



■ Comentarios al proyecto de ley para la extinción de dominio

La ley que se discute persigue la recuperación de bienes producto de actos ilícitos, y regula los medios, competencias y procedimientos para obtener dicha recuperación.

Consideraciones generales

Se encuentra en la Asamblea Legislativa para su discusión y aprobación, el proyecto de ley para la extinción de dominio, un proyecto que, por su solo título, plantea una serie de interrogantes, y se suma a otras leyes que buscan responder al aumento de la delincuencia organizada y al incremento del terrorismo.

La ley que se discute persigue la recuperación de bienes producto de actos ilícitos, y regula los medios, competencias y procedimientos para obtener dicha recuperación. *“Por tal razón, es indispensable –dice el considerando tercero– dotar al Estado, garantizando el debido proceso, de un mecanismo legal para la investigación, el examen y establecimiento del origen ilícito de patrimonios y fortunas realizadas al margen de la ley y proceder a su extinción”.*

La figura de la extinción de dominio tal y como aparece definida en dicho proyecto, por lo menos en nuestro medio, es novedosa. Hasta ahora, la extinción del derecho de dominio –considerada como el cambio de titularidad del derecho real de propiedad– se producía por los medios tradicionales, como la transferencia en sus diversas modalidades, la expropiación, la transmisión y la prescripción. La novedad del proyecto consiste en la introducción de esa nueva forma de extinción, la cual consiste en la *“pérdida de ese derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular”*¹.

Ante todo, conviene tener presente un hecho muy significativo: el texto

¹ Art. 1 del proyecto de ley para la extinción de dominio, disponible en el sitio web del Ministerio de Gobernación <http://www.gobnacion.gob.sv/NR/rdonlyres/A4D62242-6067-4A03-ACB5-83D611376FF0/0/ProyectoLeyExtincionDominio.pdf> (última visita 26/12/2006)



...es indudable que la extinción de dominio, en los términos en que está planteada en el proyecto, configura una confiscación que, dados los términos de la disposición constitucional transcrita, no es posible desarrollar por la ley secundaria.

que sirvió de modelo al proyecto existente en la Asamblea Legislativa, fue el de la ley 793 del 2002 de la República de Colombia, que establece “las reglas que gobiernan la extinción de dominio”². La gran mayoría de los artículos del proyecto que comentamos son literalmente exactos a los de la ley colombiana.

Pero existe una dificultad infranqueable: el Art. 34 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dice literalmente: *“se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”*.

Es precisamente este artículo constitucional el que sirve de soporte a la legislación secundaria sobre la materia en la ley colombiana antes referida.

Una disposición constitucional semejante no existe en nuestro ordenamiento. Al contrario el inciso último del Art. 106 de nuestra Constitución expresa lo siguiente: *“Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles”*.

² República de Colombia, Ley 793 de 27 de diciembre de 2002, “Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”.

Con esos antecedentes, es indudable que la extinción de dominio, en los términos en que está planteada en el proyecto, configura una confiscación que, dados los términos de la disposición constitucional transcrita, no es posible desarrollar por la ley secundaria. Es de suponer que quienes le dieron iniciativa de ley al proyecto no repararon en la diferencia sustancial que en Colombia viabilizaba la ley mientras en nuestro país la obstaculiza. De paso, conviene hacer un brevísimo comentario sobre la indebida práctica, que se está volviendo inveterada, de trasladar a nuestro medio textos legales extranjeros que obedecen a distintos fundamentos y circunstancias.

Surge, sin embargo, una pregunta: ¿cómo es posible, entonces, que exista entre nosotros una ley de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos –muy similar a la que comentamos– que produce el efecto de que la propiedad sobre los bienes mal habidos se extinga e ingresen a las arcas del Estado? La respuesta es simple. En ese caso específico sí existe una disposición constitucional que fundamenta la legislación secundaria: *“Art. 240. Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes”*³. En este caso, se trata de funcionarios y



El camino correcto, sustentamos, es el de la reforma constitucional que, considerando todos los elementos de la cuestión, otorgue fundamentos a la institución de la extinción de dominio.

empleados obligados a restituir los bienes mal adquiridos; en el otro –en el de la extinción de dominio– se trata de particulares a quienes se les confiscan sus bienes sin haber fundamento constitucional para ello.

No se nos ocultan por supuesto las urgentes necesidades en un mundo cada vez más amenazado por la circulación de bienes y capitales de dudoso origen, un mundo en el que el crimen organizado disputa el poder palmo a palmo a las autoridades legítimamente constituidas, y en donde nuevas instituciones y medios de lucha tendrán que aparecer, pues el derecho se renueva constantemente al ritmo de los nuevos tiempos y de los crecientes conflictos sociales que traen aparejados.

Pero la fuerza del poder legítimamente constituido se basa en el respeto a la jerarquía normativa del Estado, y a los principios y procedimientos establecidos para el funcionamiento de sus instituciones, so pena de devenir en un poder arbitrario, carente de la autoridad moral, que resigna de la potestad que le permite situarse, sin discusión, sobre todos los poderes fácticos.

La observación que manifestamos es de tal magnitud que, por sí sola, destruye las bases de la legislación proyectada.

El camino correcto, sustentamos, es el de la reforma constitucional que,

³ Art. 240, inciso primero, Cn.

considerando todos los elementos de la cuestión, otorgue fundamentos a la institución de la extinción de dominio. El anterior razonamiento es compartido por otras instituciones que han manifestado su criterio sobre el particular. Una de ellas, el Centro de Estudios Jurídicos (CEJ), formula terminantemente el siguiente comentario: “*después de leer el proyecto de ley, concluimos que es innecesario señalar cada una de las disposiciones inconstitucionales, inaplicables o inconvenientes de la misma, ya que el concepto mismo de la ley, la confiscación, es inconstitucional, motivo por el cual toda la ley lo es*”⁴.

Los siete casos en que procede la extinción de dominio se encuentran contemplados en el Art. 2 del proyecto. Ellos son:

- 1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.*
- 2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.*
- 3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.*

⁴ Centro de Estudios Jurídicos, *Comentarios al proyecto de la ley de extinción de dominio*, artículo publicado en la Sección Opinión, de La Prensa Gráfica, el 16 de octubre de 2006.



...el proyecto no resuelve el caso de bienes sujetos a extinción que están situados en distintas jurisdicciones territoriales.

- 4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.*
- 5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación.*
- 6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.*
- 7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen lícito del bien perseguido en el proceso.*

Como hemos señalado en otras ocasiones, los casos establecidos en el proyecto –al igual que los tipos contemplados en la ley especial contra actos de terrorismo⁵– padecen de excesiva vaguedad. ¿Cuáles serán, por ejemplo, las evidencias necesarias para que el juez dicte una sentencia condenatoria bien motivada y alejada de la arbitrariedad en los casos mencionados y deba decidir sobre la cuantía del “incremento patrimonial

⁵ Decreto legislativo No. 108, aprobado el 21 de septiembre de 2006, Diario Oficial No. 193, Tomo 373, de 17 de octubre del mismo año.

injustificado” de los bienes objetados o sobre la permuta con otros *indirectamente* originados en actividades ilícitas? Por otra parte, al contrario de lo que acontece en Colombia, en donde corresponde a los jueces penales proferir la sentencia que declare la extinción de dominio⁶, en el proyecto salvadoreño que se compone de veinticinco artículos, el conocimiento de los siete casos que motivan la declaración de extinción corresponde a los jueces de lo civil con competencia en el lugar donde se encuentran ubicados los bienes (Art. 11) previa demanda escrita del Fiscal General de la República. Las pruebas serán valoradas conforme a las reglas del Código de Procedimientos Civiles (Art. 17). Por cierto que el proyecto no resuelve el caso de bienes sujetos a extinción que están situados en distintas jurisdicciones territoriales.

La acción de extinción de dominio es autónoma en los términos de la ley en comento (Art. 1). Lo que significa que dicha acción de extinción de dominio procede no como consecuencia de la comisión de un delito y de las penas principales y accesorias que se impongan en la sentencia de condena.

La situación es inversa: si del ejercicio de la acción civil de extinción de dominio, surge la comisión de un delito, se iniciará entonces la acción penal correspondiente.

⁶ Art. 11, Ley 793 de Colombia, antes referida.



La sentencia del juez de lo civil es recurrible ante la cámara de segunda instancia de la circunscripción a la que pertenezca el juzgado de cuya resolución se recurra; y contra la sentencia dictada por la Cámara *“podrá interponerse el recurso extraordinario de Casación, el cual se tramitará conforme a la ley de la materia”*⁷. En resumen, se trata de un juicio de naturaleza civil.

Así lo ha entendido el aparato gubernamental, tal como lo ha dicho el Viceministro de Seguridad al señalar que la ley para la extinción de dominio *“no determina la culpabilidad de un imputado en un juicio penal sino que lo malo podría estar en el modo de su apropiación y que para ello le dará tiempo para defenderse y presentar las pruebas”*⁸.

En la opinión expresada por el CEJ, esta institución sugiere ampliar los términos de la condena penal y hacerla extensiva a la recuperación de los bienes indebidamente adquiridos, a la indemnización de las víctimas y la adjudicación al Estado. Dicha sugerencia tendría validez si se siguiera el criterio colombiano de otorgarle al juicio de extinción de dominio naturaleza penal. Claro está que esto supondría un giro de ciento ochenta grados. Pero vale la pena reflexionar sobre ello.

⁷ Art. 21 del proyecto de ley para la extinción del dominio.

⁸ Artículo *Nuevo impulso a ley para quitar bienes al hampa*, El Diario de Hoy, citando a Astor Escalante, viernes 29 de diciembre de 2006.

Conviene mencionar, en este punto, que el compromiso 25 de la Declaración sobre Seguridad en las Américas de la Organización de Estados Americanos (OEA), inexactamente citado en el considerando II del proyecto de ley para la extinción de dominio, da base precisamente a una modalidad distinta a la utilizada en el proyecto. Dicha declaración dice: *“lucharemos contra la delincuencia organizada transnacional mediante, entre otras acciones, la plena implementación de las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional y sus tres protocolos, para que el lavado de activos, el secuestro, el tráfico ilícito de personas, la corrupción y los crímenes relacionados se tipifiquen como delito en el Hemisferio y que los bienes producto de esos delitos se identifiquen, rastreen, congelen o incauten y, en último término, se decomisen y enajenen”*⁹.

Si ese cambio se diera, también tendría validez la proposición del CEJ de dotar al Fiscal General de los medios necesarios para inquirir a profundidad sobre los bienes en contradicho a través de la regulación de la doctrina anglosajona conocida como *“levantamiento del velo social”*¹⁰.

⁹ Declaración sobre seguridad en las Américas, Organización de Estados Americanos, 28 de octubre de 2003, OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec. 1/03.



Con respecto a esta doctrina, expresa la autora Sonia Ivone Chapelet: “*Se puede mencionar en primer término, la reacción norteamericana, que dio lugar al nacimiento de la doctrina del disregard of the legal entity; según ésta se puede superar a la persona jurídica, alcanzando a las personas y los bienes que se hallan detrás del velo de la misma. El análisis de esta doctrina realizado por Rolf Serick, es el origen en España de la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo, denominada ‘doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica’*”¹¹. Y continúa: “*a pesar de las diferencias en los sistemas y en las teorías en las que se basan los conceptos de persona jurídica, se adaptan los preceptos de la doctrina del disregard of the legal entity, para utilizarlos de manera muy similar a través del levantamiento del velo o penetración de la persona jurídica. Al basarse en el sistema norteamericano, siguiendo tales parámetros, esta doctrina debe aplicarse luego de un examen de la realidad y una vez se hayan constatado hechos que impliquen el abuso de la forma, es decir se debe tratar de casos en que se haya burlado una ley con la ayuda de la persona jurídica, ocasionando un perjuicio a un tercero*”.

¹⁰ De acuerdo a Aaron Larson, *Piercing the corporate veil*, es el término legal empleado que describe la acción por la cual un acreedor puede alcanzar los bienes personales de los dueños o accionistas de una corporación, en virtud de la responsabilidad personal que surge aparte de la responsabilidad correspondiente a la corporación a la que pertenecen. Disponible en: http://www.expertlaw.com/library/business/corporate_veil.html (última visita 26/12/2006).

¹¹ Chapelet, Sonia Ivone, *Levantamiento del velo de la persona jurídica*, 31 de mayo de 2002, Campus virtual del Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, Pág. 18; disponible en: http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/chapelet.pdf.

La misma autora nos proporciona una definición: “*el levantamiento del velo es el acto por el cual se traspasa la forma externa de la persona jurídica, para investigar la realidad que existe en su interior, con el solo fin de evitar el fraude y utilización de la personalidad para obtener resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos y privados*”¹².

No parece tener mayor trascendencia la discusión sobre si la doctrina comentada es en realidad una doctrina o una técnica judicial aplicable únicamente a cuatro supuestos que son:

1. Abusos de la forma jurídica (una forma del abuso de derecho).
2. Identidad de personas o esperas de actuación o confusión de patrimonios (doble contabilidad).
3. Control o dirección externa (Holding).
4. Infracapitalización o descapitalización societaria (fraude a terceros).

La debilidad de esta doctrina, según Baldó Roda¹³, radica desde la perspectiva jurídica, en la inexistencia de un criterio único para establecer en qué casos se aplicará, por lo que se ve amenazado el principio de seguridad jurídica. Y desde la perspectiva económica, se presenta como una desventaja el riesgo de desalentar formaciones económicas consistentes.

¹² *Ibidem*. Pág. 19.

¹³ *Ibidem*. Citando a Baldó Roda.

En todas las leyes que últimamente han sido aprobadas por la Asamblea Legislativa y sancionadas por el Presidente de la República, las cuales poco a poco van desplazando a la legislación ordinaria y codificada, se hace presente un acentuado espíritu inquisitorial que debemos considerar legítimo en consideración a la gravedad, frecuencia y daño social que producen los delitos o actos ilegítimos que se persiguen.

Pero volviendo al texto de la ley, aparte de las vaguedades mencionadas, conviene señalar otras impropiedades: el Art. 9 dice que *conocerá* de la acción el Fiscal General de la República directamente o a través de sus agentes auxiliares, ante los jueces competentes a quienes corresponderá la sentencia de extinción de dominio. El artículo es confuso y tal como está redactado, pareciera que indebidamente le concede jurisdicción para la tramitación del proceso al Fiscal General. Obviamente esto no es así. El Fiscal sólo tiene las naturales facultades de investigación, solicitar al juez las medidas cautelares que corresponden y presentar ante el mismo juez la demanda correspondiente. La impropiedad de la redacción resalta a la vista cuando en el Art. 11 establece que corresponde a los jueces de lo civil con competencia en el lugar donde se encuentran ubicados los bienes, *conocer* del proceso en primera instancia. Ante ellos se interpondrá la demanda, se tramitará el procedimiento y pronunciará la sentencia que declare la extinción de dominio o absuelva al demandado, según el caso.

Según el Art. 14, las respuestas evasivas del demandado podrán ser consideradas por el juez como admisión tácita de los hechos alegados por la contraparte y se continuará con el proceso. Si bien las pruebas serán valoradas conforme a las reglas del Código de Procedimientos Civiles, esta disposición no está exenta

del peligro de interpretaciones subjetivas o arbitrarias.

En todas las leyes que últimamente han sido aprobadas por la Asamblea Legislativa y sancionadas por el Presidente de la República, las cuales poco a poco van desplazando a la legislación ordinaria y codificada, se hace presente un acentuado espíritu inquisitorial que debemos considerar legítimo en virtud de la gravedad, frecuencia y daño social que producen los delitos o actos ilegítimos que se persiguen. Pero no podemos dejar de señalar que ellas son también portadoras del peligro de que se puedan aplicar contra personas inocentes, utilizándose la vaguedad de los tipos y de los actos sujetos a sanción. Para decirlo en el argot popular, son “leyes de doble filo” contra cuyos efectos no están exentos ni siquiera quienes las aprobaron impulsados por el clima de desesperación ante el auge de delincuencia.

Conviene reiterar, por eso, algo que constantemente ha venido sosteniendo FUSADES y que se ha hecho patente en las sucesivas mesas redondas que sobre la marcha de las instituciones ha organizado a lo largo de todo el año: las instituciones públicas no están funcionando adecuadamente, y al no hacerlo, se buscan los medios legislativos para evidenciar un intenso interés por la marcha de la cosa pública.

La institucionalidad del país depende, en definitiva, de la capacidad, el tesón y la probidad de sus funcionarios, cuyo ejemplo es el mejor forjador de la cultura democrática de los pueblos.

No repetiremos aquí todo lo que se ha dicho sobre el particular, pero sí nos sentimos con el vigor suficiente para proclamar que si las instituciones funcionan como deben, muchas de las nuevas normativas resultarían superfluas, innecesarias o contraproducentes, en buena medida porque gran parte de sus disposiciones ya están contempladas en la legislación ordinaria. La institucionalidad del país depende, en definitiva, de la capacidad, el tesón y la probidad de sus funcionarios, cuyo ejemplo es el mejor forjador de la cultura democrática de los pueblos.

No debemos terminar estos comentarios sin expresar nuestra aceptación a las medidas que conduzcan a la persecución

y represión de los gravísimos delitos que, de manera organizada, sistemática y sofisticada, comete el crimen organizado, el cual debe atacarse radical y oportunamente, poniendo en juego toda la voluntad y la inteligencia, pues constituyen un grave peligro no sólo para nuestro país sino para la humanidad. Debe quedar claro, por ello, que las observaciones que nos sentimos obligados a expresar, no tienen otro fin que el de depurar la normativa aplicable contra esa implacable delincuencia, en busca de una mayor eficacia y legitimidad de las actuaciones oficiales las cuales deben estar siempre encuadradas –esa es su fortaleza– en el marco institucional del estado de derecho.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366, Fax: (503) 2248-5609

Consultas al correo electrónico:
e.legal@fusades.com.sv
www.fusades.com.sv

