	<ul style="list-style-type: none"> - Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos - Ley contra el Delito de Extorsión; - Ley de Bancos; - Ley de Bancos Cooperativos y Asociaciones de Ahorro o Crédito; - Ley del Mercado de Valores; - Código de Comercio;
Crimen Organizado	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; - Ley Reguladora de las Actividades Relativas a Drogas; - Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja
Maras, pandillas, asociaciones agrupaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Especial contra Actos de Terrorismo; - Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal. - Ley Contra el Delito de Extorsión

Tráfico y Trata de Personas;	Ley Especial contra la Trata de Personas
Delitos Relacionados con Drogas	- Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas;
Delitos informáticos	Ley Especial contra los delitos informáticos y conexos
Corrupción	- Ley Sobre Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y Empleados Públicos; - Código Penal;
Delitos relativos a la Hacienda Pública	- Código Tributario; - Código Penal; - Ley de Impuesto sobre la Renta; - Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras;
Incremento Patrimonial no justificado	Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y Empleados Públicos; - Código Tributario - Ley de Lavado de Dinero y de Activos; - Código Civil.

3.7. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS.

El delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida. Aun cuando algunos delitos son capaces de producir efectos o, adicionalmente, tienen capacidad para macular a los bienes de origen legal, la producción de bienes ilícitos no da lugar a que el Estado reconozca derecho de propiedad alguno sobre su titular fáctico (UNODC, 2011, s/n). Conforme a nuestra jurisprudencia, lo anterior no constituye una vulneración al derecho de propiedad, reconocido por nuestra Constitución en el artículo en su artículo 11. Dado que el ordenamiento jurídico no legitima la acumulación de riqueza mal habida, surge la institución de la extinción de dominio como un instrumento de política criminal dirigido a la recuperación de activos procedentes de actos criminales (o de destino delictivo), a través de un proceso autónomo y fuera del proceso penal.¹⁶⁵

La extinción de dominio de conformidad con lo regulado el artículo 8 de La Ley Especial de Extinción de Dominio lo conceptualiza de la siguiente forma: *“la acción de Extinción de dominio consecuencia jurídico-patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a los que se refiere la presente ley, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal”*.

En esa línea, se trata de una herramienta más, dentro de un contexto de política criminal nacional, de lucha contra la criminalidad organizada, pues “el crecimiento de las organizaciones criminales en los últimos años les ha permitido alcanzar un poderío económico real, habiendo llegado a acumular

¹⁶⁵ Herrera, M. (2019). La extinción de dominio conforme al D. Leg. N.º 1373. Algunos aspectos Fundamentales. Actualidad Penal, 60, 197-213.Herrera, 2019, p. 199).

grandes cantidades de dinero a ilícito que, posteriormente, es introducido dentro de la economía del país con la finalidad de que sea encubierto para lo cual, se sirven de todo tipo de mecanismos y estructuraciones ingeniosas, desde la utilización de testaferros, compra de propiedades muebles e inmuebles, tangibles e intangibles, fraudulentas planificaciones societarias, fiscales y económicas, a través de la constitución de empresas, o utilizan las ya existentes, inyectándoles dinero, incluso se introducen en el campo político electoral”.¹⁶⁶

De esta manera, a través de la extinción de dominio, el Estado regula procedimientos contra los bienes que constituyan objeto, instrumento, efecto o ganancia de actividad delictiva (independientemente de quién los adquiera o tenga en su poder). El objeto del procedimiento es perseguir los activos maculados con una pretensión concreta: declarar la extinción del dominio que se ejerce sobre dichos bienes y trasladarlos a la esfera de titularidad del Estado ¹⁶⁷ Así también lo ha reconocido, en tal sentido, ni el delito ni ninguna actividad ilícita pueden generar derechos, por lo que ninguna estructura democrática puede admitir aquellos bienes adquiridos o derivados de alguna actividad ilícita o destinados a un uso ilícito.

3.7.1. Presupuesto de la Extinción de Dominio.

En apego al Principio de Legalidad establecido en el Art. 15 de la Constitución de la República de El Salvador, se requiere que la ley especial preestablezca los presupuestos que posibilitaran la promoción de la acción de extinción de dominio, todos contenidos en el Art. 6 LEDAB, los cuales se agrupan de la

¹⁶⁶ Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio - Sede Wanchaq. Sentencia recaída en el Expediente 00001-2019-0-1001-Jr-Ed-01. Resolución 8 del 11 de noviembre de 2019.

¹⁶⁷ Rosas J. (2021). Decomiso y extinción de dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito. Gaceta Jurídica. pp. 196-197).

siguiente manera, y de forma común a los países de la región que cuentan con el instituto de la extinción de dominio, se agrupan en causales o presupuestos de origen y de destinación, en los que se denotarán que el objeto del debate o será la condición de inocencia o culpabilidad, sino el origen de los bienes, su nexo o relación con los afectados y la actividad ilícita vinculada.

Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban distribuirse o no sean susceptibles de valoración patrimonial.

Bienes. Son aquellos que pueden generar utilidad, rentabilidad u otra ventaja que represente un interés económico relevante para el Estado. El fiscal determina si el bien tiene dicho interés conforme a los siguientes presupuestos de procedencia regulados en el artículo 9 de LEDAB.

Para encontrar los argumentos constitucionales de la extinción de dominio es necesario tener claridad sobre una cuestión, a pesar de la diversidad de causales para su procedencia que establece el art. 6 de la LEDAB, estas se pueden reducir a bienes de origen o destinación ilícita. Precisamente, al analizar cada una de las causales que establece el art. 6 citado se colige que, independientemente del nombre que se les dé, los bienes terminan subsumiéndose en las categorías generales de origen o de destinación ilícita. Debido a que en El Salvador existe carencia de doctrina y de jurisprudencia que explique en qué consiste cada una de estas causales, procederé a hacerlo a modo de explicación del texto legal, es decir, tomando como punto de partida la disposición del art. 6 de la LEDAB, a fin de dar una explicación propia sobre cómo deben o deberían de entenderse cada una de estas causales.

Primera causal

El art. 6 de la LEDAB dispone: “Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes:

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

Este primer supuesto de procedencia de la acción de extinción de dominio incluye varias categorías dentro de las cuales se pueden encuadrar los bienes para determinar, en general, si tienen un origen o destinación ilícita. Cuando se habla de bienes que sean producto de actividades ilícitas se hace referencia a todos aquellos que se hayan obtenido en razón de la comisión de este tipo de actividades. Así, la realización de una actividad ilícita tiene diversos propósitos y genera diversos resultados, entre ellos puede estar la obtención de beneficios económicos o materiales. Entonces, todos aquellos bienes que se hayan obtenido como consecuencia de la realización de este tipo de actividades no pueden gozar de protección constitucional y, por tanto, son susceptibles de aplicación de la LEDAB.

Ahora, estos bienes pueden representar un producto directo o indirecto de las actividades ilícitas. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-740 de 2003 ya citada, sostuvo que “por una parte, un bien proviene directamente de una actividad ilícita cuando su adquisición es consecuencia inmediata del ejercicio de la actividad proscrita por el constituyente como modo de adquisición del dominio. Y, por otra, un bien proviene indirectamente de una actividad ilícita cuando su adquisición es consecuencia mediata del ejercicio de esa actividad. En este último caso, la acción recae sobre los bienes obtenidos con otros obtenidos directamente por el ejercicio de esa actividad o con su producto”.

El siguiente supuesto de procedencia se regula de la siguiente manera: “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”.

Por transformación deberá entenderse la alteración de la sustancia original del bien convirtiéndolo en otro que a la percepción sensorial es distinto y difícilmente identificable con su origen. A diferencia de la conversión –como se verá en seguida la transformación no puede ser parcial, pues el vocablo transformar significa hacer cambiar de forma algo o transmutarlo en otra cosa. La transformación de ese producto, instrumento u objeto material de las actividades ilícitas puede ser física o jurídica. Es física cuando la alteración modifica la existencia corpórea del bien, cambiando su apariencia, volumen, capacidad o consistencia. Y es jurídica cuando lo que se altera o modifica es la situación legal del bien a través de mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para ello, cambiando su estatus jurídico de conformidad con la naturaleza de cada bien.

El tercer supuesto de procedencia de la acción de extinción de dominio se regula de la siguiente forma: “c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”.

Este supuesto se configura cuando las fuentes lícitas o la capacidad adquisitiva de una persona no concuerda con los bienes o el patrimonio que posee, por lo que, si el Estado infiere que ese superávit está relacionado con actividades ilícitas, deberá alegarlo de esa manera y presentar el marco

probatorio necesario. En todo caso, el afectado también podrá demostrar que ese incremento patrimonial tiene su origen en una fuente lícita.

Nótese cómo el legislador considera el incremento patrimonial no justificado como consecuencia de actividades ilícitas –no necesariamente delitos–, pues caso contrario se presume que la persona que bajo causa legítima haya acrecentado su patrimonio estará en capacidad de acreditar dicha circunstancia.

El siguiente supuesto de procedencia se regula de la siguiente manera: “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”.

En este supuesto opera lo que denominó como teoría de los bienes contaminados. Se parte de bienes de origen o procedencia lícita, es decir, obtenidos de conformidad con la Constitución y las leyes; sin embargo, al utilizarse para ocultar, encubrir, incorporar o mezclarse con bienes de procedencia ilícita se ven afectados por dicha ilicitud, siendo irreversible esa contaminación y, al haber dejado de cumplir con su función social, procede sobre ellos la extinción del derecho de dominio

El próximo supuesto de procedencia de la acción de extinción de dominio establece: “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”.

Para entender este supuesto es necesario realizar una interpretación sistemática de la LEDAB. Así, el art. 4 letra a) de dicha ley establece una serie de condiciones para advertir cuando se está en presencia de bienes

abandonados, a saber: (i) no haber sido posible establecer la identidad de su titular, (ii) que se tenga información suficiente y probable que guarden relación directa o indirecta con una actividad ilícita; y (iii) que, transcurrido el plazo señalado por la ley, ninguna persona haya comparecido a ejercer sus derechos sobre ellos. Como una categoría aparte, la parte final de la letra a) del referido artículo señala que serán también aquellos que, finalizado el proceso, no hayan sido reclamados.

Sobre el caso de los bienes por equivalencia, se traerán a colación los dos supuestos de procedencia regulados en el art. 6 de la LEDAB que abordan dicho aspecto, a saber:

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

“g) Cuando se trate de bienes de origen lícito pertenecientes a la persona contra quien se ejerza la acción de extinción de dominio, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los literales anteriores y se haya acreditado sobre estos el derecho de un tercero de buena fe exenta de culpa, conforme a la presente ley”.

En cuanto al primer supuesto, en la Sentencia de Inc.146-2014, la Sala de lo Constitucional consideró que “el vendedor de un bien adquirido con dinero ilícito, o de aquellos que, siendo lícitos, sirvieron como medio o instrumento de actividades ilícitas, se ha beneficiado con el producto de ese bien. Por ello, se justifica perseguir otros bienes lícitos de valor equivalente para compensar el bien que ya no se puede someter a la extinción de dominio, pues de lo contrario

se estaría habilitando una vía aparentemente legítima para la adquisición o destinación ilícita de bienes y para el incremento patrimonial no justificado.”¹⁶⁸

El último supuesto de los establecidos en el art. 6 de la LEDAB dispone: “i) Cuando los bienes y recursos investigados hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa”.

Cobra especial relevancia en este punto la autonomía de la acción de extinción de dominio, específicamente respecto del proceso penal. El legislador previó la posibilidad que dentro de los procesos penales los bienes de las personas hayan resultado afectados, es decir, sometidos a alguna medida de aseguramiento con fines investigativos o por constituir el objeto del delito. Ahora bien, dado que el objeto del proceso penal es determinar la responsabilidad de las personas por la comisión de delitos o faltas, rara vez el juez con competencia en esa materia efectúa un análisis sobre el origen o destinación de los bienes involucrados, pues no es ese el fin de ese proceso.

3.8 NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El artículo 2 de la LEDAB, regula es de carácter real y el contenido patrimonial del proceso de extinción de dominio.

El artículo 3 de la LEDAB reconoce la naturaleza que dicha ley es de orden público y de interés social. La extinción de dominio es un mecanismo procesal de naturaleza jurisdiccional independiente y paralelo al proceso penal. En esa línea, no se le puede considerar un incidente de procesos civiles, penales o

¹⁶⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 28 de mayo de 2018, Referencia 146-2014/107-2017 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

una pena principal o accesoria.¹⁶⁹ Por lo tanto, este puede iniciarse sin la necesidad de que se agote cualquier otro proceso previo o paralelo. Como veremos más adelante, este proceso tiene sus propias reglas y principios. Así también lo ha reconocido nuestra jurisprudencia.

Si la acción civil se caracteriza por entablarse por particulares o por el Estado para dirimir conflictos de esa naturaleza, y la acción penal la ejerce el Estado en el ejercicio de su *ius puniendi* en contra de la persona que ha cometido un delito o una falta, podemos concluir que la acción de extinción de dominio no es subsumible en ninguna de estas categorías jurídicas.

La acción de extinción de dominio, según se desprende del art. 9 de la LEDAB, “... es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita”. En tanto esta acción es ejercida exclusivamente por el Estado, a través de la fiscalía general de la República, y está dirigida no en contra de las personas titulares de los bienes, sino en contra de los bienes como tales, explorar su naturaleza no es tarea fácil.

La acción de extinción de dominio está dirigida exclusivamente en contra de bienes, no de personas, de ahí su contenido patrimonial. La regla general es que sobre los bienes exista un titular que ejerce sobre los mismos un derecho, pero ello no significa que la acción se dirija en contra de la persona como tal, sino que se entabla en contra del bien por su vinculación con actividades ilícitas. Indefectiblemente el titular del bien tendrá un interés en que no se le despoje de la cosa, por ello, al ser el titular –al menos en apariencia– de la

¹⁶⁹ (2021). Decomiso y extinción de dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito. *Gaceta Jurídica Rosas*, J. 245-248).

cosa, la LEDAB, conforme a las exigencias constitucionales del debido proceso, le concede la oportunidad para que desvirtúe la tesis del ente fiscal.

El legislador caracterizó a la acción como de naturaleza jurisdiccional, entendiendo la misma como “la aplicación irrevocable del derecho mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados realizada por jueces independientes e imparciales, características que son garantizadas por la Ley Suprema solamente al Órgano Judicial.”¹⁷⁰

Agudelo Ramírez, citado por Betancur Echeverri, define al proceso jurisdiccional como aquel “... instrumento o método de orden formal para consecución de una decisión de fondo, por medio de un tercero imparcial, por la cual se tutelan los derechos subjetivos de los coasociados. Exige del desarrollo de un trámite, del procedimiento y de la dirección de un tercero supra ordenado (sujeto imparcial), por medio de una serie gradual de actos que, impulsados por situaciones jurídicas específicas, se dirigen a la creación de un proveído jurisdiccional de fondo que tiene por fin la aplicación del derecho sustantivo a los casos concretos.”¹⁷¹

Sobre la base de ello, la LEDAB, indica que la acción de extinción de dominio es eminentemente jurisdiccional, en otras palabras, debe ser el Órgano Judicial y particularmente un juez natural e imparcial el único que puede decretarla con carácter obligatorio en cada caso concreto, luego de un proceso constitucionalmente configurado y mediante una sentencia, con ello se descarta que la acción tenga tintes administrativos.

¹⁷⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 19 de abril de 2005, Referencia 46-2003 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁷¹ Vid. Betancur Echeverri, J.H., Aspectos sustanciales de la extinción del dominio de bienes, Leyer, Bogotá, 2004, p. 61.

Además del carácter jurisdiccional de la acción, esta se define en la LEDAB como de carácter real y de contenido patrimonial, en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita. A pesar de que se ha dicho que la acción de extinción de dominio no es de carácter civil, pues su ámbito de aplicación no es el Derecho privado en la solución de controversias entre particulares, el carácter real de la misma le dota de ciertos matices del Derecho civil, lo cual es innegable, pero su aplicación a la extinción de dominio debe ser matizada.

La acción de extinción de dominio es aplicable a derechos reales y no a derechos personales. Los derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un poder o señorío sobre una cosa, que debe ser ejercido de conformidad con los parámetros establecidos en la ley.¹⁷² Los derechos personales –siempre en el ámbito del Derecho civil– son los que surgen de la relación entre dos personas, en virtud de la cual una (el deudor) está en la necesidad de cumplir una determinada prestación (de dar, hacer o no hacer) en favor de la otra (acreedor) que, por su parte, está facultada para exigírsela.¹⁷³

Se puede decir entonces que a la acción de extinción de dominio le interesa la cosa sobre la que recae el derecho real, pero no el titular de ese derecho. Se trata de una acción real pues el proceso se inicia, se desarrolla y se culmina en relación con bienes determinados. La sentencia con la cual finaliza el proceso deberá especificar aquellos bienes sobre los cuales la acción recae, declarando que hay o no lugar a declarar la extinción del derecho de dominio que se ejerce sobre estos.¹⁷⁴

¹⁷² Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., Tratado de los derechos reales, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 10

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ Betancur Echeverri, J.H., op. cit., pp. 63-64.

3.9 SUJETOS PROCESALES Y COMPETENCIA

3.9.1 Sujetos procesales.

En cada proceso la normativa determina los sujetos procesales que intervienen en el mismo sobre la base de la relación que se tenga con el objeto, es decir con la pretensión procesal. En ese sentido la existencia de una relación procesal exige la legitimación activa y pasiva de las personas que intervienen en ella.¹⁷⁵

Básicamente los sujetos procesales deben estar legitimados para su intervención en esta clase de procesos, es decir deben acreditar una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigiosos, que les habilita para comparecer o exige su comparecencia en un proceso concreto, con el fin de obtener una sentencia de fondo.

Siendo que para el procedimiento de extinción de dominio, se identifican los siguiente sujetos procesales fundamentales tales como:

Fiscalía General de la Republica

El Ministerio Público Fiscal, a través de los agentes fiscales de la Unidad Especializada en Extinción de Dominio, poseen legitimación activa para iniciar el proceso de extinción de dominio, de conformidad a lo regulado al art. 193 ordinales 1°, 2° y 3° Cn.146, pues corresponde por mandato constitucional al Ministerio Público defender los intereses del Estado y la sociedad, en relación a la normativa especialidad regulado en los art. 19 y 25 de la ley especial. LEDAB.

¹⁷⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, proceso de amparo referencia 834-2002 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2004

En virtud de lo anterior a los agentes fiscales especializado en coordinación con la Policía Nacional Civil (PNC) dirigir la investigación para establecer o fundamentar la concurrencia de cualquiera de los presupuestos establecidos en el art. 6 de la LEDAB, para promover la acción de extinción de dominio, con la solicitud de medidas cautelares que se estimen convenientes o presentando la solicitud de extinción de dominio ante el tribunal correspondiente.

Persona indagada patrimonialmente

Es toda persona natural o jurídica que alega poseer derechos sobre bienes a objeto de medidas cautelares o de extinción de dominio y a quien se le afectan derechos patrimoniales.

A este sujeto procesal se refiere el art. 14 de la ley, bajo la denominación genérica de “afectado” y le otorga los siguientes derechos:

- a) Tener acceso al proceso directamente y a través de la asistencia y representación de un abogado desde la fase de investigación.
- 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 la pretensión que se estén haciendo valer en contra de los bienes) Renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.

Incluso, el afectado pueda allanarse a la acción de extinción de dominio, para que con ello el juzgado en la materia valore y emita una sentencia respectiva,

al tenor de lo establecido en el art. 42 LEDAB establece: “El afectado podrá allanarse a la acción de extinción de dominio. El tribunal especializado valorará la solicitud y emitirá sentencia”. El allanamiento deberá entenderse como aceptación o acatamiento por el demandado de las pretensiones del demandante y da lugar, en consecuencia, a que el tribunal dicte sentencia de conformidad con esas pretensiones. del mismo cuerpo legal, esto sin contraprestación o beneficio alguno.¹⁷⁶

El afectado en materia de extinción no posee calidad de imputado.

Este afectado puede ser el titular de derechos reales sobre algún bien que se pretende extinguir u otra persona, quien haya adquirido esos derechos reales de buena fe, en cuyo caso está facultado para intervenir como tercero, ejerciendo los mismos derechos, el afectado tendrá conocimiento del proceso de extinción de dominio mediante el emplazamiento, entendido como el acto procesal de comunicación que pone al emplazado en la situación jurídica de comparecer o dejar de comparecer, que cumpla una actividad o declare su voluntad ante el órgano jurisdiccional, en un plazo determinado.¹⁷⁷

Procurador

La postulación procesal debe ser entendida como el derecho subjetivo procesal para actuar en los procesos judiciales concedido al profesional del

¹⁷⁶ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (Guatemala: 1° Edición Electrónica, 1999) definiendo el allanamiento como: “Allanamiento. Acto de conformarse con una demanda o decisión (Dic. Acad.). Acto procesal consistente en la sumisión o aceptación que hace el demandado conformándose con la pretensión formulada por el actor en su demanda”.

¹⁷⁷ Guillermo Alexander Parada Gámez, El Proceso Común (El Salvador: Uca Editores, 2016) 77.

derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra¹⁷⁸.

De conformidad al art. 15 de la ley especial, es posible establecer la obligación procesal en cuanto a la comparecencia y ejercicio de derechos en procesos de extinción de dominio a través de abogado procurado sostiene Canales Cisco, que la exigencia del presupuesto procesal de comparecencia e intervención del abogado, ahora entendido como postulación procesal preceptiva de ninguna manera debe verse como una restricción o limitación al acceso de la justicia; sino más bien, aquella exigencia trata de reglamentar de la manera más conveniente los intereses de los sujetos.¹⁷⁹.

En aplicación supletoria del CPCM, la procuración preceptiva por medio de representante el cual debe ser un abogado de la República proviene de lo establecido en el art. 67 de dicha norma legal

Juez de Extinción de Dominio

El juez natural y con potestades jurisdiccionales, es la persona encargada de intervenir de forma imparcial en el proceso de extinción de dominio desde su judicialización, es decir desde la presentación de la ratificación de medidas cautelares o desde la presentación de la solicitud de extinción de dominio. Al juez en extinción de dominio se le ha conferido la competencia material y funcional que tendrá como fin solventar el conflicto jurídico.

Consejo Nacional de Administración de Bienes (CONAB)

¹⁷⁸ Hernando Devis Echandia, Teoría General del Proceso (Colombia: editorial ABC, 1984) 388.

¹⁷⁹ Oscar Antonio Canales Cisco, Facultades de defensa técnica y representación del Abogado -Poderes generales y especiales (Modelos de Poderes, contratos, diligencias notariales y otros anexos) (El Salvador: Chávez impresores, 2016).

La ley en el art. 60 establece la creación de una entidad denominada CONAB.

Sobre esta base se debe afirmar que el CONAB es un sujeto procesal e interviene en el proceso especializado en extinción de dominio ejerciendo las siguientes facultades:

- 1.- Administra los bienes cautelados para destinarlo a actividades rentables, garantizando su mantenimiento y conservación;
- 2.- Una vez declarada la extinción de dominio de un bien, dispondrá del mismo para los fines que determina la ley en el art. 74

Respecto de la administración de los bienes, el Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita¹⁸⁰ establece todo lo relacionado a esta.

3.9.2 Jurisdicción y Competencia

La jurisdicción es la facultad propia del Estado, que es encomendada a un órgano determinado para que la ejerza con exclusividad, siendo este por mandato constitucional el Órgano Judicial. de conformidad a la Constitución de la República, donde le faculta la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado, es decir, aplicar el derecho al caso concreto y que las resoluciones que de ello surjan se hagan efectivas en la realidad. ¹⁸¹ Para el caso del proceso de extinción de dominio, la ley establece el art. 17 y siguiente y de conformidad a estos artículos la jurisdicción de extinción de dominio es

¹⁸⁰ Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2014).

¹⁸¹ Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2014).

de carácter especial, lo cual implica este modelo de juzgamiento por su carácter especial predomina sobre cualquier otro.

La facultad de administrar justicia en temas de extinción de dominio le ha sido encomendada al Juzgado Especializados en Extinción de Dominio, cuando se habla de competencia se hace referencia a los criterios que limitan el ejercicio de la facultad jurisdicción en general, siendo el caso de la jurisdicción de extinción de dominio, los criterios que determinan la competencia del juzgado antes referido son los siguientes:

1.- Competencia en razón de la Materia; el conocimiento sobre bienes sujetos a extinción de dominio a favor del Estado y en perjuicio de quien lo ejerce de manera ilícita; lo anterior al tenor del art. 2 LEDAB.

2.- Competencia en razón de territorio; de conformidad al art. 2 LEDAB, el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional para conocer de los casos relacionados con bienes ilicitud, con sede en la ciudad de San Salvador.

3.- Competencia funcional; de conformidad a lo establecido en el art. 49 del CPP, el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio es considerado un Tribunal de Primera Instancia.

Competencia especializada, entendida como la autonomía del proceso de extinción de dominio en relación a otros procesos, pues no es necesario agotar otras instancias para incoar un proceso extintivo.

3.10 PRINCIPIOS Y CRITERIOS APLICABLES PARA LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Siguiendo las líneas jurisprudenciales de la SCCSJ,¹⁸² en el proceso de extinción de dominio con total precisión se advierte el cumplimiento de las categorías jurídico procesales que necesariamente integran el contenido de todo proceso, acorde a la Constitución, que facilite la protección de la esfera jurídica de las personas, a saber:

a. Con relación al juez:

Exclusividad, independencia, imparcialidad, carácter natural, etc. La sede judicial en primera y segunda instancia se crearon con antelación a la posibilidad de iniciar la discusión sobre la licitud de los bienes o su destinación conforme a la ley; las características de los funcionarios actuantes, son la independencia y la imparcialidad, y ésta última se controla a través de la existencia de impedimentos, recusaciones y excusas.

b. Con relación a las partes:

Audiencia, defensa, igualdad, una vez promovida la acción de extinción de dominio, se emplaza, de conformidad con el Art. 32 LEDAB el traslado al afectado se cumple una vez materializadas las medidas de cautela y en tanto el Art. 23 LEDAB reconoce que los actos de comunicación serán los contenidos en el CPCM, con las matizaciones propias de la LEDAB, de conformidad con el Art. 101 LEDAB, de manera que el emplazamiento se

¹⁸² Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional, inconstitucionalidad con ref 102-2007, de las once horas con treinta y tres minutos del veinticinco de junio de dos mil nueve.

cumplirá poniendo a disposición las actuaciones en la Secretaría de la sede judicial, y únicamente se entrega la copias de la solicitud del auto de admisión y del que ordena el emplazamiento judicial, al titular de los bienes y a los posibles afectados con la eventual decisión judicial para que comparezcan al proceso a ejercer sus derechos de audiencia, contradicción, en condiciones de igualdad. O en caso que se haya impuesto una medida cautelar administrativa, por el ente fiscal, después de materializada se da acceso al expediente para que se conozcan las razones de su imposición y se prepara ante la eventual promoción de la acción de extinción de dominio, de conformidad con el Art. 14 LEDAB.

c. Con relación al proceso:

Legalidad, publicidad, celeridad, única persecución, etc. Por lo que la tramitación procesal está determinada por la ley y se rige por los principios constitucionales y legales, reconocidos en los arts. 11 inc.1, 12 inc.1, 15, 193 No 1y 2 Cn.

A partir de las particularidades enunciadas propias de la acción de extinción de dominio, se derivan una serie de características, entre las que se encuentran las siguientes:

a. Posee reglas procesales especiales y expeditas.

De acuerdo al diseño procesal la duración media de un proceso de extinción de dominio común, es de un promedio de 100 días hábiles, salvo incidentes que le permite tener prevalencia sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico con las que se relacione.

b. Es respetuosa de las garantías y principios constitucionales, en la que, debido a su carácter real, no opera la presunción de inocencia, sino la presunción de buena fe, contenida en el Art. 750 CC, además de poseer sus propios principios, como el de la nulidad ab initio y el de prevalencia.

c. No obstante la autonomía de la acción de extinción de dominio, es indudable la relación fáctica entre el Derecho Penal y el nuevo Derecho de Extinción de Dominio, a tal punto que el legislador salvadoreño determinó en el Art. 50 de la LEDAB el deber de todo servidor público, que incluye a los jueces de la jurisdicción penal, de informar a la Unidad Fiscal Especializada en extinción de dominio, sobre la existencia de bienes de origen o destinación ilícita, por lo que se puede concluir que básicamente se pueden señalar dos deberes funcionales de los juzgadores:

i. Deber de informar

ii. Deber de no disponer, una vez iniciada la competencia especializada, por la vía cautelar o mediante la promoción del proceso judicial. Y dentro de la misma institución fiscal, en cumplimiento con el Art. 25 LEDAB, la política de persecución penal determina en el Art. 23 impone la obligación de investigar aún dentro de una investigación penal, la existencia de bienes susceptibles de aplicación del presupuesto de la LEDAB, y en caso de identificarlo, deberá ponerlo en conocimiento de las instancias enunciadas en el mismo documento.

Es de hacer notar que dicho procedimiento es burocrático que podría incidir en la adopción de medidas cautelares en casos de urgencia y necesidad, debido que el fiscal asignado a un caso debe remitir un informe al jefe de Unidad Fiscal, a efecto que la Jefatura de Oficina Fiscal lo remita al Director de la Defensa de los Intereses de la Sociedad, quien lo enviará a la Dirección de Unidades Fiscales Especializadas para su asignación a la Unidad Fiscal

Especializada en Extinción de Dominio; la que analizará el caso y procederá conforme a sus funciones.¹⁸³, siendo un etapa con carácter reservado.

3.11. MEDIDAS CAUTELARES.

Son actos jurisdiccionales dictados durante la tramitación de un proceso, para procurar su eficacia, y el cumplimiento efectivo de la sentencia que se haya emitido, que determina la obligación de disponer lo necesario para impedir que la tramitación procesal genere perjuicios irreparables o de difícil reparación sobre los principios, derechos, bienes en juego, por lo que se trata de medidas provisionales, que pueden ser adoptadas por el juez o el fiscal.

3.11.1 Características de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son accesorias y tienen como fin evitar que los bienes patrimoniales que son materia del proceso de extinción puedan ser ocultados, vendidos, gravados, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción que disminuya su valor, o suspender su uso o destinación ilícita cuando sea necesario.

Las medidas cautelares son instrumentales para lograr la eficacia de la sentencia dictada en el proceso de extinción de dominio o para asegurar la enajenación del bien durante la etapa inicial o de investigación.

El proceso de extinción de dominio es público a partir de la notificación del auto que admite la demanda o desde que se materializan las medidas cautelares. Las actuaciones comprendidas desde el inicio de la indagación son reservadas.

¹⁸³ Aldana Revelo, Miriam Geraldine. El proceso de extinción de dominio en El Salvador. El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva. 2019.

Las medidas cautelares son provisionales, permanecen mientras se resuelva en definitiva el debate procesal o se modifiquen las condiciones de imposición, por ello las medidas cautelares en materia de extinción de dominio requieren de su materialización, que implica la entrega en administración del CONAB, para generar el cese del poder adquisitivo derivado de la aparente vinculación ilícita o la interrupción de la instrumentalización delictiva del bien.

Y una vez cumplida esta condición, se genera el traslado al afectado, conforme lo enuncia el art. 32 LEDAB. La decisión judicial o administrativa, Una vez cumplidos los parámetros invocados, conforme los arts. 23, 27 lit. f), 31 inc. 2 LEDAB, puede ser impuestas administrativamente por los fiscales especializados en extinción de dominio, las que deberán ser ratificadas por el juez especializado y debe responder a presupuestos legales para legitimar su imposición, tales como:

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

f. Que no se trate de un bien con prohibición expresa para su limitación cautelar, por ejemplo, los enunciados en el Art 621 CPCM, por tratarse de pensiones alimenticias presentes y futuras, el menaje familiar, los libros, útiles.

e. instrumentos necesarios para ejercicio de profesión, arte, oficio, las pensiones alimenticias, los elementos de empresa, de forma individual, salvo que no afecte el giro ordinario.

El art. 23 LEDAB establece de forma expresa que las cautelas a imponer serán las que contempla la legislación procesal civil y mercantil, con las matizaciones propias de la materia, ante el principio de prevalencia contenido en el Art.100 LEDAB, de manera que pese a que el art. 436 CPCM habilita el nombramiento de administradores, interventores, etc, esta función será desempeñada por ministerio de ley por el CONAB.

Requisitos

Asimismo, es importante señalar que las medidas cautelares obedecen a la concurrencia de ciertas condiciones que permitan tanto a los agentes fiscales de la Unidad Especializada de Extinción de dominio, como medida de carácter administrativa, así como la Juzgador Especializado en Extinción de Dominio decidir sobre la pertinencia o no de la medida para decretarlas.

Apariencia de buen derecho (*fumos bonis iuris*) (probable existencia de un derecho amenazado).

En relación a este requisito, lo determinante es que la representación fiscal acredite con elementos objetivos que un bien tenga nexos o de origen con posibles actividades delictivas.

Peligro en la demora (*Periculum in mora*)

Se refiere al “obstáculo real” para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia extintiva, dadas las condiciones en las que se encuentran los bienes susceptibles de ser extinguidos. También es el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso de extinción de este caso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia extintiva, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional.¹⁸⁴

Alguna de las situaciones respecto del bien que pueden alegarse son las siguientes: i) que los bienes objeto de extinción de encuentran cautelados en otras sedes judiciales; ii) que los bienes (en el caso de los muebles) corren riesgo de desaparecer; iii) si se trata de inmuebles que están siendo utilizados o destinados para actividades ilícitas.

Sub Principios

Es así que como toda medida cautelar se fundamenta en el principio de proporcionalidad y a su vez sobre los sub principios a fin de evitar vulnerar derechos fundamentales.

Necesidad

La necesidad de una medida cautelar radica en que los bienes objeto de extinción se encuentren cautelados y materialmente a disposición del ente administrador, con la finalidad de tenerlos incólumes de cualquier intento negligente de volver ineficaz una eventual sentencia en extinción de dominio;

¹⁸⁴ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de Amparo: 42-2012 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

por lo que las medidas cautelares al tenor del catálogo proporcionado por la legislación procesal civil resultan necesarias.

Idoneidad

Las medidas cautelares que se aplique deberán ser las más adecuadas para el fin específico, es decir conservar el bien incólume hasta el final del proceso judicial.

Proporcionalidad

Este principio resulta importante en la aplicación de las medidas cautelares por cuanto establece que la medida adoptada debe permitir alcanzar el objetivo por ella pretendido, que en todo caso este debe ser legítimo. Además, la medida ha de ser la adecuada para el logro del fin perseguido¹⁸⁵

Es decir, las medidas cautelares deben guardar una razonable proporción con el daño que pretender prevenir, debiendo evitarse el ejercicio abusivo de estas.

Excepcionalidad

Las medidas cautelares son excepcionales por cuanto sirven para hacer efectiva la pretensión de la parte que la solicite.

Instrumentalidad

Las medidas cautelares son de carácter instrumental por cuanto sirven para un fin específico, consistente en asegurar la eficacia de una resolución definitiva emitida por una autoridad judicial.

¹⁸⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del proceso de amparo referencia 737-2001 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002).

Rebus Sic Stantibus

Este principio hace referencia a la “dependencia de la vigencia de la medida cautelar mientras persistan los motivos que constituyeron la base de su adopción, la cual es competencia del juez determinarlo”¹⁸⁶

Es decir, las medidas cautelares son susceptibles de alteración, variabilidad y revocabilidad.

Una de las características esenciales de las medidas cautelares, como se dijo en líneas anteriores, es la variabilidad o alterabilidad, por tanto, estas son revocables, si existe una modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, es decir aumento o disminución del periculum in mora o desaparición o disminución del fumus boni iuris

Legalidad

Las medidas cautelares deben ser decretadas cuando se encuentren en el catálogo determinado en la ley. Así, para el caso del proceso de extinción de dominio, este catálogo se encuentra establecido en el art 436 CPCM, norma supletoria procesal de la LEDAB.

Imposición Administrativa de Medidas Cautelares

La LEDAB en el art. 23 regula la aplicación de medidas cautelares en el proceso, estipulando dos momentos en los cuales puede decretarse estas medidas precautorias:

¹⁸⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, proceso de habeas corpus referencia 177-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999).

1.- El primer momento, designado a la fiscalía general de la República con las facultades de decretar medidas cautelares desde la fase de investigación, las cuales deben ser ratificadas por el juez de extinción de dominio;

2.- El segundo momento, es cuando la FGR solicita al Juzgado especializado, mediante la presentación de la Solicitud de Extinción de Dominio, que este ordene medidas cautelares mientras dure el trámite del proceso

Tipo de Medidas cautelares en materia de extinción de dominio

Como se ha dicho supra, en extinción de dominio se aplican las reglas establecidas en el Código Procesal Civil respecto al decreto de medidas cautelares.

En ese orden, en los art. 436 al 444 del Código Procesal Civil y Mercantil se establece un catálogo no taxativo de las principales medidas cautelares que pueden decretarse en un proceso civil, medidas que además pueden ser utilizadas en el proceso de extinción de dominio con las matizaciones necesarias.

Embargo

Es una medida cautelar que puede decretarse sobre bienes inmuebles y consiste en asegurar el resultado del proceso mediante la indisponibilidad relativa del bien.

El embargo es un acto propiamente jurisdiccional a través del cual se sustrae la posesión de los bienes de una persona, con el fin de cumplir luego de la realización de estos, una obligación líquida de dar¹⁸⁷ y que tiene como fin poner

¹⁸⁷ Guillermo Alexander Parada Gámez, El Proceso Común (El Salvador: Uca Editores, 2016) 285.

el bien a disposición del juez, sin cuyo conocimiento no puede dársele otro destino o someterlo a una afectación diferente.¹⁸⁸

Anotación Preventiva

La anotación preventiva como una especie de medida cautelar consiste en dar noticia de la existencia de una litis en lo que puedan existir eventuales consecuencias económicas en contra del propietario, cuya finalidad es inmovilizar jurídicamente determinado bien, limitando con ello temporalmente el ejercicio del derecho de libertad contractual.

La anotación preventiva es aplicable sobre bienes que se encuentren sujetos a registro, tales como vehículos, inmuebles, sociedades, entre otras.

Secuestro

El secuestro es definido como una medida cautelar que tiene por finalidad específica desapoderar materialmente a una persona, de un bien sobre el cual se ha iniciado o se iniciará un proceso judicial, para evitar que el mismo lo sustraiga, oculte, destruya, altere o deteriore, permitiendo de ese modo lograr la ulterior ejecución eventual de la sentencia definitiva.

El art. 442 del CPCM establece la procedencia del secuestro, en los siguientes casos: a) cuando el bien se encuentre en poder del dueño y exista posibilidad de ser transferido; b) cuando sea necesaria su guarda y conservación, evitando el deterioro del bien.

¹⁸⁸ H. Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, parte general 2ª Edición (Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1963) 63-64.

Destacar que esta medida cautelar está destinada para bienes muebles, tales como cantidades dinerarias, vehículos, entre otros.

Administración de bienes por parte del CONAB

Es una medida cautelar nominada en la LEDAB y consiste en la administración de los bienes de interés económico encomendada al CONAB, quien se encargará de darles el uso en actividades rentables de acuerdo a su uso normal y ordinario, para lo cual el ente administrador debe garantizar su conservación, mantenimiento y cuidado durante el proceso de extinción de dominio, Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución referencia 149-2014, del 28-V-2018, en la que estableció que las facultades otorgadas en la LEDAB al CONAB son de administración, conservación y destinación de los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio y aunque exista una clara autonomía del CONAB sobre la administración, esta no podrá entenderse como una zona exenta de control jurisdiccional, sobre todo porque se trata de una limitación al aparente derecho de propiedad puesto en controversia dentro del proceso.

El art. 76 LEDAB, otorga facultades de administración al CONAB y dice: “Los bienes de interés económico sobre los cuales se hayan decretado medidas cautelares y no estén sujetos a registros, pasarán de inmediato a la administración del CONAB. En el caso de los bienes objeto de registro, deberá ordenarse la anotación preventiva en el registro respectivo. El CONAB podrá administrarlos provisionalmente solo si existe justificación suficiente para dicha intervención. En el caso de los bienes muebles de uso personal o bienes que generen ingresos para la manutención familiar, el menaje de casa, la vivienda familiar o bienes inmuebles sujetos al régimen de bien de familia, éstos serán entregados en depósito al mismo interesado mientras dure el proceso. Estos

bienes pasarán a la administración del CONAB hasta que se haya decretado y esté firme la extinción de dominio sobre los mismos. Cuando los bienes hayan sido objeto de extinción de dominio, deberán pasar material y registralmente a favor del Estado, si esto último fuese procedente. Tanto la transferencia como la inscripción a favor del Estado no generarán pago de impuesto o tasa registral alguna”.

3.11.2 Otras medidas cautelares

Cuando en las investigaciones fiscales se identifican sociedades como un bien interés económico sobre el cual se pretenda solicitar la extinción de dominio, debe considerarse otros tipos de medidas cautelares aplicables al caso.

El Código de Comercio en su artículo 17 establece lo que debemos entender por sociedad y dice que la “(...) es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse. Tales entidades gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad, y se consideran independientes de los socios que las integran”.

En ese sentido, al tratarse de sociedades sobre las cuales se pretende afectar todo el haber patrimonial de las mismas, se deberá tener en cuenta que las medidas cautelares idóneas son la anotación preventiva de administración y el embargo preventivo en conjunto, ello al tenor de lo establecido en el art. 556 del Código de Comercio Código de Comercio que literalmente dice: “La unidad de destino de los elementos esenciales que integran una empresa mercantil, no podrá disgregarse por persecuciones individuales promovidas por los acreedores del titular. Son elementos esenciales los enumerados en el artículo siguiente. No se podrá practicar un embargo aislado de los mismos, sino que

el secuestro deberá abarcar la empresa en conjunto, siendo el depositario un interventor con cargo a la caja. No obstante, podrá practicarse el embargo aislado de dinero, mercancías o créditos en la medida en que ello no impida la continuación de la actividad de la empresa. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los acreedores hipotecarios y los prendarios”.

Al ser imposible dividir el patrimonio de esta, es así como el patrimonio, signos distintivos, cantidades dinerarias y todo lo que sea propiedad de las sociedades objeto de un proceso de extinción de dominio, pasan a ser administradas por el CONAB, quien deberá conservarlas mientras el proceso dure, procurando su productividad.

Contracautela

En los procesos de extinción de dominio no es procedente exigir caución o contracautela al Ministerio Público en la aplicación de medidas cautelares, tal y como sucede en el derecho privado;

Lo anterior adquiere fundamento, pues al tratarse de asuntos de interés público, la garantía en el cuidado de los bienes y en el mantenimiento de su valor recae en el CONAB, quien deberá conservarlos desde la aplicación de medidas cautelares hasta la finalización del proceso, por cualquiera de sus vías posibles.

Plazo de vigencia de las medidas cautelares

Una de las características básicas como se indicó anteriormente es la provisionalidad de las medidas cautelares, por tanto, estas son decretadas mientras dure el proceso que las motivó.

Para el caso de la materia de extinción de dominio estas medidas cautelares, cuando son decretadas por la Fiscalía General de la República en la fase de investigación, se encuentran condicionadas al cumplimiento de cierto plazo y este consiste en 90 días prorrogables otros noventa para la presentación de la Solicitud de Extinción de Dominio o en su defecto el archivo fiscal Así lo establece el art. 23 LEDAB, al estipular un plazo de 90 días prorrogables otros 90 para presentar la solicitud de extinción de dominio o en su defecto el archivo fiscal.

Contrario a ello, si han sido decretadas por el tribunal, consecuencia de la presentación de la Solicitud de Extinción de Dominio, estas duraran el transcurso del proceso, hasta que se dicte sentencia y la misma se encuentre firme.

3.12. ETAPAS DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

El proceso de extinción de dominio consta de dos etapas: una inicial o de investigación, a cargo de la fiscalía general de la Nación, la cual sirve para realizar todos aquellos actos preparatorios de la demanda o solicitud, lo que incluye lo referente a la prueba y a la investigación en general; y una etapa de juzgamiento, que comienza con la presentación de la respectiva demanda ante el órgano jurisdiccional competente, regulado en el artículo 26 de la LEDAB.

3.5.1. Etapa inicial o de investigación

Finalidad regulada en el Art. 27 LEDAB

a) Identificar, localizar y ubicarlos bienes sobre los cuales podría recaer la acción, por encontrarse en un presupuesto de extinción de dominio.

b) Localizar a posibles afectados en sus derechos sobre los bienes que se encuentran bajo un presupuesto de extinción de dominio, o a terceros de buena fe exenta de culpa.

c) Recopilar información o elementos materiales que evidencien la concurrencia de cualquiera de los presupuestos de extinción de dominio previstos en la Ley.

d) Acreditar el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los presupuestos para extinguir el dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio.

e) Desvirtuar la presunción de buena fe exenta de culpa.

f) Decretar las medidas cautelares pertinentes sobre los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio y someterlas a ratificación del juez especializado dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Dentro de esta fase de las medidas cautelares en la fase de investigación, se pueden decretar las reguladas en el Art.23LEDAB y Art.436CPCM, además de ello el artículo 23 inc.2ºLEDAB, regula los requisitos de las mismas.

Sin perjuicio del derecho de acceso del afectado, la actuación será reservada hasta la presentación de la solicitud de extinción de dominio o la materialización de las medidas cautelares.

1.- Presentando ante el Juzgado de Extinción de Dominio una solicitud de ratificación de medidas cautelares decretadas por la FGR.

2.- Solicitando mediante la presentación de una Solicitud de Extinción de Dominio, el inicio del proceso judicial.

3.- Ordenando el archivo fiscal.

3.12.2. Fase procesal.

Al transcurrir el plazo de investigación que se ha relacionado y al finalizar la misma de conformidad a lo regulado en el artículo 28 de la LEDAB, y ante la existencia de indicios de probabilidad que los bienes se encuentran en alguno de los presupuestos de extinción de dominio, el fiscal deberá presentar una solicitud de extinción de dominio a la jurisdicción especializada, de conformidad con lo regulado en el artículo 30 de LEDAB.

Los requisitos de presentación de la Solicitud de Extinción de dominio, de conformidad a lo regulado en el artículo 20 de la LEDAB, son los siguientes:

- 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.
- f) Las medidas cautelares si a ello hubiere lugar.
- g) La solicitud de las diligencias o actos urgentes de comprobación que requieran autorización judicial conforme al derecho común.

Cumplimiento de los requisitos de la Solicitud de Extinción de Dominio inadmisibilidad. Art. 29 inc. 2º LEDAB.

Inadmisibilidad de la solicitud de extinción de dominio.

El mismo art. 29 LEDAB establece en el inciso final que, ante el incumplimiento de alguno de estos requisitos, el tribunal especializado ordenará que estos se completen en el plazo de tres días hábiles.

Si dichos datos no son completados, la ley establece como consecuencia de esto la inadmisibilidad de la solicitud.

El efecto de la inadmisibilidad básicamente radica en la posibilidad de interponer nuevamente la solicitud extintiva ante el juzgado, al ser superado el requisito necesario, pues consiste en errores de forma de la demanda.

Solo las inadmisibilidades son apelables.

Inoponibilidad de la solicitud de extinción de dominio

En esa misma línea, y utilizando la remisión expresa que la ley hace al Código Procesal Civil, en extinción de dominio puede utilizarse la figura de la “Improponibilidad de la solicitud”, la cual consiste en errores de fondo de la demanda que no pueden ser superados por la FGR.

El art. 277 del CPCM establece: “Si, presentada la demanda, el Juez advierte algún defecto en la pretensión, como decir que su objeto sea ilícito, imposible o absurdo; carezca de competencia objetiva o de grado, o atinente al objeto procesal, como la litispendencia, la cosa juzgada, compromiso pendiente; evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes, se rechazará la demanda sin necesidad de prevención por ser improponible, debiendo explicar los fundamentos de la decisión”.

A manera de ejemplo, una solicitud de extinción de dominio será improponible cuando:

1.- No sea posible evidenciar la aplicación de un presupuesto de extinción de dominio a los bienes objeto del proceso;

2.- Exista cosa juzgada, al tenor de lo establecido en el art. 16 LEDAB.

En cuanto a la competencia objetiva o de grado, en extinción de dominio no es un motivo de improponibilidad de la demanda.

- Admisión. Art.31 LEDAB.

- Admisión, medidas cautelares y su ejecución.

Recibido el escrito de Solicitud de Extinción de dominio, el Tribunal Especializado de Extinción de dominio dentro del término no superior de los cinco días, si lo admite o le previene y establece un término de tres días para que subsane dicha prevención. Asimismo se resuelve lo relativo a las medidas cautelares y la ejecución de las mismas, que hayan sido requeridas en la solicitud, después de ello procede la notificación de admisión de la Solicitud de extinción de Dominio después de ejecutadas las medidas en relación con lo regulado en los artículos 23 y 31 inciso 2° de LEDAB.

- Medidas a ejecutar en el extranjero.

- Emplazamiento (Traslado de la solicitud de inicio). Art.32 LEDAB.

- Emplazamiento por edictos.Art.186 CPCM.

- Nombramiento de curador adlitem.Art.186inc.4° CPCM.

- Afectados domiciliados en el extranjero.Arts.150, 151 y 152 CPCM.

- Incomparecencia de afectados domiciliados en el extranjero y debidamente emplazado.

Formas de intervención.

Mediante abogado o personalmente si lo fuere. Postulación preceptiva. Arts. 15 LEDAB y 68 CPCM.

Se sanciona incomparecencia del afectado con la Declaratoria de rebeldía. Art. 15 LEDAB. Consecuencia de la rebeldía. Art. 287 CPCM.

- Contestación de la solicitud de extinción de dominio Art. 32 LEDAB.

- El deber de cuidado.

- Finalizado el plazo, se señala audiencia preparatoria dentro de los 10 días siguientes. Art. 32 inc. 2° LEDAB.

Audiencia Preparatoria

Objeto: depurar el proceso y admitir o rechazar pruebas, regulado en el Art. 33 LEDAB

Plantear incidentes, excepciones y nulidades. Pueden ser alegadas en cualquier etapa del proceso

1. Excepciones. Ej.: Cosa juzgada (art. 16 LEDAB), falta de personería, etc.
2. Nulidades. Causas, reguladas en el art. 47 LEDAB:
 - a) Falta de competencia es absoluta, produce la nulidad de todo el proceso.
 - b) Violación al debido proceso.

- c) Falta o defectos en la notificación o el emplazamiento.
- d) Inobservancia de derechos y garantías fundamentales reconocidas en la constitución, en el derecho internacional vigente y demás leyes.

En los literales b), c) y d) solo se invalidará el acto afectado y los conexos con este, debiendo reponerlo o rectificarlo siempre y cuando sea posible.

- 3. Verificar la legitimación y el interés de las partes intervinientes en el juicio.
- 4. Resolver sobre la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas.
- 5. Revisar las medidas cautelares adoptadas con el objeto de ratificarlas, modificarlas, o cesarlas según proceda.

Finalizada la audiencia, se señala día y hora para la audiencia de sentencia, que tendrá lugar dentro de los 15 días hábiles siguientes, de conformidad con a lo regulado en el Art. 33 LEDAB.

•Audiencia de sentencia. Art. 34 LEDAB, donde se desarrollan los alegatos iniciales, producción probatoria, alegatos finales, se emite el respectivo fallo. La sentencia se emite dentro de los 15 días siguientes de pronunciado el fallo, La sentencia puede ser: estimatoria, desestimatoria o mixta. De conformidad a lo regulado en el Art. 41 LEDAB.

3.13 Aspectos probatorios.

En el proceso de extinción de dominio es admisible cualquier tipo de prueba, siempre que respete la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, Las pruebas pueden ser ofrecidas por las partes (Ministerio Público y el requerido) con el objetivo de sustentar sus posiciones. En ese sentido, se afirma que a diferencia de lo que sucede en el proceso penal en este

procedimiento opera la «carga dinámica de la prueba», dado que quien esté en mejor posición de probar la licitud o ilicitud de los bienes debe hacerlo.¹⁸⁹

- Cargas probatorias dinámicas o carga dinámica de la prueba.

- Sana crítica como sistema de valoración probatoria. Art. 37 LEDAB.

Exclusión de prueba ilícita. Art. 38 LEDAB.

- Art.198 Pr. Pn.: “No podrán ser utilizados en la investigación o el proceso, los documentos y objetos encontrados en el registro que se refieran a:

- 1) Las comunicaciones entre el imputado y sus defensores.

- 2) Las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que están facultadas para abstenerse de declarar.

- 3) Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al imputado. Este apartado comprende también los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

La exclusión no tendrá lugar cuando se obtenga autorización expresa de su titular o cuando se trate de personas vinculadas como partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo”.

¹⁸⁹ Herrera, 2019, pp. 208-209; y Rosas, 2021, pp. 463 y ss.

3.13.1 Generalidades.

Para el caso, el proceso de extinción de dominio reconoce la admisión de todos los medios de prueba, útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad; la que ha sido practicada de forma lícita y válidamente en actuaciones judiciales o administrativas e incluso la prueba trasladada, misma que será valorada conforme a las reglas de la sana crítica, de conformidad a lo regulado en el art. 20 de la LEDAB, al reconocer la ley especial que admitirá todo lo establecido en la ley procesal penal como medios de investigación, lo que implica hacer valoraciones de medios de prueba útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad, pues es un principio básico de las actuaciones de la FGR.

Importante mencionar que el régimen de prueba en el proceso de extinción de dominio se encuentra regulada en su totalidad por el CPP, apartándose de la remisión general complementaria al CPCM que la ley hace.

Tal afirmación ha sido sostenida por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro en la resolución referencia 7/16, en la cual ese tribunal de alzada dice "(...) los métodos de investigación y de utilización de mecanismos de medios de prueba, deben ser los regulados por el Código Procesal Penal, y no por otro cuerpo de ley, puesto que la investigación y medios de prueba que utiliza la fiscalía son acordes a la naturaleza de la acción de extinción de dominio, que se funda en la investigación de los bienes como derivación de fuente de hechos o actividades ilícitas, y para lograr esos fines, las normas penales son más adecuadas que los medios de prueba reconocidos en la legislación civil y mercantil, que razonablemente se dirigen

a otros parámetros de investigación y no a los hechos o actividades ilícitas, derivadas de conductas criminales.”¹⁹⁰

3.13.2. Definición de Prueba

La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.¹⁹¹

En sentido general, la prueba se conceptualiza como todo dato, motivo, hecho o razón introducida al proceso penal por el sujeto que lo aporta, utilizando los medios y procedimientos regulados en el Código Procesal Penal, con la finalidad de acreditar ante un juez o tribunal, que los hechos que son objeto de discusión ocurrieron de una forma y no de otra.

Esta definición se extrae de lo regulado en los Artículos 35, 36, 38 LEDAB y 174, 176 y 395 número 3, todos del Código Procesal Civil.

3.13.3. Carga de la Prueba

De conformidad a lo regulado en el art. 36 LEDAB en relación a lo establecido en el art. 27 del mismo cuerpo normativo, por mandato constitucional le corresponde al Ministerio Público Fiscal promover la acción de extinción de dominio contra los bienes de interés económicos para el Estado y asume la obligación legal de probar que éstos se encuentran relacionados de manera directa o indirecta con las actividades ilícitas, que esta relación se adecúa a un presupuesto legal, cuyo titular no puede ser reconocido como tercero de buena fe exenta de culpa.

¹⁹⁰ Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, recurso de apelación referencia 7-EXT.DOM/2016 (1) (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

¹⁹¹ José I. Cafferata Nores, La prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23, 984 (Argentina: De palma, 2003) 5.

No obstante, ello sobre la base del principio de contradicción y amparado en el principio de la carga dinámica de la prueba, el titular o interesado en los bienes puede refutar la prueba del Estado luego de cumplido dos principios generales del Derecho: i) Nadie está obligado a lo imposible; y b) El que esté en mejores condiciones de probar que lo haga, El principio de solidaridad probatoria implica que dentro de la tramitación procesal se acredita que conocía y tenía al alcance la fuente de prueba no era el Estado, por lo que es válido que sea el afectado el que oferte y aporte la prueba lícita, pertinente, útil y conducente tendiente a demostrar que actuó dentro de los parámetros de legalidad, con prudencia y diligencia, con el conocimiento debido del cliente o no se trató de un negocio simulado, a fin de lograr que se declare una sentencia desestimativa sobre la pérdida de dominio del bien en favor del Estado.

De tal manera que la agencia fiscal debe agotar todos los medios probatorios que estaban a su alcance para el cometido probatorio; y solo en caso que el afectado tenga a disposición la prueba de contradicción está obligado a aportar. La sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 146/2014 afirma que la carga dinámica probatoria constituye una regla completaría de la prueba ante la imposibilidad estatal de conocer la fuente de prueba. Y en el caso del incremento patrimonial no justificado para las maras o pandillas aceptó como constitucionalmente válida la inversión de la carga probatoria, al aceptar como legítima la presunción de incremento patrimonial no justificado, tal como lo establece el inc. in fine del art. 5 LEDAB.

Según Micheli,¹⁹² la carga dinámica de la prueba se puede resumir en tres puntos, a saber:

- a. El poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento;
- b. El deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y,
- c. La necesidad de que el juez decida en cada caso, acogimiento o rechazando la pretensión.

El marco probatorio común en extinción de dominio tratándose de bienes de origen ilícito, son los orientadas a establecer desproporción económica entre las fuentes de ingresos lícitos y el haber patrimonial sujeto a la pretensión estatal, por lo que investigación financiera en procesos de extinción de dominio tiene como finalidad:

- a. Establecer la situación financiera y material de una persona natural o jurídica.
- b. Identificar y cuantificar las ganancias de origen lícito, lo que puede ser difícil porque se trata de patrimonios clandestinos que no tiene respaldos documentales, por lo que los documentos informales pueden ser utilizados.
- c. Aportar evidencia del nexo entre el patrimonio y las actividades ilícitas, mediante el estudio de la actividad de una entidad jurídica no se cuente con registros y/o documentos contables. Debe tenerse en cuenta que estos nexos

¹⁹² MICHELI, Gian Antonio. "La Carga de la Prueba". Buenos Aires. Jurídicas Europa-América, 1961, Pág. 59

en ocasiones pueden construirse con documentos o información conexas, mediante compra en tiendas, supermercados, restaurantes, etc., los vouchers de tarjetas de crédito, los pagos de empleados, las relaciones de productos financieros, tendientes a reconstruir su contabilidad.

d. Relacionar los movimientos de dinero con el delito conexo.

**CAPÍTULO 4: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO NEBIS IN
ÍDEM EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, EN
RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE
DOMINIO EN EL SALVADOR**

RESUMEN

4.1. Extensión de las garantías del derecho penal al proceso de extinción de dominio. 4.2. Fundamento constitucional de la Prueba en El Salvador. 4.3. Desnaturalización de los principios constitucionales en el derecho penal económico. 4.4. Análisis comparado de la medida cautelar del secuestro en el delito de lavado de dinero y activos y Extinción de dominio con la figura del comiso penal. 4.5. En relación a la medida cautelar del secuestro en materia de Extinción de Dominio. 4.6. Análisis de las categorías jurídicas que han servido como base para diseñar la figura de acción de dominio sin vulnerar el principio del Nebis in Idem y postulados del derecho procesal. 4.7. Semejanzas en el procedimiento del delito de casos especiales de lavado de dinero y la acción de extinción de dominio que puede generar nebis in idem. Supuestos excepcionales del proceso de extinción de dominio en El Salvador que pueden ser compatible con el principio constitucional Nebis In Idem.

4.1. EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL AL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Siendo un aspecto medular de los principios en la regulación del orden jurídico penal, es constituir una estructura sistemática de limitación para el ejercicio del poder penal, respecto de las personas, y es que a partir de la regulación de los principios, es posible sostener en los ámbitos externos la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados, así como, los mecanismos que garantizan la efectividad de los mismos; configurando un ámbito limitativo a las competencias de criminalizadoras y sancionadoras del Estado; ello se refiere tanto en la elaboración normativa, como en cuanto a su interpretación y sistematización.¹⁹³

La actividad estatal, tendiente a la formulación de las normas penales como construcción incriminadora de conductas punibles, tanto en su vertiente original como en el proceso de reforma, debe respetar en cuanto producción normativa, el marco de los principios que emanan de la Constitución, integrados ya como derechos y garantías primarias, tal como lo refiere, la jurisprudencia y dogmática procesal penal, hablar de garantías y derechos, es referirnos a “términos equivalentes en cuanto a sus efectos, pues los derechos fundamentales procesales deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función al cual se construye todo el sistema jurídico.”¹⁹⁴

¹⁹³ VALENCIA RESTREPO Hernán “Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho” Editorial Temis. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993, p. 3.

¹⁹⁴ San Martín Castro, César (2020). Derecho penal procesal. Lecciones. Lima: INPECCP. Pág. 125.

Con esta protección que generan las garantías, la persona sometida a un proceso, cuenta con una serie de mecanismos para evitar los abusos y arbitrariedades de la coerción dentro de un proceso penal.

Las garantías procesales son los modos de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de la equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes.

Las garantías procesales penales, son genéricas y específicas, siendo las primeras, las que “refuerzan e incluso dan origen a las garantías específicas como la garantía del Juez natural, de la publicidad, de la pluralidad de instancia, de cosa juzgada, etc.”¹⁹⁵

Se reconocen como garantías genéricas, al debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia. Y las garantías específicas que derivan del debido proceso, son: juez legal, juez imparcial, plazo razonable, non bis in ídem procesal, derecho al recurso y legalidad procesal.

Sobre la base de lo anterior nos enfocamos en tres garantías genéricas que son (el debido proceso, defensa procesal y presunción de inocencia), y una garantía específica, derivada del debido proceso, nos referimos a la legalidad procesal.

El debido proceso no se constituye como un derecho autónomo, sino que implica que el procedimiento se estructure y, además, que este respete

¹⁹⁵ Cubas Villanueva, Víctor (2006). El proceso penal. Teoría y jurisprudencia constitucional. Lima: Palestra Editores. Pág. 44

integralmente un conjunto de derechos constitucionales tanto de contenido material como los de contenido procesal.”

Tal derecho posibilita que las personas puedan hacer valer sus derechos e intereses de la manera que consideren adecuada entre las autoridades competentes, por lo que su ejercicio se encuentra estrechamente vinculado con los demás derechos constitucionales y su fundamento es dar a aquellas la posibilidad de pronunciarse en el proceso o procedimiento seguido en su contra, de un modo relevante de cara a su resultado.

Siendo el tribunal constitucional, una de las manifestaciones del debido proceso o proceso constitucionalmente configurado regulado en el artículo 12 Cn, el cual tiene un arraigo más limitado con relación al derecho de audiencia en la medida que únicamente se manifiesta ante la configuración de una contienda donde exista la necesidad de argüir elementos tendentes al desvanecimiento de los alegatos incoados por la contraparte toda persona, antes de limitársele o privársele de uno de sus derechos, debe ser oída y vencida dentro de un proceso o procedimiento tramitado de conformidad con las leyes.

Así lo afirma el Proceso de Inconstitucionalidad 82-2001 Ac al señalar que: “(...) Y es que, de forma genérica, la defensa comprende, todo medio de oposición a las posiciones subjetivas de la respectiva contraparte, de lo cual se deriva que el derecho de defensa está íntimamente vinculado al derecho de audiencia, dado que éste establece la obligación del juzgador, antes de solucionar la controversia, de posibilitar —de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución— al menos una oportunidad procedimental para que se exponga la posición del demandado —principio de contradicción”.

Desde tal perspectiva, el referido derecho se concretiza por medio de un desdoblamiento subjetivo de la actividad defensiva; el primero, referido a la defensa material realizada por el mismo procesado, consiste en la intervención directa y personal del procesado, realizando actividades encaminadas a preservar su esfera jurídica individual; el segundo, por medio de actuaciones a cargo de un técnico del derecho, denominado usualmente como defensa técnica, es decir, la confiada a un profesional del derecho, que interviene en el proceso penal o administrativo para asistir y representar al imputado, rebatiendo los argumentos contrarios, interviniendo en las pruebas, o bien formulando conclusiones

Y la doctrina y jurisprudencia ha mencionado que, en cuanto al “derecho de igualdad procesal”, este es otra de las manifestaciones del debido proceso o proceso constitucionalmente configurado, en el entendido que en el proceso penal los operadores judiciales deben de potenciar el derecho de igualdad procesal, que consiste que el imputado y víctima deben de contar con los mismos derechos y garantías para corroborar sus afirmaciones; debiéndose potenciar por los operadores del sistema penal un equilibrio procesal entre las partes, tendiente a que la parte acusada tenga los mecanismos que le permitan contrarrestar las acusaciones que se le efectúan por parte del ente del Estado a quien se le ha conferido la investigación y acusación penal -Jus Persequendi-, y la de proponer los medios de prueba que coadyuven a refutar la tesis acusatoria; además, el derecho que tiene la parte acusada para controlar los actos de investigación o de prueba formulados por su contraparte.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Sentencia definitiva de Inconstitucionalidad de las, a las diez horas con nueve minutos del día doce de noviembre de dos mil diez. Ref. 40-2019.

La relación de uno y otro ha sido reconocida expresamente en el citado Proceso de Inconstitucionalidad 40-2009 Ac: “(...) [E]l 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.”¹⁹⁷

Sobre La base de la Constitución de la República, arts. 2, 11, 12; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.1, solo así estaremos en presencia de una investigación y proceso penal respetuoso de los derechos y garantías constitucionales de las partes.

Así lo reitera la sala de lo constitucional “(...) Respecto al derecho de defensa (art. 12 de la Cn.), se ha sostenido que este presenta una faceta material y una técnica. La primera faculta a la persona a intervenir en todos los actos del procedimiento por medio de los cuales se introduzcan elementos de prueba y a realizar todas las peticiones y argumentos que considere necesarios. La

¹⁹⁷ Sentencia definitiva de las 10:09 horas del 12 de noviembre de 2012) (...)

segunda le garantiza a la persona ser asistida en el transcurso del proceso por un profesional del Derecho que, en igualdad de condiciones, enfrente las alegaciones y las pruebas de cargo presentadas por la parte acusadora (...).¹⁹⁸

Por ello es importante retomar lo preceptuado en los arts. 2 inciso primero, 11 inciso primero y 12 inciso primero Cn., los cuales dicen lo siguiente: “Toda persona tiene derecho (...), a la libertad (...), y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”; “Ninguna persona puede ser privada del derecho (...), a la libertad (...), ni de cualquiera otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...)”; todo ello relacionado con las normas constitucionales citadas, se vinculan con el art. 8.1. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José”; y el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales expresan lo siguiente:

“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 formulada contra ella (...)”; y “(...) 1. (...). Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

También los preceptos constitucionales y de carácter universal, se concatenan o vinculan con las normas de carácter procesal penal, previstas en los arts. 1 (juicio previo), 2 (principio de legalidad procesal), 6 (principio acusatorio), 8 (presupuestos de la legalidad de la privación de libertad), 10 (inviolabilidad de

¹⁹⁸ Sentencia, de las diez horas y cincuenta y siete minutos, del día dieciocho de mayo de dos mil quince, dictada por la Sala de lo Constitucional de la CJ, dentro del proceso constitucional de amparo registrado con el número 706-2012

la defensa), 12 (igualdad procesal), 13 (publicidad), 14 (el incumplimiento de garantías no se hará valer en perjuicio de aquél a quien ampare), 15 (prohibición de las interpretaciones extensivas que limiten el ejercicio de un derecho o facultad conferida), 16 (irrestricto cumplimiento de las garantías y principios constitucionales y legales), 74 (principio de objetividad de la investigación fiscal), 75 (principio de investigación de hechos y circunstancias de cargo y las que sirvan de descargo del imputado), 76 (publicidad de las actividades de investigación), 98 (derecho de defensa técnica), 129 (deber de litigar con lealtad o la prohibición del abuso de las facultades legales), 132 número 1) (infracciones por actuaciones de mala fe), 175 (licitud y legalidad de la prueba), 176 (libertad probatoria), 202 a 241 (prueba pericial escrita y testimonial) CPP.

De la normativa arriba relacionada se fundamenta en su conjunto el “debido proceso o proceso constitucionalmente configurado”, dentro de los cuales se derivan los “derechos de audiencia, defensa y contradicción e igualdad procesal”, y otros. Derechos que dentro de un proceso penal deben de garantizarse por los operadores del sistema penal; o sea, por parte de fiscales, policías y jueces, a efecto de contrarrestar cualquier vulnerabilidad a tales derechos y garantías constitucionales y legales, que pueda desembocar en consecuencias jurídicas negativas, en las resultas del proceso penal que para tal efecto se ventile.

Ahora bien, en relación a postular estos argumentos de defensa, porque si solo nos detenemos a lo regulado en el artículo 10 del título preliminar de la LEDAB, que establece: “La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso.

Las resoluciones adoptadas en un proceso penal no afectaran el ejercicio de la acción, salvo el supuesto de cosa juzgada en los términos de esta ley.

Debido a lo anterior dentro del proceso de extinción de dominio, se utilizan ciertas garantías procesales penales, sobre la base de la constitución que regula el artículo 2 que señala “ toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y la posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos...”, asimismo el artículo 11 regula “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”, donde se regula el “derecho de audiencia”, siendo un concepto amplio en virtud del cual se exige.

Así lo afirma el Proceso de Inconstitucionalidad 82-2001 señalar que: “(...) Y es que, de forma genérica, la defensa comprende, todo medio de oposición a las posiciones subjetivas de la respectiva contraparte, de lo cual se deriva que el derecho de defensa está íntimamente vinculado al derecho de audiencia, dado que éste establece la obligación del juzgador, antes de solucionar la controversia, de posibilitar —de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución— al menos una oportunidad procedimental para que se exponga la posición del demandado —principio de contradicción.

Resaltamos que, para abrir las puertas del proceso de extinción de dominio, conforme a los hechos planteados en el caso en cuestión, necesariamente el proceso penal generado por la supuesta comisión del delito, se han tenido que respetar los derechos fundamentales de la persona detenida. De lo contrario, estaríamos dando carta abierta a iniciar procesos de extinción de dominio -

específicamente, iniciar la indagación patrimonial- generado por un proceso penal -entiéndase, inicio de las diligencias preliminares- donde se ha vulnerado el debido proceso.

No olvidemos, que las actas elaboradas, son prueba preconstituida, y todos los actos practicados en sede de investigación preparatoria, en especial en vía de diligencias preliminares, realizados por la Policía y la Fiscalía, podrán adquirir valor probatorio, siempre que hayan sido ejecutados con respeto a las normas de procedimiento y se ratifiquen o reproduzcan en el juicio oral en condiciones que permitan el ejercicio del derecho de defensa.

Asimismo, es necesario que sean obtenidas estas pruebas sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente.

Por tal razón, debemos considerar, que si pretendemos proteger un derecho fundamental (propiedad), no debemos vulnerar otro derecho fundamental (libertad). Si se cuestiona que la intervención policial es arbitraria, entonces, se debe permitir un espacio para debatir al respecto, permitiéndose ofrecer medios probatorios en ese sentido, no solo quedarse en el cuestionamiento sobre si el bien fue o no instrumentalizado, es importante determinar, sobre el actuar policial, se lleve a cabo dentro de los parámetros del debido proceso.

En este sentido, el proceso de extinción de dominio está sujeto al cumplimiento de los principios, derechos y garantías procesales que le son propios de acuerdo con su especial naturaleza (art. 13 y siguientes LEDAB).

Por lo que dicho marco normativo configura una serie de elementos, de garantías e instituciones jurídicas que conforman el debido proceso en alusión a un proceso equitativo, respetuoso de los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que agrupa y se desdobra en un haz de derechos que

cobran vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso, tal como lo refiere la Sentencia pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la primera sección del centro: San Salvador, departamento de san salvador, a las ocho horas y quince minutos, del día viernes diecisiete de julio de dos mil veinte.

En este sentido, la LEDAB en su texto original; contemplaba en el art. 36 una figura innovadora y sin paralelos dentro del Código Procesal Penal, pero a la vez controvertida en cuanto a su aplicación en el ámbito en referencia, como lo es el concepto de carga dinámica de la prueba; al prescribir lo siguiente: “Corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan, que sustentan su posición procesal”.

El derecho de defensa se encuentra ligado al debido proceso, y para lo cual se deben cumplir las condiciones mínimas en todo proceso jurisdiccional para respaldar la seguridad jurídica de las personas, tal como la establecida en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto al debido proceso la Sala de lo Constitucional, la cual se ha pronunciado en varias ocasiones estableciendo que se trata de 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 en el proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente a un juez.

En tal sentido, derechos de audiencia y defensa se encuentran íntimamente vinculados. El primero de ellos, plasmado en el artículo 11 de 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.

Por otra parte, 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 proceso, tengan pleno conocimiento del hecho o la actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos (principio contradictorio); y por lo mismo, sólo podrá privárseles de algún derecho después de haber sido vencidos con arreglo a las leyes. Es necesario mencionar que el derecho de defensa se caracteriza por la 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.

Por ello se establece que todo proceso penal, debe contar con todas las garantías y debe adecuarse y ser coherente con una Constitución, solo y exclusivamente puede ser un proceso acusatorio, entendiendo por tal no solo su aspecto formal referido a las funciones estatales, sino todas las garantías contenidas hoy en los textos internacionales que declaran y prestan protección a los derechos humanos.

Siendo el debido proceso un derecho fundamental de perfiles amplios, pero que puede ser individualizado para diferenciar de otros derechos, concretos y regulados de manera particular.

La ley de extinción de dominio, como ya se mencionó que en el artículo 13 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.

4.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA EN EL SALVADOR.

Es deber primordial del Estado, garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y, el otro proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, las pruebas han de ser practicadas bajo principios generales de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Excepcionalmente, los medios de prueba anticipados o preconstituidos, habrán de ejecutarse asegurando la contradicción originariamente, ya que la mera reproducción formal en la vista, no garantiza el derecho de defensa.

Para analizar el ofrecimiento y valoración de la prueba, debe partirse de los fundamentos constitucionales que garantizan la actividad probatoria, refiriéndose al efecto al derecho fundamental de seguridad jurídica (Art. 2 Cn.), principio de igualdad (Art. 3 Cn.) y la garantía de audiencia (Art. 11 Cn.). En ese sentido, es factible afirmar que, la actividad probatoria reviste especial relevancia procesal, en la medida que cumple con la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, determinará el derecho.

De forma que, la prueba se configura como la actividad procesal clave en la historia de todo litigio, pues de ella depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos en disputa y aprecie o desestime las pretensiones formuladas por las partes. Es decir, que la prueba tiene la finalidad de convencer al Juez sobre la credibilidad de las fuentes de prueba y de los medios de prueba, cuyo peso permite la adjudicación de las afirmaciones de las partes. Son las partes las que, según el Art. 7 CPCM,

deben efectuar como actividad procesal un conjunto de operaciones por medio de las cuales intentarán lograr el convencimiento del Juez con respecto a los hechos.

Siendo en los arts. 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la Cn. establecen los derechos, principios y garantías de los que goza una persona en el marco de un proceso, tales como: juicio previo o derecho de audiencia, presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho del imputado de abstenerse a declarar. En el marco de un proceso tradicionalmente se ha sostenido que la carga de la prueba se fundamenta en las máximas siguientes: i) *onus probando incumbit actori* -incumbe probar al demandante-; ii) *reus, in excipiendo, fit actor* -demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa-; y iii) *actore non probante, reus absolvitur* -si el actor no prueba, absuélvase al demandado-.

Sin embargo, hay casos en los que la actividad probatoria producida en el proceso no ha sido suficiente para generar un grado de convicción aceptable respecto de la probable existencia o inexistencia de los hechos alegados y el juez debe, a pesar de ello, resolver el conflicto.¹⁹⁹

Es decir, existe la posibilidad que la verdad quede al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue; de aquí que el juez, con el objetivo de dar prevalencia a la verdad,²⁰⁰ e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en

¹⁹⁹ Beltrán J. Ferrer, La Valoración de la Prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión; en Estudios Sobre la Prueba, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, año 2006, página 1-40.

²⁰⁰ M. Fernández López, Prueba y Presunción de inocencia, Editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, año 2005, página 34.

atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan; en otras palabras es aplicar las cargas probatorias dinámicas.

Un proceso es el conjunto de actos que se llevan a cabo para aplicar la ley a la resolución de un caso; el Tribunal Constitucional Salvadoreño lo ha definido como “el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia [...] es el único y exclusivo instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados a su favor.”²⁰¹

Sin embargo, dicho proceso debe ser constitucionalmente configurado, “el cual no se satisface con cualquier forma de procedimiento sino uno que respete el haz de derechos y garantías que contempla la Constitución”.⁷ Es concebido también como “el remedio idóneo de conflictos [...] se rige en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho por una serie de principios y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y, en definitiva, un juicio justo para las partes.”²⁰²

Todo proceso debe respetar la estructura básica que la Constitución prescribe, tales como el derecho al juez natural, a presentar y controvertir pruebas, el derecho a la segunda instancia, al principio de legalidad, el derecho de

²⁰¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 762-2008 el día diez de marzo de dos mil diez.

²⁰² Florentín Meléndez, Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado. Séptima Edición, año 2011, páginas 1-428. ⁹Carlos Climent Duran, La Prueba Penal, Tomo I, Segunda edición, Tirant lo Blanch, España, año 2005, página 65.

defensa material y técnica; la publicidad de los procesos y las decisiones judiciales.

En ese orden, la prueba “es una actividad procesal cuyo sentido viene determinado por las alegaciones de las partes, pues se trata de probar la verdad de las afirmaciones hechas por aquellas”.⁹ Por ende, solo a través de su práctica el juez puede tomar una decisión en un proceso concreto, al haber sido provisto de elementos probatorios que lo ilustren sobre los extremos procesales alegados.

La Sala de lo Constitucional ha establecido que “la presunción de inocencia tiene tal fuerza que no puede ser desvirtuada mediante conjeturas, sino únicamente mediante pruebas: elementos de juicio fehacientes que no dejen duda del hecho atribuido”.²⁰³ Este principio impide al Estado considerar culpable y condenar a una persona hasta que sea probada y demostrada su culpabilidad, más allá de toda duda, esta demostración implica la adquisición del óptimo grado de conocimiento. En otras palabras, “el principio de inocencia impide al Estado considerar culpable e imponer una pena a una persona hasta cuando sea probada y demostrada la verdad de la imputación y, revertir la concepción del proceso como pena, lo cual torna necesario poner límites a: la duración de la prisión preventiva, la dilación de proceso, y la actividad de la obtención de la prueba.”²⁰⁴

²⁰³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 40-2009 el día doce de noviembre de dos mil diez. También en Sentencia definitiva emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 54-2005 el día cinco de octubre de dos mil once.

²⁰⁴ Fernando Díaz Cantón, La motivación de la sentencia penal y otros estudios, Editores del Puerto, Primera edición, Buenos Aires, año 2005, página 49 y 58.

Este principio en el campo probatorio, se consagra mediante el establecimiento y la regulación de los límites a la búsqueda de la verdad fundados en la dignidad humana.

Consecuencia inmediata del principio de presunción de inocencia, es el derecho a no declarar contra uno mismo, el cual está regulado en el art. 12 incisos 1° y 2° Cn; de igual modo, el art. 14, sección 3, letra "g" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que durante el proceso toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma; en el mismo sentido, el art. 8 número 2 letra "g" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; también el art. 82 del Código Procesal Penal establece que el imputado tendrá derecho a abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Cabe señalar que extraer elementos incriminatorios del silencio del imputado también sería una violación a las reglas de exclusión probatoria²⁰⁵, así ha sido resuelto por la Sala de lo Penal.²⁰⁶

La prueba ilícita,²⁰⁷ entonces, adquirida en vulneración al derecho a no declarar contra uno mismo, conlleva su inutilizabilidad procesal, esto es, la prohibición de su admisión, así como de su valoración. Sin embargo, pueden encontrarse algunos casos en los que existen elementos probatorios que solo están en posesión del acusado, por lo que la carga de prueba podría revertirse al acusado.

²⁰⁵ Miriam Geraldine Aldana Revelo y otros, Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño, publicación fiscalía general de la República, página 71.

²⁰⁶ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 24-CAS-2011, resolución del día diez de julio de dos mil trece.

²⁰⁷ Silverthorne Lumber versus la doctrina de Fruit of the Poisonous Tree (Fruto del árbol envenenado Estados Unidos, 1920; y Nardone versus Estados Unidos, 1939.

Inicialmente es de indicar que prueba “es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente, todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva”²⁰⁸

Por tanto, la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Es importante traer a cuenta que la prueba está vinculada al proceso que se tenga, y el Juez debe de llegar a un grado de certeza por medio de la prueba. En este sentido, la búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado fin inmediato del proceso) debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual probatoria de los mismos.

Por ejemplo: El modelo procesal penal salvadoreño de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales implica que la convicción judicial descansa en el contenido entitativo de las pruebas desfiladas en juicio y la información de ellas obtenida, a partir de las cuales el juzgador debe conformar, mediante un esfuerzo argumentativo-intelectual, una verdad probable de los hechos sometidos a juicio, dicha verdad debe estar dotada de un buen nivel de certeza práctica (probabilidad de ocurrencia). Y es que el objetivo del conocimiento inductivo (medición de la probabilidad de los argumentos) no es la búsqueda de certezas absolutas, sino de supuestos o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen probables.

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legítimamente obtenidos y legalmente

²⁰⁸ Jorge A. Claria Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, 1966, página 83.

incorporados al proceso: “son las pruebas, no los jueces, los que condenan, esta es la garantía.”²⁰⁹

La Sala de lo Constitucional incluso reconoció el derecho a la prueba como un derecho de naturaleza procesal como manifestación del derecho a la protección jurisdiccional, pero también afirmó que, por ser derecho, “no significa que se deba admitir cualquier elemento probatorio, aun aquellos que resulten irrelevantes con relación al objeto del proceso y del debate.”²¹⁰

La prueba son elementos destinados a convencer al juez de la existencia o no de los hechos alegados en un proceso, que provocarán un grado de convicción en el juez para inclinarlo a fallar en un sentido o en otro. Lo que decide un pleito es la prueba y no las simples manifestaciones unilaterales de las partes.

4.3. DESNATURALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Fundamentación de los principios. La historia del saber penal está configurada por la creación y perfección de los principios que limitan y rigen todo el poder punitivo del estado. Esa articulación ha sido lánguida y sometida a constantes y múltiples lizas de acuerdo a las relaciones histórico, políticas, económicas y sociales de los diversos pueblos de la humanidad, en cuanto al derecho a castigar, sus miserias y antítesis.²¹¹

²⁰⁹ José I. Caferrata Nores y Maximiliano Hairabedian, *La Prueba en el Proceso Penal*. Con especial referencia a los códigos procesales penales de la nación y de la provincia de Córdoba, 6° Edición, Lexis Nexis Editorial, Argentina, páginas 5 y 6.

²¹⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 347-2011 el día veinticinco de junio de dos mil catorce.

²¹¹ GARLAND David “Castigo y Sociedades Modernas”. Editorial Siglo XXI. México D.F. 1999 p 337.

Un sector dominante de la doctrina busca explicar el fenómeno de la delincuencia económica a través del replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos, y en esto prácticamente todos concuerdan en que no puede mantenerse para la vida moderna un concepto de bien jurídico tal como se entendía en la Ilustración; la vida moderna exige que este concepto sea replanteado para afrontar las nuevas formas de ataque contra la pacífica coexistencia en sociedad. Luego, las peculiaridades de los delitos económicos han llevado solamente a que se les estudie por separado en una parte general y una parte especial del derecho penal económico, sin que ello implique el reconocimiento de algo básicamente distinto al derecho penal, pues también para los delitos económicos se aplican los mismos principios garantistas.²¹²

Sin embargo, la estructuración de los principios no es una cuestión exclusiva del orden jurídico, ello es común en todos los ámbitos del conocimiento, por cuanto las cuestiones de índole epistemológico, están gobernadas sobre la base de enunciados fundamentales o rectores, con signos de veracidad y certeza, a los cuales se las nominado como “verdades fundantes”²¹³ de las cuales se deriva toda la construcción sistemática de cada área del saber humano; y ciertamente en el actual estado de cosas, la importancia de la principialística ha adquirido una nueva dimensión, en tanto las discusiones sistemáticas los proponen como sustanciales para las actuales construcciones en el ámbito del derecho, así como en lo relativo a las tendencias de la argumentación jurídica.²¹⁴

²¹² Abanto Vásquez, Manuel. "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en Revista Penal, Perú, 2005, pp. 3-44.

²¹³ REALE Miguel "Introducción al Derecho". Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989, p. 139.

²¹⁴ GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 p 120.

El “Derecho Penal Económico”, según se sostiene en doctrina, participa solo en parte de los principios del derecho penal y en ciertos aspectos se separa de éste. En general esa separación implica la relajación de ciertas reglas del derecho penal común. Tal separación suele justificarse en razones de política criminal, como así también en el carácter dinámico de la actividad que se intenta regular.

*El derecho penal económico existe ...que es una especialidad, porque tiene características propias que no son las comunes en los restantes delitos. Que ellos se verifican porque las soluciones tradicionales de la dogmática penal, si bien son aplicables en gran medida, no dan respuestas adecuadas a algunos problemas que son propios de esta rama del Derecho Penal...*²¹⁵

Cuando aludimos a la categoría de principios, la formulación que se adopta es la de unas reglas supremas en el sentido de una estructura normativa sistemática, de máxima jerarquía, que por su prelación le da sentido de ordenación a todo el corpus normativo; es decir, que los principios en el orden penal están dotados de un especial imperio normativo, por cuanto su vigencia y validez no está sometido a la ordinalidad de la regulación normativa en cuanto a su reductibilidad. De ahí que su reconocimiento no admite sometimiento a otros ámbitos normativos, por cuanto se legitiman desde lo interno acordado desde la constitución en cuanto a la tutela de los derechos del hombre, aspecto que desde una visión valorativa de la fundamentación del derecho significa la determinación de un mínimo ético que es irreductible por cuanto para su reconocimiento no está supeditado al orden positivo.

²¹⁵ Righi, Esteban J.A.; “Derecho Penal Económico”. El autor cita a Soler, Sebastian, en su exposición en las primeras jornadas nacionales de derecho de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, publicado en el diario “La Razón” el 8 de octubre de 1964.

Por ello el autor Dworkin ha expresado respecto a la consideración de los principios: “Llamo principios a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política, o social, que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad.”²¹⁶

Los principios como límites de la Política Penal. La función limitadora del poder estatal en general, y del poder penal en particular, mediante la supremacía de los principios que emanan de la Constitución de la República, ya ha sido reconocida por la Sala de lo Constitucional, al advertirse sobre la preeminencia en el orden jurídico de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado.

En este sentido se ha expresado, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vertebra como cuerpo normativo a través de los principios rectores que informan al constitucionalismo, teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal.

La Sala de lo Constitucional, en la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia en este punto expresamente afirmó: “Aunado a lo anterior, es imperativo reconocer que la Constitución no es una mera ley fundamental o ley superior sino que además se trata de un conjunto normativo que ha optado por una serie de principios propios de las tradiciones del constitucionalismo; constituyendo, en consecuencia, un orden normativo que si bien es ideológicamente neutral, no es neutral ante tales principios.

Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa

²¹⁶ DWORKIN Ronald “Los Derechos en Serio”. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1984 p 72.

estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo Art. 83 Cn, y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado –Art. 1 Cn.–, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

Los principios entendidos como un conjunto ordenado y sistemático de normas jerárquicamente primarias y fundamentados de todo el restante orden jurídico, están estrechamente vinculados al sistema de garantías, en las actuales formulaciones del ideario del garantismo, a la conjunción de los principios se les denomina precisamente como sistema de garantías, el cual se caracteriza por constituir una integración normativa secuencial que legitima el ejercicio del poder en la definición de la conflictividad social que deriva en conductas seleccionadas como delictivas; de ahí que, este sistema de garantías se cimienta, en unos principios que determinan lo que se conoce como “condiciones de verificabilidad”, mismos que son atinentes a los presupuestos respecto de los cuales se deberá decir una verdad, correspondiendo al derecho penal la misión de estructurar dichos presupuestos, los que deben ser verificables en la realidad.

En el modelo garantista señala Gascón,²¹⁷ la estructuración de estos principios requiere, además, la complementariedad de las formas de garantías, es decir los mecanismos de cumplimiento de los principios o sus consecuencias. La disimilitud entre garantías y principios radica en que las primeras, funcionan como instrumentos que permiten consolidar la vigencia de todas las consecuencias que los principios conceden a los ciudadanos, con lo cual,

²¹⁷ GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso “Interpretación y Argumentación Jurídica...” op cit pp 13 a 14.

mediante el sistema de garantías, es posible invalidar las afectaciones que se causen a los mandatos de los principios, en la actividad de estructuración del ejercicio del poder penal.

Y aquí si es conveniente señalar, que la eficacia del modelo de garantías, se corresponde única y exclusivamente, con el ejercicio de la jurisdicción como último garante de la primacía de los principios y de la efectividad de las garantías; lo cual se concretiza en la creación de formas de protección en todo el sistema normativo penal—derecho penal de fondo, derecho procesal penal, derecho de ejecución, derecho penal juvenil— siendo la derivación de los mismos del orden constitucional, con lo cual adquieren la primacía de la jerarquía en cuanto a su aplicación y vigencia dentro del sistema normativo.

Pero al reflexionar más allá de este escéptico diagnóstico, que se basa en una realidad diferente a la nuestra y que se caracteriza por una evolución alta del nivel de especulación y filigrana de los conceptos legales, producto de la enorme suficiencia teórica mostrada por décadas por las diferentes escuelas penales germanas, no debe olvidarse que la dogmática jurídico-penal responde a un sentido práctico: la búsqueda de un método ordenado y correcto de comprensión de la ley penal, que permita resolver casos al operador jurídico con un alto grado de seguridad jurídica y justicia.²¹⁸

Actualmente, un número creciente de autores considera que el delito económico y, consecuentemente, la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen, pensando que el delito económico, como en general todos los delitos - convencionales o no convencionales-, son productos sociales o más exactamente "subproductos estructurales", ya que obedecen a los

²¹⁸ HASSEMER, Fundamentos de Derecho Penal, P. 15.

condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad y en un momento histórico determinado.²¹⁹

En la doctrina jurídico penal se reconoce la existencia de un derecho penal económico al que se ha caracterizado como “los comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y por tanto ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico.”²²⁰

Así también se ha dicho que el derecho penal económico está determinado por la serie de normas destinadas a tutelar la actividad interventora del Estado en la economía.²²¹

Cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego, la conducta constitutiva de delito económico estará funcional y operativamente condicionada por la estructura socioeconómica concreta de un lugar y en un momento determinado.

Lograr sistematizar las ideas y las diversas aportaciones en este asunto es tarea obligada en los estudios del derecho penal económico, sobre todo por la mirada constante que desde hace algún tiempo se le viene prestando a las conductas delictivas de naturaleza económica, y también de cara a los límites que se le imponen al ius puniendi, en tanto es un reto lograr en cada caso y ante cada conducta delictiva una política preventiva, más que represiva, de

²¹⁹ Aftalión "El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico", en Revista de Ciencias Penales, Santiago de Chile, t. XXV, núm. 2, 1966, p. 31

²²⁰ Gerscovich, Carlos A. "Derecho Económico, Cambiario y Penal" pags. 290; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires; 2006

²²¹ Molinas, Fernando H. "Delitos de Cuello Blanco en la Argentina" citado por Gerscovich en op. cit.

estos fenómenos, que no dejarán de ser sociales y que se agravan por el desatinado empuje de las corrientes económicas neoliberales.

Hay una tendencia en la legislación de todos los países a la introducción de nuevos tipos penales, lo que la doctrina ha denominado "la expansión del Derecho penal", que ha originado la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

Pero este derecho penal moderno estaría en oposición con el derecho penal de la Ilustración, el Derecho penal liberal y las garantías y principios básicos sentados por este derecho, entrando en conflicto con los principios de subsidiariedad, última ratio e intervención mínima del Derecho penal.

Ante la "expansión", entonces, sería la tendencia general maximalista representada por la "creación de nuevos 'bienes jurídico-penales', ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía"²²²

Claro modelo de la expansión del Derecho penal es la Ley Contra El Lavado de Dinero y Activos, donde se recogen nuevas figuras delictivas y, entre ellas, los delitos contra el orden socioeconómico.

La globalización Para Silva Sánchez, expone sería fundamentalmente económica, de igual forma que la integración, lo que conduce a que ciertos

²²²La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica, la tutela penal de los mercados financieros Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005 Páginas 213-237

hechos considerados punibles dejen de serlo por este contexto de eliminación de obstáculos a la integración.

Por el contrario, hace que surjan nuevas formas de criminalidad económica, que a su vez dan origen a nuevas modalidades de delitos clásicos o propiamente a nuevos delitos, como la criminalidad organizada e internacional y la de los poderosos.

Todo esto se traduce en las siguientes consecuencias:

- Adopción de un carácter práctico y político para la unificación de criterios jurídicos más que de criterios científicos en la adopción de respuestas concretas, lo cual hace olvidar la preocupación sistemática de una teoría del delito construida con fines garantistas.
- Un objeto principal de la globalización a nivel jurídico-penal, el cual no es la criminalidad clásica sino la económica o criminalidad de los poderosos, ante la cual no se presenta ni existe una construcción dogmática completa, con las consecuencias de flexibilización de garantías.
- Posibles lagunas y déficit en la ejecución de la normativa penal, lo que produce inseguridad jurídica.
- Punitivismo y aceptación de la severidad de las penas.
- Diversidad de tradiciones jurídicas, lo que supone adopción de las soluciones más sencillas para aunar los diversos criterios, cuestión que trae como consecuencia la adopción de criterios flexibilizados²²³

²²³ Jesús María Silva Sánchez, Expansión del derecho penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedades proindustriales.

La inclusión de estas conductas como delito reguladas en una ley Especial se justifica por las modificaciones operadas en el orden económico y social.

4.4. Análisis comparado de la medida cautelar del secuestro en el delito de lavado de dinero y activos y Extinción de dominio con la figura del comiso penal.

El derecho a la propiedad y posesión es una manifestación propia de la dignidad humana, y por el mismo se reconoce a toda persona sea esta natural o jurídica- la facultad de detentar una cosa o de disponer de ella más ampliamente. Esta cosa, referida en términos genéricos, puede ser de carácter material en referencia a los denominados bienes o de naturaleza inmaterial en alusión a los derechos sobre las cosas.

En nuestro ordenamiento jurídico, se le ha conferido al derecho a la propiedad y posesión, como un derecho fundamental, debido a la importancia que tiene como presupuesto básico del desarrollo de la personalidad humana y la vida en sociedad; por ello se ha consignado en el art. 2 Cn. como un deber del Estado su conservación y defensa, así como también se ha asumido a nivel internacional el compromiso de garantizar a los individuos su uso y goce pacífico, como consta en el art. 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, ello, este derecho no es de carácter absoluto o ilimitado, sino que al Estado se le han conferido ciertos ámbitos de injerencia en los cuales puede interrumpir su goce y ejercicio, sobre la base del interés público.

Uno de esos ámbitos es la persecución, investigación y enjuiciamiento de ilícitos, los cuales constituyen una serie de coerciones ilegítimas que atentan

contra bienes jurídicos esenciales como el patrimonio, la integridad física e incluso la vida.

Sobre la base del funcionamiento del sistema de justicia penal, la injerencia en goce de la propiedad y posesión de bienes se encuentra precisamente justificada primeramente en la garantía estatal de prevenir tales coerciones ilegítimas, la necesidad de averiguación de la verdad real de los hechos y la función que, en muchas ocasiones, cumplen los bienes como medios comisivos del delito o productos del mismo; y en la necesidad de salvaguardar, de alguna forma, el derecho que alguna persona tiene sobre los mismos.

La coerción del estado de bienes dentro del proceso penal, es importante puntualizar sus manifestaciones más comunes suscitadas en el trámite penal: el secuestro de bienes y el comiso penal.

El secuestro de bienes es un acto de orden procesal que consiste en la recolección y aseguramiento de ciertos objetos para su ingreso a control judicial con la finalidad de garantizar su identidad e integridad.

La adopción de la medida cautelar del secuestro en materia penal, se dicta cuando los objetos incautados, que son aquellos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medios de prueba, son susceptibles de tener un contenido patrimonial, pero más allá de ese carácter patrimonial debe establecerse que existirá una privación temporal al derecho fundamental a la propiedad que reconoce nuestra Constitución en su Art. 2, extendiéndose este a los conceptos civiles de la posesión y tenencia que permitan a persona cierta, determinada o determinable, disponer libremente de los bienes que a raíz de la comisión de un hecho delictivo han sido incautados o decomisados, y que eventualmente habiliten la posibilidad que la persona afectada pueda recuperar sus bienes cuando ello sea pertinente, por

cuanto se trata de una medida de carácter provisional que permite proceder a la devolución de los objetos a sus legítimos propietarios o poseedores, como ya se apuntó, ante el valor que el objeto pueda representar para estos.

Asimismo es importante referir que tal medida obedece a la concurrencia de ciertas condiciones que permitan al Juzgador decidir sobre la pertinencia o no de la medida, estos pueden determinarse como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad con la que se pretende limitar el ejercicio de un derecho fundamental, condiciones que deben analizarse y sobre todo contenerse y fundamentarse en toda solicitud que implique tales limitaciones, ello parte del análisis de la figura del secuestro que puede generar los siguientes efectos:

I) Como medida de aseguramiento de prueba: afecta de forma inmediata al derecho fundamental de toda persona de propiedad y posesión resguardado es su artículo 2 de la Constitución de la República, por lo que se establece como una garantía real.

II) Como medida de garantía de un posible comiso: solamente procederá sobre bienes que sean propiedad o estén en posesión de un tercero, suprimiéndole provisionalmente la disponibilidad sobre el mismo, siendo una consecuencia accesoria del hecho delictivo para asegurar la efectividad del comiso.

Por todo lo anterior la medida cautelar del secuestro es de carácter excepcional y de duración limitada, ya que, en razón de los derechos constitucionales afectados, sólo puede ordenarse como un último recurso, y dentro de un periodo razonable de tiempo, el necesario para los ulteriores actos investigativos o técnicos.

Además, el juzgador que ordene el secuestro debe de cumplir los requisitos de jurisdicción, ausencia de motivos de impedimentos, y de competencia que

viene dada por el momento o fase Procesal en que se encuentre el procedimiento.

Es así que como toda medida cautelar se fundamenta en el principio de proporcionalidad y a su vez sobre los sub principios de a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto, por ello al haber transcurrido el término de ley para formular reclamo alguno sobre los bienes incautados

Puede advertirse que la finalidad del secuestro de objetos ha dado un viraje, pasando de una utilidad meramente probatoria hacia una en la que prevalece el deber estatal de garantizar la propiedad privada de imputados y terceros afectados por el proceso.

En el caso del comiso, doctrinariamente se ha definido como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva²²⁴ La pérdida de estos bienes sean de naturaleza mueble o inmueble se da por un cambio de titularidad, pasando del patrimonio de la persona ya condenada hacia el del Estado.

La naturaleza jurídica del comiso es la de una consecuencia accesoria a una sentencia condenatoria, tal como lo estatuye el art. 399 párrafo cuarto Pr. Pn, por lo que su aplicación o no se decide hasta la fase conclusiva del proceso penal.

No obstante lo anterior los juzgadores en sus respectivas instancias, no puede emitir decisión alguna sobre el secuestro de bienes, en el delito de Lavado de Dinero y Activos, al haber cesado la competencia funcional sobre el proceso

²²⁴ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. Análisis jurídico-penal de la figura del comiso. Granada, España, Editorial Comares, 2004, pág. 5

penal, en atención a la vigencia de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita (LEDAB), en los que se regula la existencia de un proceso especial sobre los bienes vinculados a los supuestos de ley contenidos en el Art. 5 de dicha normativa y sobre la base del contenido del Art. 6 literal e), legislación que confiere una competencia especial a los Auxiliares del Fiscal asignados a la Unidad Especial de Extinción de Dominio, en relación directa con los bienes objeto de dicha acción, y al resto de Agentes Auxiliares impone la obligación contenida en el Art. 25 inc. 2° de la ley en comento, que preceptúa: “Tan pronto como un fiscal a cargo de un proceso penal tenga conocimiento de las existencia de bienes susceptibles de la aplicación de las disposiciones de la presente ley, se deberá informar a la Unidad Fiscal Especializada responsable de ejercer la acción de extinción de dominio”, situación aplicable a la medida cautelar accesoria al proceso penal denominado secuestro regulado en el Art. 184 y siguientes del Código Procesal Penal al estar en vinculación directa con los supuestos de aplicación de dicha ley especial, por lo que en atención al Principio de Especialidad y de conformidad con lo establecido en los Arts. 23 y 100 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita.

Además de ello la resolución mediante el cual se informa la Unidad Fiscal Especializada responsable de ejercer la acción de extinción de dominio, la notificación se omite a las partes materiales y formales que constan en el proceso penal, de conformidad al contenido en el Art. 27 inc. Final de la LEDAB.

4.5. En relación a la medida cautelar del secuestro en materia de Extinción de Dominio.

El propósito de una medida cautelar en materia de extinción de dominio es proteger un derecho consolidado o eventual. Simplemente la cautela pretende proteger un interés legítimo que se enfrenta a las funestas consecuencias del tiempo: deterioros de las cosas, pérdidas de activos, ocultamientos, etc. En el caso concreto, con la medida cautelar impuesta en materia de extinción de dominio se persigue evitar la pérdida, extravío o destrucción de bienes.²²⁵

Extinción de dominio es diferente al proceso penal y el comiso penal, porque este último en su sentido más tradicional, requiere de la declaratoria de culpabilidad penal para poder privar al condenado de los objetos, instrumentos, productos y ganancias derivadas del delito y únicamente respecto de los que sean de su propiedad.²²⁶

Las actuaciones comprendidas desde el inicio de la indagación son reservadas, es partir de la notificación del auto donde se materializan las medidas cautelares, el proceso de extinción de dominio es público.

Contrario a ello, la acción de extinción de dominio no requiere declaratoria de culpabilidad penal del propietario o poseedor, es totalmente independiente del proceso penal y puede ir dirigida contra terceros que los adquieran o posean, siempre y cuando conozcan o adviertan su procedencia ilícita y es de carácter reservado.

²²⁵ Extinción de Dominio en Colombia, especial referencia al nuevo código “las medidas cautelares de las sociedades, Francisco Ternera Barrios”

²²⁶ Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 316/Ext-Dom./2014 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014).

De ahí es que puede establecerse la autonomía respecto del Derecho Penal, al tenor de lo establecido en el artículo 10 de la LEDAB que establece: “La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso. Las resoluciones adoptadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción, salvo el supuesto de cosa juzgada en los términos de esta ley”.

Las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, lleva a entender, que su finalidad es que los bienes no sean ocultados, ni sufran deterioro o destrucción, de conformidad con el artículo 23 del LEDAB, en relación con el catálogo de medidas cautelares que regula el Art. 436 en el numeral 3º del CPCYM, que regula podrá solicitarse el secuestro de cosa mueble.

Asimismo las medidas cautelares buscan como a cesar la destinación ilícita, lo que implica que el propósito de las cautelas en el proceso de extinción de dominio es precisamente conservar la productividad de los bienes, solo que en actividades lícitas, ello se desprende del conjunto normativo citado en precedencia, especialmente del artículo 74 de la LEDAB, sobre los fines de las medidas y sobre la posibilidad de celebración de contratos que tiene la entidad encargada de la administración del bien, con el fin de garantizar que los bienes sean o continúen siendo productivos y generadores de empleo, de modo pues que dichas cautelas especialísimas no impiden que se ejecuten y se puedan cobrar obligaciones de las cuales no se haya en discusión su legalidad.

Debe señalarse que tal potestad, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, solo es válida constitucional y legalmente: (i) cuando se use para fundamentar adecuadamente la petición de extinción de dominio; (ii) cuando sea una medida idónea y necesaria para comprobar algunos de los

presupuestos establecidos en el art. 6 LEDAB; (iii) cuando sea necesaria para la consecución del fin que posee; y (iv) cuando se respeten los marcos de ponderación estricta entre la afectación del derecho y los fines perseguidos. Esto significa que la adopción de tal medida estará legitimada cuando se adopte para recabar información que tenga una relación relevante con la adquisición ilícita de bienes derivados de cualquiera de las actividades descritas en el art. 5 LEDAB.

La petición fundamentada que debe hacer el fiscal para obtener la información debe tener el fin exclusivo de posibilitar la labor del juzgador de determinar la ilicitud del aparente título de dominio que se tenga sobre determinados bienes. Es más, en caso de que se requiera esta clase de información para hacer un uso de ella que sea incompatible con los fines antedichos, cabe la aplicación del régimen disciplinario al que está adscrito el funcionario de la Fiscalía General de la República, además de la responsabilidad penal o civil en que pudiera incurrir (art. 245 Cn.). Por ello, no debe accederse a datos e informes que sean irrelevantes o innecesarias para los fines procesales legítimos o que afecten datos personales sensibles protegidos por la Ley de Acceso a la Información Pública.²²⁷

De igual forma, La Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, se establecen varias normas que constituyen referentes de algunos aspectos que han sido introducidos en ordenamientos legales como el que rige en la jurisdicción de extinción de dominio en El Salvador, se mencionan los siguientes:

“Artículo 3. Medidas de investigación y provisionales.

²²⁷ Sentencia de inconstitucional 146-2014 del 28 de mayo de 2018

Cada una de las partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitir identificar y localizar propiedades que sean susceptibles de confiscación en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2, apartado 1, e impedir que se comercien, transmitan o enajenen d propiedades”.

Con relación a la recomendación de afectación de bienes, la convención invoca la adopción de medidas que permitan el embargo preventivo o la incautación de bienes ilícitos, regla que desde el principio inspiró el régimen de medidas cautelares en los procesos de extinción de dominio y que actualmente se encuentra reflejada en el nuevo código como medidas de carácter material y jurídico, destacando entre estas, la medida de suspensión del poder dispositivo, que, a diferencia de las tradicionales medidas cautelares o jurídicas propias del derecho penal y civil, está diseñada de acuerdo con la naturaleza jurídica del instituto, pues a través de ella se suspende cualquier acto de disposición del bien por parte del titular de derechos sobre el mismo, siendo esta, la medida cautelar que habilita al Estado, a través del ente de administración de bienes, para actuar en lugar del titular del derecho, pues a él se le ha suspendido su poder de disposición.

El CONAB conforme el art. 60 LEDAB es una entidad autónoma, de orden público, por lo que se trata de persona ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente”, tal como lo preceptúa el Art. 52 Código Civil; y dada su condición de persona de derecho público, la SCCSJ ha sostenido que ...”en abstracto, se presenta como un complejo de atribuciones, competencias, medios materiales y personales referidos al logro de un determinado fin del ente público; y en

concreto, el órgano es la persona física que en un determinado momento actúa como titular del cargo, de las competencias y atribuciones...”²²⁸

En igual sentido lo refirió el tenor de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, en la que si bien el propósito principal es reconocer la capacidad de adquirir derechos y obligaciones por las personas jurídicas privadas, en su artículo 7 enuncia que “ las ... personas jurídicas de derecho público organizadas de acuerdo con su ley, gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados Partes, con las restricciones establecidas por dicha ley y por las leyes de estos últimos, en especial en lo que respecta a los actos jurídicos referentes a derechos reales y sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción...”

4.6. Análisis de las categorías jurídicas que han servido como base para diseñar la figura de acción de dominio sin vulnerar el principio del *Nebis in Idem* y postulados del derecho procesal.

El principio de *ne bis in idem* desarrolla toda su proyección garantista cuando concurre la denominada triple identidad –*eadem res, eadem personam e eadem causa petendi*.²²⁹

Así, en la sentencia de 29-IV-2013 –Inc. 18-2008–, se ha reconocido que la prohibición de la múltiple persecución cuenta con una vertiente sustantiva del

²²⁸ Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 26-2008, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema.

de Justicia, San Salvador a las diez horas con veintisiete minutos del día veinticinco de junio de dos mil nueve. Considerando 5.B, pág. 29.

²²⁹ PEREZ MANZANO, La prohibición constitucional de incurrir en el *bis in idem*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Págs. 87 y ss.

que impide la imposición de la doble condena por un mismo hecho, y una vertiente procedimental que conjura la posibilidad de un doble procedimiento sucesivo o simultáneo, pero, siempre y cuando se establezca la confluencia de los referidos tres presupuestos; si falta alguno de ellos, se permitiría la duplicidad sancionatoria. Para el caso, la misma sentencia reconoce que no se inobserva el principio ne bis in idem, cuando opera un diverso fundamento aun y cuando se trate del mismo objeto o persona, y resuelve que en el caso.

Cabe precisar que, si bien no existe sentencia condenatoria en un proceso penal, en el delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero, dicha situación no es un impedimento para los bienes dinerarios sea objeto del proceso de extinción de dominio, pues lo que busca en sí este proceso, no es imponer una pena ni demostrar la responsabilidad penal de persona alguna; sino, declarar a favor del Estado, la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provenientes de actividades ilícitas. Así, a nivel doctrinal, también se sigue esta línea de interpretación, indicándose lo siguiente: “La extinción de dominio no se trata de una pena, ella es una institución independiente de la comisión de delito alguno y desprovista de carácter punitivo, no está supeditada a la demostración de la responsabilidad penal de una persona, pudiendo ejercerse independientemente de un proceso penal y no hay lugar al reconocimiento de garantías procesales penales.”²³⁰

Esta actividad, por su magnitud y alta rentabilidad genera ingentes ganancias. En la medida que requiere de un gran despliegue de recursos personales, logísticos y económicos, está directamente asociada al crimen organizado y a sus redes ilícitas. Esta segunda característica por sí misma, le da carácter de

²³⁰ Baudilio Murcia Ramos; Enriquecimiento Ilícito y la Extinción de Dominio; Editorial Ibáñez; Colombia; Año 2012; Pág. 138.

gravedad; elemento consustancial al delito de lavado de activos, de acuerdo con las convenciones internacionales, en especial la Convención de Palermo.

La pérdida o extinción de dominio, como institución, fue incorporada en nuestro ordenamiento legal por el Decreto Legislativo 534, de fecha 23 de noviembre de 2013, siendo su finalidad es obtener mecanismos para la lucha contra la delincuencia organizada y la generación de desincentivos en la obtención de ganancias ilícitas.

La legitimidad constitucional de la institución se sustenta en que la propiedad o el dominio obtenido al margen de la ley no cae en el ámbito de inviolabilidad de la propiedad, constitucionalmente protegible. No se trata de una institución puramente penal, pues su activación no descansa necesariamente en la afectación de las ganancias ilícitas (penales) propiamente dichas.

En la pérdida de extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo; por ello, tiene igualmente una naturaleza civil. Ergo, nada impide que se pueda incoar el proceso de pérdida de dominio en caso de sentencias absolutorias. En este caso, se debe verificar si la incoación del proceso cumple con algunos de los supuestos de procedencia previstos en el artículo 6 de la LEDAB.

El mismo resulta positivo ya que afirma sin ambages la compatibilidad constitucional de la extinción de dominio con los valores que inspiran el modelo de un Estado democrático y constitucional: trabajo honesto (art. 2 Cn.), libertad de empresa (art. 102 Cn.), fomento de la propiedad intelectual (art. 103 párrafo 2° Cn.) pero, por otra parte, también se reconoce un límite consustancial al ejercicio de los derechos de propiedad y posesión que radica en su función social. Así, el ejercicio de los mismos no puede ir encaminado a afectar los bienes jurídicos de otros ciudadanos o atentar contra la sociedad en general.

A partir de estos fundamentos, la Sala Constitucional razona la aplicación de la extinción de dominio a hechos anteriores a la vigencia de la LEDAB, en la medida que nos encontramos ante situaciones que jurídicamente no se encuentran consolidadas. Tampoco cabe la aplicación de la prescripción al tratarse de situaciones que se mantienen de forma permanente, y de las que no podrían “sanearse” con el transcurrir de un determinado periodo de tiempo, so pena de legitimar lo delictivamente adquirido como una suerte de “lavado de activos” a cargo del Estado.

El autor MARTÍNEZ SÁNCHEZ: “esta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que, si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir de legalidad alguna que nunca lo tuvo o lo perdió. En otras palabras, sería el equivalente a crear un mecanismo legal de “lavado de activos”, para que los delincuentes pudieran revestir de legalidad sus enormes fortunas mal habidas.”

La legitimidad constitucional de la extinción de dominio como un instrumento de política criminal destinado a deteriorar el poder económico de grupos y organizaciones delictivas y que se encuentra en consonancia con los más altos valores que orientan al Estado salvadoreño.

En nuestro ordenamiento jurídico la prohibición del doble enjuiciamiento, es un derecho fundamental, siendo una prohibición constitucional conocida como prohibición de ne bis in idem, se encuentra en términos simples enunciada en el Art. 11 Cn, la que textual y parcamente establece que la persona no podrá ser privada de sus derechos sin ser antes oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes “ni podrá ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

Dicho principio se encuentra vinculado en una triple garantía: de conocimiento y certeza del derecho positivo; de confianza en el sistema jurídico y en las instituciones públicas, además de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas; la defensa del individuo de los abusos del poder del Estado.

Entre los instrumentos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica que se preocupan por asegurar la aplicación de esta regla, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14.7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya fue condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. En el ámbito americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en su artículo 8.4 que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Asumido que el Estado es el titular de la función jurisdiccional y particularmente de la potestad sancionatoria (penal y administrativa) tal como establecen los Arts. 14 y 172 Cn la prohibición tiene por sujeto obligado al Estado, quien no puede enjuiciar dos veces a una persona por la misma causa.

Como “principio non bis in idem”, según el cual, nadie podrá ser sancionado dos veces por la misma causa, siempre que exista plena identidad del sujeto infractor, hecho y fundamento.

La Honorable Sala de lo Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia, los criterios para establecer el Nebis In Idem, definiendo como la prohibición de doble valoración (concepto que abarca la doble sanción y procesamiento) cuando, según la doctrina, el Tribunal Constitucional y la legislación nacional, se presente la identidad de tres elementos: sujeto, hecho y fundamento.

En ese sentido, la prohibición del conocimiento y juzgamiento sobre una misma causa en diferentes procesos, implicará que las pretensiones objeto de los mismos sean idénticas; es decir, que ambas se compongan de los mismos sujetos, objeto y causa.

La identidad subjetiva se refiere a que en ambos procesos tanto la parte demandante como la demandada estén representadas por las mismas personas, actuando en una calidad semejante. La identidad objetiva reseña que los asuntos que se debaten en ambos procesos sean los mismos. Finalmente, habrá identidad de causa siempre que el sustrato fáctico y el fundamento jurídico de las pretensiones resulte coincidente, es decir, que tanto los hechos concretos como las disposiciones normativas específicas en que se basan los reclamos sean iguales.²³¹

4.7. SEMEJANZAS EN EL PROCEDIMIENTO DEL DELITO DE CASOS ESPECIALES DE LAVADO DE DINERO Y LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO QUE PUEDE GENERAR NEBIS IN IDEM.

Existe una relación innegable entre el trámite de un proceso penal y el de extinción de dominio; en tanto las actividades ilícitas de las que provienen o con las que están relacionados los bienes cuya titularidad se pretende trasladar a favor del Estado, se encuentran vinculadas habitualmente con la comisión de hechos delictivos, tal como se advierte en el artículo 5 de la ley especial.

Ambas acciones la penal y la de extinción de dominio podrían estar siendo promovidas, cada una en su respectiva sede, de forma simultánea o sucesiva, una dirigida a determinar responsabilidad penal de alguien en hechos

²³¹ Sala de lo Constitucional, (20 de febrero 2007) Sentencia Definitiva de Amparo 579-2004.

considerados delictivos y otra a establecer si, los bienes que son producto o están relacionados -en la manera que determina la ley- con dichas actividades, deben pasar a entidades estatales.

Ante la existencia de una vinculación directa entre la acción penal de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos y de extinción de dominio, puede existir un grado de dependencia entre ellas, en determinados casos, como el objeto, tanto respecto a la naturaleza del enjuiciamiento personal y real como a los hechos que están a su base comportamientos delictivos atribuidos a una persona y situación de bienes provenientes de actividades ilícitas.

Es preciso señalar que, dentro del trámite de un proceso penal por el delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero, puede advertirse la existencia de objetos, que su vez son presentados en sedes de paz de conformidad con el artículo 284 CPP.

Siendo la figura del secuestro en materia penal una medida cautelar, que debe ser adoptada con el objeto de conservar la debida custodia de objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que pueden servir como medios de prueba, y consiste en el acto procesal mediante el cual son llevados al proceso los bienes o casa susceptibles de contenido patrimonial, que pueda servir como elementos de prueba, y que existirá una privación temporal al derecho fundamental a la propiedad que reconoce nuestra Constitución en su Art. 2, extendiéndose éste a los conceptos civiles de la posesión y tenencia que permitan a persona cierta, determinada o determinable disponer libremente de los bienes que a raíz de la comisión de un hecho delictivo han sido incautados o decomisados, y que eventualmente habiliten la posibilidad que la persona afectada pueda recuperar sus bienes cuando ello sea pertinente, por cuanto se trata de una medida de carácter

provisional que permite proceder a la devolución de los objetos a sus legítimos propietarios o poseedores, como ya se apuntó, ante el valor que el objeto pueda representar para éstos.

De allí que el Legislador Penal haya preceptuado en el Art. 284 CPP que “En los casos de los objetos y documentos mencionados en el artículo anterior, cuando se puedan afectar derechos patrimoniales, el fiscal solicitará el secuestro al juez competente, de la solicitud que presentan se determina que los objetos relacionados están vinculados con el cometimiento de un ilícito, por lo cual es necesario por la utilidad y necesidad de la medida, con el objeto de asegurar la custodia del mismo, como fuentes probatorias, puesto que, de no autorizarse, el secuestro se afectaría la eficacia de tales fuentes en el proceso mismo, pues existe una investigación ya iniciada por el delito de la Contra El Lavado de Dinero y de Activos.

Además de ello el secuestro ordenado está sujeto en materia penal a una serie diligencias que son solicitadas por los Agente Auxiliares del Fiscal General de la República, de la Unidad de Investigación Financiera, consistente en espectrometría de movilidad de iones, prueba grafotecnica y extracción de información de aparatos telefónicos, que son incautados, así como las Asistencias Internacionales que se realizan a fin de verificar la información, de la documentación que presenta la persona investigada o imputada a fin de acreditar la procedencia lícita.

La asistencia judicial mutua, en materia penal, es una forma de cooperación judicial internacional comprende medidas de carácter procesal, esto es, procedimientos dirigidos a favorecer la investigación preliminar, la instrucción o el juzgamiento de delitos cometidos en un estado distinto de aquel al cual se solicita la cooperación.

El Fiscal General de la República, mediante la Unidad de Asuntos Legales Internacionales de la Fiscalía General de la República solicita que se gestione ante las autoridades correspondientes de otros país, con fundamento en la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, la obtención de información, documentación y elementos de prueba relacionados con la investigación que se ejecuta en contra de los indiciados por el delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos, se remite la misma al Ministerio de Relaciones Exteriores, a efecto de que las diligencias le sean enviadas por el conducto correspondiente de donde se invoque como instrumento internacional a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, dichos actos deberán ser remitidos por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de El Salvador, autoridad central establecida por nuestro país para la citada Convención regional, de conformidad con lo regulado en los artículos 182 atribución 3ª de la Constitución de la República, 2, 4 y 7 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y 35 número 5 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo.

Por ello en determinados casos dependerá del juzgador al momento de emitir las respectivas resoluciones sobre la base de una serie de presupuestos que podrían determinar en qué casos estaríamos en un doble juzgamiento sobre un análisis exhaustivo y detallado del caso que se haya tramitado en la sede penal que son similares a las diligencias que se presentaran en la jurisdicción Especializada de Extinción de dominio de acuerdo a los tres elementos básicos del Nebis in idem: 1) Identidad subjetiva: la persona afectada es la misma persona que fue imputada en sede penal y además es la propietaria del bien (dinero incautado) 2) Identidad fáctica: el hecho punible es el mismo que relacionan tanto en la vía penal como cuando presentan la solicitud de extinción de dominio requiriendo la medida cautelar de secuestro, elementos

de prueba que presentan, diligencias a realizar en el dinero y posibles aparatos como teléfono, Tablet y Laptop; 3) Identidad de fundamento o causal: las medidas sancionadoras deben tener la misma naturaleza, en materia penal pueden absolver al imputado no obstante haber acreditado la procedencia lícita del dinero, no se le devuelve debido a la jurisdicción especializada de Extinción, donde quien deberá presentarse la persona afectada a solicitar la devolución del mismo y presentar los mismo elementos de prueba que presento en sede penal y nuevamente se requieren las asistencias internacionales para corroborar la información que se presenta.

4.8 SUPUESTOS EXCEPCIONALES DEL PROCESO DE EXTINCION DE DOMINIO EN EL SALVADOR QUE PUEDEN SER COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NE BIS IN IDEM

En El Salvador, la **Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita (LEDAB)** regula el procedimiento autónomo de extinción. El **art. 4** de dicha ley establece que la extinción de dominio **no tiene carácter penal**, sino **de naturaleza jurisdiccional y patrimonial**, lo que permite tramitarla incluso si la persona ha sido absuelta penalmente.

Sin embargo, esta separación entre lo **patrimonial y lo penal** genera tensiones con el principio **ne bis in ídem**, reconocido en el **artículo 11 de la Constitución de la República**, que prohíbe la doble persecución por los mismos hechos.

No obstante, el desarrollo de nuevas figuras jurídicas destinadas a la lucha contra la corrupción, el narcotráfico y el crimen organizado, como la extinción de dominio, ha generado un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a su compatibilidad con dicho principio.

La ley de extinción de dominio en su estructura, reconoce dos grandes etapas, la de investigación previa, sometida a control de la Fiscalía General de la República mediante la Unidad Especializada de Extinción de Dominio; y la etapa estrictamente judicial; en la primera de ellas, toda la actividad que se desarrollará tiene vinculación a una investigación previa, que se encuentra dirigida por la Fiscalía General de la República, y operativizada por la Policía Nacional Civil, y los mecanismos de investigación que se utilizan por ambas instituciones tienen un carácter esencialmente de investigación criminal; es decir que la investigación sobre el objeto esencial de la aplicación de la ley de extinción de dominio de los bienes, tiene un carácter asociado a las formas de investigación penal, por los agentes institucionales que intervienen y las formas que utilizan²³²

La Sala de lo Constitucional, en la Inconstitucionalidad 146-2024/107-2017 de fecha La sentencia del 28 de mayo de 2018, determino que la aplicación de la extinción de dominio a un bien no excluye la persecución penal por los hechos relacionados con su adquisición o utilización, lo que evidencia la autonomía entre ambos procesos.

1. La posición que evita la vulneración

Una interpretación garantista sostiene que la extinción de dominio no vulnera el principio non bis in idem, en tanto:

- Diferencia de naturaleza: no se trata de un proceso penal ni sancionador, sino de una acción real dirigida a bienes ilícitos.
- Objeto distinto: la medida recae sobre el patrimonio y no sobre la persona del propietario.

²³² Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, recurso de apelación referencia 7-EXT.DOM/2016 (1) (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

- Límites implícitos: la vulneración solo podría darse en casos donde los bienes ya hayan sido objeto de un proceso judicial definitivo, lo que exigiría un examen estricto de la identidad de sujeto, objeto y causa.

En dicha jurisprudencia se establecieron criterios fundamentales:

- La acción es autónoma e independiente del proceso penal.
- Los bienes derivados de actividades criminales no pueden generar titularidad jurídica protegida.
- Los bienes destinados a cometer delitos carecen de protección jurídica, pues al ser utilizados ilícitamente pierden su función social, conforme a lo regulador en el art. 103 de la Constitución.
- No se requiere condena penal para declarar la extinción, lo que diferencia este instituto del comiso penal.

3. Fundamentos

La extinción de dominio se justifica constitucionalmente al impedir que el ordenamiento jurídico ampare la apropiación de bienes ilícitos. Su finalidad es debilitar las bases económicas de la delincuencia organizada.

No obstante, su aplicación demanda un refinamiento argumentativo, especialmente en casos donde existe riesgo de doble juzgamiento. En tales supuestos, resulta indispensable verificar si se configuran los elementos del non bis in idem (identidad de sujeto, objeto y causa), a fin de garantizar el equilibrio entre eficacia y respeto a los derechos fundamentales.

Posición alternativa

Una posición alternativa podría ser que, en determinados casos específicos o excepcionalmente, la aplicación de la extinción de dominio podría ser compatible con el ne bis in idem.

En efecto, el proceso de extinción de dominio, es de naturaleza autónoma y no penal, que va dirigida a privar de la titularidad de bienes cuyo origen o destinación ilícita ha sido demostrada, aun cuando no exista condena penal previa. Sin embargo, existen *supuestos excepcionales* en los que este proceso no puede coexistir con una sanción penal y con ello vulnerar el *ne bis in idem*

Por ejemplo, cuando los bienes ya comprendidos en sentencia penal

Si tras un proceso penal se definió la titularidad, origen o destino de bienes, y luego se inicia una acción de extinción de dominio sobre esos mismos bienes, sin que exista nueva o distinta fundamentación que justifique la nueva acción, existe riesgo de vulnerar el *ne bis in idem*.

Lo anterior debido que mediante una sentencia penal se declaró que los bienes tenían origen lícito y se fijó su destino; iniciar luego una extinción sobre los mismos bienes, con la misma causa, implicaría el mismo (objeto) y la misma causa de pedir, lo cual puede colisionar con el principio.

El incidente de apelación resuelto por la Cámara Primera de lo Penal, bajo la referencia 157-2024, reconoce excepciones al régimen de extinción de dominio, sustentándose en que existe identidad de la causa de persecución en ambos procesos.

Proceso simultáneo o sucesivo sin justificación de distinto fundamento

La existencia de una sentencia definitiva en el proceso penal, aun dadas las circunstancias previamente señaladas, constituye una vulneración al principio de seguridad jurídica. Ello se debe a que permitiría que la Fiscalía ejerza acciones simultáneas o sucesivas respecto de los mismos hechos y sobre idénticas causas de pedir. En caso de que una acción fuera desestimada, aún podría promoverse en otra sede jurisdiccional, lo que podría derivar en resoluciones contradictorias. Esta situación implica el desconocimiento de los

derechos y garantías constitucionales, particularmente el derecho a la seguridad jurídica y la prohibición de doble juzgamiento (non bis in idem).

CONCLUSIONES

1- El principio constitucional *Ne bis in idem*, constituye una garantía del debido proceso, que impide al poder punitivo del Estado, sancionar o procesar en múltiples ocasiones por el mismo hecho, según lo refiere en el artículo 11 de la Cn, en relación con el precedente HC 125-2000, por tanto, es en esencia un principio general del ordenamiento jurídico, que atiende al valor justicia, es decir el derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, siendo una prohibición dirigida a las autoridades de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una misma pretensión.

-2- La extinción de dominio en El Salvador constituye un mecanismo autónomo y con entidad propia, cuya legitimidad constitucional radica en que los bienes ilícitos carecen de reconocimiento jurídico. Al recaer sobre el patrimonio y no sobre la persona, se distingue de la sanción penal, lo que evita en principio la vulneración del principio *non bis in idem*.

Sin embargo, su implementación debe acompañarse de un análisis riguroso en aquellos casos donde los bienes ya han sido objeto de pronunciamientos judiciales previos, para impedir un eventual doble juzgamiento.

3- El tratamiento autónomo del Delito de Lavado de Dinero y Activos -desde los Tratados Internacionales- se expresa en su desarrollo convencional, a cuya base se encuentra la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA

EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS de 1988, (conocida como Convención de Viena), representó el primer esfuerzo internacional en la lucha contra el Lavado de dinero y Activos, convirtiéndose en el instrumento internacional vinculante que goza de mayor relevancia en materia de lavado de dinero a nivel mundial.

Además de ello generó las bases ante el desarrollo de la criminalidad organizada transnacional, obligó a su evolución, ampliando los delitos generadores de lavado de dinero, creando La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, más conocida como la Convención de Palermo y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (Convención de Mérida), mismas en las que se regula el ámbito de aplicación, y por ende la consideración del delito previo o delito generador de lavado de activos. De tal manera, las normativas internacionales y regionales, han brindado los insumos para la tipificación actual del delito y sus diferentes modalidades.

4- En la presente investigación bibliográfica fue posible constatar la inexistencia del reconocimiento expreso de la extinción de dominio en la Constitución de la República, no siendo determinante para predicar su inconstitucionalidad. Sobre la base del análisis realizado por la Sala de lo Constitucional en su sentencia, se detalla que la Constitución está integrada

por una serie de normas jurídicas constitutivas que determinan las condiciones que deben cumplirse para que una persona pueda adquirir el derecho de propiedad sobre un bien, así como las normas regulativas a las que debe sujetarse y que sirven de guía para el ejercicio del mismo.

5- La sentencia que declara la ausencia de responsabilidad penal del acusado, por haber acreditado la procedencia lícita del bien, respecto del delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos, no permite hacer pronunciamiento sobre la devolución definitiva del secuestro relacionado al proceso penal, de conformidad con el artículo 25 de la LEDAB, que genera una violación al principio *Nebis In Idem*, al establecerse los presupuestos de la identidad en el sujeto, objeto y causa sobre los mismos bienes

RECOMENDACIONES

Que el Ministerio Público Fiscal adopte una política definida respecto de la línea de persecución a seguir, en atención a que la extinción de dominio tiene como presupuesto la comisión del delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos, pudiendo optarse por la vía penal o por el proceso autónomo de extinción de dominio. Ello permitirá delimitar adecuadamente la estrategia institucional, evitar duplicidades y garantizar coherencia en la actuación persecutoria.

Que los operadores de justicia especializados en particular, la Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio y el Juzgado Especializado de Extinción de Dominio, al momento de solicitar, decretar y materializar las medidas cautelares, observen los principios de proporcionalidad y razonabilidad, garantizando en todo momento el pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Que la Unidad Fiscal Especializada en Extinción de Dominio realice investigaciones exhaustivas que permitan analizar cada elemento de la carpeta judicial como prueba y relacionarlo con los hechos que sostienen la imputación por Casos Especiales de Dinero y Activos, poniendo como eje la finalidad del delito de lavado dar apariencia de licitud a bienes procedentes de

fuente delictiva y respetando la vertiente material del ne bis in idem para evitar sanción doble por el mismo hecho

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL SOUTO, M. "Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español." Santiago de Compostela, 2001.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador. Iustel, Madrid 2008. "El Non Bis In Idem como Principio General del Derecho Administrativo.
- Aldana Revelo, Miriam Gerardine. El proceso de extinción de dominio en El Salvador. El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. 2019.
- ALIAGA MENDEZ, J.M. "Aspectos institucionales del blanqueo en España: Fuentes de información" AA.VV., Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
- Arazi, Roland, Medidas cautelares. Buenos Aires, Astrea. 1997.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. "Ley Contra El Lavado de Dinero Y activos". 2022. Versión PDF.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. "Ley Especial de Extinción de Dominio y de La Administración de los Bienes de Origen de Destinación Ilícita". P.6. 2017. Versión PDF.
- BAUTISTA, N Y OTROS. "Modulo V: Aspectos Procesales En El Enjuiciamiento Penal Del Lavado de Activos", AA.VV., Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales Del Lavado De Activos, 1era. Ed. USAID, Santo Domingo. 2005.
- CAFFERATA NORES. J.: "La Prueba en el Proceso Penal". 4ª edición. DEPALMA, 2003. Buenos Aires, 2001.
- Constitución de la República de El Salvador. 1983. Versión PDF.

- Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998. Convención de Viena. 1998. Versión PDF.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional de 2000. Convención de Palermo. 2000. Versión PDF.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003. Convención de Mérida. 2003. Versión PDF.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. 2000. Versión PDF.
- Devis Echandía, Hernando. Compendio de derecho procesal, ob. cit. p.159.
- Ferrajoli, Luigi: "Derechos y garantías. La ley del más débil". 4ª. Edición. Trotta. Madrid, 2004.
- García Cavero, P. (2013). El delito de lavado de activos. Jurista Editores.
- Rosas, J. 2015. La prueba en el delito de lavado de activos. Gaceta Jurídica.
- Gilmar Santander Abril y otros. La Extinción del Derecho de dominio en Colombia Especial. Referencia al nuevo Código. Colombia: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ONUDC, 2015.
- Greenberg, Theodore S., Samuel, Linda Grant, Wingate, Gray, Larissa. Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Colombia: Banco Internacional de Reconstrucción y omento/Banco Mundial, 2009.
- IBAÑEZ NAJAR, J.: "Estudios De Derecho Constitucional Económico", 1era. ed., Bogota, 2001.
- Lizama, Samuel Aliven. Ventana Jurídica # 9. Requisitos Para Limitar Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura y Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, volumen 1, 2011.

- Cano Castaño, Miguel Antonio. "Modalidades de Lavado de Dinero y Activos". ECOE ediciones. 2001. P. 142. Versión PDF.
- Rosas Castañeda, Juan Antonio. "Decomiso y extinción de dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito". Gaceta Jurídica. Febrero de 2023. P. 528. Versión PDF.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María; La Expansión del Derecho Penal, Civitas, Madrid, 2001, p. 163.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; En Torno a la Cuestión Penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.