

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



BLANCA MARILÚ GARZO AGUILAR

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2024

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**INAPLICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO A PARTIR DE LA
INTERPRETACIÓN ADECUADA DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE
DOMINIO EN GUATEMALA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BLANCA MARILÚ GARZO AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmientos Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 22 de agosto de 2022



Atentamente pase al (a) Profesional,

LUIS ALBERTO PINEDA ROCA

Para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **BLANCA MARILÚ GARZO AGUILAR**, con carné: **201318958** intitulado: **INAPLICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN ADECUADA DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN GUATEMALA.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de tesis

JPTR

Fecha de recepción 25 / 01 / 23 (f)

LUIS ALBERTO PINEDA ROCA Asesor (a)
Abogado y Notario (Firma y sello)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala

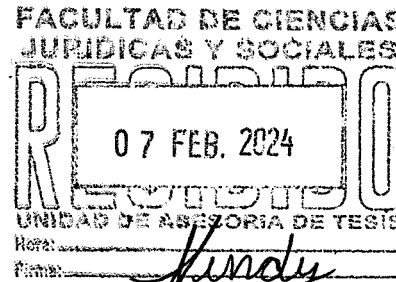


Lic. Luis Alberto Pineda Roca
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 07 de febrero de 2024

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Con un atento saludo me dirijo a usted, en cumplimiento al nombramiento que me faculta como ASESOR del trabajo de tesis de la Bachiller **BLANCA MARILU GARZO AGUILAR** titulada: **"INAPLICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN ADECUADA DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN GUATEMALA"**, a partir de lo cual, procedí a realizar el asesoramiento respectivo, considerando los siguientes aspectos:

- a) La investigación se realizó tomando como base los criterios del método científico y la técnica jurídica, así como el cumplimiento de los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el reglamento respectivo para los trabajos de esta índole.
- b) Además, la sustentante aplicó los siguientes métodos: analítico para exponer; sintético en la recopilación de la información, también en la presentación y desarrollo del trabajo de Tesis, se fundamentó en la legislación y doctrina aplicable.
- c) El tema seleccionado por la autora, denota importancia y por ende constituye un gran aporte académico, no solo para nuestra casa de estudios, sino también para el régimen de legalidad, en ese sentido agradezco las apreciaciones que al respecto pueda hacer, puesto que la finalidad en la elaboración de la tesis es precisamente hacer valer los aportes insertos en las investigaciones.

En consecuencia, estimo que el trabajo de tesis de la Bachiller **BLANCA MARILU GARZO AGUILAR** reúne los requisitos del Normativo en la elaboración de Tesis, para la Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, sugiriendo que dicho trabajo debe continuar con el trámite establecido hasta su aprobación definitiva.

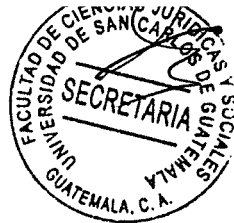
Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de estima y respeto.

Lic. Luis Alberto Pineda Roca
Colegiado. 3304

LUIS ALBERTO PINEDA ROCA
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

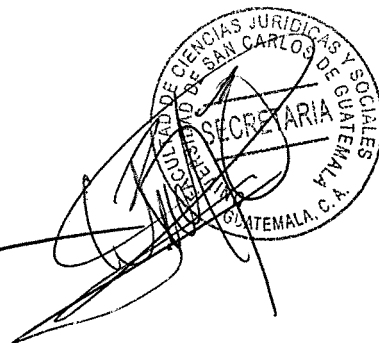
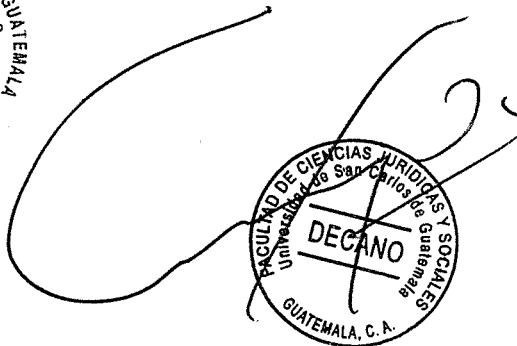
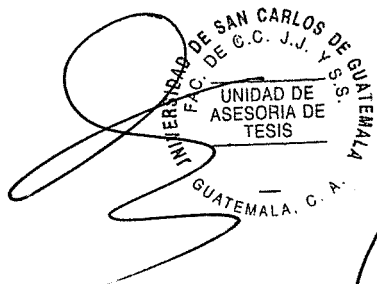


D.ORD. 321-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, once de abril de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **BLANCA MARILÚ GARZO AGUILAR**, titulado **INAPLICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN ADECUADA DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN GUATEMALA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

A DIOS:

Porque con su amor eterno me ha amado y brindado cada sentimiento, prueba y bendición para que pueda llegar a este momento tan especial, al darme las fuerzas para superar obstáculos y dificultades a lo largo de toda mi vida.

A MIS PADRES:

Un inmenso agradecimiento por su incondicional apoyo y amor, por haberme inculcado principios y valores para ser la persona que soy.

A MI COMPAÑERO DE VIDA:

Por ser mi mentor, en su incansable motivación en todo momento, su amor y apoyo incondicional que ha sido fundamental en esta etapa, mi amor para siempre.

A MIS HIJOS:

Emanuel y Emerson por ser la fuente de mi esfuerzo y todas las energías requeridas, gracias por su comprensión, porque fue necesario sacrificar situaciones y momentos en nuestra vida como familia, por ser el motor de mi vida los amo.

A MIS HERMANAS:

Por estar siempre a mi lado acompañarme en la realización de mis metas.

A MIS SOBRINOS Y SOBRINAS:

Que mi esfuerzo en la formación continua, sea un ejemplo y motivación para que luchen por sus sueños.

A MIS AMIGOS:

Gracias por su amistad, por ser parte importante en esta etapa, por apoyarme en todo momento éxitos a todos.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado la oportunidad de adquirir los conocimientos y sabiduría que poseo.



PRESENTACIÓN

El informe de tesis deviene de un proceso penal, en consecuencia pertenece al derecho penal y al derecho procesal penal, por lo que es una investigación de tipo cualitativa al determinarse la confusa interpretación que el Ministerio Público y los jueces a cargo de decretar la acción de extinción de dominio le han dado a la extinción de bienes equivalentes, conlleva a que se extingan bienes que son de origen lícito y sin ningún vínculo con el sindicado o el sentenciado, lo cual viola el derecho de propiedad establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y da pauta la posibilidad para interpretaciones normativas en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo, para que no queden sin castigo sus acciones delictivas.

El contenido diacrónico de la investigación se realizó en el período de cinco años, desde el 2018 al 2022, mientras que el sincrónico se investigó sobre el fundamento jurídico que determina la obligación de los jueces que conocen la acción de extinción de dominio, una adecuada interpretación sobre los bienes que deben extinguirse cuando no se encuentran los que han sido objeto de dicha acción, pues en ningún momento pueden extinguir los que son de origen lícito con el argumento de los bienes equivalentes, pues sería una interpretación demasiado amplia, contraria a los principios interpretativos del derecho penal y procesal penal.

Los sujetos de estudio fueron los operadores de justicia vinculados con la acción de extinción de dominio; mientras que el objeto de estudio fue la inadecuada interpretación de lo que debe extinguirse como bienes por valor equivalente.

HIPÓTESIS

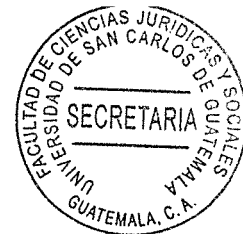


La manera en que el Estado guatemalteco evitará interpretaciones demasiadas amplias en la aplicación de la extinción de bienes de valor equivalente, es derogando el contenido del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, puesto que no contribuye de manera alguna en la finalidad pretendida por la misma, pero si da pauta a la posibilidad de interpretaciones judiciales en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo, para que no queden sin castigo sus acciones delictivas.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber realizado la investigación de tipo cualitativo y someter a prueba la hipótesis, la misma fue validada, para lo cual se utilizó el método deductivo, inductivo y analítico porque se estableció que la manera de evitar interpretaciones demasiadas amplias en la aplicación de la extinción de bienes de valor equivalente, el Congreso de la República, a través de la Comisión de Legislación y Asuntos constitucionales, debe plantear la derogación del contenido del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, puesto que no contribuye de manera alguna en la finalidad pretendida por la misma, pero si da pauta a la posibilidad de interpretaciones judiciales en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo, para que no queden sin castigo sus acciones delictivas.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La interpretación jurídica.....	1
1.1. Interpretación jurídica.....	1
1.2. Dimensión creadora de la interpretación jurídica.....	2
1.3. Lo unitario de la interpretación jurídica.....	7
1.4. La interpretación de un texto jurídico desde lo razonable.....	11

CAPÍTULO II

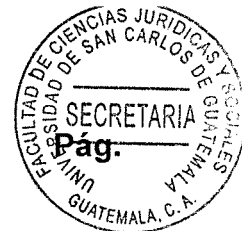
2. La propiedad privada.....	17
2.1. Definición de propiedad privada.....	18
2.2. Fundamentos de la propiedad privada.....	20
2.3. Fundamento civilista de la propiedad privada.....	21
2.4. La concepción de la propiedad privada en la actualidad	24
2.5. Acciones que protegen la propiedad o dominio sobre las cosas.....	29

CAPÍTULO III

3. La extinción de dominio.....	35
3.1. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio.....	35
3.2. Carácter atemporal de la extinción de dominio.....	38
3.3. Extinción de dominio sobre bienes previamente adquiridos.....	44

CAPÍTULO IV

4. Inaplicación de la extinción de dominio sobre bienes de valor equivalente.....	51
---	----



4.1. Límites del derecho a la propiedad privada en Guatemala.....	52
4.2. Limitaciones a la propiedad y extinción de dominio.....	52
4.3. Inaplicación de la extinción de dominio a partir de la interpretación adecuada de lo que son bienes por valor equivalente.....	55
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

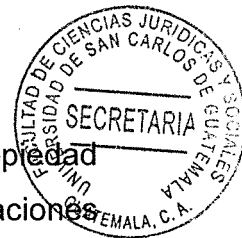
En el presente trabajo de investigación se aborda el tema de la interpretación realizada por juez a cargo de la acción de extinción de dominio, pues la misma resulta confusa, al extremo que conlleva a que se extingan bienes que son de origen lícito y sin ningún vínculo con el sindicado o el sentenciado, lo cual da pauta a la posibilidad para interpretaciones normativas en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo.

Los objetivos de la investigación fueron establecer los fundamentos de la interpretación jurídica; así como su importancia para la aplicación de la norma en casos específicos; determinar los elementos jurídicos de la propiedad privada, sus características y su situación actual; así como, exponer los elementos doctrinarios y legales que fundamentan la existencia de la extinción de dominio.

La hipótesis establecida, la cual fue debidamente comprobada, se orientó a establecer que la manera de evitar interpretaciones demasiadas amplias en la aplicación de la extinción de bienes de valor equivalente, el Congreso de la República, a través de la Comisión de Legislación y Asuntos constitucionales, debe plantear la derogación del contenido del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, pues no contribuye en la finalidad pretendida por la misma, pero si da pauta a la posibilidad de interpretaciones judiciales en el sentido de que cualquier bien aunque sea de origen lícito, es motivo de extinción para castigar a, para que no queden sin ningún castigo sus acciones delictivas.

La investigación de tesis fue realizada sobre el período 2018 al 2022, en la ciudad capital de Guatemala, utilizando los métodos deductivo, analítico, sintético, comparativo e histórico, mientras que las fuentes de información fueron de tipo bibliográfico y documental, a partir de la selección y ordenamiento de libros y legislación sobre interpretación jurídica, propiedad privada y extinción de dominio.

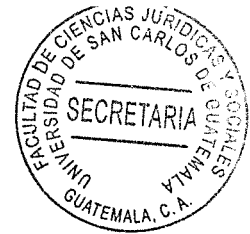
El presente trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos, los cuales se abordaron de la manera siguiente: En el primero, se describen los elementos de la interpretación jurídica, su origen y las condiciones para llevarla a cabo en el ámbito de la doctrina y de



la legislación. En el segundo, se establecen los elementos constitutivos de la propiedad privada, la importancia de la misma, la forma en que se regula, así como las limitaciones legales que reconoce la Constitución Política de la República y las leyes relacionadas con la propiedad. En el tercero se analiza la extinción de dominio, sus características, elementos constitutivos que la hacen una acción independiente y sus finalidades.

En el cuarto capítulo se analizan los efectos que la interpretación errónea llevada a cabo por los operadores de justicia sobre lo que son los bienes por valor equivalente y sus efectos negativos sobre la propiedad privada obtenida lícitamente y que no ha estado involucrada en ningún tipo de ilícito por lo que no debe ser motivo de extinción de dominio, aunque su propietario realice actividades ilícitas.

El aporte realizado en esta tesis es que la manera de evitar interpretaciones demasiadas amplias en la aplicación de la extinción de bienes de valor equivalente, el Congreso de la República, a través de la Comisión de Legislación y Asuntos constitucionales, debe plantear la derogación del contenido del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, puesto no contribuye de manera alguna en la finalidad pretendida por la misma, pero si da pauta a la posibilidad de interpretaciones judiciales en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo, para que no queden sin ningún castigo sus acciones delictivas.



CAPÍTULO I

1. La interpretación jurídica

En sentido amplio, la interpretación es una de las pocas figuras sobre las que nunca dejará de escribirse en el derecho en general, pues la misma tiene importancia a partir de la necesidad de desentrañar las diferentes variantes que presenta esta figura; en este sentido, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define la voz interpretar como la manera de explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de los textos faltos de claridad.

Por aparte, la Nueva Enciclopedia Jurídica establece que el término interpretación no es sino el resultado del devenir histórico de la combinación de los vocablos inter que quiere decir entre y paro o comprar, con los que se hacía referencia a la actuación del que mediaba en las compras, generalizándose esta expresión a otros asuntos de la vida.

1.1. Interpretación jurídica

En el campo jurídico, a partir de que las normas legales surgen para la regulación de las relaciones sociales en una determinada estructura social y política, por lo que la aplicación normativa conlleva una operación interpretativa de sus términos, alcances, contenidos y finalidades, lo cual significa que la interpretación de las normas constituye un lugar común dentro de la teoría general del derecho, así como uno de los núcleos duros en la técnica jurídica de todos los sectores del ordenamiento legal, puesto que la



interpretación en el campo legal es la búsqueda del sentido y alcance efectivo de la norma, para determinar el contenido y finalidad de la norma.

No se trata, entonces, de realizar un análisis lógico de algo en general, sino que una norma y la manera en la cual se debe aplicar en casos específicos, lo cual es una operación necesaria en el espacio jurídico de la sociedad, principalmente porque se trata de aclarar y reconstruir en cada momento el texto de la ley como parte del ordenamiento jurídico.

1.2. Dimensión creadora de la interpretación jurídica

La interpretación jurídica no es una actividad que se lleva a partir de asignar significados a los conceptos existentes en las leyes, sino de encuadrar actos y hechos a normas que deben aplicarse en el ámbito legal para que sean aplicadas lo más apegado a los fines de la ley en su conjunto, por lo que se requiere encontrar el sentido de lo que trata la norma legal, enmarcada dentro del sistema jurídico vigente.

“La interpretación jurídica no puede ser reducida a una labor intelectual en lo que se aspira únicamente a encontrarle el significado a las normas. La idea de que existe un intérprete que se enfrenta en su soledad a una norma jurídica e intenta arrancarle el significado de lo que esa norma jurídica tiene en el ordenamiento jurídico, es una idea con bajos niveles de corrección, pero no puede ignorarse que es una idea fuerza que está muy arraigada en los escenarios de la actividad judicial, debido en gran medida del peso que el positivismo jurídico extremo ha tenido en la cultura occidental que siguió el

modelo europeo continental y el formalismo lógico fundado en la lógica tradicional de origen aristotélico”.¹

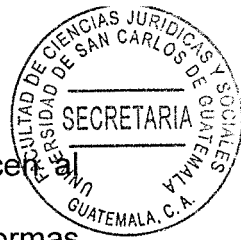
Esta idea formalista de la interpretación persiste bajo los cánones de la filosofía analítica y muchas corrientes de la filosofía del derecho y de la teoría del derecho la siguen manteniendo, a partir de considerar que la interpretación de la norma significa poner en marcha una serie de actividades intelectuales destinadas a atribuir a esta disposición un significado, siendo perfectamente posible que una única disposición sea interpretada de modo tal que exprese varias normas, de forma acumulativa o alternativa.

En la asignación de significados de una norma jurídica, que como resultado trae a la realidad jurídica una nueva norma que regule un caso individual, en forma acumulativa o alternativa a partir de hacer uso de criterios lingüísticos o técnicos jurídicos aceptados en una cultura jurídica, lo cual aspira a la escogencia de una dirección en la significación como la norma de la interpretación exclusiva estimada como correcta.

Con esta escogencia interpretativa se desarrolla una línea argumentativa destinada a que solamente puede existir una respuesta correcta en la interpretación, producto directo de reducir el proceso interpretativo a la asignación de significados en el terreno de la lógica.

“Entre los autores dedicados a trabajar en los asuntos interpretativos no puede ignorarse a los que sostienen puntos de vista de alguna manera semejantes a los de la filosofía

¹ Pabon Arrieta, Juan Antonio. **La interpretación jurídica**. Pág. 26.



analítica, quienes expresan que interpretar y la interpretación jurídica pertenecen al ámbito de la interpretación textual, pues se busca encontrar el significado de las normas jurídicas, para lo cual se puede dar una asignación de significados a una realidad normativa derivada de la necesidad de superar la oscuridad de un texto generador de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación a casos, para superar la oscuridad o conflictos de textos, porque donde no existe oscuridad o conflicto no se requiere de interpretación”.²

Aunque también existe una idea amplia de la interpretación jurídica, la cual considera que no importa si un texto sea claro u oscuro, puesto que lo significativo de la interpretación es la de ofrecer una significación de un texto; es decir, cualquier persona, incluso los que no son juristas, hacen interpretaciones de las normas y la manera en la cual debieran aplicarse en casos concretos, lo cual no problema porque las interpretaciones vinculantes conciernen sólo a aquellos sujetos que se desempeñan en órganos precisamente de aplicación de las normas, principalmente jueces y funcionarios administrativos.

Por lo que en el caso de la interpretación realizada por el ciudadano es libre, puesto que no requiere ningún criterio legal para llevar a cabo su explicación del significado que considera adecuado, en el caso de los que están investidos legalmente de la interpretación, además, llevan a cabo una aplicación del derecho a casos concretos, lo cual conlleva un resultado en el ámbito jurídico legal que puede favorecer o perjudicar

² *Ibíd.* Pág. 27.

los intereses de terceros, los cuales si se sienten afectados por la aplicación de la interpretación llevada a cabo, puede accionar legalmente para que se cambie la misma.

“Hablando correctamente, la interpretación tiene como objeto textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto; por lo tanto, no es correcto reducir la interpretación a lo que un diccionario dice en forma literal, porque así el resultado obtenido es el de empobrecer la acción misma de la interpretación, como un fenómeno esencialmente creador de norma al caso en la solución misma del caso; menos, identificar la aplicación de las normas jurídicas como una actividad que solamente le corresponde a los funcionarios judiciales o administrativos que desempeñan funciones jurídicas”.³

Se trata de comprender que la interpretación jurídica mantiene su validez y continuidad, debido a que las normas legales están llenas de antinomias o lagunas, por lo que el proceso de la interpretación, puede ser realizado por doctrinarios, legisladores o litigantes, pero es la aplicación de la interpretación en donde se aplica el derecho y se hace justicia, que es el fin del derecho, como lo es a la seguridad jurídica y la paz.

Lo establecido en una norma jurídica, de cualquier naturaleza, tiene siempre un elevado nivel de abstracción por lo que, sin importar los niveles de claridad u oscuridad de las normas jurídicas, tienen necesariamente que ser interpretada, ante lo cual, el reto del mundo jurídico siempre es el de la interpretación con niveles de sabiduría jurídica tendiente a la solución más o menos justa de una controversia jurídica que necesite ser resuelta, para lograr un nivel de aceptación general sobre la manera en que debe

³ *Ibíd.* Pág. 28.

entenderse la norma y así entenderse en los planos materiales en los cuales los jueces aplican las normas, luego de la interpretación propia o adoptando la de los exegetas.

En la interpretación jurídica lo que se pretende es encontrarle o hallarle sentido a lo jurídico, en un proceso deliberativo de crear con argumentos razonables las soluciones jurídicas a las controversias interpretativas sobre la normativa legal, por lo que construir el sentido de lo jurídico es una labor intelectual no desprovista de la orientación desde lo público hacia la sociedad, sin olvidar que existe una tradición interpretativa la cual forma parte de una cultura que deja su sello en el intérprete.

“En el proceso de la interpretación, lo primero que es imprescindible reconocer es que la misma es, ante todo, un proceso de naturaleza dialógica en el que es necesaria la construcción de un consenso que termina con una decisión. Proceso interpretativo que persigue comprender, ya que lo comprendido es finalmente lo interpretado que se logra porque es comprendido como un acto de la existencia misma del sujeto en el diálogo en la sociedad civil; o sea que, al desarrollo del comprender se le llama interpretación. En ella el comprender se apropia, comprendiendo lo comprendido. En la interpretación no se vuelve a comprender otra cosa sino el mismo”.⁴

La interpretación se funda en el comprender, porque no es tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de posibilidades proyectadas en el comprender; en consecuencia, el desarrollo mismo del comprender en la aplicación de lo jurídico es lo que constituye la interpretación, porque solamente cuando se logra la comprensión de

⁴ Frosini, Víctor. **El espíritu de la ley**. Pág. 17.

algo de naturaleza jurídica y, en su aplicación se resuelve un asunto jurídico, es cuando se la logrado la interpretación, correcta o no.

Si es correcta o no la interpretación es un problema de razonabilidad en la argumentación y justificación de la solución jurídica del caso; pero, de todas formas, no es concebible desde una hermenéutica jurídica, que la interpretación pueda ser concebida en forma mecánica, en la que las fases del proceso de comprensión de lo jurídico se conciban en formas separadas como si fuese posible interpretar por fuera de la comprensión y ajena a la aplicación de los textos y de las normas jurídicas dentro de la correspondiente tradición jurídica de una determinada cultura que con sus valores, principios y reglas que conforman el instrumento de la paz que es el derecho.

1.3. Lo unitario de la interpretación jurídica

El fenómeno de la interpretación en la sociedad moderna es totalmente distinto al que reinaba en las épocas anteriores, en las que no se había universalizado el reino de la libertad política, social y jurídica; por lo que en este ambiente de libertad el derecho se crea dialógicamente como fenómeno lingüístico en la vida en relación, y el derecho que se concreta es consecuencia de la relación de hombres libres.

El proceso de la interpretación es unitario con la explicación y aplicación, puesto que las tres son simultáneas y no existen etapas entre ellas, por lo que en la interpretación e interpretación se determina el derecho, pero se crea en la aplicación a una realidad específica, por lo que la complementación productiva del derecho que tiene lugar en la

relación de esos tres aspectos con la actividad reservada al juez, quien está sujeto a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica.

“La idea de que un ordenamiento jurídico está contenido en la sentencia del juez, no obedece a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto. Concretar la ley es individualizarla al caso particular que requiere de solución para hacer justicia al caso, es crear derecho al caso; en un proceso unitario de comprensión, interpretación y aplicación del derecho en el diálogo jurídico. La determinación del derecho como complementación productiva está reservada al juez; sin embargo, en ella participa toda la comunidad jurídica en condiciones de igualdad ante la ley para que exista seguridad jurídica”.⁵

Esta postura del autor citado, se orienta a la idea que estima que el derecho no es igual a la ley, pues el mismo no se deriva de un proceso de deducción de ley que se vuelve derecho, sino que este es consecuencia de un proceso de creación en su interpretación y aplicación, a partir que no es un acto meramente pasivo de subordinación, sino un acto conformador en la que entra el aplicador del derecho.

La idea de que el derecho es diferente o no es igual a la ley, significa que aquel no es nada substancial, no está en las cosas; antes bien, el mismo es algo relacional, pues se encuentra en la relaciones entre los hombres y con las cosas, por lo que debe entenderse que para un pensamiento jurídico semejante sólo puede darse en un sistema abierto; es decir, donde el juez, sin ser árbitro en su labor de juzgar, juzga el contenido

⁵ *Ibíd.* Pág. 18.

y el alcance de la manera en que debe ser aplicada la ley al caso concreto, para superar las contradicciones que, por su generalidad, toda ley tiene necesariamente que tener.

Se puede afirmar que las insuficiencias y defectos de las leyes son las ventajas que la ley tiene para que el intérprete pueda tener en lo razonable un margen de libertad y maniobra para que se realice la justicia al caso, puesto que siempre se puede presentar la necesidad de corregir la ley en su aplicación, pero la alternativa es dotar al juez de la mayor independencia judicial para que diga lo que el derecho es en una actividad creadora.

Pero, si bien la teoría de la interpretación figura entre las más debatidas dentro de la ciencia jurídica, siendo numerosos los estudios que sobre este tema se han llevado a cabo, no es menos cierto que son relativamente escasos los que han contribuido a clarificar satisfactoriamente esta materia, puesto que la discusión gira sobre la interpretación y la aplicación de la norma, las cuales son operaciones interdependientes, como de solución circular, que constituyen fases sucesivas de adecuación de las normas a la realidad.

De esta manera, se observa que son numerosas las definiciones de interpretación que acentúan la misma, tanto en su carácter previo al acto aplicativo de la norma cuanto en su comprensión dentro del proceso más amplio de aplicación normativa; en este sentido, la interpretación constituye una operación jurídica imprescindible para la aplicación del derecho a una situación fáctica concreta, incidiendo también en la naturaleza perentoria de la actividad interpretativa con vistas a la posterior aplicación de la norma interpretada.

“En el ámbito del derecho internacional y, en particular, en la aplicación e interpretación de las normas convencionales, se ha discutido extensamente acerca de si la tarea interpretativa precede a la aplicación de la norma o si, por el contrario, sucede a la inversa, por lo que la interpretación de las normas internacionales suele plantearse, aunque no exclusivamente, con ocasión de su aplicación a un supuesto concreto. Es entonces cuando pueden surgir las controversias entre las partes concurrentes y, ciertamente, resultan frecuentes las suscitadas en materia de interpretación, tanto de la jurisprudencia internacional como de las distintas instancias arbitrales de carácter internacional”.⁶

A partir de lo afirmado por el autor citado, resulta imprescindible delimitar la ausencia de identidad entre interpretación y creación, ya que la primera presupone la existencia de una entidad que se interpreta, mientras que la acción de crear conlleva el hecho de producir algo partiendo de la nada, de lo que se evidencia la imposibilidad de su utilización como nociones intercambiables, porque el que interpreta no crea, sino que recrea en su actividad, algo preexistente en abstracto.

Esta recreación del que interpreta, se refiere a la forma en que el intérprete hace pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretativo y, de este último, al enunciado interpretado; es decir que el uso de las reglas interpretativas, integra una cuestión que va a depender de la teoría de la interpretación que se sustente o de la manera en que se conteste a las preguntas de qué es interpretar y de por qué y para qué se interpreta.

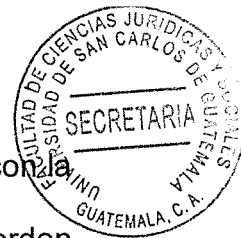
⁶ *Ibíd.* Pág. 19.

El análisis de las directrices hermenéuticas observadas en el ámbito interno, se presenta como inexcusable por la naturaleza híbrida de los convenios de doble imposición que, en calidad de tratados internacionales, reúnen al mismo tiempo un carácter normativo, pues, constituyen fuentes del derecho, adquiriendo el rango de norma una vez pasan a formar parte del derecho nacional y un carácter contractual, en tanto que producto de la autonomía de la voluntad de los estados soberanos.

1.4. La interpretación de un texto jurídico desde lo razonable

El texto es visto tradicionalmente como algo gramatical que requiere de un conjunto de elementos para poder ser considerado un texto, que sin lugar a dudas desde lo gramatical es correcto, pero desde el plano hermenéutico es absolutamente insuficiente, pero, en su estructura, todo texto tiene que cumplir con unos requisitos indicados por la gramática, puesto que obedecen a reglas, las mismas que han regido el presente.

Por eso es que, comprender el lenguaje gramatical de un texto jurídico para comprenderlo, es la idea que predomina, por considerarse que el mismo es concebido como enunciado o conjunto de enunciados, orales o escritos, que tienen coherencia interna, aunque así sea una definición de que el fragmento de una obra, citada en forma oral o escrita o como cuerpo de una obra escrita, excluyendo lo que en ella va separado, como portadas, índices o notas, es texto, por lo que la interpretación del texto es gramatical.



Esta forma de identificar lo que es el texto conduce a identificar su interpretación con la asignación o descubrimiento de significados, en una labor eminentemente de orden gramatical, lo cual significa la interpretación de una escritura o de algo oral que existe independiente del intérprete, persiguiendo explicar lo que el texto es, sin la apertura del diálogo que es propia de toda conversación; en este sentido, el texto siempre es asimilado a algo que existe por fuera del diálogo y de la comprensión, en la que se establece una relación del sujeto que trata de interpretar y un objeto que es la materia a interpretar.

Es decir que, como se examina el texto desde la textualidad del mismo, entendida esta como la propiedad que define un texto bien formado que permite identificar la existencia de un texto y diferenciarlo de una mera yuxtaposición que no da lugar a un orden estructurado con unidad de sentido por el solo hecho de tener coherencia lógica, porque el mismo es más que un pedazo de algo que requiere ser abordado desde lo gramatical.

El texto es una conversación que se retroalimenta en forma permanente, en particular el texto jurídico, que siempre es una invitación a la plática acerca de aspectos que requieren deliberación porque las cosas pueden ser de otra manera y en ellas siempre existe un desacuerdo que requiere ser superado en forma dialógica, que puede terminar en una decisión de un tercero autorizado, con atribución de juzgar y decidir.

La escritura jurídica requiere siempre ser interpretada en su aplicación y comprendida, por ello, porque el texto jurídico se conforma en el proceso de interpretación como el resultado del proceso de interpretación jurídica y no algo dado por fuera de la

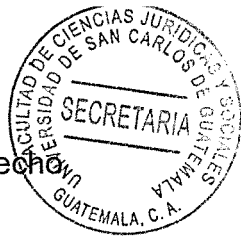
conversación en lo jurídico, puesto que un texto es unidad y no solo signos de la escritura, ni tampoco siquiera en la unidades gramaticales con que se constituye la frase, porque, solo estas no lo hacen todavía a un texto; porque, en el fondo, sólo se comprende al mismo, si se comprende completamente y se ha comprendido la totalidad de su contenido.

“La idea de texto sigue siendo la de una unidad de un tejido, pero ya no es abordado desde la gramática y la retórica, sino desde la hermenéutica, por lo que se complementa con la idea de una unidad de sentido que se conforma para ser comprendida como una totalidad, por lo que, si el tejido no logra transformarse en una totalidad de sentido destinada a ser comprendida por el que dialoga con esa unidad que puede adquirir su sentido en la comprensión propia de un proceso de aplicación, no se podrá comprender”.⁷

En otras palabras, al no lograr una unidad de sentido una norma jurídica, esta no podrá alcanzar la dimensión de conformarse como un texto jurídico, ya que el tejido de una unidad de sentido de una norma jurídica solamente alcanzará su dimensión hermenéutica en la medida en que se realice la norma jurídica en el proceso de la aplicación.

El texto jurídico siempre es una relación que se establece en la aplicación de la norma jurídica a un caso concreto, a nombre de un determinado ordenamiento jurídico, propio de una tradición que habla en la norma jurídica al caso, en el diálogo entre seres

⁷ Pino, Gonzalo. **Derecho e interpretación**. Pág. 57.



humanos en el espacio público de naturaleza jurídica, lo cual confirma que el derecho es relación humana en la conversación puntual entre ser y el deber ser jurídico.

Por este motivo es que el derecho no puede ser comprendido por fuera de la relación entre lo que debe hacerse y lo que se hace y por lo que el derecho no es substancia sino relación, a partir de que, la realidad de lo jurídico está constituida por la relación de un texto, que para conformarse necesita de un contexto.

Por fuera de un contexto es imposible la conformación de un texto jurídico, por lo que un texto puede representar la unidad de sentido que quiera, pero siempre dependerá de un contexto, que a menudo determina en forma inequívoca ese significado de interpretaciones múltiples.

Teniendo en cuenta las ideas expuestas, se puede afirmar que el contexto es indispensable para lograr la comprensión de algo que requiere ser entendido y que, a su vez, no podrá ser entendido por fuera del contexto en que existe, porque lo que está por fuera de un contexto está privado de sentido, pues lo que le ofrece sentido a un texto es su pertenencia a una tradición que habla en el texto jurídico; en este sentido, todo texto jurídico no deja de ser cosa distinta a un producto histórico y todo lo histórico es el resultado de la acción y la comprensión humanas.

Esta reflexión acerca de la centralidad del contexto, para que un texto e incluso palabras puedan alcanzar sentido y logren o puedan lograr ser entendidas, es imprescindible en la hermenéutica jurídica; donde el intérprete, frente a un texto tiene la necesidad de

descubrir e identificar el contexto o crear el texto y simultáneamente dotarlo del contexto en que pueda alcanzar un sentido para poder ser comprendido.

Reiterando la idea se hace énfasis en que todo texto, incluidos los textos jurídicos, requieren de un contexto para que puedan ser comprendidos como una unidad de sentido, por lo que la interpretación jurídica no puede ignorar la creación de un contexto en el diálogo jurídico para que el texto jurídico alcance a ser entendido; por tanto, cada interpretación es un nuevo diálogo y un nuevo comprender de una manera distinta si se quiere siquiera comprender algo, dado que el arte de la hermenéutica no es decir lo que la norma ha dicho, sino decir lo que la norma jurídica podría decir en un contexto singular que le permita ser en un texto jurídico que resuelva un caso con niveles de justicia.

En este marco, es por lo que el razonamiento que debe desplegarse en el proceso de interpretación de lo jurídico no puede estar gobernado bajo fijas e inflexibles reglas que sometan al juzgador y a su razonamiento jurídico, pues este no conoce otro imperio que el de la libertad desde la razonabilidad, lo cual le permite saber que no existe imperio de la ley como derecho cierto y que su razonamiento solamente está sometido a la prudencia jurídica que le informa la manera en que se presenta la tradición.

Se trata de que la interpretación jurídica como razonamiento práctico está siempre determinada por un interés, pues no existe interpretación jurídica por fuera de la necesidad de resolver un asunto; en este sentido, la misma debe resolver un problema jurídico, lo que hace que esta interpretación sea una forma de razonamiento de naturaleza normativa que no está dirigida solamente a descubrir lo que la norma dice o

podría decir; sino que está encaminada a decidir sobre algo jurídico en el proceso de la aplicación, en este sentido, la interpretación jurídica tiene que cumplir una función normativa.

La interpretación jurídica así entendida no es más que una especie, bien que la más importante, del género denominado interpretación en función normativa, por lo que no es el entender para obrar, sino un proceso unitario en que se entiende obrando; es decir, que en el obrar se entiende y se logra la interpretación jurídica, pues la misma tiene que ser realizada bajo las directrices de un conjunto de valores, principios y reglas universales de naturaleza jurídica, que los intérpretes no pueden pasar por alto.

Esta interpretación jurídica en un Estado democrático de derecho es una labor calificada y científica que tiene ante sí el reto de superar todo formalismo lógico y apego ciego a las normas jurídicas, debido a que la interpretación no puede ser una pacífica labor de adecuación de la conducta al texto legal ni de tratar de encontrar la solución del caso en la norma, sino que el reto del intérprete es el de trabajar bajo una perspectiva de los valores, principios y reglas de predominancia internacional.



CAPÍTULO II

2. La propiedad privada

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la propiedad como un derecho o facultad de poseer alguien una cosa y poder disponer de ella dentro de los límites legales, por lo que se está ante uno de esos conceptos que, por sus orígenes y evolución, por su continuidad y cambios en todas las sociedades, desde las épocas de la prehistoria, hasta el presente, por su universalidad y persistencia se puede considerar como fundamental.

Es por eso que el concepto propiedad tiene múltiples referentes, vínculos y connotaciones en las dimensiones jurídica, económica, política, social, histórica, antropológica, psicológica, filosófica y aún teológica; de este concepto abundan las disertaciones y los argumentos, en su mayoría elementales, de tratado escolar; pero hay también, desde luego, ensayos de mayor calado que han llegado a ser clásicos, antiguos y modernos.

“La más conocida de las definiciones de propiedad es la romana: *juendi, fruendi y abutendi*, el cual significa el derecho de usar, disfrutar y abusar de una cosa. Esa cosa de la que alguien se apropia para dar lugar al origen de las civilizaciones y de las culturas, de la ley y de la justicia, es primero la tierra y sus frutos, convertidos luego en productos y en mercancías. Vendrán a partir de allí diversas modalidades de apropiación, colectivas e individuales, de bienes y servicios, del trabajo y de las personas mismas,

constituyendo formas de organización económica, social y política que corresponden a las distintas etapas de la evolución histórica de las sociedades”.⁸

Es por eso que se puede establecer que el concepto de propiedad tiene lugar como el objeto que pertenece a alguno de manera exclusiva, seguido inmediatamente por la implicación jurídica que reconoce el derecho de poseer alguna cosa o sea de disponer de alguna cosa de un modo pleno, sin límites.

2.1. Definición de propiedad privada

La propiedad privada se puede entender como un conjunto de derechos, adquiridos por individuos o por grupos, la cual es libre en la medida en que esos derechos son enajenables, independientemente de que adopte las características de pequeña, mediana o grande y su existencia genere desigualdad económica y social.

“Desde el punto de vista de la teoría social marxista, la noción de propiedad y de algunas categorías conexas como relaciones de propiedad, formas de propiedad, tiene una significación central, pues Marx no consideró la propiedad sólo como la posibilidad para el propietario de ejercer sus derechos de propietario o como un objeto de tal actividad, sino como una relación esencial que juega un papel central en el complejo sistema de clases y de estratos sociales. En este sistema de categorías la propiedad de los medios de producción tiene un papel sobresaliente”.⁹

⁸ González, Oscar. **La propiedad**. Pág. 60.

⁹ **Ibíd.** Pág. 61.

Frente a las corrientes de pensamiento que critican la propiedad privada por considerarla un factor de desigualdad social y de opresión, abogando, sobre todo, por una socialización íntegra de los medios o instrumentos de producción, el liberalismo, como teoría económica, justifica la propiedad privada, tanto de los bienes de consumo como de los medios de producción, involucrándola incluso con la propia justificación del Estado y del derecho, con razones muy diversas, tales como que la propiedad está fundada en la propia naturaleza humana, siendo una garantía de su dignidad y libertad.

Asimismo, el liberalismo establece que el trabajo es el título primario de la propiedad; la propiedad está justificada por el convenio social. la propiedad es un presupuesto esencial del sistema de economía de mercado, que es el que genera la máxima riqueza y bienestar; la propiedad es un medio básico para alcanzar los fines individuales, familiares y sociales, porque la propiedad depende de la manera en que está organizado cada grupo social. La propiedad es un problema de organización política, correspondiendo a los ciudadanos decidir qué bienes pueden ser objeto de propiedad privada y cuáles no.

En la actualidad, el concepto de propiedad puede ser todo lo que se quiera, en sus diversas acepciones e implicaciones, pero no es algo que esté en el mundo de la naturaleza sino de las relaciones económicas de las personas, puesto que tener la propiedad sobre un bien mueble o inmueble, como un hecho o un derecho, es un fenómeno que sólo puede tener lugar en el ámbito de la vida social; por lo que, cuando se dice que la propiedad es un derecho natural se está aludiendo a la concepción liberal del hombre y a su concepción de la naturaleza humana.

La Declaración de los Derechos del Hombre de 1791 consagra en su Artículo 2º entre los llamados derechos naturales e imprescriptibles, la libertad, la igualdad, la propiedad y seguridad individual y en el Artículo 17 establece que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado; es más, por ley, la propiedad existe aún sin propietario, como una facultad sin sujeto; existe tanto para el concebido, como para el octogenario que ya ha muerto. ...

Este fundamento liberal sobre la propiedad significa hablar las relaciones individuales y sociales de poder, porque la propiedad es un hecho y un derecho, una realidad y un concepto; es más, es un fenómeno fundamental en la historia del hombre y en la organización de las sociedades, al extremo que la política, la economía en general y la economía política, se forman y desarrollan a partir de y en torno a la propiedad; esta también está en la base del hacer y del pensar, de la acción humana, puesto que al apropiarse de las cosas, la persona se apropia del mundo, habiendo sido el caso que en desde la antigüedad y hasta finales del Siglo XX, también se apropió de otras personas.

2.2. Fundamentos de la propiedad privada

La propiedad constituye una pieza clave para la organización de las relaciones sociales, puesto que afecta a todos cuantos viven en sociedad, pues la misma está directamente condicionada por la organización que se atribuya al sistema de apropiación y aprovechamiento de los bienes; de ahí que los ordenamientos jurídicos que se han sucedido a través de los tiempos hayan establecido su estatuto normativo, lo cual hace que existan extensas normativas para regular su apropiación.

Al integrar a la propiedad como parte de los derechos reconocidos legalmente, se crea lo que se llama derecho económico, que designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica y para el orden del proceso económico, por lo que la noción de propiedad está determinada por su carácter histórico, por lo que es esencial conocer los sistemas bajo los que ha de ser organizada.

Es de tener en cuenta que, uno de los primeros problemas que tiene que resolver cualquier sociedad y cualquier ordenamiento jurídico es la atribución de los bienes económicamente valiosos, cuando, por su naturaleza, son escasos; es decir, puede haber de este modo un sistema en el que los bienes económicos pertenezcan a la colectividad y sean regidos o gestionados por los representantes de esta; puede haber también un sistema en el cual los bienes económicos se atribuyan a los individuos, siendo en el primer caso una concepción socialista o comunista, mientras que en el segundo caso, se trata de una visión capitalista de la propiedad.

2.3. Fundamento civilista de la propiedad privada

La definición legal de la propiedad está influida por el ambiente histórico en que se formula.; por ejemplo, en el Código de Napoleón de 1804 se regula que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se usen en contra de lo previsto por las leyes y los reglamentos, por lo que nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, mediante una justa y previa indemnización en moneda de curso legal.

“Uno de los objetivos principales del Código de Napoleón fue el de estabilizar el régimen de propiedad derivado de la revolución francesa, configurando al derecho de propiedad como derecho absoluto, después de que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la propiedad hubiese sido colocada entre los derechos naturales, presentándose como un derecho innato, anterior al Estado, inviolable y sagrado. Ello supone conceder explícitamente a la propiedad una posición central en el sistema jurídico. Como eje y vértebra de toda su regulación”.¹⁰

Es a partir de esta regulación legal que se volvió un derecho inalienable el de propiedad privada, de la cual se podía gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, en donde el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla, porque nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización; si no precediese este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.

A partir de esta inherencia de la propiedad privada, también se fue considerando que la misma es unitaria, ya que hay un solo tipo de dominio, que se corresponde con una sola categoría de personas, tiene carácter abstracto, puesto que el derecho de dominio existe, sin hacer referencia alguna a su concreto contenido o a los objetos sobre los que recae, por lo que todas las propiedades quedan englobadas en el citado precepto, incluso la propiedad que pertenece al Estado.

¹⁰ Ibid. Pág. 62.

Como se aprecia, la propiedad tiene un marcado carácter individualista, aunque también se pueden encontrar propiedades colectivas, pero son las menos; de igual manera, existe la copropiedad, la cual según los casos puede tener un límite temporal para su existencia; asimismo, las limitaciones a la propiedad se entienden como restricciones a un dominio que implícitamente se considera absoluto, puesto que solo se permiten las limitaciones establecidas en las leyes, de donde se infiere, de un lado, el carácter excepcional de las limitaciones y, de otro lado, que la referencia a las leyes no ha de ser entendida como permisiva de que cualquier norma jurídica pueda ser fuente primaria de limitaciones al dominio sobre las cosas.

“La propiedad está llamada a durar ilimitadamente entre las manos de los sucesivos dueños, sin perjuicio de que a un titular concreto se le atribuya tal derecho sólo por un tiempo cierto y limitado. En otro sentido se habla igualmente de perpetuidad del dominio para explicar que éste no se pierde por prescripción extintiva; asimismo, la propiedad implica el carácter ilimitado de las facultades del propietario en relación a los posibles modos de goce, de las diversas utilidades que pueden obtenerse del objeto del dominio, lo cual permite diferenciar al dominio de los demás derechos reales, que se delimitan fijando positivamente las facultades que corresponde a su titular”.¹¹

Otro elemento importante es que la propiedad está sometida a un régimen de plena libertad de comercio, para lo cual el Estado debe suprimir los obstáculos que impidan su libre tráfico, puesto que siendo la propiedad es un bien de mercado, es el mercado quien le proporciona su verdadero contenido económico, al establecerse legalmente que el

¹¹ Cabanillas Sánchez, Antonio. **La propiedad**. Pág. 28.

derecho sobre la misma, ya que tiende a durar tanto como su objeto; o sea, es la duración física de la cosa la que determina la duración del derecho.

2.4. La concepción de la propiedad privada en la actualidad

La evolución material que ha experimentado la propiedad a lo largo de la segunda mitad del Siglo XX, permite afirmar que ha surgido una nueva propiedad, que se parece poco a la existente en el Siglo XIX y en la primera mitad el Siglo XX, cuando se promulgaron los códigos civiles vigentes en la mayoría de países occidentales, en donde la propiedad había sido construida sobre un modelo que se presentaba como abstracto, unitario e intemporal, idóneo para acoger las diferentes formas de dominio de la tierra rural y urbana, de las casas o de los edificios.

A partir de la evolución de la economía y el surgimiento de la multiplicidad de las propiedades se fue entendiendo que no se pueden aplicar la misma figura legal o los mismos esquemas, al régimen de la propiedad mobiliaria que a la inmobiliaria, a la propiedad urbana que a la propiedad rústica, a la propiedad de los bienes de consumo que a la propiedad de los instrumentos o medios de producción, a la propiedad de los bienes materiales que a la de los bienes inmateriales o espirituales y así sucesivamente.

Es debido a esta multiplicidad de tipos de propiedad es que aparecen diferentes estatutos de la misma, que se justifican por la trascendencia económico-social de ciertos bienes o por la especial posición de los sujetos intervinientes en el proceso económico, asimismo, se subraya que tenía que ser diverso el tratamiento de la propiedad en el

ámbito civil y en el mercantil, aludiendo a que en éste a través de un complicado sistema de sociedades interpuestas y vinculadas se puede formar una barrera que aísla y protege al propietario actual, con total falta de transparencia, pues se crea una especie de suprapropiedad con un régimen jurídico privilegiado.

La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado desde mediados del Siglo XX una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en los códigos civiles; por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución de propiedad en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos.

De ahí que se venga reconociendo doctrinal y jurisprudencial, la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae; el punto de vista abstracto y unitario, propio de la codificación, se ve en gran medida abandonado por una serie de disciplinas legales, que denotan que determinados bienes se sujetan a unos estatutos que se encuentran en armonía con los fines socialmente perseguidos respecto de cada uno de ellos.

Un ejemplo de la evolución de la propiedad es la normativa sobre la propiedad urbana y la propiedad agraria, pues conforme a la normativa urbanística, la propiedad urbana

queda configurada sobre bases absolutamente diversas a las establecidas civilmente, puesto que los códigos civiles ya no establecen las disposiciones generales del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, sino que lo realizan leyes específicas que establecen la forma de utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación, así como la forma y con las limitaciones que establezcan esas legislaciones especiales de ordenación territorial y urbanística de los predios.

Mientras que las leyes agrarias, así como de desarrollo rural o agropecuario se crean para establecer la manera en que el suelo rústico debe utilizarse de acuerdo a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad agropecuarias, de tal manera que el cumplimiento de la función social de las fincas rurales, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga a asignarle el uso de la tierra con criterios técnicos y económicos apropiados según su destino agrario más idóneo o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida relación entre la propiedad particular y el interés nacional.

Aunque es de mencionar que aun cuando la pluralidad de regímenes del dominio sobre los bienes inmuebles es una constante histórica, la manera en que se lleva a cabo desde mediados del Siglo XX, es a partir de una estructura jurídica del derecho de propiedad, constitucionalmente garantizada, ante lo cual, las leyes que se promulgan regulando concreciones del derecho de propiedad, desarrollan, según las previsiones constitucionales, el derecho de propiedad.

Asimismo, dicha constitucionalización de la propiedad, aunque mantiene el criterio de que la misma se orienta hacia el derecho de gozar y disponer de una cosa, pero subordinado a que cumpla una función social, sea el dominio sobre la misma, individual, societaria o colectiva, o propiedad rústica y urbana o sobre bienes inmateriales, por lo que ante una institución que tradicionalmente ha sido considerada como expresión del más puro individualismo, se agrega el valor de la solidaridad de la misma con la sociedad.

“La incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente en menoscabo del dominio sobre la cosa, en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones al dominio sobre las cosas hagan irreconocible el derecho de propiedad privada”.¹²

Debe tenerse en cuenta que aun cuando la propiedad es un fiel reflejo de lo que se entiende como derecho subjetivo por excelencia, lo esencial en el derecho subjetivo es el poder para la autosatisfacción de intereses propios y la propiedad refleja una serie concreta de facultades que ejerce el sujeto sobre los bienes, pero no existe ninguna contradicción entre ese derecho con los fines sociales determinados; es decir, aunque todas las personas tienen derecho al libre disfrute de los bienes de su propiedad, eso no

¹² *Ibíd.* Pág. 29.

significa que el Estado puede restringir e incluso impedir la adquisición de bienes a partir de la tutela de otros valores o derechos constitucionales valiosos.

Se trata de que, aunque el Estado garantiza el uso, disfrute y libre disposición de la propiedad, de conformidad con lo establecido en la ley, para lo cual las autoridades estatales garantizarán los mecanismos para el acceso a la lícita adquisición de los bienes y el libre ejercicio de las facultades que le vienen incluidas, este reconocimiento no implica que el Estado, por razones de orden público o función social no pueda intervenir sobre la propiedad privada, sino que únicamente lo puede hacer fundamentando de acuerdo con la ley la existencia de estos dos aspectos.

Esta potestad estatal de priorizar el orden público y la función social de la propiedad, se debe a que es necesaria esa intervención cuando sea necesario, pero que, en general se mantenga el dominio o propiedad sobre todos los bienes, pero con límites, puesto que los bienes cumplen con beneficiar a su propietario, pero también debe producir beneficio a toda la colectividad.

Esta función social de la propiedad significa que el propietario, por el mero hecho de serlo, no puede establecer una muralla inaccesible entre su egoísmo, el interés social y sus derechos patrimoniales, por lo que la expresión de conformidad con lo establecido en la ley, conduce a interpretar el reconocimiento de la concepción social de la propiedad, por lo que la ley, en sentido concreto o en correspondencia con el tipo de bien, establecerá las opciones de facultades del dominio.

2.5. Acciones que protegen la propiedad o dominio sobre las cosas

El propietario de una cosa o bien tiene derecho a defender su propiedad sobre la misma a través de lo que se conoce doctrinaria y legalmente como la facultad reivindicatoria, comprendiendo esta todas las acciones que nacen del dominio y, en concreto las tendentes a su defensa; así, además de la citada acción reivindicatoria, las acciones declarativas del dominio, negatoria, de defensa contra los daños a la propiedad, la rescisoria del dominio y la acción publiciana.

Esta defensa otorgada al propietario tiene un amplio contenido, puesto que incluyen todas aquellas acciones que sin tener en la ley una reglamentación específica van dirigidas ya a la inicial afirmación del derecho de propiedad, ya a fijar materialmente el objeto sobre el que esta recae y a hacer efectivos los derechos de gozar y disponer que constituye la esencia del dominio, también tienen una relación directa con el dominio la acción de deslinde y amojonamiento, cuya distinción con la reivindicatoria es algunas veces difícil y la llamada acción preparatoria.

La acción declarativa del dominio se dirige a obtener una declaración judicial de constatación, existencia o afirmación de la propiedad con eficacia contra terceros, de manera que la finalidad de la acción es la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye; al igual que la acción reivindicatoria, es una acción de defensa de la propiedad y exige prueba o justificación de un justo título de propiedad, pero no contiene pretensión restitutiva de la cosa sino la mera declaración o constatación de la

propiedad del actor, por lo que basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa.

Por tanto, la acción declarativa del dominio se basa en un hecho jurídico que da existencia a la propiedad del actor por lo que se requiere prueba de la misma; por lo que, si el demandante no prueba su dominio, la sentencia será absolutoria; es decir, no declarará la existencia del dominio del actor; sin embargo, no basta con ser propietario para poder ejercitar la acción declarativa del dominio, además se debe tener un interés legítimo en la propia declaración del dominio.

Las acciones meramente declarativas por las que se pretende la constatación, con fuerza de cosa juzgada y por medio de un fallo judicial, de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica, se admiten a condición de que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, por una especial motivación determinada por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

La legitimación activa corresponde al propietario, sea o no poseedor inmediato de la cosa, por lo que quien ejercita la acción ha de ser el que dice ostentar ese derecho de propiedad cuya declaración reclama que es fruto de una vinculación directa con la cosa objeto de reclamación judicial; pero, de no hacerlo personalmente el propietario, ha de ejercitarlo un tercero que se apersona ante el juez investido de la representación del que argumenta tener el dominio de la cosa o bien por acto individualizado legalmente conferido.

Por aparte, la legitimación pasiva corresponde a quien niega, se arroga o discute el dominio del actor, sin que sea preciso que haya perturbado, de hecho o de derecho, el dominio, puesto que el propietario de cosa, con el ejercicio de la acción declarativa, no busca su restitución, sino la proclamación o el reconocimiento de su derecho; no es, por tanto, una acción de condena ni de recuperación, sino de mera declaración de una concreta realidad propietaria, por lo que la acción declarativa es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad primordialmente declarativa, aunque nunca podrá traducirse en la integración posesoria dentro del mismo proceso.

De la acción negatoria dispone el propietario frente a quien alega la existencia de un gravamen sobre la cosa objeto de su dominio, por lo que la legitimación activa corresponde al propietario y al que tiene el dominio útil o enfiteuta, pero también a cualquier titular de un derecho real sobre cosa ajena y en defensa precisamente de sus facultades, afectado por el gravamen, estando legitimado pasivamente quien pretende ser titular del gravamen o derecho negado.

El objeto de la acción negatoria es que se declare que la propiedad está libre de gravámenes, no sólo la inexistencia del gravamen reclamado, correspondiéndole la prueba del gravamen a quien lo alega y no al propietario pues este lo que prueba es su dominio, no la inexistencia del gravamen sobre el mismo porque, en este caso, se beneficia de la presunción de libertad el dominio; es decir, de que la propiedad está libre y no gravada; no obstante, si el demandado prueba la existencia aunque pasada del gravamen, el propietario deberá dar prueba de su extinción.

Es de resaltar que, en principio, el dominio sobre la cosa o bien se presume libre, pues la libertad del dominio se configura como principio general de los ordenamientos jurídicos civiles; es decir, que la propiedad se presume libre y quien afirma la existencia de alguna carga o gravamen sobre ella, es el que debe probarla, por lo que para el éxito de toda acción negatoria de servidumbre en general y de paso en particular, es requisito ineludible que el actor pruebe que es propietario del camino por el que se halle establecido el paso, cuya presunta servidumbre pretende negar.

“En el caso de la llamada acción publiciana no es realmente una acción de defensa del dominio, sino de protección de la mejor posesión; es decir, es una acción posesoria pero que, como tal, puede ejercitarla el poseedor en contra de cualquiera que se considere considera poseedor o propietario, pero que carece de título escrito o al que le es difícil la prueba de su dominio; es decir, se configura como protección a favor del poseedor de buena fe y justo título y en concepto de dueño, pero que aún no ha logrado la prescripción adquisitiva del bien”.¹³

La admisión de la acción publiciana en el derecho moderno, ha sido controvertida como medio de carácter real recuperatorio con el que se dilucide el mejor derecho a poseer en el conflicto entre dos poseedores; es decir, se trata de una acción de defensa de la situación posesoria del poseedor que no puede ejercitar la defensa posesoria por exceso del plazo de caducidad para su ejercicio ni la protección reivindicatoria por defecto del plazo para consumir la usucapión.

¹³ *Ibíd.* Pág. 30.

Por último, la acción reivindicatoria es la acción de defensa de la propiedad por excelencia; es decir, es la acción típica del propietario, porque es de la que dispone el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario sin título bastante para poseer o para mantenerse en la posesión contra el propietario; siendo esta acción de condena porque pretende que el poseedor de la cosa la restituya al propietario, con sus frutos y accesiones, siendo, por lo tanto, una acción real, que se puede ejercitar contra terceros.

El propietario desposeído reclama la posesión, ya de la cosa en sí; es decir, la posesión inmediata, ya de su cualidad de propietario, o sea, la posesión mediata si la inmediata corresponde a otra persona, como en el caso del usufructuario; en cualquier caso, se debe reclamar la restitución del bien porque, de lo contrario, si sólo se reclama el reconocimiento de su dominio o la declaración de la existencia del derecho de propiedad, la acción no es reivindicatoria sino declarativa del dominio.

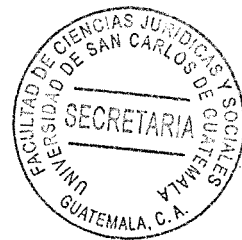
Los requisitos para el ejercicio de la acción son la existencia de justo título de dominio, precisa identificación de la cosa cuya restitución se solicita y falta de título del poseedor no propietario que permita seguir en la posesión, el cual obviamente debe determinarse; por lo que la prueba del derecho de propiedad requiere la demostración de la relación de propiedad existente entre el actor y la cosa, que el actor es el sujeto titular de dicha relación y que la cosa reivindicada es la que es objeto de la citada relación de propiedad.

El título del reivindicante no sólo debe ser justo, sino también legítimo, eficaz, de mejor condición y origen y preferente al que ostente el demandado; por eso si este tiene título de posesión, el demandante debe solicitar, en un procedimiento previo o en el propio

procedimiento, la declaración de nulidad del título demandado, salvo que los títulos sean incompatibles entre sí o tengan orígenes distintos; asimismo, el objeto de la acción reivindicatoria debe ser una cosa concreta, corporal o poseíble, determinada e identificable, que esté en posesión del demandado; es decir, no se puede reclamar la restitución de cosas genéricas ni de cosas no corporales.

La legitimación activa de la acción reivindicatoria corresponde a quien alega ser propietario o dueño de la cosa, pero no es preciso que sea propietario pleno, único y definitivo porque también están legitimados el nudo propietario, el que tiene el dominio útil, el comunero en beneficio de la comunidad y los propietarios bajo condición resolutoria o a término final; en cambio, no está legitimado el adquirente bajo condición suspensiva, el cual dispondrá sin embargo de las acciones legales que establezca la ley.

La legitimación pasiva de la acción reivindicatoria corresponde al poseedor de la cosa sin título alguno o sin título bastante para poseerla o para seguir poseyéndola frente al propietario y que no quiere restituirla, por lo que no es preciso que posea en concepto de dueño ni que su posesión sea inmediata o material: cabe tanto frente al poseedor real como frente al poseedor jurídico; por eso, la acción reivindicatoria no cabe frente a quien no posee ni frente a quien ha dejado de poseer.



CAPÍTULO III

3. La extinción de dominio

La extinción de dominio es una medida jurídica dirigida contra los bienes de origen o destinación ilícita, que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal, denominándole de esa manera a partir de ser la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por decomiso sin condena que es un término utilizado en otros países.

3.1. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

El concepto de extinción de dominio es una consecuencia patrimonial, el cual requiere de un procedimiento independiente de cualquier juicio o proceso, sin el cual los países tardarían mucho en poder llegar a una aplicación efectiva y eficiente del mecanismo, por lo que su naturaleza jurídica es de orden público, autónoma e independiente de cualquier otra acción de naturaleza penal, pues ésta es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y se gestiona como proceso especial que recae sobre bienes, productos, instrumentos y ganancias, sin distinguir entre quién ostente la posesión, la propiedad o la titularidad de aquéllos.

Para que proceda la extinción de dominio, existe un catálogo amplio de delitos que hacen procedente ésta acción, porque normativamente se expresa la imprescriptibilidad, el destino que se dará a los recursos que se obtengan de los bienes declarados extintos

de dominio, en general se prevé la creación de fondos para el depósito de dichos recursos, para que exista certeza jurídica sobre su manejo.

Se niega el carácter sancionatorio de la extinción de dominio, porque no se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito a partir de que su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delincuente sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contra de lo legalmente aceptable, no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la sociedad proscribe, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole.

Es decir, a partir de su naturaleza jurídica de orden público, procede la extinción de dominio sólo en aquellos casos donde se cuestiona el origen del bien por ser producto de una actividad delictiva o por carecer el bien de una justificación lícita en cuanto a su origen; lo anterior no significa que sea insuficiente la figura para justificar la extinción de dominio frente a otras circunstancias, tales como, los casos donde el origen del bien es lícito, pero es destinado ilícitamente por quien puede ejercer actos dispositivos sobre el mismo

También procede la aplicación de la extinción de dominio por su propia naturaleza jurídica de orden público, en los eventos en los cuales se predica alguna causal de origen ilícito, pero la consecuencia jurídica se atribuye por comprobarse un proceder del titular del bien en contra de los postulados de la buena fe objetiva o exenta de culpa, con lo

cual se le da el alcance de una consecuencia reconocida a través de una acción contra la cosa y no de una acción contra la persona.

“La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurídica de orden público jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, procediendo sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos, por lo que esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente o de la que se haya desprendido o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa”.¹⁴

Esta definición de la naturaleza de la acción de extinción de dominio de forma negativa, es decir, afirmando que no es penal, permite reconocer que dicha acción como instituto de derecho sustancial se fundamenta en considerar que la pretensión extintiva, que permite hacer efectivo el instituto de la extinción de dominio es una típica acción constitucional, que reconoce como una medida procesal para perseguir los bienes de fuente ilícita, para que se pueda dar la declaración judicial de que por los hechos pasados fundados en el delito no pueden en el futuro invocarse por quien pasaba por propietario, para defender un derecho suyo que ni antes ni después estuvo amparado por la Constitución Política y porque tampoco la sanción patrimonial de extinción de dominio depende de la suerte del proceso penal ni de la responsabilidad de esa índole por el delito en cuestión.

¹⁴ Santander, Gilmar. **La extinción de dominio**. Pág. 120.

“Una extinción de dominio no punitiva facilita sustentar, con plena solvencia, algunas de las características que permitirán definir la naturaleza sustancial del instituto, como la intemporalidad, pues al reconocer que la extinción de dominio no es una pena, bien se puede hablar de imprescriptibilidad y retrospectividad en la aplicación de sus normas sustanciales; así mismo, esta concepción no penal también repercute en aspectos probatorios y procesales, como la dinamización de la carga de la prueba y el reconocimiento de garantías procesales distintos a los del rito penal, los cuales terminan siendo incompatibles con la naturaleza sustancial de la extinción”.¹⁵

Asimismo, es de tenerse en cuenta que la extinción de dominio no constituye una pena, pues no está contemplada en el código penal, ni como pena principal ni accesoria, no por ello se debe desconocer una naturaleza sancionatoria, especialmente en la ilícita utilización, destinación o tradición de los bienes objeto de la extinción.

3.2. Carácter atemporal de la extinción de dominio

Una de las principales características que diferencian a la extinción de dominio de las formas tradicionales de enajenar la propiedad de quien la ostenta es su carácter de aplicación atemporal, pero a su vez es una de las más controversiales y complejas de entender, porque podría pensarse que prescindir de esas garantías de base constitucional y supranacional, propias del debido proceso y del respeto por los derechos fundamentales del imputado, sería un yerro absoluto que pesaría sobre la ley de extinción de dominio.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 121.

En éste sentido, puede considerarse que la ley de extinción de dominio no se aplica retroactivamente, pues la base de su imposición es actual, pero sobre un acto jurídico anterior y nulo de adquisición de la propiedad de un bien o active; por esta razón, la extinción de dominio tendría solamente carácter declarative, sobre una base patrimonial de derechos reales, por lo que si se puede considerer que es de carácter retrospectivo, lo cual implica utilizar una determinada norma a sucesos anteriores a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidaron una legítima situación jurídica o no encontraron mecanismo alguno que permitiera su resolución de forma definitiva.

“Así las cosas, la extinción de dominio debe entenderse como una regulación jurídica que se superpone a otra anterior, sobre un mismo supuesto de hecho, bajo el argumento dominante de que los efectos jurídicos de la anterior ley, no se han configurado completamente; sin embargo, para otros este razonamiento lesiona derechos fundamentales como la seguridad jurídica, entendiéndose como la certeza del derecho que tienen los ciudadanos de un país para que su situación jurídica no sea modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente aprobados”.¹⁶

Es decir, para el caso de la figura de la extinción de dominio, al constituirse como un procedimiento atemporal vulneraría el derecho fundamental de seguridad jurídica y el de irretroactividad de la ley, así como garantías como el debido proceso y el ejercicio razonable del imperio de la ley en un Estado de derecho, en medio de un análisis de legitimidad de la acción de extinción de dominio; sin embargo, se trata de establecer que

¹⁶ Solórzano, Oscar. **Extinción de dominio**. Pág. 7.

a partir de priorizar el orden público, la ley de extinción de dominio puede aplicarse sobre activos o bienes ilícitos que se configuraron, inclusive, antes de su vigencia, tal como lo establece la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de Naciones Unidas.

Es decir, la acción de extinción se aplica retrospectivamente por tratarse de un procedimiento de carácter real, por lo que los conceptos clásicos del derecho penal como la prescripción y no retroactividad de la ley no le son aplicables; es decir que, en sentido específico, la aplicación retrospectiva de la ley de extinción de dominio sobre bienes o activos ilícitos encuentra sustento en la falta de consolidación del derecho de propiedad del bien o del activo, debido a la inexistencia de un título válido de adquisición o disposición sobre el mismo.

En otras palabras, si la acción de extinción puede aplicarse retroactivamente, es porque recae sobre bienes o activos configurados ilícitamente, en cuya virtud, no es posible reconocer un válido derecho de propiedad ni ningún acto jurídico de disposición o adquisición; por tanto, la retrospectividad simplemente significaría el reconocimiento de un derecho de propiedad nulo desde sus orígenes, con causa en la ilicitud; y por ende, da lo mismo la fecha en que entró en vigencia la respuesta jurídica ante esa ilicitud.

Esta posición dominante o estándar se fundamenta en que la extinción de dominio actúa de manera análoga a una acción civil de contratación de nulidad, pues, en definitiva, la propiedad de los activos o bienes sobre los que recae la acción de extinción fue putativamente obtenida en abierta transgresión del derecho vigente, por lo que la mala

fe no puede generar derecho alguno frente al orden constitucional, puesto que ese carácter espúreo de su surgimiento le quita toda legitimidad.

En éste sentido, se entiende la compatibilidad constitucional de la extinción de dominio, porque no se trata de una sanción penal o administrativa, sino de un instrumento que se adecua a las disposiciones constitucionales que estatuyen normas constitutivas y regulativas acerca del derecho de propiedad, a partir de lo cual la aplicación de la extinción de dominio es imprescriptible en cuanto a la adquisición ilícita, porque tiene efectos permanentes y la transgresión a la legalidad perdura en el tiempo.

Al no existir un derecho consolidado que proteger, dado que la expectativa de un derecho que se ampara en actos ilegítimos no puede ser protegida, queda expedita la vía de la acción de extinción de dominio sobre bienes cuya adquisición derive de actos ilícitos, lo cual no implica que se esté aplicando el procedimiento de manera retroactive, pues para que una ley sea retroactiva, es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos.

El derecho adquirido existe cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona, por lo que el principio de irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos plenamente, a las situaciones agotadas o a las relaciones jurídicas consagradas y no a las simples expectativas de derechos ni a los pendientes o futuros, menos si se respaldan en ilicitudes.

“Si bien es cierto se contempla constitucionalmente la irretroactividad de la ley, también lo es, que al hacer el juicio de contraste entre la norma constitucional y la privación del dominio de bienes de origen ilícito, no se encuentra que contravenga la norma constitucional; esto se estima así, dado el carácter objetivo y real de la acción de extinción de dominio que posibilita su aplicación con independencia del momento en que se adquirieron los bienes; acción que únicamente se llevara a cabo cuando concurren las causales de extinción de dominio”.¹⁷

Debe suponerse a partir de lo citado que la regulación excepcional de aplicación atemporal de la extinción de dominio es pertinente porque las actividades ilícitas relacionadas con los bienes a extinguirse atentan de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana, bases que determinan el asidero material y formal de la propiedad y sus formas lícitas reconocidas legalmente.

Es de tener en cuenta que también existen posturas doctrinarias e incluso jurisprudenciales que difieren de la legitimidad de la acción de extinción de dominio, pues señalan que la misma es una figura jurídica eminentemente penal, que representa una forma de persecución o expansión desmesurada de la capacidad sancionatoria del Estado sobre el patrimonio de las personas, por lo que rechazan la existencia de la extinción de dominio por ser una práctica sancionatoria, puesto que el proceso de extinción no se limita a reconocer un ejercicio patrimonial ilegítimo del pasado como normalmente se afirma, sino que se castiga la disposición patrimonial ilícita.

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 8

“En este escenario se observa un rechazo parcial al argumento de la ley que prevé un tiempo límite para la aplicación de la acción de extinción, porque implícitamente reconocen la validez jurídica de los bienes pasado cierto tiempo o con causa en la ineficiencia de la fiscalía para avocarse a una investigación patrimonial; por lo demás, podría afirmarse que la prescriptibilidad y caducidad de la acción de extinción de dominio se debe, precisamente, a la concepción sancionatoria que se tiene de la propia acción de extinción, por lo que la acción de extinción de dominio debiera prescribir y únicamente perseguirse los bienes que han sido obtenidos después de la vigencia de la extinción”.¹⁸

Asimismo, la renuncia a la persecución de activos pasado cierto tiempo, sería consecuencia de reconocer una naturaleza sancionatoria en la acción de extinción de dominio, que no puede durar para siempre, puesto que se puede considerar que el tiempo de prescripción no deja de ser una cuestión de arbitraria determinación y que las posibles repercusiones de fijar un límite temporal a la acción de extinción de dominio deberían ser parte de la reflexión legislativa para que esta acción cumpla con su finalidad extintiva.

Teniendo en cuenta los argumentos a favor o en contra, la discusión sobre la retrospectividad de la acción de extinción de dominio debería ponderar, en medio de una postura respetuosa de los derechos humanos, entre las ventajas y los efectos adversos que puede traer consigo el límite temporal de la acción, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de una acción orientada a extinguir el dominio sobre bienes de origen ilícito o que han sido obtenidos a partir del uso de estos, aun cuando su dominio aparezca

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 9.

que se ha obtenido lícitamente, pues las transacciones posteriores a haber obtenido ilícitamente recursos, aunque se realicen legalmente su origen seguirá siendo espureo.

3.3. Extinción de dominio sobre bienes previamente adquiridos

Otro tema de discusión es sobre la aplicación de la extinción de dominio sobre bienes ilícitos que circulan en el tráfico jurídico desde mucho antes de la entrada en vigor de la extinción, puesto que aun cuando exista una posición mayoritaria que considera que la extinción de dominio es un instrumento legal para garantizar que los derechos reales sean lícitos o que la fuente de donde provinieron los recursos sea legal.

Entonces, si los bienes de origen ilícito o destinados a fines ilícitos no pierden su estatus de ilicitud con el mero transcurrir del tiempo, tampoco se convalidan con otros actos jurídicos particulares, la extinción del dominio sobre ellos es una cuestión bastante razonable; es más, admitir un límite temporal de aplicación de la acción de extinción de dominio, sería tanto como usar al propio derecho para legitimar el estatus ilícito de los bienes o activos anteriores a la ley de extinción.

La extinción de dominio no impone un estatus jurídico a futuro sobre los bienes, sino que les reconoce una situación ilícita anterior, que está pendiente de resolverse; la aplicación atemporal de la extinción de dominio resuelve una situación originariamente irregular de los bienes; pero, tratándose de los bienes ilícitos por destinación, la acción de extinción de dominio por destinación afecta bienes lícitos cuya propiedad se ha consolidado.

La solución a éste supuesto apela nuevamente a un razonamiento afincado en el ejercicio del derecho a la propiedad y la reivindicación de los derechos reales; esto es, la destinación de bienes lícitos hacia fines ilícitos es un abuso del derecho de propiedad, por ende, lo instrumentalizado también se torna ilícito, por lo que la legitimidad de la acción de extinción de dominio no pasaría por discutir la fecha del acto ilícito que origina el bien o lo instrumentaliza, sino que el punto central será argumentar que el título sobre el bien no es válido, ni antes ni ahora ni después.

A pesar de los argumentos a favor de la retrospectividad de la extinción de dominio, la discusión aún no ha sido zanjada; en ese sentido, se dice que más de un valor o principio jurídico estaría en tensión con la aplicación retrospectiva de la acción de extinción de dominio, principalmente los principios de seguridad jurídica, legalidad y derechos adquiridos serían los valores sacrificados con la atemporalidad de la extinción de dominio.

Por otro lado, el tráfico y la sostenibilidad mercantil estarían en constante amenaza, si los bienes estuviesen siempre a merced de una acción estatal de decomiso sin condena, pues no habría incentivos para la adquisición de bienes, pues contando con dicha amenaza, de nada servirían las relaciones jurídicas previas que se puedan haber tejido en torno a un bien, si la acción de extinción de dominio, dado el caso, afectará al bien y a los derechos que se tengan sobre él.

Estas críticas a la retroactividad de la extinción de dominio, no serían del todo acertadas, pues en un Estado de derecho el principio de legalidad, podría decirse, tiene una

envergadura mucho más amplia; es decir, una ley aplicable al régimen del derecho de propiedad, como la extinción de dominio, no puede retroceder ante las apetencias o intereses patrimoniales particulares, menos aun cuando están rodeados de connotaciones ilícitas o delictivas; por lo cual, la propiedad no puede tener solamente un tratamiento individualista de protección legal, desconociendo, la obligación de su ejercicio lícito, aunque se trate de un evento anterior a la vigencia normativa de la acción de extinción.

“Razones genéricas como la dificultad y necesidad de persecución judicial habilitan la vigencia de una acción estatal permanente sobre los bienes de las grandes organizaciones criminales, cuya capacidad lesiva es tan importante como sus propios recursos para procurarse impunidad y para ocultar sus ingentes ganancias; entonces, sea por la ineficiencia del derecho penal para hacer frente al riesgo de ocultamiento de los bienes o activos, o por lo general insuficiencia de otras figuras jurídicas, la acción de extinción de dominio se yergue como una herramienta casi indispensable”.¹⁹

Es que la extinción de dominio nace como una herramienta jurídica para debilitar el brazo financiero de las organizaciones criminales, por lo que a partir de esta finalidad, la extinción de dominio es una medida político criminal frente a procesos judiciales penales pasados e ineficientes en la tarea de la recuperación de activos ilícitos; en relación con este objetivo, la retrospectividad es un elemento fundamental, pues debido a su función político criminal, la misma se aplica ordinariamente a situaciones acontecidas antes de

¹⁹ Cheng, Dennis. **Extinción de dominio**. Pág. 22.

la adopción de la ley, para que tenga en cuenta la propiedad existente y la que surja posteriormente.

Es decir, los aparentes problemas de fondo en torno a la retrospectividad a lo mejor solamente se deban a la confusión de intentar aplicar garantías penales sobre un proceso que no es penal, pues el proceso de extinción de dominio es una acción civil de naturaleza criminal, porque va dirigido sobre bienes o activos, no sobre personas, pero bajo una dirección político criminal diseñada para atajar los beneficios económicos product de actividades criminales, por lo que al tratarse de una acción civil hace que no se le apliquen las garantías básicas que el derecho penal conoce, pues, la pretensión fiscal no se dirige contra el titular, sino contra sus bienes, por tener origen o destinación ilícita.

Entonces, la acción de extinción de dominio somete a los bienes producidos o instrumentalizados delictivamente con anterioridad a su vigencia, pero no lo hace porque los actos constitutivos de adquisición o disposición de esos bienes hayan sido nulos, sino porque en virtud de una indagación patrimonial eficiente y en el marco del debido proceso, existe una alta probabilidad de que esos bienes sean fruto, efecto, ganancia o sirvan para la comisión de delitos, por lo que no se trata entonces de hacer gravitar la acción en un asunto patrimonial, absolutamente ajeno a los fines político criminales de la acción de extinción llevada a cabo por el Estado.

Es decir, el carácter real y no penal de la extinción de dominio es un fundamento insoslayable y, por lo mismo, también debe indicarse que el proceso de extinción no es

fuentes de prohibiciones, con lo cual, la ilicitud de origen o destinación siempre deberá remitirse a normas previas, que califiquen esa ilicitud; por lo dicho, el problema de la retroactividad pasa definitivamente por definir la naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio, porque la formalidad de la ley solamente es un punto de partida en el análisis, pues la naturaleza jurídica de una norma termina de configurarse a partir de su valoración sistemática y material con el resto del ordenamiento jurídico.

Así, aunque el legislador establezca que la extinción de dominio es un proceso civil con contenido patrimonial, e incluso mencione que la finalidad del proceso es garantizar la licitud de los derechos reales, la naturaleza jurídica de la acción de extinción aún podrá ser matizada; pero, se entiende que la extinción de dominio es una acción civil de naturaleza criminal; sin embargo, su legitimidad termina de configurarse en relación con los derechos humanos de las personas, por lo que, aunque la acción de extinción se encuadre en el derecho personal de la propiedad, existe un marco de principios y valores fundamentales que deben observarse, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad en la medida aplicable y el derecho de defensa, entre otros.

Esta reivindicación de derechos se manifiesta cuando la buena fe del adquirente prevalece sobre la persecución estatal de los bienes ilícitos, por lo que, una norma de extinción de dominio basada en principios y garantías tiene más posibilidades de consolidarse como una herramienta legal eficiente, tanto para reivindicar la legalidad del ejercicio patrimonial, como para fundamentar la finalidad político criminal de anular los recursos financieros de origen ilícito.



La acción de extinción de dominio por su naturaleza constitucional se encuentra orientada a salvaguardar criterios de moralidad pública vinculados a la adquisición del derecho de propiedad, desprendiéndose de esto el carácter imprescriptible que le es propio; adicionalmente, es una acción autónoma al no depender de un proceso penal, de ahí que la extinción de dominio no está atada a la responsabilidad penal o a la comisión de un tipo penal por parte del titular del inmueble; es decir, que la finalidad de la acción consiste en erradicar el aparente velo de legalidad que el ordenamiento jurídico le da a los derechos reales, revelando su ilegalidad para declarar la nulidad del aparente derecho.

Es por esto que la acción de extinción de dominio no es de naturaleza penal y se consolida como una acción real al pretender perseguir al o los derechos reales que vinculan a uno o un conjunto de bienes al patrimonio de un sujeto, que han sido producto de actividades delictivas o han sido destinados para estas; pero, si bien es una acción de carácter real, no puede tomarse como estrictamente civil, toda vez que a pesar de contar con un carácter patrimonial, no está guiada por intereses patrimoniales de particulares sino en el interés público en desvirtuar la existencia de un derecho de propiedad privada que fue adquirido ilícitamente y, por lo tanto, no puede gozar de la protección jurídica del Estado.

O sea que la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ellos, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público, pues la misma no busca la imposición de una sanción penal, sino la privación del reconocimiento

jurídico a la propiedad lograda en oposición a los postulados básicos proclamados por la organización social, si únicamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la sociedad proscribe.

La acción de extinción de dominio es pública en la medida en que obedece a intereses superiores del Estado como son la protección al patrimonio público, el tesoro público y la moral social, con carácter judicial por cuanto busca desvirtuar la legitimidad del derecho de propiedad y su ejercicio a través de un proceso que debe contar con las garantías constitucionales que le son propias, y se desprenden del derecho al debido proceso, tal como para el caso es la posibilidad de demostrar haber adquirido de buena fe exenta de culpa la titularidad del derecho real, lo que constituye el límite de la acción y sana el título y legitima el derecho.

Asimismo, esta acción extintiva es directa porque la procedencia de la acción depende exclusivamente a la demostración de la ocurrencia de enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social; en consecuencia, al contar con una naturaleza tan especial, se somete a fines y características particulares que llevan a que esta no puede enmarcarse en una categoría determinada como la penal o la civil, a pesar de que tenga elementos tanto de una como de otra.

CAPÍTULO IV

4. Inaplicación de la extinción de dominio sobre bienes por valor equivalente

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 39 que se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

Por lo que, por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna; de igual manera se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias, a partir de lo cual, las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido.

De igual manera el Artículo 40 de la misma Constitución Política de Guatemala, establece que, en casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas, por lo que la expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley y el bien afectado se justipreciará por expertos tomando como base su valor actual; asimismo, regula que la indemnización deberá ser previa y en moneda efectiva de curso legal, a menos que con el interesado se convenga en otra forma de compensación.

Sin embargo, también establece que sólo en caso de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede ocuparse o intervenir la propiedad o expropiarse sin previa indemnización, pero ésta deberá hacerse inmediatamente después que haya cesado la emergencia; de igual manera mandata que la forma de pago de las indemnizaciones por expropiación de tierras ociosas será fijada por la ley, pero en ningún caso el término para hacer efectivo dicho pago podrá exceder de 10 años.

4.1. Límites del derecho a la propiedad privada en Guatemala

Aun cuando la Constitución Política de Guatemala establece el derecho a la propiedad privada como derecho constitucional, esta misma Constitución en el Artículo 39, establece que el disfrute de esa propiedad es de acuerdo con la ley, lo que da pauta para aceptar que en las leyes ordinarias se establezcan límites que, aunque no prohíban ni expropien la misma, si autoriza acciones como la imposición legal de servidumbres u otro tipo de gravámenes o limitaciones; asimismo, al regularse en esa misma Constitución Política el derecho del Estado a expropiar la propiedad, de acuerdo a los criterios constitucionales establecidos, evidencia que el derecho a la propiedad no es ilimitado.

4.2. Limitaciones a la propiedad y extinción de dominio

Es importante destacar que, en la Constitución Política de la República de Guatemala, no está prevista una regla jurídica que autorice expresamente al Estado a la expropiación de los bienes que son obtenidos o adquiridos contraviniendo la ley; es decir, cuyo origen

sea ilícito, si bien es cierto que tampoco prohibió que se llevara a cabo tal acción, la cual de hacerla el Estado debe indemnizar al propietario, pues así se establece constitucionalmente si hay expropiaciones.

Asimismo, es de establecer que el Código Penal si establece el comiso, pero el mismo son resultado de haberse probado la culpabilidad de los sindicatos, por lo que es el resultado de un proceso penal en donde un aspecto de la pena es cualquiera de estas dos acciones, como consecuencia de la culpabilidad de los sindicatos; así, como pena accesoria, el Artículo 42 del Código Penal guatemalteco establece el comiso.

El Artículo 60 del Código Penal en mención, establece que el comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho; sin embargo, establece que cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado.

En la extinción de dominio se trata de que se pueda llevar a cabo una acción ante el juez competente para que este, independientemente que se pruebe la existencia del delito, de la falta o de la culpabilidad del sindicato, declare extinguidos los bienes objeto de la acción a favor del Estado, sin que proceda indemnización, contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal, como en la expropiación ni esperar el resultado del juicio como en el comiso.

Es por eso que el Artículo 5 de la Ley de Extinción de Dominio estipula que la acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, la cual procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en esa Ley, independiente de quién esté ejerciendo la posesión sobre los mismos o quien se ostente, se comporte o se diga propietario, a cualquier título, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del negocio.

Es decir, la extinción del derecho de dominio se ejercerá y sustanciará exclusivamente por las normas contenidas en la Ley de Extinción de Dominio, por ser de carácter especial y de orden público, por lo que esa acción se interpondrá independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado, de conformidad con las leyes penales de la República de Guatemala.

De igual manera, en el tercer párrafo del Artículo 5 de la Ley de Extinción de Dominio mencionada, se establece que, para investigar sobre las causales de extinción de dominio, ejercer la acción ante los tribunales competentes y decidir sobre la demanda, no será necesario el procesamiento penal ni resolución definitiva o previa de los jueces que conozcan el caso penal, ni otro requisito que no se encuentre señalado en esa Ley.

Asimismo, para garantizar que se lleve a cabo la extinción de dominio, se plantea como norma de actuación y de interpretación que para los efectos de la Ley de Extinción de Dominio, se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes, dinero, productos, frutos o ganancias que hayan sido adquiridos o negociados, en cualquier tiempo, y que estén

sometidos o puedan estar sometidos a la acción de extinción de dominio, provienen de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate, para lo cual la acción de extinción de dominio prevista en la Ley de Extinción de Dominio es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal.

4.3. Inaplicación de la extinción de dominio a partir de la interpretación adecuada de lo que son bienes por valor equivalente

La interpretación que se ha hecho en las acciones de extinción del dominio, tanto por fiscales y por jueces frente a lo que se entiende por bienes o valores equivalentes contenidos en el Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, a partir de que se aplique esta medida extinguiendo bienes aunque sean de origen lícito a partir que los fiscales del Ministerio Público no les resulte posible ubicar, incautar o aprehender los bienes específicos producto del ilícito, en equivalencia a los bienes o valores no encontrados, por lo que se está llevando a cabo una expropiación sin cumplir con los fundamentos legales establecidos en el Artículo 40 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es importante establecer que, a partir de la integración interpretativa de la Ley de Extinción de Dominio, se entiende la existencia de garantías procesales que protegerán los derechos de los que pudieren resultar afectados, tales como probar el origen lícito de su patrimonio o de los bienes cuya ilicitud se discuten o su adquisición de buena fe. De igual manera también se les garantiza probar que los bienes de que se trate no se encuentran en las causales de acción de extinción de dominio contenidas en la Ley de

Extinción de Dominio, así como demostrar que, respecto de su patrimonio o de los bienes que específicamente constituyen el objeto de la acción, se ha dictado sentencia favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada por identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa o fundamento del proceso.

Para abordar el tema en cuestión, valga precisar con que si, por ejemplo, a una persona investigada, juzgada o condenada por enriquecimiento ilícito o lavado de activos se le aplica la figura de la extinción del dominio, afectando los bienes directamente o indirectamente provenientes del ilícito o los utilizados como instrumento o sobre aquellos con los cuales ha intentado mezclarlos o encubrirlos, se entiende que se está ante una actuación legítima del Estado, porque una sociedad que se precie de civilizada no puede permitir ni la obtención ni el usufructo de recursos obtenidos de actividades delictivas.

Es decir, la privación del dominio o de cualquier otra forma de titularidad de los bienes sin contraprestación alguna, obedece y se justifica en razón a que sólo el trabajo y las actividades lícitas pueden ser fuente de riqueza, más no así el delito ni los comportamientos que vayan en desmerito del erario público o de la moral social.

No obstante, si dada la misma situación el Estado no logra hallar los bienes ilícitamente obtenidos para proceder, ora a su comiso, ora a extinguir su dominio, no sería justo ni legítimo que en su defecto pudiera aplicar estas figuras sobre otros que el encausado ha adquirido lícitamente y sin relación alguna con el delito, simplemente con el argumento de que estos equivalen a los bienes o valores no encontrados.

Este proceder devendría en reprochable toda vez que constituiría un acto de expropiación, el cual está expresamente prohibido por la Constitución Política de Guatemala, si no se cumplen con los requisitos fundamentales establecidos legalmente; así, si alguna disposición conlleva a una interpretación en dicho sentido, ello debe llamar la atención, puesto que implicaría una flagrante contradicción con la norma superior, significaría también un acto de mutación constitucional desde una norma subordinada a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Ciertamente, así como la sociedad no puede permitir que ninguno de los habitantes de la República se beneficie con el producto del delito, lo que precisamente justifica instituciones como el comiso y la extinción del dominio, tampoco ha lugar la posibilidad de que el Estado viole los derechos de alguno de sus miembros; pues si algo caracteriza a quienes se precian de estar del lado de la justicia y la civilidad, es el hecho de que en un Estado de derecho se rodea de todas las garantías formales y sustanciales al sindicado o procesado y a quien ha sido declarado culpable.

Sin embargo, tras la lectura del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, que contiene la autorización al juez o tribunal competente de hacer declaración de extinción de dominio sobre bienes de valor equivalentes del mismo titular, cuando en la ejecución de la sentencia no resultare posible identificar, ubicar o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la acción de extinción de dominio llevada a cabo por el Ministerio Público.

En efecto, resulta inquietante la literalidad de las normas aludidas en cuanto prescriben que, de no resultar posible ubicar, localizar o identificar los bienes producto del ilícito, se

podría aplicar o la extinción del dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular, afecta el derecho que esta Ley de Extinción de Dominio, reconoce como garantía procesal de que el sindicado debe probar el origen lícito de su patrimonio o de los bienes cuya ilicitud se discuten o su adquisición de buena fe, para que no sean objeto de extinción.

Es decir, aunque se ha entendido por bienes y valores equivalentes a aquellos que, sin ser producto directo o indirecto de la conducta ilícita o estar vinculados a la misma por haber sido utilizados como medio o instrumento, se han empleado para mezclar, encubrir o tratar de ocultar los que son producto delictual, así como los adquiridos con el producto de la venta de los haberes espuriamente obtenidos, esta explicación resulta confusa porque si son producto de ilícitos o se usaron bienes lícitos para cometer ilícitos, no diferencia en nada a los bienes que en primer lugar son motivo de la extinción de dominio, por lo tanto no tiene sentido esa figura de valor equivalente.

Se entiende más que esta regulación se orienta hacia una visión moralista sobre el castigo que deben sufrir los sindicados o condenados, porque con la extinción de dominio de bienes equivalentes, se pretende que quienes obtengan bienes producto del delito debe extinguírseles los propios, para hacer realidad el principio según el cual la sociedad no puede premiar el delito ni la inmoralidad, por lo que si no se encuentran bienes que fueron adquiridos o usados para adquirirlos ilícitamente, no importa extinguirles otros que son lícitos y no están vinculados por ningún motivo con hechos o actos lícitos, pero que sean del presunto delincuente o del sentenciado por la comisión de un delito.

Aunque es valido considerar que debe procederse a la extinción sobre adquiridos mediante títulos injustos porque su adquisición es contraria al mandato constitucional de que sólo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto, argumento que es respaldado por la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, no lo es, expropiar bienes de origen lícito y sin ningún vínculo con actividades ilícitas solo porque son del sindicato o del sentenciado y por lo tanto se deben tener como bienes que equivalen a expropiar.

Esa Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, establece que los estados adoptarán, entre otras medidas, la extinción de de bienes, si los mismos proceden de algun delito o de participación en el mismo, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, pero no autoriza la extinción de cualquier bien propiedad del sindicato, sus cómplices, testaferros o del condenado solo porque está a nombre de ellos.

Así entre las cosas, la posibilidad de que el Estado, su pretexto sea aplicar la equivalencia de bienes, pueda afectar el patrimonio del indiciado, acusado o condenado, obviando el origen lícito de los mismos y la ausencia de cualquier vínculo con el delito, carece de asidero jurídico, particularmente mientras tenga vigencia el Artículo 40 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde se establecen las causas para la expropiación de bienes, por lo que esta extinción será contra la seguridad jurídica

si se lleva a cabo sobre bienes que no tienen ninguna relación con los ilícitos, sino que únicamente con los sujetos activos de las acciones delictuales.

Es decir, es válida la norma legal que reglamenta que procede la extinción del dominio, como pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, sin compensación de ninguna naturaleza, con motivo del ejercicio de delitos de enriquecimiento ilícito de particulares o servidores públicos, de delitos que entrañan perjuicio al tesoro público y de actividades ilícitas que comportan grave deterioro de la moral social, en esta categoría encontramos como ejemplos, entre otros, los delitos de lavado de activos y de testaferrato.

En el perfeccionamiento de estas infracciones penales, la cadena de tradiciones del derecho de dominio sobre bienes puede ser extensa, en la que se involucran sujetos que actúan con dolo o culpa y los que lo hacen de buena fe; estos últimos, sin tener el menor conocimiento de las actividades ilícitas que llevan a la legitimación aparente de patrimonios gestados a partir de actividades ilícitas.

Dicha cadena de transferencias del derecho de dominio de bienes ilícitos, se orienta a aparentar legalidad o legalizar efectivamente, ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o el ocultamiento o encubrimiento de su origen ilícito, por lo que o son directamente producto del delito, de los medios para llevar a cabo el delito, para ocultar los resultados del delito o adquiridos por lo obtenido en el delito.

“Logrado el propósito de aparentar la legalidad, los bienes pueden llegar a no ser detectados o desaparecer de la investigación, sin que se les pueda continuar siguiendo la pista de su ubicación, en el entendido de que el ánimo del sujeto agente de ilicitudes específicas sea el deshacerse de esos bienes que puedan evidenciar sus fechorías, adquiriendo a cambio otros bienes de cuya procedencia ostentan un justo título, obteniendo el provecho económico equivalente. Son estos bienes los que se convierten en objeto de la extinción de dominio. Porque su nexo de causalidad con actividades ilícitas es evidente, así no sea el producto inmediato de las mismas”.²⁰

Son bienes que han salido del patrimonio del delincuente o que han sido adquiridos posteriormente por éste con justo título, pero financiados por otros bienes provenientes directa o indirectamente de actividades ilícitas, lo que a la final termina por viciar ese justo título; no obstante, es de recordar que la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas no autorizaba formas de decomiso sin sentencia judicial.

En efecto, el elemento esencial que configura una confiscación es una sanción que consiste en la privación legalmente establecida, de los bienes legítimamente adquiridos por un particular, en beneficio del fisco y en general por motivos de la comisión de un delito; por eso, cuando la sanción de la privación de un bien deriva de una causa legítima, ella se ajusta al ordenamiento constitucional; esto es lo que explica, por ejemplo, la legalidad de las penas de multa o el comiso de bienes obtenidos como producto de un delito o de los instrumentos utilizados para la realización del mismo.

²⁰ *Ibíd.* Pág. 23.

Ahora bien, la Convención establece una razón que justifica el comiso, puesto que se trata de privar ciertos bienes a una persona que se ha beneficiado patrimonialmente de actividades delictivas; pero, de otro lado, no permite un decomiso desproporcionado por cuanto establece una medida objetiva, al consagrar que los bienes decomisados deben ser producto de la actividad ilícita, lo cual significa que para que opere este decomiso se requiere que se haya probado judicialmente que la persona se ha beneficiado patrimonialmente de un delito por un monto determinado; sólo entonces se le podrán decomisar bienes que están bajo su dominio.

Sin embargo, en el caso del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, es que, frente a las formas tradicionales de comiso, es que no obliga al Estado, a través del Ministerio Público a establecer el ligamen directo entre los bienes de valor equivalente a decomisar y la actividad ilícita, pues basta que se pruebe el beneficio ilícito por un monto determinado obtenido por la persona para que se le puedan decomisar bienes equivalentes.

Es entonces una figura ampliada de comiso que parece razonable, debido a la dificultad objetiva que existe para comprobar las relaciones entre las actividades delincuenciales de una persona y la propiedad de bienes determinados; sin embargo, esta posibilidad de extinguir el dominio de bienes cuyo valor equivalga al del producto de una actividad ilícita constituye confiscación, por cuanto no deriva de un motivo constitucional legítimo, no se fundamenta en una equivalencia objetiva y tampoco se protegen los derechos de terceros de buena fe.

En efecto, esta autorización legal a extinguir bienes de valor equivalente, se fundamenta en presunciones, sin que las mismas cumplan con los requisitos doctrinarios y legales establecidos en la legislación vigente, puesto que las presunciones son de derecho y, de hecho, pero en ambos casos existe una relación lógica entre lo que se ha demostrado y lo que se considera su consecuencia lógica.

Esta relación deductiva se produce cuando se demuestra que el sindicato ha cometido delitos que le generaron bienes de origen ilícito o que los adquirió con bienes que proceden del delito, por lo que son susceptibles de que se le extinga el dominio, cosa diferente a que se presuma que realizó delitos y obtuvo bienes ilícitos o adquirió bienes lícitos con los de origen ilícito a dar por hecho el derecho del Estado de extinguir bienes que sean de origen lícito y sin ningún vínculo con lo ilícito.

Es por eso que debe considerarse que si bien es válido legalmente la extinción de bienes en los que se demostró que han sido obtenidos ilícitamente o como resultado de ilícitos, pero no deben extinguirse bienes lícitos en donde no existen ninguna prueba o indicio de derecho o de hecho que permitan llegar a la conclusión que fueron adquiridos directa o indirectamente de las actividades delictivas, por lo que la extinción no debe extenderse a los bienes del sindicato o condenado si no se pudo demostrar que eran ilícitos ni que se adquirieron con el producto de los actos ilícitos, puesto que de hacerlo se estaría fomentando el castiguismo penal.

Este castiguismo se refiere a la tendencia a recurrir al uso del poder punitivo del Estado como principal o primer medio para que las personas se aparten de la posibilidad de cometer delitos, pues lo primero que se hace es amenazar con el castigo; en el caso de extinción de bienes equivalentes se trata de garantizar el castigo de las personas sindicadas de delitos, aunque no se pruebe que los bienes realmente son producto de las actividades delictivas o que los adquirieron de esos recursos, sino de que deben ser castigados aunque los bienes que les extingan sean completamente lícitos.

Esta práctica legalmente regulada es cuestionable, porque la fuerza probatoria de los indicios no puede admitirse como plena prueba, puesto que den dos premisas, de la que una sea problemática y la otra aseverativa, no se puede sacar una conclusión cierta, pues aun cuando en el proceso penal acusatorio se acepta la libertad probatoria, la misma no se trata de suponer que como el sindicado del delito tiene bienes, este debe ser castigado por quebrantar la ley extinguiéndole sus bienes, aunque los mismos no sean producto de sus actos delincuenciales, sino que se trata de castigarlo.

Esta extinción de bienes equivalentes a partir de las presunciones, libera de la obligación de establecer el ligamen directo entre los bienes decomisados y el producto de la actividad ilícita, como tampoco da por suficiente el hecho de haberse probado el beneficio ilícito por un monto determinado obtenido por la persona para que se le puedan decomisar bienes.

Esta relación a partir de las presunciones, para extinguir bienes equivalentes deja abierta la posibilidad para una perversa interpretación en el sentido de que, al no lograrse hallar



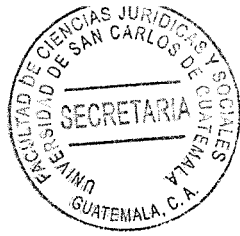
los bienes ilícitamente obtenidos para proceder a su comiso o a extinguir su dominio, sería viable aplicar estas figuras, en equivalencia a los bienes o valores no encontrados, sobre otros que el encausado haya adquirido lícitamente y sin que estos tengan relación o vínculo alguno con el delito o los enseres provenientes del mismo.

Visto lo anterior, es del caso precisar que no existen ninguna relación lógica que tenga el suficiente sustento legal para inferirse que el concepto de bienes y valores equivalentes implique que, en el evento de que el Estado no logre hallar los bienes ilícitamente obtenidos pueda proceder a la aplicación del comiso o de la extinción del dominio sobre bienes o valores que el encausado o condenado haya adquirido lícitamente; mientras no se demuestre vinculo alguno con las actividades delincuenciales y se configure alguna de las causales de enriquecimiento ilícito, estos bienes no constituyen haberes equivalentes por lo que no existen asideros legales válidos para ser extinguidos.

Esta circunstancia reviste importancia en la medida que el sistema legal guatemalteco es estrictamente positivo y, si bien la función de los administradores de justicia es la de interpretar y adecuar los diferentes ordenamientos al acontecer diario, esta labor no puede llegar a extremos como a extinguir bienes de lícito origen, solo porque su propietario es considerado o ha sido condenado como autor de delitos que lo enriquecieron ilícitamente y por lo tanto debe ser castigado extinguiéndole bienes de origen lícito sin ninguna vinculación con sus actividades delictivas.



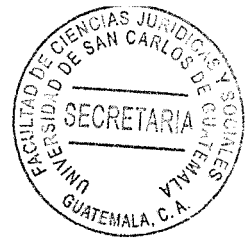
Lo preocupante de esta regulación sobre los bienes equivalentes, establecida en el Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, es que deja abierta la posibilidad para interpretaciones normativas en el sentido de que al no hallarse los bienes ilícitamente obtenidos para proceder a extinguir su dominio, sería viable aplicar estas figuras, en equivalencia a los bienes o valores no encontrados, sobre otros que el encausado adquirió lícitamente y no guardan relación ni vínculo alguno con el delito o los haberes obtenidos a partir de este.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema estriba en que la regulación del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, relativo a que el juez hará declaración de extinción de dominio sobre bienes de valor equivalentes del mismo titular, cuando en la ejecución de la sentencia no resultare posible identificar, ubicar o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la acción, resulta confusa y la interpretación que el Ministerio Público y los Jueces a cargo de la acción de extinción de dominio le han dado, conlleva a que se extingan bienes que son de origen lícito y sin ningún vínculo con el sindicado o el sentenciado, lo cual viola el derecho de propiedad establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y da pauta a la posibilidad para interpretaciones normativas en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción de dominio para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo, para que no queden sin ningún castigo sus acciones delictivas.

Para que se eviten interpretaciones demasiadas amplias en la aplicación de la extinción de bienes por valor equivalente, el Congreso de la República de Guatemala, a través de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, debe plantear la derogación del contenido del Artículo 35 de la Ley de Extinción de Dominio, puesto que no contribuye de manera alguna en la finalidad pretendida por la misma, pero sí da pauta a la posibilidad de interpretaciones judiciales en el sentido de que cualquier bien del sindicado, procesado o sentenciado es motivo de extinción de dominio para castigar las acciones ilícitas que este lleva a cabo, para que no queden sin ningún castigo sus acciones delictivas.



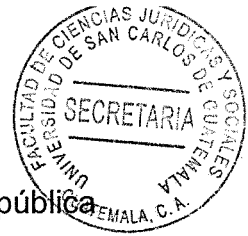
BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual. Argentina.** Ed. Heliasta, 2000.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. **La propiedad.** España: Ed. Editorial Paidós Ibérica, 2001.
- CASADO, María Laura. **Diccionario jurídico.** Ed. Valletta Ediciones 2011.
- CHENG, Dennis. **Extinción de dominio.** México: Ed. Siglo XXI, 2003.
- FROSINI, Víctor. **El espíritu de la ley.** Argentina: Ed. Atlántida Editorial, 2010.
- GONZÁLEZ, Oscar. **La propiedad.** España: Ed. Ariel, 2010.
- MASCAREÑAS, Carlos. **Nueva Enciclopedia Jurídica.** España: Ed. Francisco Seix, S.A., 2012.
- PABON ARRIETA, Juan Antonio. **La interpretación jurídica.** España: Ed. Alianza Editorial, 2010.
- PINO, Gonzalo. **Derecho e interpretación.** México: Ed. Editores Mexicanos Unidos, 2012.
- RAE. **Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.** España: 2020.
- SANTANDER, Gilmar. **La extinción de dominio.** Colombia: Ed. Ediciones Nueva Jurídica, 2005.
- SOLÓRZANO, Oscar. **Extinción de dominio.** Chile: Ed. Editorial Jurídica, 2013.
- ONU, **Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.** México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2015.
- ONU, **Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de Naciones Unidas.** México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012.

Legislación:

Constitución Política de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.



Ley de Extinción de Dominio. Decreto número 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, 2010.