

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

Fiscalía General de Cuentas

Panamá

Enero 2022

Responsable: Dr. Ramón Iván García

Magistrado

Como asunto previo: el interés económico de los bienes sujetos a extinción

Son todos aquellos bienes con valor pecuniario **relevante**, susceptibles de administración y generadores de beneficios económicos o de utilidad para el Estado [rendimiento económico eficaz en el ámbito de su administración, o sea, debe haber ganancias para el Estado en el proceso de incautación–adjudicación de los mismos, partiendo de la ineludible regla *costo-beneficio*]

Como asunto previo: el interés económico de los bienes sujetos a extinción

Se enfrenta el mismo problema definitorio del enriquecimiento ilícito en el ámbito civil –conceptos jurídicos indeterminados–: ¿cuándo saber que se está frente a estas figuras?

Para ello, será cuestión de definir, mediante políticas públicas, el piso [económico] de la acción de extinción de dominio, como de igual manera deberá ser ante el reclamo subsecuente a la observación o reparo de cuentas del servidor público

Bienes objeto de la acción

- Por lo anterior, sólo aquellos que sean **susceptibles de valoración o interés económico** [la pérdida de las ganancias/ventajas del hecho y el comiso en materia penal, aplica haya o no interés económico], dadas las exigencias que derivarán de la **administración** o **gestión** que se hará sobre los mismos, o sea, ***no puede ser cualquier cosa***:
 1. Muebles
 2. Inmuebles
 3. Fungibles y no fungibles
 4. Tangibles e intangibles (propiedad intelectual, p. ej.)
 5. Acciones
 6. Títulos valores
 7. Ganancias, frutos, permutas o cualquier otro tipo de rendimiento de los bienes ilícitos

Reflexiones generales

- La propiedad, como todos los demás atributos de las personas, **no es un derecho absoluto** [por ejemplo, el interés social –Colombia agrega el tema ecológico– es un **inobjetable límite**]
- Por disposición constitucional universal, prevalece el **interés social** sobre el particular

Reflexiones generales

- Es un principio fundamental que el patrimonio que protege cualquier norma, es el adquirido de manera lícita: Toda persona tiene derecho a *la propiedad y posesión*, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos
- Naturalmente no hay protección sobre lo ilícito
- Cuando se adquiere patrimonio o bienes consecuencia de actividades ilícitas, el derecho de propiedad real y jurídicamente no se ha adquirido [nulidad de pleno derecho de bienes consecuencia del tráfico de drogas, como el más recurrente ejemplo], de allí que su dominio pueda ser objeto de extinción por siempre

Reflexiones generales

- No obstante lo anterior, la extinción también es aplicable a la propiedad lícitamente adquirida cuando sea destinada para fines ilegales y/o se confunda o fusione con propiedad ilícita

Diferencia con algunos conceptos de interés

Con la expropiación y la confiscación

Ambas categorías normativas *protegen el derecho de propiedad lícitamente adquirido o ejercido dentro del ámbito de legalidad*

Ello implica que las empresas y derechos adquiridos en razón de las mismas –inclusive medios de comunicación, acciones y cuotas sociales–, pueden ser objeto de extinción de dominio si alguna de sus actividades encuadran en los presupuestos de la extinción de dominio, o sea, no hay excepciones

Diferencia con algunos conceptos de interés

Con la **pérdida del producto de las ganancias y ventajas provenientes del hecho y el comiso:**

Porque, en ambos casos, se trata de ***consecuencias accesorias [del delito]***

Diferencia con algunos conceptos de interés

Sea cauto con el aforismo que reza:

La suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal

Porque en materia de extinción de dominio eso no aplica

Diferencia con algunos conceptos de interés

Tales consecuencias derivan de la aplicación de una sentencia –generalmente condenatoria– ***en un proceso penal***, así como la vinculación directa de los bienes y valores con la comisión de un delito doloso

De ordinario, presuponen vinculación con el tema de la ***responsabilidad civil*** [que se debería asumir con bienes lícitos del condenado, nunca con los que estén sujetos a extinción de dominio, lo que parece contraponer al art. 5 N° 3 primera parte, del Proyecto de Ley N° 625 de 28-IV-2021], menos aún para sostener la figura del ***mínimo vital***

Diferencia con algunos conceptos de interés

¿Cómo se ha de dilucidar la controversia entre el comiso y la extinción de dominio?

- 1) A través de las directrices u órdenes administrativas del Órgano Judicial y/o el Ministerio Público [FGR]***
- 2) Mediante la solución que se le dé a los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las instancias involucradas***

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- Se afirma que no es propiamente una pena –accesoria o principal– porque, al no haber derecho legítimo lesionado, no existe sanción; tampoco es una consecuencia *accesoria*, sino *principal* dado que es el objeto mismo del proceso [por eso la sentencia en materia de extinción solo puede ser estimatoria o desestimatoria –declarativa/constitutiva–]

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- **Su ámbito es más amplio que el del delito: en el Proceso Penal se investiga al individuo y los bienes en conexión al hecho punible; en extinción de dominio se investigan los bienes –de origen y/o destino ilegal, así como la injustificada riqueza– sin importar la ocurrencia de un hecho delictivo y dónde o en manos de quien estén**

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- Es una afectación patrimonial contra derechos asentados con base a actividades ilícitas –por tratarse de una acción real–

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- Es ***jurisdiccional*** –sólo la puede declarar un Juez, como toda decisión que perjudique, *al menos en apariencia*, derechos fundamentales que pretendan o puedan ser reivindicados por personas–

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- Acción *pública* –por su forma de ejercicio, no requiere instancia privada o particular, lo cual implica actuación oficiosa–

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- Acción *directa* –sobre bienes de relevancia o trascendencia económica, nada más–

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- Acción *autónoma* –no se necesita de delito ni proceso previo o coetáneo para su activación–

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

- No aplican las garantías constitucionales referidas al delito –simple: *no se involucran personas*–

Características de la extinción de dominio

Rama del Derecho nueva, autónoma y especial

Por ejemplo, contrario al tema del lavado de dinero y de activos, se investiga y declara al margen de la acción penal; únicamente debe probarse el nexo o relación entre el bien a extinguir, la actividad ilícita (que podría ser dicho delito, pero no exclusivamente) y/o cualquiera de las causales enumeradas en la Ley

A tener en cuenta, dada la remisión del art. 10 N° 3 del Proyecto de Ley N° 625, al Derecho Civil, en temas relativos a los derechos de las personas, bienes, obligaciones y contratos civiles

Características de la extinción de dominio

No aplican las normas o los principios relativos a la pena o la culpabilidad, como el conocimiento y la voluntad, la proporcionalidad, la lesividad del bien jurídico, la relación de causalidad, la intervención mínima, etc.

Características de la extinción de dominio

- Es una acción con procedimiento propio, expedito y sujeto a normas especiales
- No se puede invocar y/o decretar la *prejudicialidad penal*, precisamente por tratarse de un procedimiento independiente

Características de la extinción de dominio

Se ejerce independientemente de si hay y/o cuál haya sido el resultado del proceso penal –sobreseimiento, absolución o condena–, de manera símil a la responsabilidad civil

A tener en cuenta para el tema probatorio

Quien está en mejores condiciones de probar, debe aportar la fuente de conocimiento [ello es lo que constituye la denominada *Carga Dinámica de la Prueba*]

El art. 73. 2 del Proyecto de Ley N° 625 lo deja claro: prueba quien alega [todo lo que se postula en estrados, está obligado a probarse]

Las cargas probatorias dinámicas alcanzan al servidor público al momento de rendir cuentas

Es la lógica consecuencia de los reparos, menoscabo o pérdidas que se enuncian en el art. 3 de la Ley 67, lo cual está relacionado a los arts. 38, 39, 42, 43 [en la fase de investigación] y 67 [en la apertura a pruebas dentro del proceso]

Naturalmente y como ocurre en materia tributario-fiscal, el contribuyente está obligado a respaldar sus declaraciones impositivas [tributarias]

Lo mismo ocurre con quienes contratan con el Estado: se deben justificar las carpetas técnicas , la ejecución de los proyectos según lo presupuestado, la rendición de cuentas, etc.

Siempre con el tema probatorio

Valoración de las fuentes de conocimientos según grado probatorio de la Balanza de Probabilidades o Preponderancia de la Prueba **[con apego a las reglas de la Sana Crítica Racional]**: no todas las pruebas son iguales ni aptas para generar el mismo nivel de convicción [por lo de la clasificación que se hace en el art. 70 del Proyecto de Ley N° 625]

Ejemplo: Testimonios vs. Análisis financieros

Siempre con el tema probatorio

Aplica la llamada Prueba Indiciaria o Circunstancial: *hechos desconocidos que se deducen de los conocidos* [indicios plurales, independientes y unívocos]

El proceso, como *debido*, se considera garantista

- Porque se protegen derechos de **Terceros de Buena Fe exentos de culpa**

Es el propietario o poseedor de los bienes, ganancias o instrumentos, capaz de demostrar que la adquisición es lícita y ha cumplido con su deber de vigilancia de la cosa, y que no se trata de negocio simulado para ocultar el origen ilícito o delictivo, al verdadero propietario, su destino, etc. (particular énfasis a la figura del *testaferro*)

El proceso, como *debido*, se considera garantista

En este tema aplica el llamado Principio de **Ceguera Voluntaria** [*asumir demencia o hacerse el desentendido en situaciones de evidente anormalidad, por ejemplo*], para terceros **NO** exentos de culpa

Recomendaciones para la acción ciudadana, específicamente en el combate a la corrupción

Enfilar todo el esfuerzo en la recuperación de los activos ilegales o injustificadamente adquiridos –para desincentivar el crimen–

Tener presente que en estos casos la acción es pública, tanto en materia penal como de extinción de dominio

Recomendaciones para la acción ciudadana, específicamente en el combate a la corrupción

Denunciar todo tipo de retraso, especialmente en el orden procesal, echando mano de la queja por demora en el trámite [*interesante al respecto es la regulación que hace el art. 54 del Proyecto de Ley N° 625*]

Atacar cualquier maniobra tendiente a brindar beneficios [en especial para supuestos terceros de buena fe, en cuyo caso siempre debe haber exención de culpa y no debe tratarse de casos de ceguera voluntaria], ya no se diga ante un eventual *criterio de oportunidad patrimonial* –no existe siquiera el aludido **mínimo vital**–

Recomendaciones para la acción ciudadana, específicamente en el combate a la corrupción

Como la acción de extinción de dominio es pública, sería interesante aplicar la figura de la querrela o acusación particular [autónoma, no coadyuvante]

O sea, constituirse parte, para evitar o controlar cualquier manoseo que podría gestarse tanto en el Ministerio Público como en el Órgano Judicial



**Quedo a vuestras
órdenes**