

**LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES  
DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA  
EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO  
2017**

**Corte Suprema de Justicia  
Centro de Documentación Judicial**

**San Salvador, 2019**

**Gerente General de Asuntos Jurídicos**

*Lic. Félix Rubén Gómez Arévalo*

**Jefa del Centro de Documentación Judicial**

*Lcda. Evelin Carolina Del Cid Flores*

**Edición y revisión**

**Jefe del Departamento de Publicaciones:**

*Lic. José Alejandro Cubías Bonilla*

**Jefa de la Sección de Diseño Gráfico:**

*Lcda. Roxana Maricela López Segovia*

**Diagramación:**

*Ing. Ana Mercedes Mercado Cubías*

# ***Corte Suprema de Justicia***

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

## ***Sala de lo Constitucional***

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

*Lic. Aldo Enrique Cáder Camilot*  
VOCAL

*Lic. Carlos Sergio Avilés Velásquez*  
VOCAL

*Lic. Carlos Ernesto Sánchez Escobar*  
VOCAL

*Lcda. Marina de Jesús Marengo de Torrento*  
VOCAL

## ***Sala de lo Civil***

*Lic. Óscar Alberto López Jerez*  
PRESIDENTE

*Dr. Ovidio Bonilla Flores*  
VOCAL

*Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz*  
VOCAL

## ***Sala de lo Penal***

*Lcda. Doris Luz Rivas Galindo*  
PRESIDENTA

*Lic. José Roberto Argueta Manzano*  
VOCAL

*Lic. Leonardo Ramírez Murcia*  
VOCAL

## ***Sala de lo Contencioso Administrativo***

*Lic. Sergio Luis Rivera Márquez*  
PRESIDENTE

*Lcda. Elsy Dueñas Lovos*  
VOCAL

*Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno*  
VOCAL

*Lic. Roberto Carlos Calderón Escobar*  
VOCAL



Coordinador:

Lic. Luis Oswaldo López Álvarez



*La edición de las sentencias judiciales es responsabilidad  
del Centro de Documentación Judicial*



# **LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO 2017**

## **ANÁLISIS FINANCIERO CRIMINAL**

### **ASPECTOS QUE DELIMITAN LA INSTITUCIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL**

“Consideración N° 31.- El primero de los reclamos formulados por los abogados procuradores tiene su cimiento inicial en la calidad en que se valoró la declaración del señor [...], en el sentido que si éste declaró en calidad de testigo o de perito. En ese orden de ideas, como primer aspecto debe delimitarse la institución de la prueba pericial, es un criterio ya sostenido por este Tribunal [263-SC-2012(1)] la complejidad de la prueba pericial, y que la misma supone dos actividades que resultan complementarias entre sí, y que de forma conjunta conforman la prueba pericial.

Consideración N° 32.- La primera de dicha actividades la representa la realización del acto pericial en sí mismo, que comporta las etapas de: (a) la observación o examen del objeto, persona, cosa, sustancia, documentos o similares que el perito estudia, y su descripción completa al momento de realizarse la pericia; (b) la realización de operaciones o aplicación de técnicas específicas –y su descripción- para realizar el procedimiento de actividad pericial y obtener información según los puntos de pericia y los que estime prudentes el perito conforme a la búsqueda que desarrolla; (c) los resultados obtenidos de las operaciones, actividades o práctica de técnicas específicas aplicadas al objeto, persona, documentos, sustancias o similares, sujetas a estudio pericial; (d) las conclusiones específicas a las que ha llegado el perito con respecto al auto pericial practicado; y (e) la expedición del informe escrito o dictamen pericial escrito, en el cual, consta de manera completa todo lo relativo a la pericia.

Consideración N° 33.- El segundo aspecto es el relacionado a la declaración que el perito preste en el juicio sobre la pericia practicada, en este caso, cuando el perito declara en el debate se le puede interrogar sobre su idoneidad, experiencia, formación, capacidad y sobre el acto pericial que practicó, y sobre el cual emitió un informe escrito, y tal declaración del perito completa la prueba pericial, siendo ésta una misma, entre el dictamen escrito y la declaración oral, sin que el hecho de que el perito declare en el juicio lo transforme en testigo, su declaración sigue siendo parte del acto pericial.”

**POR TRATARSE DE UN ACTO DE PRUEBA SU REALIZACIÓN NO DEPENDE DE FORMA EXCLUSIVA DE LA ORDEN DE UN FUNCIONARIO JURISDICCIONAL**

“Consideración N° 34.- En ese orden de ideas, al analizar el escrito de apelación suscrito por los abogados procuradores, éstos sustentan su queja en el hecho de que la Juez A quo calificó la deposición del señor [...], como prueba

testimonial y no como pericial, situación que a criterio de los impetrantes constituye un yerro, ello en atención a que el señor [...] realizó el denominado “Análisis Financiero Criminal” por encargo de la Unidad Especializada de Extinción de Dominio, analizando los documentos que le fueron proporcionados y que en dicho informe emitió opiniones en base a su supuesto conocimiento especializado que posee en materia contable, de acuerdo a esto se trata de un perito y su informe es un dictamen pericial. Sostienen además los apelantes que el informe fue realizado al margen de los requisitos previstos en el Código Procesal Penal.

Consideración N° 35.- El quid de determinar si el señor [...] debe ser calificado como perito o testigo radica inicialmente en siete puntos que son señalados en el escrito de apelación y que se procede a señalar a continuación: [...] 1) primero: el señor [...] no fue propuesto como perito y, por consiguiente, tampoco la realización de la pericia fue autorizada por la Jueza A quo; 2) segundo: no se acreditó por parte de la Representación Fiscal que dicho señor fuese perito permanente, pues en caso de ser accidental debió haber sido juramentado de conformidad al artículo 226 del CPP; 3) tercero: no se acreditó por parte de la Representación Fiscal la calidad habilitante de dicho señor de conformidad al artículo 227 del CPP [...].”

Consideración N° 36.- “[...] 4) cuarto: no se determinó si el señor [...] se encontraba en alguno de los supuestos previstos en el artículo 229 y 230 del CPP, esto es, si concurría alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o impedimento para que este fuera perito; 5) quinto: no se notificó a los procuradores del señor [...] la realización de la pericia con indicación de los puntos de pericia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 231 inciso 2° del CPP; 6) sexto: la parte procuradora que representó al señor [...], no tuvo la oportunidad de proponer otro perito, tampoco tuvo la oportunidad de proponer puntos de pericia distintos u objetar los propuestos por la contraparte, derechos previstos respecto de este medio de prueba en el artículo 232 del CPP; 7) séptimo: las partes no tuvimos la oportunidad la ampliación o explicación en las partes oscuras del dictamen pericial, derecho reconocido expresamente en el artículo 237 inciso 2° del CPP [...].”

Consideración N° 37.- En esa línea de ideas, este Tribunal procederá al análisis individualizado de cada uno de los puntos señalados por los impetrantes, quienes refieren que el dictamen pericial adolece de falta de cumplimiento de requisitos o presupuestos legales. Así, respecto al primero de los alegatos, concretamente: “[...] 1) primero: el señor [...] no fue propuesto como perito y, por consiguiente, tampoco la realización de la pericia fue autorizada por la Jueza A quo [...], esta Cámara tiene a bien exponer que de conformidad al Lit. e) del Art. 29 LEDAB, la solicitud de extinción de dominio debe contener la indicación y el ofrecimiento de las pruebas conducentes.

Consideración N° 38.- En ese sentido, el primer momento procesal en el que corresponde verificar el ofrecimiento de determinado medio o elemento de prueba es la solicitud de extinción de dominio, esta afirmación nos lleva a verificar la solicitud de extinción de dominio presentada ante el Juzgado especializado, y que corre agregada de [...] en la primera pieza del expediente judicial. De dicho documento se logra extraer que junto a la mencionada solicitud se adjuntó en original el Análisis Financiero Criminal, elaborado por el Licenciado [...], quien es

contador adscrito a la Fiscalía General de la República. Tan importante es que se consigne la pretensión probatoria que se identificó como demostrar la inexistencia de elementos de conformidad a la prueba documental aportada al proceso penal por el mismo afectado y que ha sido trasladada al proceso extintivo que el señor [...] no puede justificar la procedencia lícita del dinero incautado y objeto del presente proceso.

Consideración N° 39.- Así, se aprecia que el Análisis Financiero Criminal fue ofertado como elemento probatorio desde el momento de presentación de la solicitud de extinción de dominio. Al retomar las consideraciones anteriormente apuntadas referentes a la indivisibilidad entre el dictamen pericial y la declaración que el perito rinde en el juicio, puede arribarse a la conclusión que habiéndose acompañado a la solicitud de extinción de dominio el Análisis Financiero Criminal, la parte procuradora fue impuesta de la existencia del referido análisis, así como la persona encargada de su práctica y la finalidad probatoria del mismo. En ese sentido el señalamiento de que el señor [...] no fue propuesto como perito se desvanece, pues desde el inicio de la etapa judicial del proceso de extinción de dominio se hizo del conocimiento de los intervinientes que había sido éste quien practicó el Análisis Financiero Criminal.

Consideración N° 40.- En este mismo defecto que es alegado por los imputados se hace referencia a que la pericia no fue autorizada por la Jueza. Respecto a ello conviene dejar sentado que nos encontramos ante un acto de investigación que fue practicado dentro de la fase de investigación que se encuentra regulada en los Arts. 26, 27 y 28 LEDAB; siendo que el primero de los preceptos señalados, de forma textual establece que la etapa de investigación: “[...] estará a cargo del fiscal especializado, de conformidad con las atribuciones asignadas en la presente ley [...]”.

Consideración N° 41.- El Art. 27 LEDAB establece que la investigación, que es iniciada y dirigida por la Fiscalía General de la República- tiene entre sus finalidades: “[...] c) Recopilar información o elementos materiales que evidencien la concurrencia de cualquiera de los presupuestos de extinción de dominio previstos en la presente ley [...]”; en ese orden de ideas, por la misma finalidad de la etapa de investigación, se encuentra habilitado el fiscal asignado a la misma, para ordenar la realización de peritajes que tengan por finalidad la acreditación de cualquiera de los presupuestos establecidos en el Art. 6 LEDAB. Por tanto, tratándose de una fase que no se encuentra sometida a control jurisdiccional, la realización de dictámenes puede ser encomendada por la Fiscalía.

Consideración N° 42.- Debe, además, hacerse ver que por la naturaleza del Análisis Financiero Criminal, el mismo es susceptible de ser calificado como un acto de prueba, y concretamente -como lo sostienen los recurrentes- un acto de prueba pericial. Así, como primer aspecto debe hacerse ver que la doctrina reconoce que “[...] la prueba pericial tiene una doble configuración, sea que se realice por orden fiscal o por orden judicial [...]”. [Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. “Diagnóstico Técnico sobre las cuestiones problemáticas más importantes que se derivan de la aplicación del Código Procesal Penal mediante la revisión analítica de los preceptos procesales que integran la normativa procesal penal”. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, 1a edición, 2015. Pág. 147].

Consideración N° 43.- De lo anterior se advierte que aun tratándose de actos de prueba pericial, su realización no depende de forma exclusiva de la orden de un funcionario jurisdiccional, sino que la misma puede ser practicada a instancia del ente encargado de la investigación. En ese sentido, carece de robustez atacar el análisis en mención bajo el argumento de que el mismo no fue autorizado por la Juez Especializada en Extinción de Dominio, pues, como supra se ha hecho referencia, la Fiscalía General de la República se encuentra habilitada para ordenar la realización de peritajes que tengan por finalidad la acreditación de uno o más de los presupuestos establecidos en el Art. 6 LEDAB.”

#### CONSIDERACIONES SOBRE LA ACREDITACIÓN DE PERITOS PERMANENTES

“Consideración N° 44.- En segundo lugar, señalan los impetrantes que no se acreditó la condición de perito permanente respecto del señor [...], ya que de tratarse de un perito accidental debió ser juramentado de conformidad al Art. 226 Pr.Pn. En atención a este alegato, debe hacerse ver que el precepto legal en mención señala que, inter alia, son peritos permanentes: “c) Los especialistas de las facultades y escuelas de la Universidad de El Salvador y de las dependencias del Estado e instituciones oficiales autónomas”. En ese sentido, habida cuenta que a la fecha de realización del Análisis Financiero Criminal el señor [...] se encontraba unido a la Fiscalía G General de la República por una relación laboral, es procedente calificar al mismo como perito permanente, en los términos indicados en el Lit. c) del Art. 226 Pr.Pn.

Consideración N° 45.- La acreditación que los impetrantes consideran ausentes, se advierte del contenido mismo del dictamen escrito que para tal efecto fue presentado, en el que se logra apreciar entre otras cosas el sello institucional de la Unidad Especializada en Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la República que, junto a la firma del perito [...], calza el dictamen escrito. También, en el cuerpo del dictamen se consigna: “[...] se exponen a continuación los resultados de la pericia realizada por el Analista Financiero de la Unidad Especializada en Extinción de Dominio de esta Fiscalía [...]”. Finalmente, la firma del responsable de la pericia en comento ha sido identificada dentro del dictamen escrito como del Auditor de la Unidad Especializada en Extinción de Dominio.

Consideración N° 46.- En atención a las observaciones realizadas en el párrafo que antecede, se advierte que a través del mismo dictamen se realiza la correspondiente acreditación del señor [...] como perito permanente, adscrito a la fecha de realización de su pericia a la Unidad Especializada de la Fiscalía General de la República. Como consecuencia de ello, el segundo de los puntos alegado por los quejosos se desvirtúa.

Consideración N° 47.- La tercera de las deficiencias del peritaje que es alegada por los recurrentes se refiere a que no se acreditó por parte de la Fiscalía General de la República la calidad habilitante del perito en los términos señalados en el Art. 227 Pr.Pn. El inciso primero de dicho precepto legal establece: “Los peritos deberán tener título en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario, podrá designarse a personas de idoneidad manifiesta.”

Consideración N° 48.- De acuerdo a lo anterior, hay que decir que la calidad habilitante a que se refiere el Art. 227 Pr. Pn., es aplicable únicamente respecto de los peritos accidentales, que son nombrados para una pericia determinada –Art. 226 Pr. Pn.-, justamente de ahí nace la necesidad de acreditar el conocimiento de la persona designada respecto de la pericia que le es encomendada. Esto no es así cuando se trata de los peritos permanentes, pues es la relación existente entre ellos y el Estado, a través de las distintas dependencias señaladas en el Art. 226, las que les concede la calidad de peritos.”

IDONEIDAD DE PERITOS PERMANENTES PARA SER ATACADA REQUIERE QUE SE SOMETA A JUZGAMIENTO DE ACUERDO AL PUNTO SOBRE EL QUE SE LE HA REQUERIDO PRONUNCIARSE

“Consideración N° 49.- Lo anterior no significa que la idoneidad del perito no pueda ser sometida a escrutinio por las partes que intervienen en la audiencia de sentencia, quedándoles a salvo a éstos el derecho de realizar el correspondiente interrogatorio de acreditación con el propósito de exponer los conocimientos del perito y su idoneidad respecto a la pericia que le ha sido encomendada. Sin embargo, sólo tratándose de los peritos accidentales la obligación de acreditar su idoneidad se traslada a la parte que lo ofrece, pudiendo la contraparte solicitar que se acredite la idoneidad, o atacar la misma.

Consideración N° 50.- Empero, tratándose de peritos permanentes su idoneidad no puede ser atacada per se sino que es necesario que la misma se someta a juzgamiento de acuerdo al punto sobre el que se le ha requerido pronunciarse. Es así que no puede señalarse como incumplimiento de requisitos legales la no acreditación de la calidad habilitante del perito [...], pues a primera vista la misma no le es exigida por desempeñarse como perito permanente; sin embargo, no existe impedimento para que, por la naturaleza misma del peritaje, la parte que lo estimara conveniente a través de las técnicas de interrogatorio o de otro elemento de prueba, desacreditara al mismo ante la Juez de primera instancia, lo cual debió hacerse por medio del ofrecimiento de un perito que los interesados consideraran que se encontraba mejor acreditado que el propuesto por la contraparte.

Consideración N° 51.- En cuarto lugar señalan los quejosos que no se determinó si el señor [...] se encontraba bajo alguno de los supuestos regulados en los Arts. 229 y 230 Pr. Pn., es decir si respecto del perito concurría alguna causal de incapacidad, incompatibilidad o impedimento para que éste fuera perito. En el sentido anterior, este Tribunal es del parecer que tratándose de peritos permanentes -Art.226 Inc. 4 Lits. a) a e) Pr. Pn.- éste se encuentran revestidos de un principio de buena fe, toda vez que desde la labor especial que desempeñan pueden ser considerados como delegados estatales, tan es así que el carácter de permanentes se los concede justamente la relación de subordinación laboral que existe entre ellos y el Estado.

Consideración N° 52.- Así las cosas, cuando se trata de delitos permanentes no es la parte que solicita la pericia la encargada de realizar la labor de acreditación sobre idoneidad, capacidad y especialidad; sino que es la contraparte –la

que se muestra inconforme con la pericia o que se considera perjudicada por la misma- a quien le corresponde determinar la concurrencia de una o más de las situaciones previstas en los Arts. 229 y 230 Pr. Pn.”

PARTE INTERESADA EN LOGRAR DESACREDITACIÓN DE PERITO ES A QUIEN LE CORRESPONDE ALEGAR MOTIVO DE IMPEDIMENTO Y PROBARLO

“Consideración N° 53.- En desarrollo de lo anterior cabe hacer ver que los preceptos legales citados en el párrafo que antecede corresponden a realidades diferentes. El Art. 229 Pr. Pn., se refiere –como su acápite señala- a las incompatibilidades para ser peritos; por el vocablo incompatibilidad debe entenderse: “Exclusión natural o legal de una cosa o causa de otra. Contradicción.” [Cabanelas de Torres, Guillermo. Op. Cit. Pág. 201]. De ahí que el contenido de la citada disposición legal se refiere a la generalidad de las personas que no pueden ejercer como peritos dentro de un procedimiento, es decir, que las personas consignadas en el artículo no podrán desempeñarse como peritos.

Consideración N° 54.- En esa línea de ideas, será la parte interesada en lograr de desacreditación del perito a quien le corresponderá demostrar que la persona ofrecida como perito se encuentra en alguna de las causas señaladas por el legislador. Así, era atribución de los abogados procuradores demostrar por los medios idóneos que el señor S. O. D. C.: (a) es menor de edad, o lo era al momento de realizar la pericia; (b) que haya sido declarado judicialmente como mentalmente incapaz –Arts. 290 ss. Fam.-; (c) que pudiera abstenerse de declarar como perito –Art. 204 Pr. Pn.-; y (d) que a la fecha de realización de la pericia o de presentarse a la audiencia de sentencia haya sido inhabilitado para ejercer la técnica sobre la que versa el peritaje.

Consideración N° 55.- Respecto a las causales establecidas en el Art. 230 Pr.Pn., éstas han sido denominadas por el legislador como impedimentos, término que se emplea para hacer referencia a “obstáculo, dificultad, estorbo, traba, embarazo que se opone a una actividad o fin” [Cabanelas de Torres, Guillermo. Op. Cit. Pág. 195]. Éstos ya son dirigidos no a colectivos, sino a la persona del perito, de ahí que sean los impedimentos para ser perito, -no en términos generales, sino en el caso en cuestión- los mismos que han sido determinados como motivos de impedimento para que un Juez conozca de la causa –Art. 66 Pr. Pn.-.

Consideración N° 56.- El Art. 230 Pr. Pn., determina que los motivos de impedimento respecto de los peritos serán tramitados en la forma señalada para las excusas y recusaciones. Las primeras son promovidas a iniciativa del funcionario judicial que reconoce que en su persona concurre un impedimento para conocer de la causa; las segundas, en cambio, son interpuestas por una de las partes procesales, quien considera que existe riesgo de perder la imparcialidad en la persona del perito porque ha advertido que concurre uno o más de los motivos de impedimento y ante ello solicita que el perito sea separado de la causa.

Consideración N° 57.- En atención a lo anterior, al reconocerse un trámite similar al de las recusaciones, debe ser la parte interesada en lograr la separación del perito de la causa quien deberá alegar el motivo de impedimento, y presentar los elementos probatorios correspondientes para acreditarlo. Siendo en extremo

débil señalar que se ha incumplido un requisito legal porque no se determinó que respecto del perito [...] no concurría algún motivo de incompatibilidad o impedimento. Por tanto ese reclamo puntual merece ser rechazado.”

#### IMPOSIBILIDAD PARA JUZGADOR DE NOTIFICAR REALIZACIÓN DE PERITAJE FINANCIERO EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO YA QUE SE REALIZA DURANTE LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y ESTÁ PROTEGIDA CON RESERVA

“Consideración N° 58.- El quinto de los puntos que los impetrantes señalan como falta de cumplimiento de requisitos legales es que no se les notificó a los abogados procuradores del afectado [...] la realización de la pericia con indicación de los puntos de la pericia, de acuerdo a lo previsto en el Art. 231 Inc. 2° Pr. Pn. Se analizará también junto a este motivo de reclamo el identificado por los impetrantes como sexto incumplimiento de presupuestos legales, referido éste a que los abogados procuradores no tuvieron la oportunidad de proponer otro perito, puntos de pericia distintos u objetar los propuestos por la contraparte.

Consideración N° 59.- Sobre este señalamiento hay que volver a decir que ya se determinó que no se trata de una pericia ordenada judicialmente, sino que la misma fue ordenada dentro de la etapa de investigación por la Fiscalía General de la República. En ese orden de ideas, no era posible que los abogados procuradores fueran notificados de la realización de la pericia, cuando ésta le fue presentada a la Juez Especializada en Extinción de Dominio. Tan es así que los mismos quejosos hacen referencia en su escrito a que no pudieron objetar los puntos de pericia propuestos por la contraparte —y no el Juez como reza el precepto legal-.

Consideración N° 60.- Debe hacerse ver a los quejosos que la finalidad de notificar la realización de la pericia con indicación de los puntos sobre los que ésta versará y la persona encargada de practicarla, se encuentra desarrollada en el Art. 232 Pr. Pn., y es que las partes tengan la oportunidad de proponer a su costa otro perito, puntos de pericia distintos u objetar los propuestos por el Juez.

Consideración N° 61.- En la jurisdicción especializada en extinción de dominio, el Art. 27 Inc. final LEDAB establece que la etapa de investigación será reservada, reserva que concluye hasta la presentación de la solicitud de extinción de dominio. Ahí se encuentra la razón de que la Fiscalía —quien ordenó la realización de la pericia- no pusiera en conocimiento del afectado la realización de la pericia, por la garantía de reserva que rige la etapa de investigación, y que encuentra su razón de ser en el riesgo más que evidente de que la persona afectada al tener conocimiento de que los bienes sobre los que ejerce el derecho de dominio serán sometidos a pericia realice actividades encaminadas a la alteración, ocultamiento o enajenación de los mismos.

Consideración N° 62.- A lo anterior, debe agregarse que el Art. 32 LEDAB concede a las personas afectadas por la solicitud de extinción de dominio un plazo de veinte días, poniendo a su disposición las actuaciones. Significa que una vez iniciada la etapa procesal, se rompe la reserva que se mantiene durante la fase de investigación y respecto de los afectados opera el principio de publi-

cidad, de acuerdo al cual se impone al afectado de las actuaciones de investigación que han sido presentadas ante el Juez de la causa, ello con la finalidad de que pueda realizarse el correspondiente pronunciamiento sobre la solicitud presentada por la Fiscalía.

Consideración N° 63.- De modo que al concedérsele traslado a la parte afectada y tener ésta acceso a las actuaciones realizadas durante la investigación, nacen las oportunidades previstas en el Art. 232 Pr.Pn., es decir: (a) proponer a su costa un perito distinto para que realice una pericia similar a la presentada por su contraparte; (b) proponer que el mismo perito realice puntos de pericia distintos a los practicados inicialmente; (c) objetar los puntos de pericia que fueron inicialmente propuestos por la parte que solicitó la pericia.”

PARTES DEBEN SOLICITAR UNA NUEVA PERICIA CONTABLE, EN CASO DE ESTAR INCONFORMES CON LA REALIZADA EN INVESTIGACIÓN FISCAL, AL CONTESTAR EL TRASLADO CONFERIDO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

“Consideración N° 64.- En esa línea de ideas, el quinto punto alegado como inobservancia de requisitos legales, no puede prosperar en esta sede, pues como supra se indicó, no nos encontramos ante una pericia ordenada judicialmente, por tanto no podía la juez de primera instancia notificar de su realización a la parte afectada; además, por tratarse de una actuación realizada durante la fase de investigación, la misma se encontraba protegida por reserva, no siendo procedente que se informara a la parte afectada de la realización de la pericia; y, finalmente, el afectado y sus procuradores fueron habilitados legalmente –al corrérseles traslado de conformidad al Art. 32 LEDAB- para proponer una nueva pericia a cargo de un perito diferente, o nuevos puntos de pericia a cargo del mismo perito [...]

Consideración N° 65.- Oportunidad procesal que ha precluido al no hacer ejercicio de las oportunidades establecidas en el Código Procesal Penal, que son aplicable supletoriamente a la jurisdicción especializada en extinción de dominio; y que en consecuencia no pueden razonablemente ser empleadas como un alegato en contra de la sentencia pronunciada en primera instancia. Ello implicaría a perseguir un beneficio procesal valiéndose de la inactividad de la parte que lo reclama; lo cual no es procedente toda vez que se ha reconocido que dentro del proceso sí se ha concedido el derecho que se reclama, sin embargo, no fue ejercitado por la parte reclamante. De acuerdo a los argumentos que anteceden, las supuestas quinta y sexta inobservancias de requisitos legales será rechazada en sede de apelación.”

PLAZO PARA SOLICITAR AMPLIACIÓN O ACLARACIÓN SOBRE EL DICTAMEN PERICIAL REALIZADO

“Consideración N° 66.- Finalmente, se señala como séptimo incumplimiento de requisitos legales que los abogados procuradores no tuvieron la oportunidad de ampliación o explicación de las partes oscuras del dictamen pericial, derecho que les es reconocido en el Art. 237 Inc. 2° Pr. Pn. Se advierte un yerro en el

planteamiento de los impetrantes, pues el precepto legal que invocan de forma textual señala que: “Las partes tendrán derecho a solicitar la ampliación o explicación referida, dentro de cinco días de conocido el dictamen; el juez o tribunal resolverá sobre su procedencia.”.

Consideración N° 67.- De lo anterior conviene destacar dos circunstancias: La primera es que la disposición legal se refiere a dos situaciones diferentes, pues reconoce el derecho a solicitar ampliación o explicación del dictamen pericial. La ampliación se refiere a que el análisis practicado o las conclusiones plasmadas en el informe escrito resultan insuficientes o escuetas a la lectura de la parte interesada, y en atención a ello requiere que las mismas sean robustecidas o que se profundice respecto al análisis como tal o a las conclusiones arribadas. La aclaración, en cambio, hace referencia a que el contenido del dictamen escrito no es comprensible para la parte interesada, ya sea por el excesivo empleo de lenguaje técnico o por ser redactado en una forma que resulta contradictoria o carente de claridad.

Consideración N° 68.- Pero lo más importante es que el mismo precepto señalado por los quejoso reconoce que las partes tiene el derecho de solicitar ampliación o aclaración de la pericia dentro del término de cinco días de conocido el dictamen. Nótese como el derecho procesal no surge a partir de la fecha de realizado el dictamen, sino hasta que éste es puesto en conocimiento de las partes procesales. En ese sentido, corrido que fue el traslado a la parte afectada de la solicitud de extinción de dominio, la cual fue acompañada por el dictamen pericial, fue ése el momento procesal en que debió solicitarse ampliación o aclaración según se considerara necesario.

Consideración N° 69.- De modo que es falso que la parte procuradora no tuvo derecho a solicitar la ampliación o aclaración del dictamen pericial; pues este derecho nació –tanto para el afectado como para sus procuradores de forma independiente y autónoma- una vez que se les corrió traslado sobre la solicitud de extinción de dominio presentada por la Fiscalía General de la República; no ejerciéndose oportunamente el derecho en ese momento, no es procedente atacar la sentencia pronunciada en primera instancia por ese motivo.

Consideración N° 70.- En atención a las consideraciones que anteceden, esta Cámara hace ver que la vía recursiva no debe ser interpretada por los litigantes como una oportunidad para subsanar la omisiones en que se incurrió durante la tramitación de la causa en primera instancia, con independencia de que los apelantes no se hubiesen acreditado como partes a la fecha en que debieron ejercerse las oportunidades procesales. De igual forma, tampoco puede por vía del recurso de apelación perseguirse un beneficio de la inactividad mostrada en primera instancia, como se aprecia en el caso in examine en el que las facultades procesales no fueron ejercitadas en primera instancia y esa falta de diligencia es esgrimida como argumento en contra del fallo pronunciado en primera instancia.

Consideración N° 71.- En ese sentido, contrario a lo alegado por los impetrantes en el sentido que no se observaron las normas relativas a los dictámenes periciales; advierte este Tribunal que fue la parte procuradora quien incurrió en dicha inobservancia, al no ejercer los derechos procesales que la ley les confirió

en el momento procesal oportuno. Y ha sido la falta de actividad procesal por parte de los procuradores la que se ha pretendido trasladar a la A quo.”

NO REQUIERE PARA SU VALIDEZ QUE SEA PRACTICADO POR UN CONTADOR PÚBLICO AUTORIZADO

“Consideración N° 72.- Siempre en este mismo motivo de apelación, los impetrantes sostiene que en la audiencia de sentencia celebrada en el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio fue desacreditada la idoneidad y la calidad habilitante del perito [...]. Se centra el alegato de inconformidad de los quejosos en la afirmación hecha por el señor [...] en el sentido que no posee Número de Registro como contador público expedido por la Junta de Vigilancia de la Profesión de Contaduría Pública.

Consideración N° 73.- Debe señalarse que los apelantes hacen referencia a la Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría [LREC], que tiene por objeto regular el ejercicio de la profesión de la Contaduría Pública, la función de la auditoría y los derechos y obligaciones de las personas naturales o jurídicas que las ejerzan –Art.1 LREC-; encontrándose la autorización de los contadores públicos a cargo del Consejo de Vigilancia de la Profesión de Contaduría Pública y Auditoría –Art. 5 Inc. 1° LREC-. El referido cuerpo normativo define la contaduría pública en los siguientes términos: “Una profesión especializada de la Contabilidad, sobre aspectos financieros de la actividad mercantil que incluye inspecciones y revisiones sobre los mismos” –Art. 1 Lit.a) LREC-.

Consideración N° 74.- Los supuestos de intervención obligatoria de un contador público se encuentran enunciados en el Art. 17 LREC, a saber: “a) Autorizar las Descripciones de los Sistemas Contables, los Catálogos de Cuentas y Manuales de Instrucciones que deben llevar los comerciantes, a los que la Ley exige llevar contabilidad y a quienes deseen un sistema contable. Esta autorización procederá en todos aquellos casos en que leyes especiales no establezcan que determinados entes fiscalizadores gubernamentales autoricen los sistemas contables de sus respectivos entes fiscalizados; b) Legalizar los requisitos o libros que deben llevar todos los comerciantes, de conformidad con las leyes de la materia, previa solicitud del interesado por escrito y autenticada; c) Dictaminar sobre el cumplimiento de las obligaciones profesionales que deben observar los comerciantes, de conformidad a las leyes pertinentes; [...]”.

Consideración N° 75.- “[...] d) Dictaminar, basados en normas y principios de auditoría internacionalmente aceptados y aprobados por el Consejo; sobre los estados financieros básicos de sociedades o empresas de cualquier clase, asociaciones cooperativas, instituciones autónomas, sindicatos y fundaciones o asociaciones de cualquier naturaleza; e) Certificar los balances contables de las empresas de los comerciantes que estén obligados de conformidad al Código de Comercio y leyes especiales; f) Certificar los valúos e inventarios cuando sea requerido; g) Realizar estudios de revaluación de activos y pasivos de empresas, y ajustar su valor contable; h) Certificar la rendición de cuentas en la administración de bienes; [...]”.

Consideración N° 76.- “[...] i) Certificar y razonar toda clase de asientos contables; j) Realizar la compulsa de libros y documentos en la dilucidación de asuntos contables, relacionadas con toda clase de juicios, a petición del juez de la causa o las partes en conflicto; k) Dictaminar o certificar las liquidaciones para el pago de regalías, comisiones, utilidades o retorno de capitales; l) Comunicar oportunamente por escrito a la persona auditada aquellas violaciones a la ley que encontraré en el transcurso de la revisión; m) En los demás casos que las leyes lo exijan. [...]”.

Consideración N° 77.- Interpretando el precepto penal antes transcrito, puede arribarse a la conclusión de que la comparecencia de un contador público acreditado por el Consejo de Vigilancia de la Profesión de Contaduría Pública y Auditoría, será obligatoria sólo en aquellos casos a los que expresamente la ley haga referencia, es decir, que la obligación de intervención de un contador público se limita a los casos que hayan sido previamente establecidos por la ley en mención; de modo que tratándose de un caso fuera de los previstos en el Art. 17 LREC, la intervención de un contador público no se vuelve obligatoria.

Consideración N° 78.- Ahora bien, al analizar el contenido del Análisis Financiero Criminal este Tribunal puede apreciar que el mismo no puede ser encuadrado en ninguno de los casos señalados en el Art. 17 LREC; en consecuencia no existe exigencia legal para que la pericia fuera practicada por un Contador Público autorizado. Así se desprende de lo consignado a folios 67 en el expediente judicial, cuando se hace referencia a: “[...] OBJETIVOS PRINCIPALES DE LA INVESTIGACIÓN Registro de las Personas Naturales o Jurídicas y Legalización de la actividad Comercial A) Determinar la legalidad de la actividad y la existencia del negocio e identificar los Entes estatales reguladores que la autorizan. El Origen del dinero B) Asegurarnos de la propiedad, existencia y exactitud de la fuente de ingresos de donde procede o se origina el dinero que portaba el señor [...] El Uso Destino del Dinero C) Asegurarnos de la existencia y exactitud de la cantidad de recursos obtenidos o adquiridos en el período como producto del uso y destino del dinero Medios utilizados en la actividad D) Identificar las características de la habitualidad de la actividad mercantil que ha mostrado el señor [...] en el período, así como la frecuencia o recurrencia con que las realiza [...]”.

Consideración N° 79.- “[...] OBJETIVOS ESPECÍFICOS - (Puntos de Pericia - Origen del dinero) e) Identificar y determinar si el dinero que portaba el señor S. el día 2 de mayo de 2015 es producto de una actividad comercial legal, y constatar con la documentación de respaldo. f) Determinar la cantidad o monto en Euros adquiridos en Colombia y vendidos en México, así como también la cantidad, de Dólares adquiridos en México y vendidos en Colombia, en el período, y compare el tipo de cambio de compra con el tipo de cambio en el mercado de Colombia y el mercado de México, e identifique a los proveedores y clientes del señor [...]”.

Consideración N° 80.- Así, a grandes rasgos es posible determinar que por la esencia del Análisis Financiero Criminal no es un requisito legal de validez que éste sea practicado por un contador público autorizado. A ello debe agregarse que, tal como ha quedado señalado en párrafos anteriores, la calidad habilitante del señor [...] se desprende de su condición de perito permanente a la fecha de realizado el análisis que le fue encomendado.”

## NO PUEDE SER EQUIPARADO A UN PERITAJE CONTABLE O A UNA AUDITORÍA

“Consideración N° 81.- Un aspecto de suma importancia y que también debe destacarse en el presente proveído es que el Análisis Financiero Criminal, contrario a lo que pretenden hacer ver los recurrentes no puede ser equiparado a un peritaje contable o a una auditoría, sino que se trata de un dictamen sui generis por cuanto a través de éste se realiza un rastreo del dinero incautado; es decir un estudio retrospectivo de su procedencia. Con ello, más allá de un grado académico concreto –aunque consta en el proceso la fotocopia del título del señor [...] como licenciado en Contaduría Pública, expedido por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas el día veinte de octubre de dos mil siete- se hace necesaria una preparación especializada en el tema de investigación de lavado de dinero y activos y de extinción de dominio.

Consideración N° 82.- De lo consignado en el párrafo que antecede se advierte que el señor [...], a diferencia de lo expresado por los impetrantes- sí cuenta con la preparación académica en el área de la contaduría pública, por tanto, puede sostenerse que el mencionado perito se encuentra suficientemente acreditado. A ello, debe adicionarse que al ser cuestionado sobre su acreditación como perito, éste respondió que había recibido la capacitación correspondiente por parte de la Fiscalía General de la República.

Consideración N° 83.- Como resultado de lo anterior, puede concluirse lo siguiente: (i) el señor [...] tiene preparación académica en materia de contaduría pública, siendo Licenciado en Contaduría Pública; (ii) además, ha recibido capacitaciones relacionadas con la investigación de capitales y activos en casos de lavado de dinero y activos; (iii) el Análisis Financiero Criminal, no constituye una pericia contable, ni una auditoría, por tanto no es legalmente exigible que sea realizado por un contador público; (iv) la naturaleza especial del Análisis Financiero Criminal coloca al señor [...] en un supuesto de idoneidad manifiesta establecido en el Art. 227 Inc. 1º. Pr. Pn.

Consideración N° 84.- En atención a las consideraciones que anteceden, es procedente desestimar el primero de los motivos de apelación esgrimidos por los procuradores licenciados [...].”

*Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-384-EXT-DOM-2016, fecha de la resolución: 22/02/2017*

## EXTINCIÓN DE DOMINIO

### ASPECTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS DEL DOMINIO O PROPIEDAD

“Consideración N° 1.- En aplicación a los Arts. 453 y 459 Pr. Pn. el tribunal de alzada tiene delimitada su competencia funcional en el conocimiento de la causa venida en apelación, únicamente en los puntos específicos de la resolución que causan agravio a los recurrentes, según ellos lo consignan en su escrito de apelación; es decir: (a) Para los Licenciados [...], de acuerdo a su escrito impugnativo: “[...] PRIMER MOTIVO: 1) INOBSERVANCIA DE LAS REGLAS DE LA

SANA CRÍTICA CON RESPECTO A MEDIOS O ELEMENTOS PROBATORIOS DE VALOR DECISIVOS INCORPORADOS EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. (INOBSERVANCIA DEL ART. 37 DE LA LEDAB). [...] SERGUNDO (sic) MOTIVO: INOBSERVANCIA Y/O ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEDAB POR PARTE DE LA JUEZA AQUO. [...].”

Consideración N° 2.- Respecto al afectado [...], si bien éste no realiza un señalamiento específico respecto a los motivos por los cuales se alza en contra de la sentencia pronunciada en primera instancia, si se consigna en el libelo presentado: “[...] la Sentencia que ahora apelo está viciada de una serie de errores en la valoración de la prueba [...]”. En ese orden de ideas, y como ya ha quedado constancia supra, considera este Tribunal que la queja formulada por el afectado se encuentra sustentada en la inobservancia a las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos de prueba de valor decisivo. Partiendo de lo antes expuesto, se procederá al análisis de los motivos de apelación esgrimidos por los impetrantes, y determinar si éstos concurren en la sentencia impugnada.

Consideración N° 3.- Este Tribunal, en atención a la naturaleza especializada de la jurisdicción de extinción de dominio, y dado que lo que se discute como objeto del proceso, es la extinción del dominio de bienes —en este caso dinero en efectivo— estima necesario, señalar algunos aspectos básicos sobre el derecho de dominio o propiedad, y para ello es menester iniciar con la dimensión legal, siendo que el Art. 569 Inc. 1° del Código Civil, al definir el vocablo dominio, lo hace en la forma que a continuación se expone: “Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario”.

Consideración N° 4.- Así también, desde la doctrina, el dominio se concibe como “Poder de usar y disponer de lo propio. [...] Para el Derecho Civil, dominio significa tanto como propiedad o plenitud de facultades legalmente reconocidas sobre una cosa” [Cabanelas de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, 15ª. edición, 2001. Pág. 135]; y el mismo autor en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define dominio como: “[...] facultad de usar y disponer de algo, y en especial de lo que por eso es propio [...] siendo que en el ámbito jurídico lo define con palabras de Sánchez Román como: “[...] derecho constituido en cosa corporal, que otorga a una persona el poder exclusivo de su libre disposición y aprovechamiento, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes o por la voluntad del transmitente”.

Consideración N° 5.- Ossorio, haciendo acopio de diversos elementos tanto doctrinales como legales se refiere al dominio como: “Poder que uno tiene de usar y disponer libremente de lo que es suyo. Derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Plenitud de los atributos que las leyes reconocen al propietario de una cosa para disponer de ella. Plena in re potestas: total potestad sobre una cosa.” [Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, Datascan, la edición electrónica]. Mientras que entendiéndolo como propiedad se dice que: “[...] es el derecho real que tiene una persona llamada propietario para usar, gozar, y disponer directa e inmediatamente de manera perpetua, exclusiva y absoluta de un bien corpóreo e individualizado, estando las demás personas obligadas a

respetar el ejercicio de ese derecho” [Felipe de la Mata Pizaña, Roberto Garzón Jiménez “Bienes y Derechos Reales” p 120].

Consideración N° 6.- Previo a continuar con la fundamentación del presente proveído, esta Cámara considera oportuno dejar en claro que, tomando en cuenta que el Código Civil salvadoreño equipara los términos de dominio con el de propiedad, como consta en la cita legal supra consignada, los extractos doctrinarios que se citen de forma textual en la presente sentencia en los que sólo se haga mención de “la propiedad”, deberá entenderse que se refieren también al dominio, pues este derecho real es conocido con ambas acepciones. Lo anterior aunque alguna doctrina –Molinario– desde una perspectiva estrictamente académica y doctrinaria, insiste en la separación de ambos conceptos; empero, al partir de la definición contenida en el Art. 569 C., es acertado desde nuestra legislación denominarlos en el mismo sentido, más allá de las distinciones meramente académicas.

Consideración N° 7. Precisamente, una definición aún más amplia del vocablo dominio es la propuesta por Molinario, en el sentido que “El dominio es el derecho real que importa un poder exclusivo y perfecto limitado por el interés social y a él subordinado, que abarca el máximum de facultades y en cuya virtud su titular puede poseer, usar, gozar y disponer material o jurídicamente de una cosa singular, determinada y actual en provecho propio pero sin menoscabo del bien común” [Molinario, Alberto D. “Derecho Patrimonial y Derecho Real”. Editorial La Ley, 1965. Pág. 124]. O bien como se afirma: “El derecho o facultad de disponer libremente de una cosa, sino lo impide la ley, la voluntad del testador o alguna convención”. [Joaquín Escriche “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomo I pág. 1114]

Consideración N° 8.- En ese sentido, y realizando una ponderación histórico- doctrinaria del derecho de dominio –llamado por muchos autores también como de propiedad– debe hacerse ver que los antiguos reconocían que “[...] escapa a toda definición por su sencillez y extensión, pues es el derecho más completo que se puede tener sobre una cosa corporal [...]”. [Petit, Eugéne. “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Cárdenas Editor y Distribuidor, edición 1980. Pág. 174]. Así, se reconoce la amplitud del derecho de propiedad o dominio, en relación a las facultades que se conceden a su titular sobre los bienes que se someten a su dominio, o lo que es lo mismo de acuerdo a nuestro Código Civil, los que son de su propiedad.”

#### CAUSALES HISTÓRICAS PARA EXTINGUIR LA PROPIEDAD

“Consideración N° 9.- Los beneficios que el derecho de dominio concede a su titular, son desde la antigüedad resumidos en: a) El jus utendi o usus, que es la facultad de servirse de la cosa y de obtener todas las ventajas que pueda rendir fuera de sus frutos; b) El jus fruendi o fructus, derecho de recoger todos los productos; y c) El jus abutendi o abusus, es decir, el poder de consumir la cosa, y por extensión, de disponer de ella en forma definitiva, destruyéndola ó enajenándola. [Petit, Eugéne. “Tratado Elemental de Derecho Romano” pág. 174]. Sin embargo, el derecho de dominio no se entiende como absoluto, pues son

varias las restricciones que la misma ley impone su titular en relación a la cosa que domina, de tal manera que el dominio o propiedad ha encontrado legítimas restricciones las cuales deben tener fundamento normativo.

Consideración N° 10.- Ahora bien, la extinción del dominio, como institución del derecho en la configuración clásica, no es novedosa, pues ya en el derecho romano se reconocían causales por las cuales la propiedad se extinguía, siendo éstas: a) Cuando la cosa de que es objeto deja de existir, por hallarse materialmente destruida, si esta destrucción no es completa, la propiedad subsiste sobre sus restos; b) Cuando la cosa deja de ser jurídicamente susceptible de propiedad privada; y c) Cuando se posee un animal salvaje que recobra su libertad. [Petit Eugéne. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Pág. 182]."

#### EXISTE RESTRICCIÓN LEGÍTIMA AL DERECHO DE PROPIEDAD CUANDO LOS BIENES TIENEN UN ORIGEN O DESTINACIÓN ILÍCITA

"Consideración N° 11.- Y actualmente no podría dejar de señalarse que aun siendo el derecho de dominio o propiedad de una gran extensión, el mismo se encuentra limitado bajo ciertos presupuestos de razonabilidad que permiten restringir el ejercicio de este derecho, por ello, la configuración legal es uno de los mecanismos que puede generar restricciones legítimas al derecho de propiedad, siempre que se reconozca su dimensión de derecho fundamental, la necesidad de su protección, y la especificación de bajo qué modalidades legales la propiedad o el dominio podrá ser objeto de razonables limitaciones, siempre que se mantenga la esencia del derecho de propiedad que es connatural al ejercicio de la dignidad del ser humano, es decir la libertad de poder ejercer dominio sobre los bienes que sean lícitamente obtenidos.

Consideración N° 12.- Así, el derecho de propiedad, actualmente reconocido no puede predicarse como absoluto, el mismo reconoce restricciones legítimas, que inclusive la Constitución la 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 por se genera un ámbito desmedido de su utilización, y la ley puede con fines de bien común generar razonables restricciones, por ese sentido social que la Constitución establece respecto del derecho de propiedad.

Consideración N° 13.- Esa intelección constitucional de la propiedad se ve reflejada en nuestra doctrina constitucional cuando se afirma: "[...] Por un lado al ponerse en moda por influjo de la doctrina de la Iglesia Católica la cláusula de la función social de la propiedad, se vino a entender que la propiedad no es sólo una situación de poder jurídico, esto es, un derecho subjetivo, sino una situación jurídica compleja, en la que al lado de las obligaciones impuestas por las leyes o, en su caso, por los reglamentos, para permitir la satisfacción de los intereses públicos o de intereses genéricamente denominados como sociales [...]". [Francisco Bertrand Galindo, José Albino Tinetti y otros "Manual de Derecho Constitucional. Tomo II. Centro de Investigación y Capacitación Judicial. p 811] Por ello,

el derecho de propiedad admite restricciones legítimas, una de ellas por ejemplo, que los bienes derivados de la ilicitud no pueden ser sujetos de una legítima apropiación y que conforme a la ley, puede declararse extinguido el dominio que sobre ellos se ejerce o se pretende ejercer.

Consideración N° 14.- Con lo expuesto en el párrafo que antecede, esta Cámara puede dejar constancia de dos situaciones de suma importancia para la decisión del presente incidente de apelación: La primera, que desde los orígenes mismos del derecho como instrumento mediador de las relaciones entre el Estado y sus gobernados se reconocía como una posibilidad que el derecho de dominio o de propiedad ejercido por un individuo particular sobre determinado bien pudiera extinguirse. De modo que el derecho de propiedad en sí no sólo no es absoluto por las limitaciones que para su ejercicio son determinadas por el mismo Estado, sino porque el mismo ordenamiento jurídico ha reconocido la posibilidad de que el derecho se extinga, es decir el derecho que se alega sobre un bien, puede ser objeto de extinción, más aun, cuando ese bien tiene un origen ilícito.

Consideración N° 15.- La segunda, y la que reviste más importancia con el pronunciamiento de la presente causa, es que desde el derecho romano se ha reconocido que existen supuestos en los cuales un bien puede, jurídicamente, dejar de ser susceptible de ser apropiado; y de establecerse esos supuestos, es decir, habiéndose acreditado que el bien ha dejado de ser susceptible de dominio, este derecho se extingue. Ahora bien, será el ordenamiento jurídico el encargado de determinar cuáles son las circunstancias que generan la afectación del bien dominado y que derivan en la extinción del derecho, las limitaciones son de configuración legal, y las mismas son necesarias cuando los bienes tienen un origen o destinación ilícita. En resumen, hasta aquí podría sostenerse que el derecho de propiedad, no se ha entendido como un derecho absoluto, exento de limitaciones, y en la actualidad, cuando los bienes tienen un origen o son usados como instrumentos de ilicitud, el dominio puede verse afecto de extinción.”

NO ES UNA SANCIÓN IMPUESTA AL TITULAR DEL DERECHO, SINO, UNA CONSECUENCIA QUE RECAE SOBRE EL OBJETO

“Consideración N° 16.- Nótese como ninguna de las causales de extinción del derecho de dominio referidas supra atañen al titular del derecho; todas están relacionadas con el bien sobre el cual se ejerce el derecho –que deje de existir, que no sea susceptible de ser apropiado o que, tratándose de un animal salvaje, recobre la libertad– de ahí que desde antiguo, la extinción del derecho de dominio no depende del individuo, sino del objeto. De modo que resulta acertado sostener que la extinción del derecho de dominio no es una sanción que se imponga al individuo que ejerce el derecho, sino que es una consecuencia que recae sobre el objeto sobre el cual se ejerce; y en la actualidad, la afectación del dominio sobre bienes respecto de los cuales se configura alguna situación de ejercicio del mismo, puede ser desarrollada cuando los bienes, tienen origen o destinación ilícita o cuando se trata de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado, sin que existan elementos que de una forma razonable

permitan considerar que provienen de actividades lícitas, siendo que la extinción es un acto predicable sobre el bien en sí mismo, pero con afectación de quien se dice su titular, el cual para poder resistir la intervención estatal de extinción de dominio, solo tiene que acreditar la licitud del bien, en cuanto a destinación, origen o adquisición, y en este último caso, el haberlo hecho, exento de culpa.”

#### CONSIDERACIONES DEL DOMINIO O PROPIEDAD VISTO COMO UN DERECHO REAL

“Consideración N° 17.- Habiendo dicho lo anterior, se hace necesario recordar que el dominio o propiedad, es un derecho real según lo previsto en los Inc. 2° y 3° del Art. 567C. por cuanto es un derecho que se tiene sobre una cosa sin referencia a determinada persona. La doctrina en materia civil reconoce que “[...] Existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa, o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona [...]” [Planiol, Marcel/Ripert, Georges. “Derecho Civil” Parte A, Harla. S.A. de C.V., 1997. Pág. 357]. De la misma definición que proporciona la doctrina nace la carga de acreditar el dominio que se ejerce sobre los bienes, pues el vocablo oposición, da la idea de presentar un razonamiento o argumento en contra, lo que Cabanellas de Torres identifica como un ataque dialéctico. [“Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, 15ª, edición, 2001. Pág. 282].

Consideración N° 18.- Siguiendo con el desarrollo de los derechos reales como presupuesto de partida necesario para hablar de la extinción de dominio, debe hacerse ver que si bien en la relación entre el titular del derecho y la cosa no existe intermediario; los derechos reales –al igual que todos los otros derechos– tiene en su generalidad un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. En el caso del derecho real de dominio, el propietario del objeto es el sujeto activo del derecho, mientras que el sujeto pasivo es todo el mundo, excepto él, es decir erga omnes, respecto a todos o frente a todos. En ese sentido “[...] la obligación impuesta a los sujetos pasivos es puramente negativa: consiste en abstenerse de todo lo que podría turbar la posesión apacible que la ley quiere asegurar al propietario [...]” [Planiol, Marcel/Ripert, Georges. “Derecho Civil” Pág. 358].

Consideración N° 19.- De todo lo expuesto, surge, pues, un insumo de gran importancia para comprender el proceso de extinción de dominio, y éste es que el mismo ordenamiento jurídico impone a quien se dice propietario de un bien determinado que acredite la licitud de su derecho; en caso de probarlo en debida forma, será la Ley la encargada de garantizar al individuo el ejercicio apacible de este derecho; en tal sentido, debe desde ahora señalarse que la protección constitucional que se garantiza en el artículo 2 Cn. en cuanto a la conservación del derecho de propiedad, y en el artículo 22 de la misma Carta Magna, es únicamente respecto de bienes obtenidos lícitamente, o destinados a actividades lícitas, puesto que la legitimidad de la norma constitucional no podría tener como fundamento, que se dispensará protección a los bienes que las personas adquieren mediante conductas ilícitas o que son destinados a la realización de actividades contrarias a derecho, en este caso, mediante conductas asociados a actividades criminales.

Consideración N° 20.- Así las cosas, cuando la constitución se refiere a la protección de la propiedad como derecho fundamental, su marco de referencia sólo puede ser la licitud de los bienes que las personas obtienen honradamente y destinan a actividades lícitas, es decir, dentro del marco del derecho, las personas tienen todo el derecho a ser tuteladas en cuanto a su patrimonio, pero sólo respecto de aquel, cuya obtención ha sido por medios de licitud reconocidos por la razonabilidad del derecho, y sean empleados para actividades que se encuentren a su vez respaldadas por el ordenamiento jurídico; y al contrario, no podría pretenderse que se confiriera protección constitucional a bienes cuya adquisición han sido por medio de conductas ilícitas o que se encuentren destinados a ellas, y en el caso de las leyes de extinción de dominio, cuando los bienes, son productos de actos ilícitos por origen o cuando las cosas cuya propiedad se tiene se destina como instrumento de actos ilícitos, en ambos casos con origen criminal –Art 4 LEDAB–.

Consideración N° 21.- En resumen, se protege únicamente la propiedad lícita, la vinculada a la ilicitud criminal –por origen o destinación- no puede ser objeto de protección estatal, puesto que lo ilícito no puede justificar un verdadero título en la forma de adquirir los bienes, y por ende ante el cuestionamiento de la propiedad por una acción de extinción de dominio, quien dice ser titular del derecho real debe demostrar la licitud de la adquisición del bien, o su correcta destinación en cuanto al uso de los mismos; así los bienes que tengan origen criminal o destinación de la misma índole, no son objeto de tutela, como tampoco lo son aquellos bienes de los cuales no puede acreditarse su lícita procedencia, puesto que no constituye un supuesto de verdadera propiedad o dominio sobre las cosas, y al contrario, el Estado tiene todo el derecho de extinguir el dominio que se ostenta sobre tales bienes, comprobando la vinculación de ellos, al hecho ilícito, siempre quien se presente como titular de los bienes, no pueda probar por el contrario, la legitimidad de su obtención en cuanto a medios lícitos, para su adquisición, o el haberlos adquirido exentos de culpa o en su caso de destinación.

Consideración N° 22.- En ese contexto, el derecho real es oponible a todo el mundo, puesto que implica la existencia de una obligación a la cual todo el mundo se encuentra sometido. El derecho real, como relación obligatoria universal, no puede nunca imponer más que una simple abstención, a saber, no hacer nada que pueda dañar a la persona investida activamente por el derecho. [Planiol, Marcel/Ripert, Georges. “Derecho Civil” Pág. 359]. Visto lo anterior, quien alega el derecho se autoimpone la obligación de acreditar frente a los sujetos pasivos la investidura que tiene ante ellos en relación al bien sobre el cual se ejerce el derecho, y para el caso que nos ocupa, quien se dice titular del derecho, se impone, por su alegación misma, la obligación de acreditar la licitud en la obtención del bien sobre el cual pretende ejercer el derecho de dominio.

Consideración N° 23.- De acuerdo a las consideraciones supra expuestas, logra advertirse que siendo el dominio un derecho real, su ejercicio se encuentra limitado por las formas que para tal efecto haya establecido el Estado; también, que existen causales de extinción del derecho de dominio, las cuales obedecen a particularidades presentadas por el bien sobre el que se ejerce el derecho, es decir que el derecho de dominio no se extingue por características personales de

su titular —o de quien alega serlo— sino que estas causales de extinción se ven relacionadas de una forma directa con el objeto dominado.”

CORRESPONDE A PARTE PROCESADA EN RAZÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA ESTABLECER DE MANERA SUFICIENTE LA LEGITIMIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES

“Consideración N° 85.- El segundo de los motivos por el cual los procuradores se alzan en contra de la sentencia pronunciada en primera instancia se identifica por los impetrantes como: “INOBSERVANCIA Y/O ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEDAB [...]”. Como primer aspecto a destacar se encuentra el planteamiento dicotómico realizado por los apelantes cuando sostienen la inobservancia y la errónea aplicación del mismo precepto legal en el mismo motivo de apelación.

Consideración N° 86.- La Sala de lo Penal ha delimitado el significado de ambas figuras procesales. Sostiene el tribunal de casación penal que: “[...] Los términos inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales refieren a supuestos diferentes de procedencia del recurso [...] mismos que tienen un alcance diverso, si bien tienen en común que a través de cualesquiera de las dos vías es posible infraccionar o violar preceptos legales. [...] la inobservancia implica el no cumplimiento de la norma, es decir desatender el mandato contenido en ella, no aplicándola a una situación acreditada en la que debía ser aplicada [...] la errónea aplicación, lleva en sí un empleo defectuoso de la misma, ya sea porque se la seleccionó o fue interpretada equivocadamente, por haberse ampliado o restringido su alcance, o bien por darle un significado que no sea posible derivar de su texto [...]”. [Sentencia de las 15:45 horas del día 31/08/2006, Referencia 518-CAS-2005].

Consideración N° 87.- Así se aprecia el error en la formulación por parte de los litigantes en la invocación del motivo de su queja, pues respecto de una disposición legal no puede alegarse que no se aplicó y que se aplicó erróneamente a la vez. Más grave es aún proponerlo de forma alternativa, es decir, que no se se aplicó o que se aplicó de forma errada.

Consideración N° 88.- No obstante el ambiguo planteamiento en la denominación de motivo de apelación, el error no es justificación para conocer del fondo del mismo, toda vez que a partir de los argumentos presentados para fundamentar el motivo del recurso puede deducirse suficientemente la razón en la que se justifica el vicio que se alega; ello en aplicación al principio *iura novit curia*, el cual ya fue desarrollado supra.

Consideración N° 89.- El Art. 36 LEDAB bajo el acápite de “Carga de la prueba” desarrolla lo que en la doctrina se reconoce como principio de carga dinámica de la prueba, de acuerdo al cual un hecho o afirmación debe ser probado por quien se encuentre en una mejor condición objetiva para hacerlo; es decir, que quien reputa un derecho como propio es quien se encuentra en una mejor posición para acreditarlo. No puede pretenderse que todo el sistema de garantías del proceso penal se observe de la misma manera en un proceso que le es completamente diferente.

Consideración N° 90.- En el proceso especializado en extinción de dominio lo que se discute es la ilicitud de los bienes por una causa legalmente prevista, y sobre ella, el ministerio fiscal incoa la acción de extinción de dominio y produce las pruebas suficientes para demostrar que los bienes por origen, destinación o sustitución tienen una vinculación directa o indirecta con un hecho ilícito, y por ende son de procedencia ilícita; o –de conformidad al Art. 6 Lit. c) LEDAB- que representan un incremento patrimonial no justificado y que se carece de elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

Consideración N° 91.- En ese orden de ideas, si quien dice tener la legítima propiedad de los bienes, niega este aspecto, debe establecer a través de la prueba idónea la licitud de la procedencia de los bienes, o que en su caso fueron adquiridos exentos de culpa, y esta pretensión debe probarla él como pretensor que afirma, y no su contraparte, puesto que al afirmar la licitud de los bienes en su origen, o una adquisición juiciosa y prudente de ellos, sólo él se encuentra en mejor posición de acreditar el extremo que afirma, por ende la carga de la prueba se le distribuye al afirmante de un hecho, con lo cual debe probarlo de manera razonable.

Consideración N° 92.- De modo que es el interesado a quien le compete demostrar la condición lícita de los bienes que reclama; es ahí donde surge la obligación objetiva, primero de acreditar el origen lícito del mismo –tratándose de dinero es indiferente que sea producto de trabajo, de negocios, de premios, entre otros, basta acreditar su origen lícito-; inmediatamente después y como consecuencia de esto surge la obligación de acreditar su destino también lícito, es decir la explicación del porqué entre todas las opciones posible el detentador optó por trasladar una cantidad elevada de dinero en efectivo.

Consideración N° 93.- Nótese como el legislador no se ha pronunciado en el sentido que para la acreditación de la licitud de los bienes se requiera un medio o elemento de prueba en particular y esto obedece a que las posibilidades de apropiación pueden ser tantas que se deja a completa libertad del interesado la acreditación de cualquiera de ellas –Art. 35 LEDAB principio de libertad probatoria-; pero el derecho que se alega debe probarse no por inversión de la carga de la prueba, sino por asunción de la comprobación del hecho por quien lo afirma.

Consideración N° 94.- En ese orden de ideas, la operatividad del principio de carga dinámica de la prueba, se encuentra relacionado de forma directa con el presupuesto de procedencia de la acción de extinción de dominio que haya sido invocado por la Fiscalía General de la República. Verbigracia, el presupuesto establecido en el Lit. a) del Art. 6 LEDAB –Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero- sí impone a la representación Fiscal la obligación de ofrecer los elementos de prueba correspondientes para determinar la concurrencia del mismo.

Consideración N° 95.- Distinto sucede cuando el precepto legal que se invoca es el previsto en el Lit. c) del mencionado artículo –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

proviene de actividades lícitas-; en estos casos el quien se dice titular del bien sometido a acción extintiva, quien corre en la obligación de acreditar la lícita procedencia del mismo, proporcionando para ello los elementos probatorios a través de los cuales se logre justificar en legal forma el incremento patrimonial que los bienes constituyen.

Consideración N° 96.- Así las cosas, la carga de la prueba en la jurisdicción especializada en extinción de dominio se vuelve dinámica porque no se vuelve una obligación procesal exclusivamente de una de las partes; sino que se dinamiza porque a cada uno de los intervinientes le corresponderá determinar la afirmación que se alegue. Muy particularmente, en el caso del Lit. c) del Art. 6 LEDAB, se materializa la carga dinámica de la prueba en atención a que, ante la existencia de los bienes, no se aprecia en un primer momento la licitud de los mismos y al realizar un sencillo ejercicio intelectual, resulta desproporcional el valor económico del bien en relación a la capacidad adquisitiva de quien se dice su titular, de modo que es éste quien se ve en la obligación procesal de acreditar la lícita procedencia en la adquisición del bien.

Consideración N° 97.- En atención a lo anterior, los que los litigantes identifican con una inversión de la carga de la prueba, es en realidad la materialización dentro del proceso del principio de carga dinámica de la prueba, que en el caso particular del Lit. c) del Art. 6 LEDAB la obligación probatoria pesa sobre aquel quien se encuentra en una mejor condición objetiva para hacerlo. Tratándose de bienes sometidos a la acción extintiva, será siempre quien se dice su titular quien se encontrará en una posición privilegiada para acreditar la relación de licitud entre su persona y el bien de que se trata.

Consideración N° 98.- En ese orden de ideas, no es cierta la afirmación hecha por los recurrentes, pues en la fundamentación probatoria analítica consignada en la sentencia venida en apelación se aprecia una correcta aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, pues correspondía a la parte afectada acreditar a través de los elementos probatorios correspondientes la licitud en el origen de la cantidad dineraria que le fue incautada.

Consideración N° 99.- En la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia venida en apelación, la A quo consignó: “[...] La segunda hipótesis realizada por los procuradores, sostiene que la cantidad dineraria tiene como origen las actividades realizadas en calidad de rentista de capitales y arbitraje cambiario, producto de sus ahorros y de la combinación de los patrimonio del señor [...], como empresaria del transporte público en Colombia. [...]

Consideración N° 100.- “[...] Es entonces, en atención al principio de carga dinámica de la prueba, cada una de las afirmaciones hechas, debe probar las circunstancias que atañen a sus hipótesis, afirmando que en un primero momento esa carga probatoria estatal debe alcanzar para destruir la presunción de buena fe contenida en el art. 750 del Código Civil, con la matización propia de la “buena fe exenta de culpa”, ya determinada en el art. 11 LEDAB

Consideración N° 101.- “[...] En esos términos, la construcción de la hipótesis fiscal se presentó a partir de un análisis sobre la conveniencia o no de la realización de las actividades cambiarias fuera de la República de Colombia, y para tal efecto, partió de los valores de mercado regulado del euro y el dólar, cuyos

referentes de cambio fueron obtenidos de páginas oficiales, como se constata del análisis financiero criminal del señor [...], en el que se advierte que en las muestra que en los treinta y dos viajes que efectuó durante el período de mayo del año dos mil catorce a abril del año dos mil quince sus márgenes de ganancia fueron mínimos e incluso hasta se presentaron pérdidas al comparar lo que hubiera ganado de quedarse en el mercado colombiano [...].”

Consideración N° 102.- “[...] no resultó rentable ir al extranjero a realizar el intercambio de divisas, partiendo que se hubiera realizado dentro del mercado regulado. Y en el análisis financiero criminal se sostiene que en su conjunto de la totalidad de los viajes realizados se hubiese obtenido una ganancia bruta de \$24, 163.92 (Colombia) o \$30,437.75 (México), a los que habrá que deducirse los costos y gastos de los viajes, que reduce el margen de utilidad, pero que como fuere, aun considerando el margen de ganancia mayor le da un promedio por viaje de \$951.00 por viaje, lo que implicaría que el incremento patrimonial que le indica al contador [...], para declarar como impuesto a la renta es irreal de acuerdo a este análisis [...]”.

Consideración N° 103.- “[...] Los abogados sostuvieron y lo reafirmó el señor [...], que la compra y venta de divisas no la hizo en los mercados regulados, sino en casas de cambio porque los márgenes de ganancia son mayores, y para ejemplo el mismo señor [...] refirió valores diferenciales entre [...] lo que no modificaría sustancialmente el monto de lo percibido y presentaría márgenes de ganancia muy bajos, o pérdidas, no siendo lo suficiente para justificar el aumento radical que sufrieran las cantidades que fueron extraídas de la República de Colombia hacia la República de México y su retorno en divisa diferente, ni tampoco justificaría los incrementos patrimoniales que las declaraciones patrimoniales del señor [...]”.

Consideración N° 104.- “[...] Pues, de acuerdo al estudio realizado por el contador [...], que iniciaron en el 2005 su patrimonio se encontraba para el año 2005 con un valor en \$62, 888 dólares de los Estados Unidos de América, y ya para el 31 de diciembre de 2014 alcanzó \$168, 262.00 dólares de los Estados Unidos de América, considerando que durante esos períodos sus rentas netas declaradas no solo devienen del arbitraje de divisas sino de la venta de inmuebles y fue la renta neta por arbitraje de divisas, sino los incluyen arrendamientos y venta de inmuebles, pero se muestran hasta el año 2009, pues luego de esa fecha, sus únicos ingresos fueron por el arbitraje de divisas; sin embargo, este incremento, no tiene un respaldo en el negocio de las divisas, como se ha quedado advertido de los márgenes de ganancia que logran acreditarse en el mercado regulado [...]”.

Consideración N° 105.- “[...] En ese mismo contexto justificativo, si se analiza el resto del marco probatorio referido a su antecedente laboral, se tuvo que el señor [...] trabajó del año mil novecientos ochenta y cinco al año mil novecientos noventa y cuatro en dos empresas, que permite señalar que sus ingresos mensuales oscilaron entre un mil trece dólares de los estados Unidos de América (\$1013.00) y dos mil ciento diecisiete punto sesenta y cuatro (\$2117.64) dólares de los Estados Unidos de América, que sumaron en total únicamente la cantidad de veintidós mil setecientos setenta y uno 92/100 dólares de los Estados Unidos

de América; pero no se tuvo la información sobre las ganancias netas, para determinar que efectivamente del ahorro de esa labor en las empresas [...], se generó la posibilidad de ser el poseedor de las sumas dinerarias movidas mediante la intermediación financiera que alcanzaron los cinco millones trescientos ochenta y nueve mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América.

Consideración N° 106.- “[...] Por otra parte, los aportes de los informe de las Administradoras de Fondos de Pensiones y cesantías [...], solo reporta en concepto de aportaciones, que se infiere voluntarias porque aparece el mismo señor [...] como razón social, en el período comprendido del 2008 al 2014, con una suma para el retiro de un poco más de dos mil dólares, lo que tampoco le permite justificar el dinero sujeto a la acción de extinción de dominio [...]”.

Consideración N° 107.- “[...] los procuradores sostuvieron que el cambio o arbitraje de divisas no fue realizado en el mercado regulado, sino en el mercado cambiario libre, circunstancia que no fue cuestionada, ya que como tal expuso el señor [...] ambos mercados tienen sus regulaciones propias, circunstancia que tiene su asidero legal y que se obtuvo mediante la consulta de páginas públicas, como la del banco de la República de Colombia, pero que esa afirmación les imponía la obligación de acreditar que la compra y venta de divisas se realizaba a través de casas de cambio, de cuyas transacciones únicamente se tuvo por un monto de diecinueve mil cuatrocientos seis, entre los que aparecen Euro 15, Platinum, Master Cambio, etc, lo que no se torna razonable frente a la cantidad total de euros que trasladó que ascendió durante los años 2014 y 2015, que ascendió a cuatro millones cuatrocientos ochenta y un mil seiscientos [...]”.

Consideración N° 108.- “[...] En ese ámbito, debe señalarse que también se presentaron los comprobantes de compra de euros, pero por parte de la señora [...], de fechas 25, 27 y 28 de abril de 2015, que ascendieron a la totalidad de ciento veintidós mil ochocientos cincuenta euros, lo que permite afirmar: a) que efectivamente cada vez que se compra moneda extranjera (divisas) existen comprobantes de las transacciones y no como sostuvo el señor [...] que únicamente se presenta el pasaporte y se cambia la divisa; b) que la señora [...] se coloca como actividad económica “rentista de capital” y sobre ella no se ha presentado documentación alguna que respalde ese rubro ni en declaraciones de renta o patrimoniales, a diferencia de lo que ha ocurrido con el señor [...] mediante la circular número 008; c) de la señora [...] únicamente se presentó comprobantes de pagos de rodamiento con la empresa de Transporte [...]; d) no se ha presentado comprobantes de retiros dinerarios por los montos de dinero invertidos en moneda colombiana, que justifique la capacidad de compra de la divisa en euro, pues los préstamos bancarios o venta de automotores son de datas anteriores a la compra o posteriores a la inversión en divisas [...]”.

Consideración N° 109.- “[...] Por lo que la hipótesis de los abogados procuradores carece de marco probatorio suficiente para ser respaldada, cuya omisión es totalmente imputable a los abogados que presentaron las hipótesis del afectado, no lograron incorporar las bases que sustentaran cada una de sus aseveraciones pues “la omisión de todo esfuerzo probatorio en que incurre una parte a pesar de las facilidades que tienen para desarrollarlas, constituirían un fuerte elemento de juicio favorable a la contraria” [...]”.

Consideración N° 110.- “[...] durante la primea afirmaciones sobre la titularidad del dinero, frente a los agentes policiales nunca se afirmó que el dinero pertenecía a la señora [...], incluso por esa razón le fue permitido retirarse a su país de origen, ante estas condiciones no fue señalada la cotitularidad del dinero [...]”.

Consideración N° 111.- “[...] no existen comprobantes suficientes de compra y venta de la divisas, no se tiene prueba sobre la capacidad de compra de las divisas transportadas ni de parte del señor [...]; ni se logró acreditar que haya tenido respaldo la hipótesis de la inversión familiar por parte de la señora [...], como cónyuge del señor [...], demostrándose que solo se hizo traslado de divisas, cuya actividad es propia del lavado de dinero y activos, al no tener soporte probatorio que indique el origen lícito del dinero, no siendo indispensable que se acredite de que actividad ilícita concreta se deriva esa capacidad económica de ser el detentador de los doscientos setenta y ocho mil novecientos dólares sujetos a la petición de extinción de dominio, por lo que se confirma la acreditación del presupuesto contenido en el literal a) del Art. 6 LEDAB, siendo un compromiso estatal de recuperar esos activos conforme los compromisos internacionales contenidos en la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada, además de los compromisos adquiridos al formar parte del GAFI y la aplicación de las 40 recomendaciones que vinculan al combate del lavado de dinero y activos [...]”.

Consideración N° 112.- “[...] se logró acreditar que esa cantidad dineraria supra relacionada representa un incremento patrimonial no justificado para el señor [...], al no tener un respaldo de fuente de ingresos lícitas que hayan sido acreditadas procesalmente, demostrándose la procedencia de la causal contenida en el lite c) del Art. 6 LEDAB; pues aunque se tuvo acreditado que contó con tres líneas crediticias mediante tarjetas de crédito y una al denominado como “crediexpress”, lo que acredita que el señor [...] tenía la disponibilidad del dinero arriba de los cuarenta y seis dólares, pero aún debe más de treinta y cinco mil cuatrocientos dólares, que tampoco le generó la posibilidad de mover la cantidad de dinero indicada, al margen de las obligaciones de pago de tales líneas crediticias. Además, ante estas condiciones, la regla de la experiencia nos indica que para su actividad profesional como rentista de capital no utilizaría las tarjetas de crédito por su alto costo en intereses, ya que se busca maximizar la obtención de ganancia al utilizar su patrimonio personal [...]”.

Consideración N° 113.- En atención de los párrafos supra transcritos es posible apreciar que la Juez de primera instancia aplicó de forma correcta la regla de carga dinámica de la prueba contenida en el Art. 36 LEDAB; ello tomando en cuenta que dentro de las causales de extinción de dominio que fueron invocadas por la representación Fiscal se encontraba la de constituir los bienes –para este caso dinero en efectivo- un incremento patrimonial no justificado. Como ya se expuso, al encontrarnos ante el presupuesto de extinción establecido en el Lit. c) del Art. 6 LEDAB la carga de la prueba se dinamiza en atención a que quien se encuentra en una mejor posición objetiva para acreditar la lícita procedencia de los bienes, es quien se dice titular de los mismos.

Consideración N° 114.- Como ya se expuso anteriormente, un análisis como el consignado en el párrafo que antecede no supone una inversión en la carga

de la prueba, sino la dinamización de ésta, corriendo por cuenta de las partes probar sus propias afirmaciones. Así, quien afirma ser propietario de los bienes corre con la obligación de acreditar que obtuvo los mismos en apego a la ley, es decir, que debe acreditar de forma suficiente el origen lícito de los bienes sobre los que ejerce dominio, de no hacerlo, dicho derecho real se verá extinguido en perjuicio del afectado y en beneficio del Estado.

Consideración N° 115.- En atención a los razonamiento que fueron consignados, este Tribunal tiene a bien desestimar el segundo de los motivos de apelación esgrimidos por los procuradores, Licenciados [...]; y en consecuencia, se desestimaré en su totalidad la pretensión recursiva de los impetrantes.”

MERCADO LIBRE DE DIVISAS LE IMPONE AL AFECTADO LA OBLIGACIÓN DE ACREDITAR EN LEGAL FORMA EL ORIGEN LÍCITO DEL DINERO CON QUE SE INICIÓ ESA ACTIVIDAD

“Consideración N° 116.- El segundo de los recurso de apelación contra la sentencia pronunciada por la Juez Especializada en Extinción de Dominio fue suscrito y presentado por el señor afectado, [...], y en el mismo se ataca la sentencia pronunciada en primera instancia –como fe advertidos por este Tribunal- por inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. En ese sentido se procederá al estudio de la pretensión recursiva formulada por el señor [...].

Consideración N° 117.- Uno de los primeros aspectos señalados por el afectado en su recurso consiste en hacer ver que de acuerdo a la legislación colombiana –país de procedencia del afectado [...] en el mercado libre no existe la obligación ni el deber de entregar factura o comprobante del cambio realizado. Sin embargo, debe hacerse ver que en materia de extinción de dominio, por principio de carga dinámica de la prueba, existe la obligación para quien se dice con derecho de dominio sobre ciertos bienes, de acreditar la lícita procedencia de los mismos, esto es, la presentación de la documentación correspondiente para establecer de una forma secuencial y retrospectiva que los bienes detentados –en este caso dinero en efectivo- fueron adquiridos de un forma lícita. Por tanto, el alegato de que el cambio de divisas se realizaba en el mercado libre, no representa un óbice para el incumplimiento de la obligación de acreditación del origen lícito de los bienes.

Consideración N° 118.- Debe hacerse ver, que aun tratándose del mercado libre de divisas, cada operación realizada supone una constancia documental de la misma, lo cual representa el medio idóneo para la acreditación de legitimidad. Más importante es hacer ver que en materia de extinción de dominio, la obligación de acreditación se remonta al origen del capital con que se da inicio a las actividades del cambio de divisas, es decir, a lo que podría denominarse como el dinero originario o primigenio con que se adquirió en su momento la moneda extranjera. Esto quiere decir que, aun acreditándose cada una de las operaciones correspondientes al mercado de divisas, si no se acredita en legal forma que el dinero con que se da inicio esa actividad tiene una genesis de licitud, se hace procedente la extinción del derecho de dominio.

Consideración N° 119.- Señala, además el afectado que se encuentra facultado para cambiar monedas incluso en las casas de cambio y nuevamente realizar el cambio por medio de árbitros cambiarios, a precios inferiores o superiores a los que se hayan establecido por el Banco Central de Colombia, es pues justamente la facultad a la que se refiere el afectado que le impone la obligación de incorporar el correspondiente soporte documental para acreditar, primero, la licitud del capital con que dio inicio al giro de cambio de divisas; y, segundo, la correspondencia entre el capital legítimamente acreditado y las actividades cambiarias realizadas.

Consideración N° 120.- En ese orden de ideas, no se advierte en la sentencia venida en apelación el vicio alegado por el afectado, pues el proveído judicial pronunciado en primera instancia es respetuoso de las reglas de la sana crítica, careciendo de los medios de prueba correspondientes que acreditaran o justificaran el incremento patrimonial del señor [...] como el resultado de actividades comerciales lícitas.

Consideración N° 121.- Como resultado de las consideraciones anteriormente consignadas, este Tribunal tiene a bien desestimar la pretensión recursiva formulada por el señor [...], en calidad de afectado, siendo procedente confirmar las sentencia declarativa de extinción de dominio venida en apelación.”

*Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-384-EXT-DOM-2016, fecha de la resolución: 22/02/2017*

## RECURSO DE APELACIÓN

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD SE RIGEN POR CÓDIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

“Este tribunal ha señalado que en materia de extinción de dominio para el trámite del recurso debe aplicarse la normativa procesal penal que regula las condiciones y formas de los recursos, en virtud de la norma de remisión específica que remite al derecho común, artículo 44 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita; entendiéndose que el derecho común en este caso, es el referido al proceso penal, en cuanto al trámite de los recursos (precedentes 316/DPT14; 63/2015).”

FACULTAD DEL TRIBUNAL AD-QUEM INTERPRETAR LA VOLUNTAD RECURSIVA CONFORME AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

“En tal sentido, el recurso de apelación conforme a la legislación procesal penal, está sujeto a un examen preliminar de naturaleza formal, que tiene por objeto establecer, si en el acto de interposición se han observado los presupuestos que habilitan su admisibilidad.

Tales presupuestos son: 1) Que la resolución sea susceptible de impugnación mediante apelación, Arts. 452 Inc. 1° y 468 Pr. Pn. y Art. 45 Lit. d) LEDAB -impugnabilidad objetiva-; 2) Que el sujeto procesal esté legitimado para recurrir,

Art. 452 Inc. 2° PrPn-. Impugnabilidad subjetiva-; Que la resolución cause agravio a la parte que lo invoca, siempre que éste no haya contribuido a provocarlo, Arts. 452 Inc. Final y 469 Inc. 1° Pr. Pn; 4) Que el recurso sea interpuesto en las condiciones de tiempo y forma que determina la ley, Art. 453 Inc. 1° y 470 Inc. 1° Pr. Pn.; 5) Que cuando la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal constituya un defecto del procedimiento, el interesado haya reclamado oportunamente su corrección o haya anunciado recurrir en apelación, excepto en los casos que señala la ley, Art. 469 Inc. 2° Pr. Pn.; 6) Que se indique separadamente cada motivo del agravio con su respectivo fundamento, Art. 470 Inc. 2° Pr. Pn; 7) Que se citen las disposiciones legales que se consideren infringidas así como la solución que se pretende, Art. 470 Inc. 1° Pr. Pn.

Los Licenciados [...], en su escrito impugnativo esgrimen como motivos por los cuales se alzan contra la sentencia pronunciada en primera instancia: “[...] PRIMER MOTIVO: 1) INOBSERVANCIA DE LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA CON RESPECTO A MEDIOS O ELEMENTOS PROBATORIOS DE VALOR DECISIVOS INCORPORADOS EN EL PROCESO DE EXTINCION DE DOMINIO. (INOBSERVANCIA DEL ART. 37 DE LA LEDAB). [...] SERGUNDO (sic) MOTIVO: INOBSERVANCIA Y/O ERRONEA APLICACIÓN DEL ARTICULO 36 DE LA LEDAB POR PARTE DE LA JUEZA AQUO. [...]

El afectado [...], en su escrito recursivo, aunque no de una forma específica, pero sí advertible de la lectura del mismo, señala como motivos de apelación: “[...] la Sentencia que ahora apelo está viciada de una serie de errores en la valoración de la prueba [...]”. A este respecto este Tribunal considera que si bien el equipo no ha señalado de forma expresa las razones en la que sustenta su recurso, el señalamiento del mismo es suficiente para habilitar la competencia funcional de esta Cámara.

Ello de conformidad al principio *iura novit curia*, de acuerdo al cual puede el Tribunal Ad quem interpretar la voluntad recursiva, toda vez que ello sea posible a partir de los razonamientos contenidos en el escrito de apelación. Así se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional, cuando afirma que: “[...] Como enunciado normativo, el principio *iura novit curia* –el juez conoce el derecho- posibilita al Juez calificar jurídicamente los hechos ofrecidos en el proceso, con la prescindencia de las normas invocadas por las partes. En otras palabras, a través de los actos postulatorios, las partes incorporan al proceso los hechos y los medios probatorios que los amparan, independientemente de la calificación jurídica que les brinden a tales hechos; y el juez, como técnico conocedor del Derecho, intérprete de la ley, deberá subsumirlos en la disposición material que sea aplicable al caso en concreto, aunque no haya sido invocada por las partes, o haya sido invocada de forma errónea [...] “. [Inconstitucionalidad/Inaplicabilidad, número de referencia: 63-2012, de fecha 06/02/2013].

De una forma más específica en materia recursiva, se encuentra el criterio de la Sala de lo Penal, en el sentido que: “[...] en materia de recursos, el hecho de que un tribunal interprete la voluntad recursiva del recurrente no debe ser entendido como un error, sino que es una facultad que se desprende del Principio IURA NOVIT CURIA [...] puesto que es a partir de los argumentos contenidos en la fundamentación de un determinado recurso que se deduce la base del agravio

y el fondo de la queja interpuesta por el impetrante [...]", (Sentencia Definitiva/ Referencia: 139C2012 de fecha 26/11/12). Así las cosas, los argumentos contenidos en el escrito de apelación presentado por el afectado [...], se corresponden con la inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, aunque no se haya consignado la forma expresa por el impetrante.

Expuesto lo anterior y con fundamento en los 44, 45 Lit. d) LEDAB; y Arts. 452, 453, 464, 468, 469 y 470, todos Pr. Pn., se advierte que los recursos a que anteriormente se hizo referencia han sido presentados en tiempo, por sujetos procesales facultados para ello, contra sentencia susceptible de ser atacada vía apelación y por motivos admisibles; como resultado de ello se ADMITEN los recursos para conocer del fondo de los asuntos antes identificados."

*Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-384-EXT-DOM-2016, fecha de la resolución: 22/02/2017*

## REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

### CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

"Consideración N° 24.- Habiendo dicho lo anterior, procederá esta Cámara, por orden de interposición primero, al análisis de los motivos de apelación interpuestos por los Licenciados [...], encontrándose entre los argumentos que fueron admitidos como motivos de apelación: (a) Inobservancia a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, señalado también como inobservancia del Art. 37 LEDAB; y (b) Inobservancia y/o errónea aplicación del Art. 36 LEDAB.

Consideración N° 25.- Así, debe dejarse sentado que en principio, la Sana Crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Esto implica que en la valoración de la prueba los jueces adquieren la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivos de análisis. El criterio valorativo debe basarse en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a su juzgamiento, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Más que reglas específicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para que el juez forme su convicción sobre los hechos.

Consideración N° 26.- A nivel doctrinal se reconoce que: "[...] Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica ra-

cional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano [...]”. [Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, la edición, 2a reimpresión, Rubinzal-Culzoni, 2014. Págs. 48 y 49].

Consideración N° 27.- Así pues, en primer lugar tenemos que los principios o reglas básicas de la lógica aplicables en el proceso son: a) El principio de Identidad: cuando en un juicio, el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto- predicado, el juicio es necesariamente verdadero; b) El principio de Contradicción: no se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo, se viola este principio cuando se afirma y se niega conjuntamente una cosa o una característica de un mismo objeto; c) El principio de Tercero Excluido: de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero, este principio es similar al de contradicción, enseña que entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falsa, y que ambas no pueden ser verdaderas y falsas a la vez; d) Principio de Razón Suficiente: Este es el principio entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia, la ley de la razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera; este principio permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material fáctico en particular están lo suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas.

Consideración N° 28.- Al referirnos a las reglas o máximas de la experiencia, nos encontramos ante un conjunto formado por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares, pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes, etc.), consideradas por los jueces como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios. Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio; y están encaminadas a argumentar el valor probatorio asignado a cada medio probatorio en particular, como primordialmente a su conjunto. Según Stein, las reglas de la experiencia cumplen las siguientes funciones: a) Para hacer valoración de los medios probatorios; b) Para que se puedan indicar hechos que están fuera del proceso, por medio de otros (lo que se conoce como indicios); y c) En todo lo que tiene relación con el miramiento de si un hecho es imposible. [Stein, Friederich. “El Conocimiento Privado del Juez”. Universidad de Navarra. Pamplona, 1973. Pág.30].”

#### DEBER DEL JUZGADOR DE APLICAR REGLAS DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO ASENTADOS Y CONOCIDOS POR LA GENERALIDAD

“Consideración N° 29.- Finalmente, al referirse a las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos, hay que considerar que las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que deba recurrir a la ciencia, o sea, a conocimientos que se forman

por fuera del derecho y que se caracterizan por la peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan las investigaciones y búsquedas de carácter científico. Dado el avance vertiginoso de los descubrimientos científicos, el juez sólo puede emplear para la valoración de la prueba aquellos conocimientos científicos cuya aceptabilidad resulte segura. Dicho de otro modo, deberá aplicar las reglas de la ciencia o conocimientos científicos asentados, conocidos por la generalidad.

Consideración N° 30.- Habiendo establecido lo anterior, es necesario someter a análisis la fundamentación probatoria intelectual contenida en la sentencia documento, a efecto de determinar si las argumentaciones en ella contenidas son respetuosas de las reglas de la sana crítica, es decir, si de acuerdo a la aplicación de las reglas que integran este sistema de valoración de la prueba, las conclusiones a las que arribó la A quo encuentran fundamento suficiente para mantenerse incólumes ante la pretensión recursiva de los quejosos.”

*Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-384-EXT-DOM-2016, fecha de la resolución: 22/02/2017*

**ÍNDICE**  
**LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES**  
**DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**  
**2017**

<b>Análisis financiero criminal.....</b>	<b>1</b>
Aspectos que delimitan la institución de la prueba pericial.....	1
Por tratarse de un acto de prueba su realización no depende de forma exclusiva de la orden de un funcionario jurisdiccional .....	1
Consideraciones sobre la acreditación de peritos permanentes.....	4
Idoneidad de peritos permanentes para ser atacada requiere que se someta a juzgamiento de acuerdo al punto sobre el que se le ha requerido pronunciarse.....	5
Parte interesada en lograr desacreditación de perito es a quien le corresponde alegar motivo de impedimento y probarlo .....	6
Imposibilidad para juzgador de notificar realización de peritaje financiero en materia de extinción de dominio ya que se realiza durante la fase de investigación y está protegida con reserva .....	7
Partes deben solicitar una nueva pericia contable, en caso de estar inconformes con la realizada en investigación fiscal, al contestar el traslado conferido en aplicación del principio de preclusión .....	8
Plazo para solicitar ampliación o aclaración sobre el dictamen pericial realizado .....	8
No requiere para su validez que sea practicado por un contador público autorizado.....	10
No puede ser equiparado a un peritaje contable o a una auditoría ....	12
<b>Extinción de dominio .....</b>	<b>12</b>
Aspectos jurisprudenciales y doctrinarios del dominio o propiedad .....	12

Causales históricas para extinguir la propiedad.....	14
Existe restricción legítima al derecho de propiedad cuando los bienes tienen un origen o destinación ilícita .....	15
No es una sanción impuesta al titular del derecho, sino, una consecuencia que recae sobre el objeto .....	16
Consideraciones del dominio o propiedad visto como un derecho real .....	17
Corresponde a parte procesada en razón de la carga dinámica de la prueba establecer de manera suficiente la legitimidad en la adquisición de los bienes.....	19
Mercado libre de divisas le impone al afectado la obligación de acreditar en legal forma el origen lícito del dinero con que se inició esa actividad.....	25
<b>Recurso de apelación .....</b>	<b>26</b>
Presupuestos de admisibilidad se rigen por Código Procesal Penal en materia de extinción de dominio.....	26
Facultad del tribunal ad-quem interpretar la voluntad recursiva conforme al principio iura novit curia.....	26
<b>Reglas de la sana crítica.....</b>	<b>28</b>
Consideraciones doctrinarias .....	28
Deber del juzgador de aplicar reglas del conocimiento científico asentados y conocidos por la generalidad.....	29