

**LA EXTINCIÓN DE DOMINIO ES CONSTITUCIONAL
(ANÁLISIS DE ALGUNOS PUNTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA
146-2014/107-2017 EMITIDA POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL)**

Martín Alexander Martínez Osorio¹.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. PUNTOS DE PARTIDA: ASPECTOS BÁSICOS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA. IV. PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE REQUIEREN MAYOR ANÁLISIS Y DEBATE. V. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. VI. BALANCE Y CONCLUSIÓN GENERAL. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES.

SINTEISIS:

El presente artículo comenta y analiza los puntos esenciales de la sentencia emitida el 28-V-2018 por la Sala Constitucional salvadoreña, acerca de la constitucionalidad de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita vigente desde el año 2013. El autor identifica puntos de coincidencia con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia latinoamericana mencionados en la sentencia; pero también, considera que existen tópicos que requieren un mayor debate y análisis, pues pueden generar problemas de interpretación y de eficacia en la aplicación de la extinción de dominio. Por último, considera positivo el reconocimiento que efectúa el alto tribunal salvadoreño.

ABREVIATURAS

Autores Varios	A.A.V.V.
Constitución Salvadoreña	Cn.
Consejo Nacional de Administración de Bienes	CONAB
Ley de Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita	LEDAB
Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio	RELEDAB

¹ Profesor de Derecho Penal y docente de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.

I. INTRODUCCIÓN.

Recientemente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió, mediante la sentencia dictada el 28-V-2018, dos demandas relativas a la Ley Especial de Extinción de Domino y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita – LEDAB–². De forma conjunta con las pretensiones de inconstitucionalidad establecidas en dichas demandas, la Sala también se pronunció sobre algunos puntos de la reforma efectuada a dicha ley mediante el Decreto Legislativo núm. 734 del 21-VII-2017, en específico, sobre las modificaciones concernientes al carácter autónomo de la acción de extinción de dominio, los bienes por equivalencia, el incremento patrimonial no justificado como presupuesto de aplicación de la extinción de dominio, la introducción de un término de prescripción para el ejercicio de la acción, los efectos del archivo fiscal, las obligaciones probatorias de los sujetos procesales y la administración de bienes entre otros tópicos.

La referida sentencia del alto tribunal fue sumamente esperada, pues resolvería el fondo de una institución jurídica duramente controvertida, en especial, luego de haber sido aplicada a funcionarios públicos que inicialmente fueron absueltos en procesos de enriquecimiento ilícito³. Este hecho generó una intensa discusión política que concluyó en una reforma legislativa que intentó modular sustancialmente el alcance aplicativo de la ley de extinción de dominio⁴.

Ante ello, la Sala Constitucional estableció enfáticamente en su sentencia de fecha 28-V-2018, la existencia de un principio constitucional –reconocido igualmente en el ordenamiento secundario– *de que nadie puede obtener provecho económico ni de otra índole derivado del cometimiento de hechos delictivos*. Asimismo, enfatizó que sobre los bienes

² Se hace referencia a los procesos de inconstitucionalidad: el 146-2014 promovido por el abogado Luis Pérez Bennett, y el 107-2017 promovido por el Fiscal General de la República Douglas Arquímedes Meléndez Ruiz. Esta última demanda fue contra del decreto legislativo número 734/2017 que modificaba sustancialmente el régimen sustantivo y procesal de la extinción de dominio.

³ Hace referencia a las interminables discusiones acerca de la constitucionalidad de la extinción de dominio en El Salvador: VELADO ESCOBAR, *La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencia de sus principales instituciones*, en: A.A.V.V., XI Certamen de Investigación jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2017, Pág. 71. Sin duda alguna, estas objeciones de inconstitucionalidad se han manifestado en todos los países en los que se ha implementado la extinción de dominio. Véase: MÚNERA MÁRQUEZ/OSMARES ESCOBAR, *Extinción del derecho de dominio en Colombia*, Edit. Académica Española, Saarbrücken, 2012. Especialmente en las Págs. 75-78. Lo mismo aconteció en México, al respecto COLINA RAMÍREZ afirma que las leyes de extinción de dominio en diversos Estados en la nación azteca –especialmente la Ley Federal– derivan de un movimiento punitivo populista y que “...vulnera en mucho de los sentidos los derechos de los gobernados”. Al respecto, véase: COLINA RAMÍREZ, *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción Dominio*. Edit. Ubijus, México D.F., 2010, Pág. 30. Como se verá a lo largo de este trabajo, yo me encuentro en total discrepancia de estos enfoques.

⁴ Hacemos referencia al Decreto Legislativo n° 734 de 18-VII-2018. Publicado en el Diario Oficial n° 137, tomo 416, de 24-VII-2017.

cuyo origen derivan de acciones criminales no se puede ser reconocer titularidad jurídica alguna; por ende, no pueden tener una cobertura jurídica que ampare a quien ejerce el dominio sobre ellos. Por último, la sentencia en comento aclara que todos aquellos bienes que se destinan para cometer hechos punibles, carecen igualmente de reconocimiento y protección jurídica, ya que mediante su utilización ilícita se dejó de cumplir la función social a que está reservada la propiedad, de acuerdo con lo establecido en el art. 103 de la carta magna⁵.

II. PUNTOS DE PARTIDA: ASPECTOS BÁSICOS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Antes de entrar en el análisis de la sentencia constitucional antes citada, conviene efectuar algunas consideraciones generales acerca de la extinción de dominio. Ella 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 que 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 LEDAB⁶.

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”⁷.

⁵ Dice el art. 103 de la Constitución salvadoreña: “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”.

⁶ Esta definición coincide con lo expuesto en la Ley Modelo en su art. 2: “...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 alguna”. Definición que, por cierto, resulta compartida en el art. 8 de la LEDAB, así como en los arts. 2 letra d) y 5 de la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala y el art. 4 de la Ley de Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras. En el mismo sentido se expresa la Corte Constitucional colombiana cuando la define en su sentencia de 13-VIII-1997 –C-374/97–: “[l]a extinción del dominio es una institución autónoma, de stirpe constitucional, 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 los bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previas 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 que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna”.

⁷ Retomando nuevamente la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia de 28-VIII-1997 –C-409/97– sostuvo 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 que el Estado desestímule

Esto hace que, en *prima facie*, la extinción sea diferente al 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 propiedad⁸. En cambio, 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. De ahí deriva su clara autonomía del Derecho penal⁹.

Existen tres razones fundamentales que explican la introducción de la extinción de dominio en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

1. La primera es de naturaleza político-criminal, ya que la extinción de dominio es un instrumento que tiene como finalidad contrarrestar el poder económico de las organizaciones criminales y las redes de corrupción, golpeando sus recursos financieros y debilitándolas en forma progresiva hasta su inoperancia¹⁰. Debe recordarse que las formas colectivas y empresariales de criminalidad obtienen exorbitantes ingresos monetarios que les permiten desarrollarse y expandirse a nivel mundial¹¹. Por otra parte, la introducción de estas ingentes

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”.

⁸ Establece el art. 128 del Código Penal: “Comiso: [s]in perjuicio de los derechos de adquirientes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirientes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos. El comiso sólo procederá cuando los [objetos] o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado”.

⁹ Dice el art. 10 LEDAB: “[l]a acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita”.

¹⁰ Menciona SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ que la confiscación [entendida como comiso para nuestros países] de bienes y ganancias procedentes del delito es una sanción sumamente disuasoria y eficaz en la represión de la criminalidad organizada, muy por encima de la privación de libertad. Al efecto señala: “[d]esde luego no significa que deba renunciarse a las penas de privación de libertad, de derechos o la multa, junto a las cuales ejercería su función complementaria la confiscación. No olvidemos que en algunos ordenamientos no se contempla ya como pena, sino como una sanción de diferente naturaleza, generalmente civil, mientras que en otros, como el español, es debatida su naturaleza”. Véase: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, Págs. 166-188. En nuestra doctrina nacional, LANGLIOS CALDERÓN afirma igualmente que la extinción de dominio tiene como objeto “extraer el patrimonio ilícito del crimen organizado”. Véase su trabajo: *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio y diferencias con el Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo*, en: A.A.V.V., X Certamen de investigación jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2016, Pág. 182.

¹¹ Afirma GÓMEZ DE LLIAÑO: “[e]n las organizaciones criminales, el delito carece, por sí mismo, de importancia, al constituir únicamente un instrumento para procurar un fin material del lucro. En la medida que el crimen organizado pueda obtener sus ingentes ganancias económicas mediante el recurso a métodos legales, la actuación delictiva quedará en segundo plano. Organización criminal y empresa material comparten, junto

cantidades monetarias derivadas del tráfico de drogas, armas, de trata de personas y la extorsión al circuito económico mediante la creación de empresas, negocios, aseguradoras, casas de préstamos, etc., desincentiva la actividad económica en general, y genera una competencia desigual con aquellos empresarios que operan bajo el respeto a las reglas del derecho¹². Adicionalmente –como señala ZUÑIGA RODRÍGUEZ– la criminalidad organizada necesita del poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad, lo que se realiza mediante la corrupción del aparato gubernamental¹³; de esto deriva un tratamiento desigual del ciudadano honrado en comparación con quienes se relacionan directa o indirectamente con los diversos tentáculos de estas organizaciones mafiosas, ya que éstos siempre van a obtener prerrogativas y ventajas de las que no puede gozar la generalidad¹⁴.

2. En segundo lugar, existen compromisos internacionales que obligan al Estado salvadoreño a crear mecanismos jurídicos que permitan combatir el accionar de las

con semejanzas estructurales, principios de actuación. En ambas, la maximización del beneficio económico y el raciocinio empresarial del provecho emergen como común denominador”. Véase: GÓMEZ DE LLIANO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Edit. Colex, Madrid, 2004, Pág. 58.

¹² Afirma ZUÑIGA RODRÍGUEZ, que el fin lógico de estas organizaciones criminales es poder aprovechar sus ganancias ilícitas, y esto sólo lo pueden hacer invirtiendo el dinero negro en la economía legal y la economía formal. Sostiene la profesora peruana que a través de complejos sistemas financieros de sociedades ficticias, paraísos fiscales, movimientos de capitales, funcionarios bancarios inescrupulosos, el dinero proveniente del mercado del crimen se recicla. Sobre este enfoque, véase su artículo: “Tratamiento político-criminal de la delincuencia transnacional en la sociedad global: un inventario de problemas y propuestas”. En: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Edit. Jurista Editores, Lima, 2013, Pág. 564.

¹³ *Ibid.* Pág. 564. En igual sentido, afirma ZARAGOZA AGUADO, que no es aventurado reconocer el enorme poder corruptor de estas organizaciones criminales y los elevados niveles de complicidad que encuentran en las instituciones políticas y en los aparatos administrativos de los Estados, con el doble objetivo de reducir los riesgos derivados de la aplicación de la ley y de interferir los mecanismos institucionales de decisión, particularmente en aquellos países cuyo sistema político no es lo suficientemente estable y firme. Al efecto, véase su artículo: Instrumentos para combatir el lavado de activos y enriquecimiento proveniente del narcotráfico, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, política y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, 1997, Págs. 190-197.

¹⁴ Existen otros efectos que podemos identificar en el ámbito de la corrupción gubernamental. Para el caso, ANDRES IBÁÑEZ sostiene que las actividades ilegales dentro del aparato estatal, poseen un efecto multiplicador: los procesos de corrupción pervierten pautas inconstitucionales, patrimonializan parcelas de poder, detraen recursos públicos, repercuten, encareciéndolo, sobre el precio de bienes esenciales de uso y consumo, propician actividades depredadoras de quienes –en primera línea– hacen el trabajo sucio, alimentan prácticas claramente antidemocráticas, envilecen la política, y, en fin, desmoralizan a la ciudadanía –véase su artículo: “*Tangentopoli* tiene traducción al castellano”, en A.A.V.V., *Corrupción y Estado de Derecho*, Edit. Trotta, Madrid, 1996, Págs. 100-109 –. Existen efectos específicos que son claramente visibles, por ejemplo, la distorsión que crea al incidir en una menor competencia en los procesos de contratación pública, y con ello, una disminución en la inversión gubernamental. Esto debido a que, si las empresas deciden participar, deben tener en cuenta la inversión que harán en sobornos y pagos a intermediarios para obtener sus contratos, lo cual supone dos cosas: primero, que no todas las empresas pueden participar ya que no tienen los recursos monetarios que les exigen los funcionarios corruptos; y segundo, las empresas elegidas intentarán recuperar los “costes de la corrupción” junto con el resto de costes que harán en el proyecto, esto de por sí, supone una carga adicional al presupuesto público. Sobre este planteamiento: MURIEL PATINO, “Economía, corrupción y desarrollo”, en: A.A.V.V., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Edit. Ratio Legis, Salamanca, 2000, Págs. 27-31.

organizaciones criminales y de aquellos que para enriquecerse económicamente se valen del incorrecto ejercicio de la función pública. Así, el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) obliga a los Estados suscriptores a adoptar las medidas necesarias para autorizar la incautación y comiso del producto derivado de los delitos ahí contemplados, así como de los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados para cometer los hechos tipificados en la referida Convención. De igual forma, el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) establece la necesidad de introducir a los ordenamientos jurídicos las medidas necesarias para la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de los productos, bienes, equipos u otros instrumentos destinados a ser utilizados por el crimen organizado. Por último, el art. 54.1 letra c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, recoge de igual manera lo expuesto en los instrumentos internacionales *supra* citados, agregando “la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

En este último sentido, el Grupo de Acción Financiera Internacional –conocido como GAFI¹⁵– en el apartado 4 de sus *40 recomendaciones* estableció: “...[I]os países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados; (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente. [...] Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales”.

La evolución legal internacional, derivada de los anteriores instrumentos normativos, originó modalidades especiales de comiso. Así, en la actualidad, se habla de “comiso sin condena”, “comiso in rem” o “decomiso de activos” –que se abrevia en el ámbito internacional como **NCB**–. Doctrinariamente, es una acción contra el activo mismo, separada

¹⁵ El Grupo de Acción Financiera internacional (GAFI) fue fundado en el año 1990, y dentro de su actividad ha desarrollado las denominadas “40 recomendaciones” que se constituyen en el estándar internacional que los países deben adoptar para combatir eficazmente el lavado de dinero y activos así como del financiamiento del terrorismo.

totalmente de cualquier proceso penal y de la declaración de culpabilidad de su titular¹⁶. Únicamente se requiere comprobar la prueba de que la propiedad esté “manchada” (es decir, la propiedad es producto o instrumento del crimen)¹⁷. Este instituto presenta dos formas de implementación : (a) la europea, con el comiso sin condena¹⁸, y (b) en algunos países de América Latina, con la extinción de dominio que ha sido implementada en Colombia, México, Perú, Bolivia, Guatemala, Honduras y El Salvador.

Es así que la extinción de dominio –como una modalidad del comiso sin condena– busca superar las deficiencias que ha presentado el comiso como una consecuencia accesoria indefectiblemente vinculada al proceso penal y cuya aplicación requiere de forma ineludible la declaratoria de responsabilidad penal del titular de los bienes¹⁹. Esto ha quedado demostrado en la experiencia de diversos países suramericanos, donde la privación de las

¹⁶ Sostienen GREENBERG y otros que el comiso penal tradicional es una orden *in personam*, una acción contra la persona (por ejemplo, el Estado contra John Smith). Requiere de un juicio y una condena y constituye a menudo parte del proceso de sentencia. No obstante, el requisito de una condena penal significa que el gobierno debe primero establecer la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” o que el juez se encuentre “íntimamente convencido”. De forma distinta, el comiso penal pueden basarse en el objeto, lo que significa que la autoridad procesal tiene que probar que los activos en cuestión son productos o instrumentos del decomiso del valor del beneficio que el delincuente obtiene del crimen, sin probar la conexión entre el crimen y el objeto específico de la propiedad. Véase, GREENBERG y otros, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Washington/Colombia, 2009, Págs. 10-11-

¹⁷ *Ibid.*, Págs. 10-11.

¹⁸ El art. 127 ter del Código Penal español –conforme la reforma legislativa efectuada en el año 2015 de acuerdo a la Decisión Marco 2005/212/JAI de 24-II-2005 y la Directiva de la Unión Europea 2014/42 de 3-IV-2014– es un ejemplo palpable de esta evolución en Europa: “[e]l juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: (a) que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida el enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos; (b) se encuentra en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o (c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por hacerse ésta extinguido [...] El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

¹⁹ En igual sentido, SANTANDER ABRIL afirma que la extinción de dominio comparte algunas características con las modernas clases de comiso penal desarrolladas en Europa (comiso ampliado, comiso sin condena, comiso de bienes de terceros y comiso por valor equivalente); las cuales, también han sido construidas a partir de las deficiencias del comiso penal tradicional. En otras palabras, como explica el referido autor, tanto la extinción de dominio –como las modernas modalidades de comiso– comparten el fin de superar las dificultades de las clásicas formas de comiso penal, centrando su principal diferencia, en que estas nuevas formas de comiso se reconocen, de manera independiente a la declaratoria de responsabilidad penal; mientras que la extinción de dominio resulta ser más ambiciosa, pues no solo pretende trascender el límite de la responsabilidad punitiva, sino que además, se va a desarrollar y declarar de manera autónoma e independiente de un proceso penal. Véase su artículo: “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/Organización de los Estado Americanos, E.E.U.U., 2017, Pág. 36.

grandes fortunas amasadas por los narcotraficantes, era impracticable por no existir una condena ni mucho menos un proceso penal iniciado, sea porque: existía alguna causa de extingüía la responsabilidad penal –v. gr. la muerte del delincuente–, había sido declarado ausente dentro del proceso penal o los bienes se encontraban en cabeza de terceros –personas naturales o jurídicas–. Por otra parte, en el ámbito de la corrupción, puede acaecer que la petición de exención de fuero parlamentario no prospere, impidiendo el procesamiento penal de algún congresista relacionado con actividades delictivas (art. 238 Cn.).

3. La tercera razón que avala la introducción de la extinción de dominio en el Derecho interno es de carácter constitucional. Esto es, que tanto la adquisición de bienes derivada de ganancias ilícitas como el uso o destinación de los mismos para la preparación y ejecución de actividades delictivas, son acciones que no poseen cobertura constitucional alguna que las ampare contra el Estado, por ende, no pueden quedar justificadas en un ejercicio irrestricto del derecho de propiedad o de posesión. En otras palabras, estos derechos fundamentales no pueden estar sujetos a un entendimiento tan individualista que faculte a realizar absolutamente todo y tengan por ello una preponderancia ilimitada sobre otros derechos, principios y valores constitucionales con los que pueda entrar en colisión. Al contrario, es un derecho sujeto a límites derivados del interés social y el bien común como valores inspiradores de la misma carta magna.

Como señala VELADO ESCOBAR: “...el derecho de propiedad (...) no puede predicarse como absoluto, pues el ejercicio del mismo reconoce restricciones legítimas que inclusive la Constitución expresa en el contenido de la función social de la propiedad, por ello, la antigua visión de uso, disfrute y abuso de los bienes no tiene aplicación en todo su sentido, puesto que la propiedad habrá de servir no solo a los intereses individuales sino también a los colectivos, permitiendo una adecuada interacción del orden social; así no toda expresión de la propiedad *per se* genera un ámbito desmedido de su utilización, y la ley puede con fines del bien común generar razonables restricciones por ese sentido social que la Constitución establece del derecho de propiedad”²⁰.

A esto hace referencia el art. 103 inciso primero del estatuto fundamental al decir que: “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”. De tal precepto se colige que, si bien el propietario o poseedor tiene la facultad de utilizar sus bienes para la consecución de un provecho particular, también, tiene una correlativa obligación de respetar las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico en general y no disponer de los mismos con el fin de dañar los bienes jurídicos de otros ciudadanos o atentar contra la colectividad en general. En igual sentido se expresa el constituyente en el art. 22 al normar que: “[t]oda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes”.

²⁰ VELADO ESCOBAR, *La jurisdicción especializada en extinción de dominio*, citado, Pág. 73.

Como sostiene acertadamente TRILLERAS MATOMA, el titular del derecho de propiedad a través del tiempo ha gozado de protección por parte del Estado, siempre y cuando en la apropiación originaria se haya ceñido a los métodos o formas de adquisición del dominio, establecidos en las leyes civiles como aspecto formal; pero además de ello, el ordenamiento jurídico también le exige el cumplimiento de requisitos de carácter sustancial, relacionados con los bienes jurídicos superiores que orientan el Estado, como es el caso de la prevalencia del interés general, el trabajo, la solidaridad y el orden justo, constituyéndose en limitaciones tanto en la adquisición como en la transferencia del derecho de propiedad contenidas en la regulación de la propiedad privada adoptada por el constituyente²¹.

III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA.

Las anteriores puntualizaciones son la base que permiten analizar la sentencia emitida por la Sala Constitucional, cuyas premisas esenciales son: (a) nadie puede sacar provecho de un acto ilícito en el que ha participado; (b) la extinción de dominio se ejerce contra los titulares “aparentes” de bienes que tienen un origen ilícito o que ha hayan sido destinados para la realización de actividades delictivas. Los primeros, por existir una causa ilícita conforme las reglas de validez que establece el ordenamiento jurídico en general. Y los segundos, por no cumplir en su utilización con la función social a que se encuentran obligados como titulares; (c) la extinción de dominio es parte de una política criminal legítima y necesaria para contrarrestar el potencial económico de las organizaciones criminales, como también, para el combate eficaz contra los actos de corrupción gubernamental. Esta última, se caracteriza en la sentencia, como una práctica que atenta contra los derechos fundamentales de todos los salvadoreños²²; (d) los convenios internacionales relativos al combate de la corrupción, al crimen organizado y al narcotráfico, imponen al Estado salvadoreño obligaciones de regulación de instrumentos normativos que permitan la incautación y comiso de medios, instrumentos y productos derivados de tales actividades. Y (e) el límite aplicativo de la extinción de dominio está representado por los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Es decir, a favor de aquellos que obran con lealtad o rectitud en el nacimiento del acto jurídico, en virtud que tienen una “razonable

²¹ TRILLERAS MATOMA, *La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano*. Trabajo de grado para optar al título de magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, Pág. 25.

²² Existe un aspecto interesante de la sentencia, cuando caracteriza a la corrupción como un problema de Derechos humanos, pues afecta intensamente el derecho de igualdad, al establecer un trato privilegiado de unas personas por sobre otras. Ello es correcto, más de algún sector doctrinal estima que la corrupción puede constituir una vulneración del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, pues los Estados suscriptores se comprometen a mejorar progresivamente las condiciones de sus habitantes. De no poder realizar ello como consecuencia de una generalizada práctica de la corrupción gubernamental, se genera el fenómeno de la “regresión”, pues los Estados no cuentan con los recursos económicos para satisfacer las necesidades más elementales de la población. Adicionalmente, esto puede llegar a ser caracterizado como un delito de lesa humanidad en los países que se encuentran en extrema pobreza. Véase, JIMÉNEZ GARCÍA, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción*, Edit. Comares, Granada, 2015, Págs. 109-110.

convicción” de quien entrega el bien opera dentro del marco de legalidad. Aquí, la Sala Constitucional hace la siguiente precisión: para que los derechos del tercero puedan resultar protegidos éste debe comprobar una buena fe cualificada, es decir, un mínimo de diligencia acerca de la situación jurídica del bien que van a adquirir o poseer; asimismo, debe tener una mínima información acerca del presunto propietario²³. Veamos estos razonamientos con mayor detalle:

1. Los magistrados firmantes destacan que el derecho a la propiedad –esto es: uso, goce y disposición de los bienes– se encuentra disciplinado por *normas constitucionales de carácter constitutivo y normas de carácter regulativo*²⁴. Las primeras condicionan la producción y existencia de situaciones jurídicas, mientras que las segundas consisten en mandatos concretos a quienes ejercitan derechos como el de la propiedad y el de la posesión. A partir de esta distinción, la adquisición de los bienes se producirá siempre y cuando se satisfagan las normas constitutivas que disciplinan el negocio jurídico –v. gr. el requisito de causa lícita establecido en el art. 1316 del Código Civil–²⁵. Si nos encontramos ante una causa ilícita –aquella prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público– el Derecho no puede reconocer tal titularidad. Por otra parte, sostienen que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, y aun en el caso de la prescripción adquisitiva extraordinaria, pues las situaciones contempladas en la LEDAB trascienden de lo meramente particular a lo social²⁶.

Así, de acuerdo con el texto de la sentencia, se distingue entre *propietarios legítimos o regulares*, que son aquellos que han logrado consolidar en su esfera jurídica el derecho de propiedad sobre un bien determinado, en razón que han cumplido con todas las normas constitutivas de la propiedad derivadas de la Constitución y la ley, y los *propietarios putativos o aparentes*, que son los que revisten la apariencia de propietarios legítimos pero que no han cumplido las normas constitutivas exigibles para la adquisición de la propiedad.

²³ Coincide en este punto con lo resuelto por la Corte Constitucional colombiana cuando afirmó en la sentencia de 23-X-1997 –C-539/97–: “[e]n el caso del tercero de mala fe, que ha recibido el bien ilícitamente adquirido y lo ha incorporado a su patrimonio a sabiendas de la ilicitud, para aprovechar en su beneficio la circunstancia o con el objeto de colaborar al delincuente, o de encubrir el delito, será afectado por las consecuencias que acarrea la sentencia de extinción de dominio, pero no porque se lo haya encontrado penalmente responsable del delito cometido por su tradente y que dio lugar a la adquisición del bien por parte de aquél, sino en tanto en cuanto admitió entre sus haberes el de ilegítima procedencia, enterado como estaba de que el Derecho colombiano rehusaba avalar la propiedad correspondiente”.

²⁴ Sobre las normas constitutivas y normas regulativas, véase: ATIENZA/MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º Edición, Edit. Ariel, Barcelona, 2016.

²⁵ Dice el art. 1316 del Código Civil: “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: (1) Que sea legalmente capaz, (2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; (3) Que recaiga sobre un objeto lícito; y (4) Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

²⁶ Véase el romano tercero de la sentencia en análisis.

En este último caso, hay un acto jurídico de cobertura que parecería legitimar su derecho de dominio sobre un bien específico, pero éste se encuentra viciado.

2. Sostiene el fallo, que una vez que el bien se ha adquirido en forma lícita, es decir, con apego a las normas constitutivas del derecho de propiedad, el ejercicio que se haga del derecho de dominio está sujeto a la observancia de normas regulativas como las establecidas en los arts. 22, 23, 103 inc. 1° y 106 de la Constitución. En otras palabras, el uso de los bienes debe reportar una utilidad o beneficio de naturaleza colectiva. Esto se impone en razón de la función social que desempeña la propiedad. En consecuencia, un bien destinado a actividades delictivas no cumple función social alguna. Como dice claramente la sentencia: "...una vez que ha adquirido el bien, al propietario le es prohibido destinarlo a fines ilícitos (...) toda persona se encuentra en la libertad de disponer de los bienes de su propiedad, la cual abarca incluso la destrucción de los mismos, siempre que tal acción no se lesione el orden público o los derechos de terceros".

Es a partir de esta distinción que empieza a establecer la compatibilidad constitucional de la extinción de dominio afirmando que no se trata de una sanción penal o administrativa, sino de un instrumento que se adecua a las disposiciones constitucionales que estatuyen normas constitutivas y regulativas acerca del derecho de propiedad. En suma, la extinción de dominio: (a) es una consecuencia jurídico-patrimonial autónoma, aún y cuando se enfila contra las personas naturales o jurídicas que pretendan afirmar la adquisición o uso legítimo del bien; (b) se desarrolla mediante el ejercicio de acción de naturaleza *in rem*, de forma independiente de quien sea su titular; (c) el ejercicio de la acción de extinción de dominio da lugar a un proceso jurisdiccional con amplias oportunidades de contradicción; y (d) culmina con una sentencia de corte declarativo.

3. Por otra parte, se considera que la prohibición de la retroactividad desfavorable contenida en el art. 21 de la Constitución no tiene sentido alguno, ya que tanto la ley secundaria como la Constitución únicamente protegen aquellas situaciones jurídicas que se han consolidado al cumplir las condiciones necesarias para su surgimiento²⁷. En tal sentido, es enfática la sentencia en afirmar que "...la prohibición de retroactividad es una garantía que favorece situaciones jurídicas consolidadas [y] no protege aquello que no ha sido conformado con base al derecho vigente". Tal aseveración la efectúa respecto a la adquisición de bienes con origen delictivo. Respecto a los bienes por destinación, aquí el argumento no es la falta de consolidación de un derecho, sino la permanencia de una situación incompatible con la función social que la propiedad o la posesión está llamada a cumplir²⁸.

²⁷ Dice el art. 21 de la Constitución: "[l]as leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

²⁸ Afirma la sentencia "...la aplicación de la LEDAB no modifica, limita o extingue ningún derecho subjetivo, sino que declara o constata la forma ilegítima en que han sido adquiridos. En el caso de los bienes destinados a fines ilícitos, el argumento ya no se centra en la falta de consolidación del dominio o propiedad sobre un bien, sino en el carácter permanente de una situación jurídica incompatible con la función social de la propiedad". Una argumentación similar puede advertirse en la sentencia emitida el 1-X-2013 –ref. RI 706-11– por la Sala

4. Argumentos similares se aprecian respecto a la posibilidad de establecer un término de prescripción para el ejercicio de la extinción de dominio. Recordemos que la reforma legislativa del año 2017 pretendió establecer dos términos de prescripción (una de diez y otra de treinta años) contados a partir de la adquisición o destinación ilícita del bien mediante la adición de un nuevo precepto a la LEDAB –el art. 12-A–²⁹. En este punto, el pronunciamiento en la sentencia es drástico pues recalca que la aplicación de la extinción de dominio es imprescriptible en cuanto a la adquisición ilícita porque tiene efectos permanentes y la destinación implica un carácter continuado. En otras palabras, *la transgresión a la legalidad perdura en el tiempo*.

Adicionalmente recalca el fallo, que el paso del tiempo no puede ser una circunstancia que legitime la adquisición del patrimonio; mucho menos, si se trata de bienes producto de crímenes que se relacionan con el lavado de dinero, corrupción, crimen organizado, terrorismo, tráfico de armas, trata de personas, narcotráfico, delitos informáticos y los que atenten contra la hacienda pública. Se trata, sostienen los magistrados firmantes, de realidades que deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y erradicadas.

5. Un punto que merece destacarse es el relativo a los bienes por equivalencia. Recordemos que el Decreto Legislativo 734/2017 quiso eliminar esta figura, y la Sala Constitucional afirmó que ello no es posible dos razones: (a) tiene un fundamento claramente marcado en la concreción de la justicia, pues pretende evitar que quien realice un acto ilícito pueda obtener una ventaja derivada de él. En otras palabras, impide toda posibilidad de aprovecharse económicamente de los bienes con origen ilícito o de los que deriven del mismo; y (b) el ordenamiento internacional impone la incorporación de esta figura en el derecho interno. Así lo estipula el art. 5 de la Convención de Viena (1988), el art. 12 de la Convención de Palermo (2000) y art. 31 de la Convención de Mérida (2003). Sostiene la sentencia que “...todas las mencionadas convenciones se refieren a actividades que el Estado

Constitucional hondureña: “[e]l Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto, es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cubre a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas, es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho”.

²⁹ Señalaba la reforma efectuada a la LEDAB: “[a]rt. 12-A.- La acción de extinción de dominio prescribirá en diez años, contados a partir de la adquisición o destinación ilícita de los bienes. (...) En los casos de los delitos cometidos mediante la modalidad de crimen organizado, maras o asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo y delitos relacionados con drogas el plazo de la prescripción será de treinta años contados a partir de la adquisición o destinación ilícita de los bienes”.

está obligado a combatir y erradicar, y que producen violaciones directas o indirectas a los derechos fundamentales”³⁰.

Al respecto GÁLVEZ VILLEGAS señala, que la introducción de esta figura –bienes por equivalencia– en los ordenamientos jurídicos tiene por objeto evitar que el agente delictivo –con la finalidad que los instrumentos, productos o ganancias del delito sean intervenidos por las autoridades estatales– busca alejarlos del delito o transformarlos, de modo que sea difícil –en muchos casos imposible– su vinculación con el hecho delictivo; con ello, el agente delictivo pretende frustrar la actuación de la administración de justicia y a la vez mantener a salvo su “patrimonio criminal”³¹. Esta es la razón fundamental por la cual goza de legitimidad legal y constitucional la regulación de los bienes equivalentes: el principio de no tolerancia al enriquecimiento injusto mediante la privación de los efectos del delito, de forma independiente de las transformaciones que pudiere tener³². Pero además, busca compensar al Estado cuando existió una pérdida de los bienes que pretendía comisar o extinguir su dominio³³.

Esto fue claramente expuesto por la Corte Constitucional colombiana en su importante sentencia de 28-VIII-2003 –ref. C-740/2003–: “[q]uien adquirió bienes gracias al ejercicio de actividades ilícitas, intentará darles apariencia de licitud transfiriéndolos a terceros y adquiriendo con su producto otros no vinculados directamente al ejercicio de tales actividades. En estos supuestos, de no proceder la extinción sobre bienes equivalentes, se estaría permitiendo la consolidación de un patrimonio adquirido mediante títulos injustos y este efecto, desde luego, es contrario a la pretensión del constituyente de que solo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto”³⁴.

³⁰ Sostiene la sentencia en examen: “...la reforma orientada a suprimir las posibilidad de extinguir el dominio sobre bienes equivalentes, desconoce las obligaciones internacionales contraídas por el Estado salvadoreño, y viola, en consecuencia, el contenido de las convenciones precitadas, lo que se traduce en la violación por la acción refleja del art. 144 Cn.”.

³¹ GALVEZ VILLEGAS distingue entre comiso sustitutivo y el comiso por valor equivalente, y aunque ambas categorías se refieran al comiso, resulta pertinente su análisis con relación a la causal establecida de la letra f) del art. 6 LEDAB. En el primer caso, el agente delictivo ha enajenado los bienes mediante la intervención de un tercero de buena fe y a título oneroso, por tanto, dicho tercero ha adquirido un título incuestionable sobre el bien, frustrándose de ese modo su incautación y decomiso. Por otra parte, el comiso por valor equivalente se presenta cuando el agente oculta, destruye, consume, enajena o transfiere el bien materia de comiso a un tercero. La diferencia entre ambas radica en que en este último caso, no se ha determinado la existencia del bien o el efecto obtenido como contraprestación, pero si la existencia de bienes o activos pertenecientes al agente, y por tanto, hay que decidir si resulta razonable o no comisar los bienes de la titularidad del agente que se han identificado. Al respecto, véase su obra: GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro*, Edit. Ideas Solución Editorial, 2º Edición, Lima, 2015. Pág. 85.

³² GRACIA MARTÍN, en: GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, 1º Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 369.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Comenta GALVEZ VILLEGAS, que las aseveraciones efectuadas por la Corte constitucional colombiana son acertadas, pues no se está afectando derecho alguno (del agente del delito) toda vez que a través de la comisión del delito no puede surgir un verdadero derecho real a su favor. Véase: *Decomiso, incautación y secuestro*, citado, Pág. 87.

6. Con relación al procedimiento, es importante hacer mención a la inconstitucionalidad del art. 28 inc. 3° LEDAB reformado, redacción que pretendía otorgarle el carácter de cosa juzgada al archivo definitivo que dicte el fiscal³⁵. En este punto, resulta conveniente afirmar que la cosa juzgada es una proyección de la seguridad jurídica que resguarda la estabilidad y permanencia de la solución jurídica al caso, pues no permite un nuevo enjuiciamiento sobre lo mismo. Por ese exclusivo carácter “jurisdiccional” no puede considerarse una prerrogativa que quede bajo la competencia del fiscal. En esto es explícita la sentencia cuando señala que “la cosa juzgada pertenece a la jurisdicción”. Y establece que por medio de ella, “el ordenamiento jurídico pretende que se alcance una declaración judicial, en relación con la pretensión planteada, que no podrá ser atacada ni contradicha por medio de providencias de otros órganos judiciales”. De ahí que el archivo, o más bien, la naturaleza del archivo, no puede significar la intromisión de las competencias estatales, ni mucho menos, un obstáculo “al órgano judicial o a las víctimas de poder desplegar sus funciones o de avocarse a él a requerir que cumpla con su función de juzgar y ejecutar lo juzgado”.

IV. PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE REQUIEREN MAYOR ANÁLISIS Y DEBATE.

No queda más que coincidir con los puntos anteriormente analizados de la sentencia de inconstitucionalidad en examen, pues resaltan las características básicas de la extinción de dominio. Sin embargo, existen tópicos que hubieran requerido un análisis más detenido y un razonamiento más acorde con la finalidad que persigue su introducción al ordenamiento jurídico salvadoreño. Por ello es oportuno referirse a algunos aspectos que hubieran requerido de una mayor claridad argumentativa por parte del alto tribunal:

1. Uno de ellos es la distinción entre la extinción de dominio y la figura del enriquecimiento ilícito de servidores públicos contemplada en el art. 240 de la Constitución. Anteriormente, en la sentencia el 9-II-2018 –Inc. 6-2016–, la Sala de lo Constitucional sostuvo que, históricamente, el enriquecimiento ilícito es un mecanismo adicional que sirve para la persecución y castigo de la corrupción gubernamental más allá de la aplicación de la justicia penal. Y se trata, según los textos de discusión y aprobación del proyecto de Constitución, de una “responsabilidad civil concretada en la restitución”. Este aspecto revela una clara autonomía del instituto de extinción de dominio respecto del enriquecimiento sin justa causa debido a que esta última se fundamenta en un inapropiado desempeño de la función pública como elemento definidor de su aplicación. Mientras que la extinción de dominio atiende a la discusión de los ámbitos de validez del derecho de propiedad o posesión sobre determinados bienes o su utilización en actividades delictivas, lo cual trasciende más allá de la corrupción gubernamental.

³⁵ Decía el inc. 3° del art. 28 LEDAB: “[e]l archivo será de carácter definitivo y tendrá la fuerza de cosa juzgada cuando transcurridos (sic) los doce meses no surjan nuevos indicios o evidencias que permitan fundamentar la acción de extinción de dominio y no podrá reabrir el caso por ninguna circunstancia”.

Esto es reconocido en la sentencia de 28-V-2018 –Inc. 146-2014– como una característica distintiva entre ambos institutos. Adicionalmente, en dicho pronunciamiento se establecieron otras diferencias relevantes: (a) que el enriquecimiento ilícito es una acción constitucional, mientras que la extinción de dominio es una figura legal que persigue fines constitucionalmente legítimos; (b) el enriquecimiento ilícito no se aplica a particulares que participan en actos de corrupción mientras que la extinción de dominio sí; (c) el enriquecimiento ilícito está sujeto a un plazo de diez años luego que el funcionario haya dejado su cargo, mientras que la extinción de dominio no está sujeta a ningún plazo de prescripción. Pese a estas notas que dotarían de cierta autonomía a la acción de extinción de dominio, la Sala Constitucional estableció la primacía aplicativa del enriquecimiento ilícito por sobre la extinción de dominio en los casos de incremento patrimonial no justificado de funcionarios y empleados públicos –situación que es contemplada también en la letra c del art. 6 LEDAB–³⁶.

Al respecto la Sala Constitucional afirmó “...en razón del carácter constitucional del enriquecimiento ilícito, la extinción de dominio no puede pretender anular la aplicabilidad del art. 240 Cn. porque ello implicaría desconocer la supremacía de esta disposición frente a la LEDAB”. A partir de aquí empieza a desarrollar ciertas reglas de aplicación para salvaguardar tal prevalencia, estas son: (a) ambos institutos operan de forma simultánea o sucesiva si se tratan de distintos bienes; (b) si son los mismos bienes, prevalece en enriquecimiento ilícito por tener rango constitucional y referirse al incorrecto ejercicio de la función pública; (c) a los bienes que no quedaron comprendidos dentro de la acción de enriquecimiento ilícito –por su ocultamiento, encubrimiento por terceros, etc.– puede aplicárseles la extinción de dominio; (d) los particulares que intervinieron en los actos de corrupción gubernamental que originaron el enriquecimiento ilícito se encuentran sometidos al régimen de extinción de dominio; y (e) el aumento de capital o los bienes obtenidos por los servidores públicos que no se relacionen con el correcto ejercicio de la función pública les es aplicable la extinción de dominio.

Ahora bien, sostiene la sentencia que tales reglas impeditivas de la persecución simultánea o sucesiva por ambos procesos jurisdiccionales en el caso de los mismos bienes, deriva de la prohibición del doble juzgamiento contemplado en el art 11 Cn., así como de los institutos procesales de la cosa juzgada y la litispendencia con los cuales se relaciona la referida garantía constitucional.

Esta conclusión merece ciertas observaciones. En diferentes pronunciamientos, la misma Sala Constitucional ha señalado que el principio de *ne bis in idem* desarrolla toda su proyección garantista cuando concurre la denominada triple identidad –*eadem res, eadem*

³⁶ Dice el art. 6 LEDAB: [s]on presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: [...] 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.

*personam e eadem causa petendi*³⁷. 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 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 de un servidor público que dentro de sus funciones cometa un delito que atente con la Administración Pública, caben tanto la sanción penal como la disciplinaria, por tener ambas un fundamento distinto³⁸.

Partiendo de lo anterior, caben dos procesos con el mismo objeto aunque con motivos o intereses protegidos distintos. Si el interés protegido es el mismo –sea por el principio de especialidad, de acuerdo al rango constitucional o los fines que los diversos ordenamientos jurídicos persiguen– no es posible el proceso simultáneo o posterior³⁹. Esta es la línea que al parecer sigue la Sala Constitucional, que pese a reconocer la autonomía de la extinción de dominio la subordina al juicio de enriquecimiento ilícito, aunque admitiendo sus diferencias. Lo discutible de esto son los efectos prácticos: si se aplica el régimen establecido en el art. 240 Cn., y se obtiene una sentencia de no enriquecimiento ilícito, su efecto de cosa juzgada anularía la posibilidad de proseguir la extinción de dominio con relación a los bienes y ganancias obtenidas por el funcionario público tratándose de diferentes actividades delictivas desde el entendimiento que ambos institutos persiguen el mismo interés jurídico protegido.

Y aquí es donde se plantea una objeción, pues la sentencia confunde los requisitos del *ne bis in idem*, en particular: los objetos y los motivos. Puede haber *un proceso de extinción de dominio –simultáneo o posterior– si se reconoce que esta figura responde a fines distintos del enriquecimiento ilícito. En otras palabras, pueden existir dos enjuiciamientos sobre los mismos bienes si el motivo es distinto*⁴⁰.

³⁷ Sobre la triple identidad, véase: PEREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en el bis in idem*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Págs. 87 y ss.

³⁸ No obstante ello, condiciona la aplicación de la sanción disciplinaria a que ella verse sobre aspectos no conocidos por el juez penal y que sean de estricta competencia de la Administración dentro del ámbito de la relación de supremacía especial que existe con relación al subordinado.

³⁹ Como sostiene PEREZ MANZANO, esta noción de fundamento como interés o razón jurídica concreta, es adecuada al fundamento material de la prohibición de doble sanción por cuando representa la concreción del principio de proporcionalidad. Ahora bien, esto no significa analizar dos normas para concluir en caso de existencia de la duplicidad normativa que se ha infringido la prohibición, sino de analizar si las dos sanciones se sustentan en un presupuesto jurídico diferente o idéntico. Tampoco se trata de analizar la concurrencia normativa desde criterios exclusivamente lógicos sino desde la perspectiva material de la concurrencia de infracciones, esto es, de los distintos contenidos de injusto plasmados en las normas sancionadoras. Véase, su obra: *La prohibición constitucional del bis in idem*, ob. cit., Pág. 120.

⁴⁰ Esto puede acontecer también en el proceso de extinción de dominio cuando puedan operar dos causales sobre el mismo bien. Por ejemplo, como sostiene RIVERA ARDILLA, en una primera sentencia se discute el

Si como muy bien señala la sentencia de 9-II-2018, el enriquecimiento ilícito figura responde a un incorrecto ejercicio de la función pública que da lugar a un exorbitante incremento de capital, pero el mismo no deviene de actuaciones en que aparezca relacionada la hacienda pública, no existe problema alguno en proseguir una acción distinta para comprobar si se han respetado las formas y requisitos jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico respecto a la adquisición de esos bienes. Desde esta óptica, el enriquecimiento ilícito es una forma de responsabilidad civil administrativa derivada del incorrecto ejercicio de la función pública que persigue la restitución de aquello que le ha sido sustraído al Estado. Así lo reconoce la misma sentencia cuando señala los requisitos de aplicación de la figura del art. 240 Cn.; (a) los posibles sujetos activos del enriquecimiento ilícito son los funcionarios o empleados públicos; (b) su objeto material son los diversos elementos que componen la Hacienda Pública; y (c) persigue la restitución de lo adquirido ilegítimamente.

En otras palabras, al ser un instituto jurídico que persigue una finalidad distinta a la extinción de dominio cabe su aplicación simultánea o sucesiva, aun y cuando se trate de los mismos bienes –por ejemplo: cuando el aumento de capital deviene de actos relacionados con actividades de peculado pero también del tráfico de drogas–. Asimismo, cabe la hipótesis que en el juicio de enriquecimiento ilícito se compruebe que tal incremento de capital deriva de hechos delictivos ajenos a la función pública. El funcionario puede resultar absuelto del juicio de enriquecimiento ilícito pero sus bienes encontrarse sujetos a la extinción de dominio.

Sin embargo, al parecer, la Sala Constitucional ensayó otra opción interpretativa que puede deducirse del texto de la sentencia y es el entendimiento del enriquecimiento ilícito *como una forma particularizada de extinción de dominio para los casos de corrupción gubernamental*. Desde tal perspectiva, caben todas las consecuencias establecidas en la sentencia, tales como la decisión en el juicio de enriquecimiento posee el efecto de cosa juzgada e impide una ulterior persecución de los bienes, ya que las finalidades de ambos institutos jurídicos sería la misma desde un plano general: *el principio de no tolerancia al enriquecimiento injusto*. Desde esta perspectiva, sí es correcta la posición de la sentencia al entender que nos encontramos ante una misma institución jurídica que persigue un combate efectivo de la corrupción regulada tanto en la Constitución como en la normativa secundaria.

Tomando postura ante estas dos opciones interpretativas, la distinción entre ambos institutos no solo deviene de los particulares ámbitos de validez de cada una de ellas conforme lo establece la sentencia, sino que es posible encontrar una diferencia sustancial: *la finalidad del enriquecimiento ilícito es netamente restitutoria de lo que el funcionario o*

origen ilícito y el propietario logró probar el origen lícito; pero en el nuevo proceso, respecto del mismo bien y propietario, la acción jurisdiccional se justifica por haber sido utilizado el bien como medio para desarrollar una actividad ilícita. Cuando es diferente la causal, aunque se trate del mismo bien y propietario, no se transgrede el principio de cosa juzgada. Véase: RIVERA ARDILLA, *La extinción de dominio*, Edit. Leyer. Colombia, 2014, Págs. 80-81.

empleado se ha apropiado al ejercer una función pública y por ello debe ser reintegrado al rubro presupuestario del cual se sustrajo. Mientras que en la extinción de dominio, lo que se discute es la conformidad del título jurídico que ampara al dominio del bien, logrando con ello remediar una situación jurídica irregular. Por otra parte, el destino de los bienes extinguidos se encuentra estrictamente delimitado en el art. 94 LEDAB⁴¹.

En otras palabras, en el enriquecimiento ilícito se persigue un fin netamente restitutorio de lo sustraído al Estado debido a un incorrecto ejercicio de la función pública, mientras que la extinción de dominio persigue asegurar el respeto a los valores constitucionales que disciplinan la obtención de riqueza: el trabajo honesto, el fomento y protección a la propiedad intelectual, la libertad de empresa y la función social de la propiedad. Por ende, el único límite admisible para la no aplicación posterior de la acción de extinción de dominio es cuando se ha resarcido plenamente lo sustraído al Estado o cuando el servidor público demuestra de forma fehaciente que el aumento de su capital deviene de actividades lícitas debidamente comprobadas, lo cual será un aspecto que impedirá el ulterior proceso de extinción de dominio –lo que se denomina el efecto negativo de la cosa juzgada–. Sin embargo, si se demuestra dentro del proceso de enriquecimiento sin justa causa, que el capital emergente deviene de actividades delictivas ajenas a los diversos contenidos de la hacienda pública o el mismo comprende no únicamente afectaciones al erario estatal sino a la sociedad en general es válida la aplicación de la extinción de dominio.

2. Una vez que se ha establecido la distinción de ambos institutos jurídicos conviene resolver otro punto estipulado en la sentencia de 28-V-2018, y es cuáles son los actos de los servidores públicos que van a quedar comprendidos dentro del enriquecimiento ilícito y cuáles van a quedar residualmente comprendidos en la extinción de dominio. En este punto, la sentencia afirma que siempre será aplicable el enriquecimiento ilícito, cuando se den los tres elementos anteriormente mencionados: (a) los sujetos activos de enriquecimiento ilícito son los funcionarios o empleados públicos; (b) se afecte cualquiera de los componentes de la hacienda pública o municipal establecidos en el art. 223 Cn.; y (c) dicha afectación no necesariamente provenga de administrar, manejar, autorizar o custodiar fondos públicos.

Como se desprende, este criterio es distinto al resuelto por la Sala de lo Civil en la sentencia de apelación dictada 18-V-2018 –Expediente 12-APC-2017– que estableció la no responsabilidad por enriquecimiento ilícito de un parlamentario, porque éste –al ejercer una función legislativa– no se encuentra en una posición institucional que le facilite el contacto con el patrimonio del Estado.

En la resolución del recurso, la Sala de lo Civil estableció: “...la ventaja atribuida por la parte actora, se advierte que la misma recae sobre un funcionario público que no administró

⁴¹ Coincido en este punto con lo expuesto por LANGLOIS CALDERÓN, cuando afirmó que la extinción de dominio opera más como un mecanismo de garantía de los derechos de propiedad y sus medios para obtenerla, lo cual la dota de autonomía tanto del Derecho civil como el Derecho administrativo. Véase su trabajo: *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio*, citado, Pág. 256.

o manejó bienes del erario público, es decir, no ha ostentado una posición institucional que le permita direccionar haberes estatales a su patrimonio, y tal como se ha venido sosteniendo, por dicha razón, no tiene legitimación pasiva para figurar como demandado”. No obstante ello, los magistrados de la Sala de lo Civil establecieron que, al existir indicios de que este capital emergente proviene de una fuente con origen criminal, cabe el ejercicio de la acción de extinción de dominio de acuerdo al art. 17 LEDAB⁴².

De lo anterior podemos colegir una dualidad de criterios, por un lado el de que estamos ante una interpretación que permite una aplicación amplia del enriquecimiento ilícito –la de la Sala de lo Constitucional–, pues va más allá de la simple administración de la *res* pública; y, por otro lado, un criterio más restrictivo que requiere de tal requisito –defendido por la Sala de lo Civil–. En este último caso de no comprobarse la administración o manejo de una cosa pública cabe la extinción de dominio.

Dejando de lado la fuerza normativa y jerárquica que posee la interpretación realizada por la Sala de lo Constitucional –al ser considerado como el máximo intérprete de la Constitución–, era necesario establecer razonadamente por qué el enriquecimiento ilícito también deviene de acciones que no se relacionen directamente con la administración y manejo de la cosa pública como en el caso de los diputados de las distintas fracciones políticas. Y esto era necesario afirmarlo ya que el inciso primero del art. 240 Cn. establece que ese patrimonio personal emergente debe ser “a costa de la Hacienda Pública o Municipal”. El precepto constitucional se relaciona, como ejemplo más paradigmático, con acciones propias del peculado y en las que existe una obligación restitutoria de lo apropiado indebidamente. Sin embargo, en la interpretación establecida en la sentencia 146-2014, expande el ámbito de aplicación del art. 240 Cn. hasta actividades que no supongan directamente un menoscabo al patrimonio público y donde no se origina un deber de restitución.

Para el caso, si el funcionario recibe dádivas o “coimas” –como acontece en el cohecho– que acrecienta su patrimonio personal –v.gr. un parlamentario promueva una determinada reforma legislativa a fin de modificar el Código Penal o eliminar una determinada tasa impositiva para favorecer a sus “donantes”– su riqueza no deviene del erario público sino de “pagos” de personas o grupos sociales que persiguen ciertos intereses particulares. Ello no debiera ser materia del procedimiento de enriquecimiento ilícito, sino de la extinción de dominio, pues no se afecta de manera alguna a la hacienda pública. En cambio, aquellos actos que suponen apropiación de fondos públicos para destinarlos a

⁴² Sostiene la Sala de lo Civil en uno de los considerandos de la decisión dictada el 18-V-2018 –Expediente 12-APC-2017–: [d]e todo lo dicho, si debe quedar claro, que el juicio civil por Enriquecimiento sin justa causa está previsto directamente en la Constitución mediante la acción de restitución tiene como fundamento esencial, que el funcionario o empleado público haya administrado bienes de la Hacienda Pública o Municipal, y mediante dicha administración resulte que su patrimonio se encuentra en su capital notoriamente incrementado, de acuerdo a la fecha de toma de posesión y cesamiento del cargo, sin que dicho funcionario o empleado pueda justificar legítimamente dicho incremento”.

intereses particulares del servidor público –v. gr. compras de vehículos o inmuebles, viajes, cirugías estéticas a terceros, etc.– quedan comprendidos dentro del procedimiento establecido en el art. 240 Cn. pues implican una obligación de restitución.

No obstante lo anterior, lo que es claro en los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional y de la Sala de lo Civil, es cuando el capital emergente devenga de actos ilícitos ajenos a la función pública –v. gr. narcotráfico– se aplicará de forma prevalente la extinción de dominio.

3. Otro punto importante es el “fraude de ley” como una situación que habilitaría la aplicación de la extinción de dominio. El supuesto de hecho consiste en que el servidor público se desvincula “aparentemente” de sus bienes o de su participación como accionista de una empresa para optar a un cargo público o para participar en un proceso de contratación pública. Y esto en clara referencia al caso conocido en el proceso de inconstitucionalidad 163-2013⁴³.

En este expediente se conoció el caso de un candidato a la presidencia de la República, que realizó cambios en la administración de una sociedad mercantil dedicada a las comunicaciones –de la cual ostentaba la titularidad juntamente con su esposa– para poder participar en la contienda electoral presidencial del año 2014. Al efecto, realizó el traspaso a varios de sus familiares para evadir una prohibición constitucional que lo volvía inelegible⁴⁴.

La Sala Constitucional advirtió que en su postulación existió un conflicto de intereses, pues el candidato en ningún momento se desvinculó de su empresa, al contrario, utilizó dicha maniobra de cesión encubierta de sus acciones para generar un “fraude de ley”⁴⁵. Y lo caracterizó de la siguiente manera: “...el fraude a la Constitución se comete porque se respeta formalmente la prohibición de ser representante o apoderado de una sociedad concesionaria, pero se incumple sustancial o materialmente la obligación de desvincularse de manera real, completa y efectiva del riesgo de un conflicto de intereses, por la subsistencia de relaciones, nexos o vínculos objetivos con el titular de la concesión estatal”.

El “fraude de ley” se caracteriza por la utilización de una norma jurídica para lograr fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico, y supone más que una violación

⁴³ Me refiero a la sentencia de inconstitucionalidad dictada el 25-VI-2014 –Inc. 163-2013–.

⁴⁴ Conviene recordar que la Constitución salvadoreña prohíbe en el núm. 6° del art. 127 Cn. postularse si “...se tienen pendientes contratos o concesiones con el Estado para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquéllos, o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos”.

⁴⁵ Sostuvo la sentencia al interpretar el término “tener pendientes concesiones con el Estado” implica cualquier vinculación con un concesionario, directa o indirecta, que pueda originar un conflicto de intereses, en los términos antes mencionados, siempre que se entienda que se está en presencia de una verdadera concesión, es decir, el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado, preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público; lo cual implica que cualquier actividad diferente de los supuestos indicados, no está comprendida en los alcances de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord. 6° Cn.”

a las reglas jurídicas, una violación a principios jurídicos⁴⁶. Sin embargo, para efectos de la extinción de dominio, se constituye en un supuesto atípico, pues no existe delito alguno que castigue estas modalidades defraudatorias al sistema electoral. Lo que cabría son efectos anulatorios de carácter administrativo de la candidatura, pero no la aplicación de la extinción de dominio, pues aun y cuando esta última se relacione específicamente con bienes, también se requiere de una conexidad de antijuridicidad con alguna actividad delictiva de las relacionadas en el art. 5 de la LEDAB⁴⁷. Al efecto, si la participación societaria del presunto candidato a terceros no se origina en operaciones mercantiles delictivas, como acontece por ejemplo, en el lavado de activos, no veo porqué deben quedar tales participaciones bajo la aplicación de la LEDAB.

Distinto es el caso cuando sea electo y utilice los recursos del Estado para su beneficio particular o de terceros, sea apropiándose de recursos públicos, realizando gestiones en las que favorezca a determinadas empresas o se utilicen sociedades mercantiles como una forma de ocultamiento del dinero obtenido a través de prácticas de corrupción gubernamental; en suma, sí cabe la extinción de dominio en cualquiera de las actividades ilícitas contempladas en el título XVI del Código Penal –delitos contra la Administración Pública–. Por ello, debe tenerse presente, como la misma sentencia de 25-VI-2014 lo reconoce, tanto el art. 127 ord. 6° y 152 ord. 7° de la Constitución, son prohibiciones “preventivas” dirigidas a evitar un conflicto entre intereses públicos y privados así como el probable uso patrimonialista que puedan tener los recursos estatales. Pero mientras tales infracciones no produzcan un capital personal emergente derivado de actividades delictivas no se puede aplicar la extinción de dominio.

4. Otro punto que requiere analizar es el relativo a una probable confusión que realiza la sentencia entre los bienes por equivalencia y los derivados de una mezcla entre bienes lícitos e ilícitos. Así la sentencia afirma –refiriéndose a los primeros– que “...aun y cuando estos bienes se confundan con los que el propietario haya adquirido de forma legítima, no estará justificada la intervención proporcionada en el derecho de propiedad mediante la extinción de dominio de la totalidad del bien con el que se ha hecho la confusión y, por tanto, solamente se podrá declarar la pérdida del derecho de propiedad por el valor exacto de los bienes en cuya sustitución se aplica la extinción de dominio”.

Como se sostuvo anteriormente, los bienes por equivalencia son aquellos que reemplazan a los bienes o activos que constituyen el producto del delito, y en los cuales el delincuente ha tenido el éxito de ocultarlos o transferirlos a terceros para frustrar la acción de la justicia. En estos casos, sí funciona la regla de la proporcionalidad pues no se puede sobrepasar el valor aproximado de los que no han sido localizados o incautados. Sin embargo,

⁴⁶ ATIENZA/MANERO, *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, 2° Edición, Madrid, 2006, Pág.

⁴⁷ Ilustrativa en este punto es la definición de “actividad ilícita” brindada por el art. 2 del Código de Extinción de Dominio vigente desde el 20-I-2014 en Colombia –Ley 1708–: “[t]oda aquella *tipificada como delictiva*, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, *así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley* por deteriorar la moral social” (las cursivas se agregan).

en el caso de la mezcla, tenemos bienes lícitos que han sido contaminados con bienes de naturaleza ilícita, siendo en muchos casos difícil distinguir cuáles se originan en actividades lícitas y cuáles tienen un origen espurio. El supuesto paradigmático de la mezcla es cuando el líder de una organización criminal decide comprar acciones de una determinada sociedad anónima y, a partir de ello, esta última empieza a realizar inversiones económicas a lo largo del territorio nacional como es la creación de nuevas sucursales o la contratación de personal y la compra de mobiliario. En estos casos, el dinero ilícito “contamina los activos lícitos” y todo este conjunto afecta al sistema económico en general. Ante este supuesto, según la sentencia de la Sala Constitucional, la aplicación de la extinción de dominio llegará hasta el valor “exacto” de los bienes que deberán ser “sustituídos”.

Sin duda alguna, la sentencia ha tenido en cuenta la regla establecida en el art 5 de la Convención de Viena así como el art. 12 de la Convención de Palermo, que establecen que el monto a privar es hasta el valor estimado del producto entremezclado. Pero debe tenerse en cuenta que los instrumentos internacionales –conociendo la dificultad en muchos casos de cuantificar de forma precisa el valor del producto del delito– únicamente relacionan un valor *probable* más no *exacto* como lo exige el tribunal constitucional en su sentencia.

Adicionalmente, esta regla de proporcionalidad sostenida en sus considerandos jurídicos, es válida en aquellos casos en que es posible hacer la distinción entre los bienes lícitos e ilícitos. En efecto, no existe problema cuando podemos determinar el valor de las acciones vendidas por un socio que deja la empresa a un agente delictivo o a su testaferro. Aquí, la extinción de dominio llegará hasta el valor económico de las acciones sin afectar a los otros accionistas de la empresa o a la sociedad misma. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando el producto del delito se ha “puesto a trabajar” mediante sucesivas transformaciones que van desde el pago de la nómina del personal hasta la reventa de las cuotas de participación social a terceros. En estos casos, cuando se advierta que la empresa en sí es un medio para realizar el delito de lavado de dinero y activos –en la modalidad de ocultamiento y transformación– deberá aplicarse la extinción de dominio a toda ella. Y esto, en virtud de haber dejado de lado la función social a la que está comprometida la referida persona jurídica.

A tal supuesto se refiere la ya reiteradamente citada sentencia C-740/03 de la Corte Constitucional colombiana cuando afirma: “[q]uien de manera lícita ha accedido al dominio de unos bienes pero no los destina a la generación de riqueza nacional, ni a la preservación del medio ambiente, sino a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, incumple la función impuesta por el constituyente a la propiedad e incurre en un comportamiento que puede dar lugar a la extinción”. Claro que en tales casos, deberá comprobarse si la junta directiva era consciente de tal maniobra de blanqueo o, al menos, debía haberlo advertido. De todas maneras, aquí la regla de proporcionalidad a la que hace referencia de la sentencia 146-2014 tiene una clara excepción.

5. Otro punto que debe ponerse en discusión es el relativo a la aplicación de la extinción de dominio –y la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento especial–

cuando se trate de empresas dedicadas al ámbito de la comunicación. La sentencia en análisis establece que "...tanto la expropiación como la extinción de dominio deberán respetar el límite impuesto por el art. 6 Cn., en el sentido que no puede estatizarse, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas y acciones o cuotas sociales de las empresas de comunicación o publicaciones". Como puede notarse, la sentencia relaciona el inciso final del art. 6 de la carta magna que establece: "...en ningún caso podrá secuestrarse, como instrumento del delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento".

Sin duda, este párrafo agregado a la sentencia se relaciona con una línea jurisprudencial que arranca con la sentencia de 24-IX-2010 –Inc. 91-2007–, continúa con la emitida el 22-V-2013 –Inc- 3-2008– y se confirma en la 146-2014. De acuerdo a tales pronunciamientos, la tutela constitucional de las libertades de expresión e información es generar una opinión pública libre, en la que se discuten –tan intensamente como sea posible– los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública. Aparte de que la garantía del ejercicio de tales derechos es un componente esencial de un gobierno democrático y representativo, también permite la realización del individuo, ya que puede expresar sus opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante.

De acuerdo con las referidas sentencias, estas libertades tienen como base recibir opiniones de diversas fuentes informativas aunque resulten contrapuestas, a fin de que el ciudadano puede ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas que sirvan para formar su opinión y conocimiento. Para tal fin, el Estado debe garantizar el pluralismo en la titularidad de los medios, combatiendo los monopolios y las intromisiones de grupos de poder en la independencia de los medios de comunicación. Un poco más allá, la sentencia de 22-V-2013, estipula que ninguna autoridad puede limitar u obstaculizar dichas libertades, ni aún bajo el pretexto de que lo que expresará o difundirá pueda subvertir el orden público o lesionará la moral, el honor o la vida privada de otras personas. En los términos del pronunciamiento judicial: "...la censura [de un medio de comunicación] está prohibida, pues la Constitución garantiza el libre ejercicio del derecho a la expresión. El mandato constitucional está destinado a permitir que se deduzcan responsabilidades ulteriores".

Por tales motivos, los magistrados salientes de la Sala de lo Constitucional, afinaron los recaudos respecto a cualquier incidencia que el Estado –a través del CONAB o cualquier institución gubernamental– pudiera tener al administrar una empresa de comunicación y que pudiera determinar un cambio de la línea editorial o la cobertura informativa. En suma, lo que se intenta proteger es la manifestación de las ideas y los hechos fuera de cualquier injerencia del gobierno de turno o del partido político que se encuentre en el poder. Sin duda estamos en presencia de un fin loable y conforme con la verdadera esencia de un Estado democrático. Sin embargo, este planteamiento genera difíciles problemas respecto a aquellas empresas de comunicación que puedan ser utilizadas para el lavado de activos o que sean instrumentalizadas para la difusión de pornografía infantil, apología al terrorismo o exaltación de ideologías xenófobas por citar los casos más emblemáticos. En tales temas, se

considera que la opción de extinguir el dominio del medio de comunicación es la única opción para evitar una continuidad delictiva ya que tampoco existen derechos constitucionales absolutos. Mucho más cuando existan intereses generales prevalentes.

Por ello resulta conveniente tener en cuenta lo establecido en la ya citada sentencia de 22-V-2013 –Inc. 3-2008– cuando señala. “...debe entenderse que toda persona se encuentra en la libertad de expresar sus pensamientos, opiniones o ideas; sin embargo, cuando tales manifestaciones –sean orales o escritas– poseen la intensidad suficiente para vulnerar otro derecho fundamental, deben ser reprimidas o limitadas”. Por cierto, este mismo pronunciamiento se encarga de recalcar que un Estado se encuentra legitimado para “adoptar medidas encaminadas a reprimir ciertas formas de comportamiento, incluida la comunicación de informaciones e ideas consideradas incompatibles con el respeto a la libertad religiosa o de creencia de los demás”. Razonamientos que también son valederos en las situaciones *supra* mencionadas.

Pese a la posibilidad de que pueden existir casos en que la extinción del dominio de la empresa se presente como una opción adecuada para evitar una continuidad delictiva, mientras que de forma distinta la sentencia pretende evitar toda forma de estatización o incidencia política en la línea comunicacional que pudiera darse bajo la administración del CONAB, caben otras opciones que pueden ser analizadas, como la entrega a terceros especializados para su administración en el caso que se haya dictado una medida cautelar (arts. 79 LEDAB y 32 y 33 RELEDAB)⁴⁸. En tal situación, deberá establecerse por parte del CONAB o por el juez especializado –en su función de supervisión y control de la actividad administrativa– la prohibición de incidir de alguna manera en la línea editorial o de información si es que esto resulta pertinente de acuerdo a la naturaleza del medio informativo. Una vez declarada la extinción de dominio, la empresa –juntamente con la frecuencia entendida como un activo más de ella– deberá entrar en un proceso de subasta pública.

V. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Con relación a la actividad probatoria, la sentencia 146-2014 estableció que “en un contexto interpretativo que sea armónico con la Constitución, la jurisprudencia de este tribunal (...) y las normas de Derecho Internacional, se concluye que el art. 36 LEDAB no exige a la fiscalía probar, en todos los casos, que un bien tiene un origen o destinación ilícita. Está obligada a realizar la actividad probatoria inicial (art. 27 letra c LEDAB). Cuando después de efectuada esta, resulte que es imposible probar el origen o destinación ilícita de

⁴⁸ Establece el art. 32 del Reglamento de la LEDAB –REDELAB– cuando estipula las formas de administración: “[l]os bienes cautelados podrán ser administrados directamente por el CONAB o entregarse a terceros para su administración y disposición, en aquellos casos en que el CONAB no puede asumir directamente la administración o cuándo atendiendo a las circunstancias del caso sea recomendable realizar las contrataciones previstas en el artículo 74 de la LEDAB”.

los bienes sujetos a extinción de dominio por el supuesto de procedencia del art. 6 letra c LEDAB, al interesado le corresponderá probar que tales bienes tienen un origen o destinación lícitos”⁴⁹. Esta aseveración requiere una interpretación adecuada.

El art. 19 LEDAB señala que “...en el marco de sus competencias constitucionales, corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir [...] la investigación, para establecer y fundamentar la concurrencia de uno o más de los presupuestos de extinción de dominio señalados en la presente ley”. De acuerdo con ello, el ministerio público fiscal tiene la obligación de reunir todos aquellos elementos probatorios que permitan concluir que la propiedad o posesión que existe sobre unos bienes no proviene de actividades lícitas, sino, más bien, que su adquisición se relaciona, con alta probabilidad, a actividades delictivas.

Sin perjuicio de lo anterior, el perjudicado tiene la facultad de oponerse a tal pretensión, ejerciendo de esta manera su derecho constitucional de defensa, conforme las facultades establecidas en el art. 14 LEDAB: (a) tener acceso al proceso directamente y a través de la asistencia y representación de un abogado desde la presentación de la solicitud, o desde la imposición de las medidas cautelares; (b) conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles; (c) presentar y solicitar pruebas e intervenir ampliamente en resguardo de sus derechos; (d) controvertir las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes; y (e) renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.

En síntesis, la LEDAB permite la intervención activa del perjudicado, la posibilidad de aportar prueba en su favor y debatir el material probatorio presentado por el representante del ministerio público fiscal en un plano de igualdad procesal conforme al diseño de un procedimiento de corte adversativo. Por esta razón, es que el anterior art. 36 LEDAB señalaba “corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal”. Sin embargo, la derogación de esta norma, y su nueva redacción, no suponen obstáculo alguno para entender que existe una igualdad de oportunidades probatorias en un escenario judicial de carácter contradictorio.

Este entendimiento es compatible con la nueva redacción del art. 36 LEDAB, que enfatiza la obligación del ministerio público fiscal de recaudar un conjunto de elementos probatorios que le permitan comprobar el origen o destinación ilícita de los bienes, y en el caso de terceros descartar su buena fe cuando aparezcan como presuntos titulares⁵⁰. Para ello,

⁴⁹ Esto también se recalca en la sentencia al establecer la diferencia entre la extinción de dominio con el enriquecimiento ilícito, de la siguiente manera: “[l]as presunciones eximen a una de las partes de la carga de la prueba de los hechos presumidos y de la argumentación respecto de ellos; por tanto, la presunción del art. 240 inc. 2° Cn., tiene la función de eximir a la Fiscalía General de la República probar el hecho presunto, siempre y cuando haya acreditado la existencia del hecho base de la presunción”.

⁵⁰ Establece el art. 11 LEDAB: “... [p]ara los efectos de la presente ley, se presume la buena fe exenta de culpa en la adquisición y destinación de los bienes. [...] En cualquier etapa del proceso, el tribunal especializado, podrá reconocer los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes objeto de la acción de extinción de dominio”.

debe realizar una variedad de actos de investigación que resultan enumerados en el art. 27 LEDAB, tales como: (a) identificar, localizar y ubicar los bienes sobre los cuales podría recaer la acción, por encontrarse en un presupuesto de extinción de dominio; (b) localizar los posibles afectados en sus derechos sobre los bienes que se encuentran dentro de una causal, o a terceros de buena fe; (c) recopilar información o elementos materiales que evidencien la concurrencia de cualquiera de las causales establecidas en el art. 6 LEDAB; (d) acreditar el 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; y (f) decretar las medidas cautelares pertinentes.

Conviene descartar la inclusión de la presunción de inocencia como una garantía procesal aplicable al proceso de extinción de dominio, porque la consecuencia que se dictamina no es una pena. En el proceso penal, el acusado no está obligado a presentar alguna prueba que demuestre su inocencia, correspondiendo al ministerio público probar, más allá de la duda razonable, su culpabilidad. En cambio, en el proceso de extinción de dominio, al no discutirse tales aspectos, sino la validez de los actos que han dado lugar a la propiedad o su mal uso para afectar a los derechos de los demás ciudadanos, los intervinientes tienen iguales posibilidad de presentar prueba y controvertir la presentada por la contraparte, viéndose desmejorada su expectativa de una sentencia favorable si no acreditan probatoriamente lo que alegan. En suma, nos encontramos ante un estándar de prueba menos exigente que el que resulta aplicable en el proceso penal.

No obstante, la anterior regla general puede contar con determinadas excepciones. Así puede exigirse a quien manifiesta ser propietario o poseedor de un bien que adopte una actitud proactiva dentro del proceso, demostrando la licitud de su dominio o la buena fe, pues se encuentra en mejor posición que su contraparte para probarlo –v. gr. detallando o explicando los ingresos monetarios que le permitieron la compra del bien–. Es en este sentido al que se refiere la sentencia 146-2014/107-2017 sobre la necesidad de utilizar cargas probatorias dinámicas, en particular, en la causal contemplada en la letra c) del art. 6 LEDAB referido al incremento patrimonial no justificado⁵¹.

Así en uno de los considerandos de la sentencia en examen, se afirma que la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella posición procesal que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla. Esto debe utilizarse como una forma de “mitigar el rigor” de las reglas probatorias tradicionales, pero siempre y cuando: (a) las partes procesales se encuentren en situaciones fácticas desiguales, y en las que una de ellas tenga una posición de privilegio con el material probatorio, o ser el único que “dispone”

⁵¹ Reza el art. 6 letra c LEDAB: “[s]on presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: [...] c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”.

de la prueba; y *(b)* en el respeto de la buena fe procesal, que impone a las partes el deber de actuar correctamente conforme los valores de veracidad, lealtad y probidad procesal.

Los efectos prácticos del planteamiento consiste en que toda persona que adquiere bienes debe tener en su poder documentos que demuestren la procedencia legal de su patrimonio –v. gr. escrituras públicas, facturas, etc.–, y le es exigible presentarlos en el momento procesal oportuno como parte de su derecho de defensa. Como también, en el caso de los bienes por destinación, debe comprobar que desconocía o estaba impedido de conocer el uso delictivo que se les daba a los mismos por terceros. Como se ve, no se tratan de obligaciones probatorias que requieren de excesivo esfuerzo, sino de elementos que cualquier persona tiene disponibilidad de mostrar⁵².

Cabe advertir en este punto, la influencia ejercida por los instrumentos internacionales tales como las Convenciones de Mérida –arts. 31.8–, la de Palermo –arts. 12.7– y de Viena –art. 5.7–, así como la regla establecida en la recomendación 4 de las Reglas GAFI, que exhortan a los Estados la adopción de medidas legales que permitan a los investigados demostrar el origen de los bienes sujetos a incautación, siendo el referido precepto de la LEDAB una derivación de estas prescripciones de carácter internacional como se reconoce explícitamente en la sentencia.

Bajo este mismo razonamiento, la sentencia analiza la presunción de ilicitud contemplada en la reforma legislativa realizada al art. 5 LEDAB inciso último que expresa: “[p]ara el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efectos de extinción de dominio”.

Este precepto no fue declarado inconstitucional por la Sala aduciendo tres razones: *(a)* las presunciones de este tipo no constituye por sí sola la privación de un derecho ni provoca un daño, lesión, afectación o perjuicio en la esfera jurídica del gobernado, pues su aplicación requiere de una mínima actividad probatoria en la que encuentren sustento –elementos objetivos base–; *(b)* es una presunción que admite prueba en contrario, es decir, el afectado puede hacer uso de su derecho de defensa, teniendo posibilidad de probar la buena fe; y *(c)* tienen como base un hecho de la realidad, que los recursos de pandillas y demás

⁵² Retomando nuevamente el Derecho comparado, la Sala Primera de la Corte de Justicia mexicana, sostuvo al conocer de la Ley de Extinción de Dominio de Distrito Federal en la sentencia de 25-I-2012 –Amparo directo 23/2011– que: “...se impone al afectado la carga de probar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita, lo que significa que corresponde al actor o Gobierno del Distrito Federal, a través del Ministerio Público, acreditar tanto que se utilizó el bien para cometer delitos de delincuencia organizada, secuestro, trata de personas o robo de vehículos, como que el dueño tenía conocimiento de esa circunstancia, lo que además implica que el afectado tiene la carga de desvirtuar las presunciones e indicios que deriven en su contra y aportar elementos de prueba idóneos para demostrar que tuvo actuación de buena fe y que estaba impedido para conocer la utilización ilícita del bien materia de la extinción de dominio”.

organizaciones terroristas, tienen que ser mermados mediante el uso de herramientas de política criminal efectivas.

De inicio, conviene tener presente la incorrecta redacción de la disposición, pues hace referencia a organizaciones o grupos criminales que obviamente no tienen reconocimiento jurídico legal, por ende, lo correcto es referirse a los bienes cuya titularidad se encuentren en manos de sus miembros o sus testaferros que pudieran encontrarse a cargo de su administración, y pueda establecerse una conexión entre ambos extremos juntamente con la actividad delictiva que realice la entidad criminal –v. gr. que los bienes poseídos derivan de actividades delictivas como la extorsión y se encuentran a disposición de sus miembros o colaboradores para darle continuidad al giro empresarial criminal–.

Por otra parte, estamos en presencia de una presunción que la Sala de lo Constitucional, ha identificado como *iuris tantum*, sujetándola a las reglas generales de exigibilidad de la prueba de quien se encuentra en mejor posición para ofrecerla. En otras palabras, la presunción establecida en dicho precepto puede ser desvirtuada por el afectado mediante la presentación de elementos de licitud que desvirtúen la hipótesis establecida en la ley.

Sin embargo, lo expuesto en el texto de la sentencia no puede entenderse como una presunción que dispense al ministerio público fiscal de probar los extremos de la pretensión de extinción de dominio. Al contrario, la Fiscalía General de la República debe recaudar todos aquellos insumos probatorios que demuestren o de los que se pueda inferir —conforme un balance de probabilidades– el origen o la destinación ilícita de los bienes controvertidos dentro del proceso especial y, si no lo hace, obtendrá un resultado desfavorable a los intereses estatales⁵³.

VI. BALANCE Y CONCLUSIÓN GENERAL.

⁵³ Coincido en este punto con ZARAGOZA AGUADO, en el sentido que a veces la expresión utilizada de “inversión de la carga de la prueba” no es la más adecuada, porque no se parte de una ausencia total de elementos de prueba, sino de la existencia de ciertos indicios, o de ciertas presunciones que pueden ser inferidas de los hechos que son objeto del proceso, como, por ejemplo, el enriquecimiento espectacular manifestado en grandes inversiones carentes de un origen lícito acreditado. Aparte de ello, señala este autor, que la utilización de presunciones no es algo infrecuente en el ordenamiento jurídico. En los propios delitos de tráfico ilegal de drogas determinados hechos objetivos permiten presumir la intención de tráfico y configurar el tipo penal, lo que obliga a los acusados a una actividad probatoria de descargo para destruir aquellas presunciones. Al efecto, véase su artículo: Instrumentos para combatir el lavado de activos y enriquecimiento proveniente del narcotráfico, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, políticas y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, 1997, Págs. 190-197. Más allá llega ROXIN, afirmando que la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* dentro del proceso penal, han entrado en una crisis por el devenir de la criminalidad económica y organizada, pues en algunas ocasiones fracasa la posibilidad de probar la culpabilidad de alguien, generalmente a causa de inconvenientes probatorios insuperables, esto ha dado lugar a la inversión de la carga de la prueba como acontece en el lavado de dinero donde el sospechoso debe justificar la procedencia legal de su patrimonio. Véase su: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. Especialmente en la Pág. 112.

Efectuando un balance de los puntos que se consideran más representativos de la sentencia de inconstitucionalidad emitida el 28-V-2018 –Inc. 146-2014–, 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.) como modos de adquisición legítima de la riqueza⁵⁴. 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 adecuadamente 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 consolidadas⁵⁵. 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 Estado⁵⁶.

No obstante lo anterior, subsiste la necesidad de afinar la argumentación jurídica y, posiblemente, de revisar más de algún criterio jurisprudencial en temas como el relativo a los límites con el enriquecimiento ilícito sin justa causa de los servidores públicos, la cuestión de los bienes mezclados y su límite en la proporcionalidad, el rol que las presunciones legales pueden tener en el ámbito de un proceso judicial de naturaleza adversativa y hasta dónde

⁵⁴ Esto se encuentra claramente establecido por los legisladores en el Considerando IV de la LEDAB cuando se afirmó: “[q]ue la única vía que existe en El Salvador para la construcción del patrimonio y la riqueza es la del trabajo honesto y con estricto apego a las leyes de la República, en consecuencia, los derechos enunciados en el primer considerando no serán reconocidos por el Estado, ni gozarán de protección constitucional ni legal, cuando se trate de bienes de interés económico, de origen o destinación ilícita.

⁵⁵ En este punto, el fallo examinado coincide con lo expuesto por la referida sentencia C-374-97 pronunciada por la Corte Constitucional colombiana cuando afirmó: “[s]i el Derecho positivo nunca reconoció ni protegió una determinada situación, precisamente porque procedía directa o indirectamente de una transgresión al orden jurídico, no puede el infractor reclamar una inmunidad ante la acción del Estado ni tampoco le es dable pretender, distorsionando las garantías constitucionales, recuperar o conservar lo obtenido en contra de la ley. No sería racional ni justo que alguien pudiera sacar provecho de una conducta lesiva de la normatividad sólo porque después, y precisamente para afirmarla y hacerla valer, el Constituyente o el legislador introducen mecanismos aptos para sacar a flote la ilicitud antecedente y para deducir los resultados prácticos de la misma. No debe el Estado a través de su inercia, premiar a quien no ha obedecido la ley, ni la jurisdicción impedirle, por un mal entendido alcance del principio de no retroactividad de las leyes, forzarlo a sanear aquello que siempre estuvo viciado”.

⁵⁶ Como aclara MARTÍNEZ SÁNCHEZ: “[e]sta 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”. Véase su artículo: “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”. En A.A.V.V., *Extinción del derecho de dominio en Colombia. Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano*, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Bogotá, 2015, Pág. 11.

llegan las potestades de control jurisdiccional en las funciones de administración que ejerce el CONAB entre otros.

Empero conviene tener presente, que la sentencia prioriza en destacar 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 salvadoreño⁵⁷. Quizás, se hubiera requerido en su texto que enfatizara con mayor claridad, que sus presupuestos suelen ser distintos a los que integran el Derecho penal y que son más cercanos al Derecho Civil, pero con el matiz que se trasciende de una visión estrictamente particular propia del Derecho privado a una más social lo cual aporta una perspectiva diferente. De ahí su naturaleza peculiar o *sui generis*⁵⁸.

Esto lleva consigo que el régimen de garantías constitucionales resulte distinto al que opera con relación al *ius puniendi* estatal⁵⁹. En consecuencia, si exigiéramos un estándar similar al régimen punitivo y administrativo sancionador, volveríamos impráctica e inútil la extinción de dominio. Esta es la experiencia aprendida que reporta la reciente reforma legislativa en El Salvador en la que se intentó establecer límites normativos disfuncionales con su singular naturaleza jurídica.

⁵⁷ Esta argumentación es igualmente compartida, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, cuando señaló en su sentencia de 19-IV-2013, –Exp. 02073-2012-05-CCP –: “[l]a extinción de dominio de bienes, surge como respuesta frente al enriquecimiento ilícito, proveniente fundamentalmente de actividades relacionadas al crimen organizado, corrupción pública, lavado de dinero, tráfico de personas y otras, buscando atacar de manera directa a las fuentes de financiamiento de estas actividades, desestimulando la conformación de redes delictivas y disuadiendo a quienes esperan beneficiarse por sus crímenes y enriquecerse sin justa causa, reduciendo así el número de delitos procesables, en momentos en que los métodos y mecanismos tradicionales de lucha contra el crimen resultan insuficientes e inclusive fallidos”.

⁵⁸ En efecto, SANTANDER ABRIL enfatiza que la extinción de dominio, no es otra cosa que un instituto que acoge las distintas clases o circunstancias del comiso penal para ser reconocidas a través de un procedimiento de carácter *in rem*. Sin embargo, al sacar el comiso de su marco penal, no se puede seguir predicando que su naturaleza jurídica siga siendo la misma, ya que no se puede adscribir al sistema mixto de imputación penal, pues a pesar de que la extinción de dominio conserva elementos y fines comunes con el comiso penal, sus fundamentos de legitimación varían sustancialmente. Al respecto, véase su artículo: “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/Organización de los Estado Americanos, E.E.U.U., 2017, Pág. 35.

⁵⁹ Esta idea ya había sido advertida tempranamente sobre el comiso en el Derecho penal español. Así lo sostuvo en su momento GRACIA MARTÍN cuando afirmó que a las referidas consecuencias accesorias no se les puede dotar de un régimen de garantías como el que se existe en Derecho penal, pues ello conllevaría a volver inoperante su aplicación. Dicha consideración también es aplicable en este caso a la extinción de dominio. Véase: GRACIA MARTÍN, en: GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, citado, Págs. 368-369.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES

A) JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Sentencia de 13-VIII-1997 –Ref. C-374/97–.
- Sentencia de 28-VIII-1997 –Ref. C-409/97–.
- Sentencia de 23-X-1997 –Ref. 539/97–.
- Sentencia de 28-VIII-2003 –Ref. C-740/03–.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SALA PRIMERA DE DISTRITO FEDERAL (MÉXICO).

- Sentencia de 25-I-2012 –Amparo 23/2011–.

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR

- Sentencia de apelación de 18-V-2018 –Ref. 12-APC-2017–.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR

- Sentencia de 24-IX-2010 –Inc. 91-2007–.
- Sentencia de 29-IV-2013 –Inc. 18-2008–.
- Sentencia de 22-V-2013 –Inc. 3-2008–.
- Sentencia de 28-V-2018 –Inc. 146-2014/107-2017–.
- Sentencia de 9-II-2018 –Inc. 6-2016–.
- Sentencia de 18-V-2018 –Inc. 163-2013–.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE HONDURAS

- Sentencia de 1-X-2013 –Ref. RI 706-11–.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

- Sentencia de 19-IV-2013 –Exp. 02073-2012-05-CCP –.

B) DOCTRINA

ANDRÉS IBAÑEZ, “*Tangentopoli* tiene traducción al castellano”, en: A.A.V.V., *Corrupción y Estado de derecho (El papel de la jurisdicción)*, Edit. Trotta, Madrid, 1996.

ATIENZA/MANERO, *Las piezas del Derecho*, 4º Edición, Edit. Ariel, 2016.

ATIENZA/MANERO, *Ilícitos atípicos*, Edit. Trotta, Madrid, 2000.

A.A.V.V., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Edit. Ratio Legis, Salamanca, 2000.

COLINA RAMÍREZ, *Consideraciones generales sobre la Ley federal de extinción de dominio*, Edit. Ubijus, México D.F., 2010.

GALVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro*, Edit. Ideas Solución Editorial, 2° Edición, Lima, 2015.

GALVÉZ VILLEGAS, *Decomiso y pérdida de dominio*, Edit. Ideas Solución Editorial, 1° Edición, Lima, 2018.

GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1° Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GREENBERG y otros, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Washington/Colombia, 2009.

GÓMEZ DE LLANO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Edit. Colex, Madrid, 2004.

JÍMENEZ GARCÍA, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción*, Edit. Comares, Granada, 2015.

LANGLOIS CALDERÓN, *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio y diferencias con el Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo*, en: A.A.V.V., X Certamen de Investigación, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2016.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”, en: A.A.V.V., *La extinción del Derecho de dominio en Colombia: especial referencia al nuevo código*, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Bogotá, 2015.

MUNERA MÁRQUEZ/ESCOBAR MARÍN, *Extinción del derecho de dominio en Colombia (afectaciones injustificadas a los derechos del sujeto pasivo)*, Edit. Académica española, Saarbrücken, 2012.

PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

RIVERA ARDILLA, *La extinción de dominio. Un Análisis al Código de Extinción de Dominio*, Edit. Leyer, Bogotá, 2014.

SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

SANTANDER ABRIL, “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/Organización de los Estados Americanos, E.E.U.U., 2017.

TRILLERAS MATOMA, *La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano*, Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

VELADO ESCOBAR, *La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: Breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencial de sus principales instituciones*, en: A.A.V.V., XI Certamen de Investigación Jurídica, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2017.

ZARAGOZA AGUADO, “Instrumentos para combatir el lavado de activos y el enriquecimiento proveniente del narcotráfico”, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, política y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, 1997.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Edit. Jurista Editores, Lima, 2013.