

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO"

TESIS DE GRADO

PEDRO ADOLFO MOLINA CALDERON

CARNET 21299-07

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2018

CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
PEDRO ADOLFO MOLINA CALDERON

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. GILMAR WOTZBELI LIMATUJ PISQUIY

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. LESTHER CASTELLANOS RODAS

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTORA ACADÉMICA: MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN

SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



BUFETE PROFESIONAL DE ABOGACÍA Y NOTARIADO

Lic. GILMAR WOTZBELI LIMATUJ PISQUIY

Quetzaltenango, 29 de junio de 2017

Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo, y en atención al nombramiento en que se me designara como asesor de Tesis II del estudiante: PEDRO ADOLFO MOLINA CALDERÓN, con número de carné 21299-07, del trabajo de tesis titulado: **“Análisis Jurídico de la Aplicación Temporal de la Ley de Extinción de Dominio”**, conforme al trabajo de investigación realizado por la estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen FAVORABLE sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: (describir los principales elementos de estudio), en sí, los aspectos medulares para la consecución del presente trabajo.

El presente trabajo constituye una herramienta para la academia, toda vez que se aborda un tema que hoy en día esta constituyendo una herramienta jurídica, en aquellos casos donde se obtienen bienes de forma ilícita y que constituyen una defraudación patrimonial. Con la presente investigación se abordan temas básicos que comprenden la aplicación temporal de la Ley de Extinción de Dominio; así mismo responde a la pregunta de la investigación, mediante una solución viable, tomando en cuenta que puede constituir un tema muy debatido lo relativo a la aplicación temporal.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un aporte doctrinario, legal y analítico de la problemática abordada, el cual puede ser una valiosa herramienta como elemento de estudio para estudiantes y profesionales del derecho.

Sin otro particular, deferentemente

Lic. _____

Gilmar Wotzbeli Limatuj Pisquiy
Abogado y Notario
Número docente: 23376
Colegiado No. 11272.

Gilmar Wotzbeli Limatuj Pisquiy
Abogado y Notario

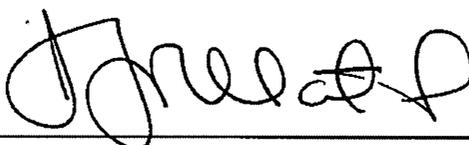
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante PEDRO ADOLFO MOLINA CALDERON, Carnet 21299-07 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 0746-2018 de fecha 6 de febrero de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 28 días del mes de junio del año 2018.



**LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar**

AGRADECIMIENTO

A DIOS: Fuente y dador de vida que me permite alcanzar éste triunfo.

A mis padres: Por su comprensión y apoyo en todo momento, por compartir conmigo triunfos y fracasos.

A mis hermanos: Por su apoyo y motivación para alcanzar mis metas, esperando que este triunfo también lo consideren como suyo.

A mis amigos: Por su incondicional e invaluable amistad, porque juntos hemos alcanzado nuestras metas.

A mi novia: Especialmente por apoyarme y estar conmigo en tiempos turbulentos.

Índice

	Pág.
INTRODUCCION.....	1
1. Capítulo I. La Garantía Individual de Propiedad.....	4
1.1. Las Garantías Individuales en General.....	4
1.2. Derecho de Propiedad y Derecho de Dominio.....	5
1.2.1. Orígenes de los Términos Propiedad y Dominio.....	7
1.2.2. Protección Constitucional.....	9
1.2.3. Concepto de Propiedad.....	10
1.2.4. Evolución del Concepto de Dominio y Propiedad.....	11
1.2.4.1. Época Romana	11
1.2.4.2. Edad Media.....	12
1.2.4.3. Edad Moderna.....	15
1.3. Propiedad como Derecho Subjetivo Civil.....	16
1.3.1. Limitaciones al Derecho de Propiedad.....	18
1.3.1.1. Expropiación.....	19
1.3.1.2. Expropiación Agraria.....	20
1.3.1.3. Confiscación.....	21
1.3.1.4. Comiso o Decomiso Penal.....	22
1.4. Propiedad Estatal.....	23
1.4.1. Características de los Bienes del Estado.....	24
2. Capítulo II. Extinción de Dominio.	25
2.1. Antecedentes.....	25
2.1.1. Guatemala.....	27
2.2. Definición.....	28
2.3. Naturaleza Jurídica.....	30
2.3.1. Carácter Jurisdiccional, no Penal.	30
2.3.2. Carácter Real, y Contenido Patrimonial.....	31

2.3.3. Autonomía.....	32
2.4. Aproximación al Derecho Penal del Enemigo.....	33
2.5. Causales.....	35
2.6. Principios Procesales Aplicables.....	36
2.6.1. Principio de Nulidad Ab Initio.....	37
2.6.1.1. Actos Inexistentes.....	38
2.6.1.2. Actos Anulables.....	39
2.6.1.3. Actos Nulos de Derecho.....	40
2.6.2. Principio de Prevalencia.....	41
2.6.3. Presunción Legal en la Extinción de Dominio.....	43
3. Capítulo III. Ámbito Temporal de Aplicación de la Ley de Extinción de Dominio.....	48
3.1. Normas Jurídicas en el Tiempo.....	48
3.1.1. Inicio de la Vigencia de la Ley.....	49
3.1.2. Vacancia Legal.....	50
3.2. Conflicto de Leyes en el Tiempo.....	51
3.2.1. Derecho Intertemporal.....	51
3.2.1.1. Ultractividad.....	51
3.2.2. Principio de irretroactividad	52
3.2.2.1. Brevísima Referencia Histórica.....	53
3.2.2.2. Irretroactividad en Guatemala.	54
3.2.2.3. Garantías de Seguridad Jurídica.....	55
3.2.3. Principio de Retroactividad.....	56
3.2.3.1. Retroactividad en Materia Penal.....	57
3.2.3.2. Retroactividad en Materia Tributaria.....	58
3.2.3.3. La retroactividad en materia procesal.....	59
3.2.4. Doctrinas de la Retroactividad	60
3.2.4.1. Teoría de Los Derechos Adquiridos	61
3.2.4.2. Teoría de las Situaciones Jurídicas Abstractas y Concretas.....	64
3.2.4.3. Otras Teorías.	66
3.2.4.4. Teoría de Paul Roubier.....	67

3.3. Retrospectividad.....	68
3.3.1. Características de la Retrospectividad.....	70
3.3.2. Aplicación Retrospectiva de la Extinción de Dominio en Guatemala.	70
3.3.2.1. Justificación.....	72
Capítulo IV.	75
PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	75
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	90
REFERENCIAS.....	91

RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado “Análisis Jurídico de la Aplicación Temporal de la Ley De Extinción De Dominio”, dibuja los conceptos y definición propios de la figura de la extinción de dominio, con el objeto de establecer el marco legal aplicable para su positivización y especialmente la temporalidad de su formal aplicación, la que de la forma en que fue legislada permite que en ciertas ocasiones pueda ser aplicada de forma retroactiva.

Para el efecto dentro la elaboración del marco teórico se realizó un análisis histórico de la teórico de la aplicación de las leyes en el tiempo. En el mismo sentido se realizó una serie de entrevistas a sujetos clave dentro del ámbito jurídico de la Extinción de Dominio, para determinar la percepción de éstos sobre la legalidad de su aplicación temporal, y poder así confrontar los resultados obtenidos, con la investigación teórico doctrinaria.

Concluyéndose que la Extinción de Dominio, escapa de la aplicación obligatoria de principios y generales y formalismos legales, que hasta su creación no encontraban excepción alguna; la posibilidad de su aplicación a bienes adquiridos con dineros provenientes de actividades ilegales, en cualquier tiempo, allana el terreno para la aplicación retrospectiva de la misma, y en determinadas circunstancias incluso su aplicación retroactiva.

INTRODUCCIÓN

La ley de Extinción de dominio tiene sus orígenes en el Convenio Internacional Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas el cual fue aceptado, ratificado y firmado por Guatemala en el año de 1990. En el artículo cinco de dicho cuerpo legal, Guatemala se basó para promulgar la referida ley con el firme propósito de contrarrestar los efectos propiciados por el delito de bienes patrimoniales, que se han generado de manera ilícita, autorizando el decomiso, embargo preventivo y la incautación de los mismos, por haberse obtenido como producto del lavado de dinero, narcotráfico y de la delincuencia organizada así como de otros activos.

Hay que reconocer que el proyecto de ley de Extinción de Dominio de nuestro país se basó en modelos legislativos de los países tales, como Colombia y México lo que permitió consolidar dicho proyecto al tomar referentes de los países mencionados, que dio como resultado la promulgación de la ley que hoy se analiza en el presente trabajo de investigación.

El tema de la presente tesis se enfoca específicamente a los efectos que surgen de la aplicación temporal de la Ley de Extinción de Dominio, pues como es de conocimiento de todos, la ley no es retroactiva, sin embargo cuando hablamos de una normativa legal cuyo espíritu pretende extinguir un dominio de derechos reales principales y accesorios, que se han adquirido de manera ilícita surge la excepción a la regla, es decir que se presume que los bienes patrimoniales producto del delito pueden ser extinguidos aunque hayan sido adquiridos o negociados en cualquier tiempo, salvo prueba en contrario; ya que por haberse obtenido al margen de la ley son imprescriptibles y nunca nacieron a la vida jurídica. El objetivo general de la presente es determinar la existencia de regulación en la Ley de Extinción de Dominio de nuestro país permite su aplicación en forma retroactiva.

De la premisa anterior se deduce que los derechos de propiedad no existen, y se infiere que no tienen protección dentro del sistema jurídico guatemalteco, por contravenir lo preceptuado en el artículo 39 de nuestra Constitución Política de la

República de Guatemala. Por lo que la Ley de Extinción de dominio faculta a las autoridades competentes de perseguir en cualquier tiempo para embargar, o decomisar los bienes en referencia, sin contravenir el consagrado principio de irretroactividad de la ley al tenor del artículo 15 de nuestra Carta Magna.

Entre la jurisprudencia que ha sentado la Corte de Constitucionalidad sobre el presente tema, se ha definido que la Ley de Extinción de Dominio puede ser aplicada en forma retroactiva, pues pretende hacer una retrospectiva casi indiscriminada, para verificar con justicia que los actos que se han materializado con aparente legalidad revistan de tal característica, o establecer contrario sensu, las acciones que la ley mencionada permite aplicar para modificar y suprimir los efectos de un derecho realizado. Es decir que se persigue valorar desde la perspectiva jurídica si el dinero con el cual se obtuvieron los bienes en cualquier tiempo, se encuadran dentro del principio de legalidad. De esa cuenta que la primera parte de este trabajo fue dedicada al estudio jurídico-histórico del valor otorgado del derecho de propiedad.

Es indudable que la existencia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco de la Ley de Extinción de Dominio, es un avance que Guatemala ha realizado para contrarrestar el enriquecimiento ilícito que se produce del delito, y por haberse promulgado en la presente década puede indicarse que es una ley joven, que necesitará ser reformada, en un futuro cercano, para fortalecer las acciones que los Tribunales realizan y contrarrestar los efectos que se originan como producto del narcotráfico y de la delincuencia organizada; la novedad característica de esta figura y la poca información concreta sobre este tema tanto bibliográfica como en la legislación guatemalteca, obligó a superar estas limitantes recurriendo a la legislación comparada.

El presente estudio se limita a desarrollar el tema de la aplicación temporal de la ley Extinción de Dominio vigente en el marco de la legislación en todo el territorio de la República de Guatemala, desde el día 29 de junio de 2011 al presente; haciendo un análisis de la forma en que se ha positivado la Extinción de Dominio, también se aborda lo relativo a la Vigencia de la Ley y los conflictos que surgen en

el tiempo como en el espacio, propiciando que el lector pueda comprender fácilmente como opera el principio de irretroactividad de la ley, así como las doctrinas expuestas por doctos en materia de Derecho, sobre dicho tema para poder diferenciar como opera la restrospectividad que trae aparejada la Ley de Extinción de Domino.

Como instrumento de investigación se llevó a cabo un entrevista dirigida a Abogados Litigantes, Jueces, Magistrados, y personal del Ministerio Público, cuya labor se encuentra estrechamente relacionada con procedimientos de Extinción de Domino.

Finalmente se podrá comprender la diferencia entre retroactividad y retrospectividad, y la forma en que estos dos conceptos inciden en la aplicación temporal de la Extinción de Dominio.

Capítulo I

La Garantía Individual de Propiedad

1.1. Las Garantías Individuales en General

El Estado es la forma de organización política y jurídica, de toda sociedad humana, pueblo o nación; la existencia de éste implica un poder o “*conjunto de facultades y actos tendientes a garantizar el orden de derecho mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad, asegurando así el orden social*”¹ De aquí se desprende una sus características fundamentales, la *soberanía* termino que deriva de la conjunción “super-omnia”, que significa sobre todo, un actuar supremo dentro de una sociedad, que gobierna todo lo que en su seno existe, subordinando todo poder y actividad; “*en palabras de Jellinek que no reconoce ningún otro poder superior a sí; es el poder supremo e independiente*”²

El artículo 140 de la Constitución Política de la República establece “*Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades...*”. Evidencia esta máxima que la soberanía no puede existir sin la autolimitación del estado en el ejercicio de sus funciones de gobernanza, si bien el estado no reconoce poder superior a sí mismo, por otro lado se autoimpone determinadas restricciones para beneficio del individuo. No quiere decir esto que un hombre tenga derechos más allá, o por encima del Estado, sino más bien de una autolimitación, que otorga al individuo garantías para su desarrollo integral, ya que de existir el reconocimiento de ciertas garantías, el que ostente el poder caería inevitablemente en una dictadura o totalitarismo.

¹ Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México, Porrúa, 1994. Pág. 156.

² Loc. Cit.

Las garantías individuales evidencian el *principio de seguridad jurídica*, esencial para la democracia del cualquier régimen. Este principio no es sino una manifestación del *Principio de Principios*, el de *juridicidad*, que conmina al Estado a someter todos sus actos y el objetivo de su actividad en general, al Derecho.

Para poder esgrimir el concepto de Garantías es indispensable “*el reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante éste reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado éste en su cualidad subjetiva. El reconocimiento como miembro de aquel es la base de todas las exigencias público jurídicas, que a causa de esto, comprenden así aquellas con que el Estado procura la seguridad a todos los hombres dentro de la esfera de acción que abarca su poder....*”³. Siendo reconocido el individuo como sujeto de derechos, el Estado debe garantizarle éstos.

Burgoa⁴ en relación al tema establece que la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “warranty” o “warrantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia. “Garantía” equivale en su sentido lato, a “aseguramiento”, o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección” o “respaldo”, “defensa”, “salvaguardia” o “apoyo”.

1.2. Derecho De Propiedad Y Derecho De Dominio

El Derecho de Propiedad sobre tierras, materiales y medios de producción, es la base de la dinámica económica, piedra angular sobre la que han evolucionado las sociedades, así como las estructuras jurídicas que las gobiernan. El intercambio y la tenencia de la propiedad han sido el objeto y fin último de guerras y de revoluciones. De esa cuenta que el propio Carlos Marx, citado por Konstantinov, sintetizara los fundamentos de su Ciencia del Materialismo histórico diciendo que “*el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social,*

³ Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000. Pág. 388.

⁴ Burgoa Ignacio. Op. cit. Pág. 161

*política y espiritual en general. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino, por el contrario, su ser social el que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad chocan con las relaciones de producción existentes o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí.”*⁵

Para Puig Peña, “*sobre la propiedad ha girado –según nos dice la misma historia jurídica de las instituciones reales-*”⁶ todo el desarrollo conceptual del Derecho de cosas; siempre ha sido en efecto, el basamento de la dogmática inmobiliaria; siempre resultará que el dominio es la piedra angular de todo desarrollo jurídico de este mundo, que nos sirve de medio para la satisfacción de las exigencias humanas.

Más recientemente el autor Pedro Pablo Camargo, explica que la propiedad “*es una institución que se remonta a la aparición del homosapiens y ocupa en la historia un lugar destacado, al punto que los sistemas políticos y el Estado mismo se funda en ella, según el paradigma adoptado.*”⁷

Establecer un concepto generalmente aceptado sobre la propiedad, ha sido cuestión difícil de solucionar. La mayoría de definiciones que contemplan la propiedad, parten de la perspectiva de las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, y de la modalidad en que ésta se presenta, en comparación con otros derechos personales.

El derecho real, según la teoría clásica se ejerce directamente sobre la cosa que constituye el objeto del derecho, esto es sin ningún intermediario. Basándose en la circunstancia de que entre una persona y una cosa no puede existir ninguna relación jurídica, se calificó de absurda la idea clásica.

⁵ Konstantinov, Fedor. *El Materialismo Histórico*. México, Editorial Grijalbo S.A., 1960. Pág. 9.

⁶ Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II*. España, Ediciones Nauta S.A., 1996. Pág. 43.

⁷ Camargo, Pedro Pablo. *La Acción de Extinción de Dominio*. Bogotá, Leyer, 2009. Pág. 97.

Para distinguir el derecho real del personal, si bien ambos tienen un vínculo jurídico, la distinción estriba en que el derecho de propiedad (prototipo del derecho real) el sujeto pasivo está integrado por todos los hombres, quienes tienen el deber de respetar este derecho, sin vulnerarlo o violarlo. *“Por el contrario los derechos personales se ejercen sobre una persona cierta y concreta. Se dedujo entonces que el derecho real es absoluto, siendo el personal por el contrario, relativo.”*⁸

Haciendo una integración de las conclusiones a que arriba Burgoa, podemos establecer que la propiedad se revela como un modo de afectación jurídica de una cosa a un sujeto, la atribución de una cosa a una persona, por virtud de la cual ésta tiene la facultad jurídica de disponer de ella ejerciendo actos de dominio. Esto conlleva la potestad de imponer coercitivamente su respeto y acatamiento a todo sujeto, y de éste la obligación ineludible de abstenerse de vulnerarla o entorpecerla.

1.2.1. Orígenes de los Términos Propiedad y Dominio

Llegado éste punto, se hace necesario diferenciar el Derecho de Propiedad, con el Derecho de Dominio, que en un principio parecen ser sinónimos, Roca Sastre, define el primero como: *“el Derecho Real que atribuye a su titular el poder o señorío más amplio posible sobre una cosa corporal, dentro de los límites institucionales, con carácter plenamente autónomo, perpetuo (en principio), elástico y en parte de contenido discriminable.”*⁹ García Máynez ejemplifica el derecho real con el enunciado: *“Soy propietario de tal cosa; tengo un derecho de usufructo sobre tal otra...”*¹⁰

Para Puig Peña, las tesis más antiguas *“concibieron el dominio como un término más extenso que la propiedad, en virtud que por el primero se designa tanto el dominio directo como el útil, a diferencia del Derecho de propiedad que sólo hace referencia al dominio directo”*.¹¹ Rojina Villegas define el dominio como *“el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto*

⁸ Burgoa, Ignacio, *Op. Cit.*, Pág. 455 y 456.

⁹ Roca Sastre, Ramón María. *“Derecho hipotecario, Volumen I”*. España, Bosch, 1995. Pág. 10.

¹⁰ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1995. Pág. 207.

¹¹ Puig Peña, Federico. *Op. Cit.* Pág. 44.

pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto"¹².

Destaca también que las tesis más modernas por el contrario sostienen que la propiedad *"es más extensa que el dominio, pues la palabra propiedad sirve para designar toda relación del hombre con la naturaleza, y todo sobre ella, mientras que el dominio se debe aplicar únicamente al poder pleno, indiviso e ilimitado"*¹³.

Para José Castán Tobeñas, citado por Puig Peña, para quien no existen diferencias conceptuales explica que, estimando que las tesis anteriores *"no encuentran una explicación lógica ni tampoco ascendencia histórica en relación con el Derecho Tradicional y ni siquiera una aplicación en el tecnicismo del código civil, sostiene que entre la propiedad y el dominio no hay diferencia de extensión y contenido, sino simplemente de punto de vista, o lo que es lo mismo, que la propiedad es un concepto económico-jurídico, mientras que el dominio lo es sólo técnicamente jurídico."*¹⁴

En la legislación guatemalteca, se utilizan como sinónimos sin hacer ninguna distinción desde su concepción en el código civil que data de 1973, que titula el libro número dos, como "De los Bienes, de la Propiedad y demás Derechos Reales", centrándose en el concepto de propiedad sobre el de dominio y reconociendo a este como el máximo y más perfecto derecho real dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Más adelante el artículo 456, sobre el dominio de los bienes establece: "Los bienes son del dominio del poder público o de propiedad de los particulares", en este caso el código utiliza el *dominio* sin distinción, como sinónimo de *propiedad*.

¹² Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil, Tomo II". México, Editorial Porrúa, 2000. Pág. 79.

¹³ Puig Peña, Federico. *Op. cit.* Pág. 44.

¹⁴ *Ibid.* Pág. 45.

1.2.2. Protección Constitucional

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo XVIII establece: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

Recogiendo el mismo principio la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla en el artículo 21: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce como fundamental el derecho propiedad privada en su parte dogmática, artículo 39: “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.”

Así también establece la Constitución una protección especial al derecho de propiedad en el artículo 41, *“Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido.”*

La constitución limita éste derecho, estableciendo la excepción a la regla que en éste caso sería la expropiación, en interés del máximo bien, tema que será analizado más adelante. La corte de constitucionalidad respecto de la interpretación de la protección al derecho de propiedad contenida en los artículos citados se ha expresado en varias ocasiones, así:

“Este derecho se garantiza como inherente a la persona humana. Sin embargo no es propio de la vida en sociedad el ejercicio absoluto de éste derecho. Tal afirmación encuentra también asidero en el principio que la misma Constitución recoge en el artículo, de que el interés social prevalece sobre el particular.”¹⁵

*“La Constitución Política de la Republica garantiza la propiedad como un derecho inherente a la persona humana y toda persona puede disponer libremente de ella de acuerdo con la ley; por ello, es deber del Estado garantizar el ejercicio de éste derecho....”*¹⁶

Cano Recinos atinadamente, establece que *“en el derecho comparado, la afectación de supuestos “derechos” adquiridos ilícitamente y la correspondencia transferencia de la propiedad a favor del Estado, ha sido establecida constitucionalmente, evitando de éste modo cualquier discusión interpretativa innecesaria. La gran discusión en nuestro medio consistirá que ésta ley, se copia principalmente de su ley par en Colombia, y en otros de sus apartados del Distrito Federal, de los Estados Unidos Mexicanos y del Perú, pero es de mencionar que tanto en Colombia, Perú y México tuvieron que reformar sus constituciones para poder legislar sobre la misma, no obstante que los preceptos constitucionales sobre dicha garantía constitucional de la propiedad tienen similitud con la de Guatemala.”*¹⁷

1.2.3. Concepto de Propiedad

La Revolución Francesa afianzó la tesis de que la propiedad es un derecho natural innato, subjetivo, anterior al derecho objetivo, que el Estado y la ley solo pueden reconocer y amparar, pero no crear, y consecuentemente tampoco desconocer o restringir. *“En el Código de Napoleón, tomando en cuenta este fundamento*

¹⁵ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 25 de febrero de 1987, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 97-86.

¹⁶ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 12 de julio de 2001, Expediente de Apelación de Sentencia de Amparo. No. 1262-2000.

¹⁷ Cano Recinos, Víctor Hugo. *Extinción de Dominio*. Guatemala, Magna Terra Editores, S.A., 2011. Pág. 33.

*filosófico, se declara que el derecho de propiedad es absoluto para usar y disponer de una cosa. En otro artículo se dice que es inviolable.”*¹⁸

Puig Peña, define la propiedad citando los conceptos elaborados por tres figuras cumbres de la ciencia del Derecho, un civilista, un destacado romanista y un inigualable expositor, así:

Para Filomussi, la propiedad es *“el señorío general e independiente dela persona sobre la cosa, para los fines reconocidos por el Derecho dentro de los límites establecidos.”*¹⁹

Según Scialoja, la propiedad es *“una relación de Derecho privado, en virtud de la cual una cosa como pertenencia de una persona esta complemente sujeta a la voluntad de ésta, en todo lo que no resulte prohibido por el derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno”*²⁰.

Dussi, por otro lado sintetiza el concepto afirmando que *“la propiedad es el señorío unitario, independiente y, cuando menos, universal sobre una cosa corporal”*²¹.

1.2.4. Evolución Del Concepto De Dominio Y Propiedad

Siguiendo la tesis de Marx, la noción de la propiedad y su derecho como tal ha sido y seguirá siendo determinante, para el desarrollo del hombre dentro de una sociedad. Por ello ha sido objeto de diferentes valoraciones a lo largo de la historia, y aún hoy en día su concepción cambia de acuerdo al régimen jurídico vigente.

1.2.4.1. Época Romana

Dentro del *Corpus Iuris Civilis* romano, *“todo se moldea sobre la figura del derecho real; la patria potestad, la manus, la tutela, etc., eran verdaderos derechos reales en el sentido de la significación de un poder inmediato y directo con una potestad absorbente y exclusiva.”*²² Así, según Eugene Petit, la propiedad se legalizó en

¹⁸ Rojina Villegas. *Op. Cit.* Pág. 82

¹⁹ Puig Peña. *Op. Cit. Tomo II.* Pág. 47.

²⁰ Loc. Cit.

²¹ Puig, Peña, *Op. Cit.* Pág. 48

²² *Ibid.* Pág. 13.

Roma a través de reglas precisas, “Los jurisconsultos romanos no definieron expresamente el derecho de propiedad, en efecto, pero era ya concebido como el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal”²³.

*“La propiedad era un derecho (ius). Este derecho era exclusivo, y existía para ser ejercido (utile) por todos excepto por el principal propietario, esto es el emperador en roma,... esto significaba que lo que fuera propiedad de cada uno se podía reclamar como propio de manera adecuada, y palabras como propium y proprietas, se aplicaron tanto para designar el derecho como la cosa, y para muchas otras cosas, así como los medios de subsistencia y producción.”*²⁴

Dentro de la dinámica de la propiedad romana también “surgió el dominio quiritario (de los quirites o patricios) que requería determinadas condiciones tanto en el sujeto como en el objeto. En efecto, sólo los ciudadanos romanos podían ser titulares del dominio de iure quiritarium y sólo la res Mancipi (fundos itálicos, esclavos, bestias de carga y tiro) podían ser su objeto.”²⁵ Como es sabido en roma existió siempre “una doble reglamentación de la propiedad, la primera es la que establece el Derecho Civil y se llama propiedad quiritari (dominium ex iure quiritium), la otra, que apareció con posterioridad, fue establecida por el Derecho Honorario y se denomina propiedad bonitaria”²⁶. La propiedad quiritaria era reconocida si se cumplían los presupuestos de las leyes romanas para ser un romano propietario, si faltaba alguno se reconocía un simple dominio bonitario, limitado.

Así, únicamente se encontraban protegidos los efectos de la propiedad, específicamente: *jus utendi*, derecho del propietario de un bien a utilizarlo; *Jus fruendi*, derecho del propietario de percibir los frutos de su cosa; y el *Jus abutendi*: derecho del propietario de un bien a disponer plenamente de él. “También agregaron el *jus vindicandi* como acción reivindicatoria para recuperar la cosa frente a un detentador o mero poseedor.”²⁷

²³ Petit, Eugene. “Tratado elemental de Derecho Romano”. México, Porrúa, 1986. Pág. 229

²⁴ Armitage, David. “Las Propiedades de Shakespeare”, *Revista de Occidente*, No. 351”. EEUU, Cambridge University Press, 2010. Pág. 120.

²⁵ Arangio-Ruiz, Vincenzo. “Instituciones de Derecho Romano”. Argentina, Depalma, 1952. Pág. 39.

²⁶ Morineau Iduarte, Marta; Román Iglesias González. “Derecho Romano”. México, Oxford University Press, 2009. Pág. 121

²⁷ Cano, Recinos. *Op. Cit.* Pág. 34.

Esta dualidad del derecho de propiedad o dominio, continuó en la historia jurídica de la propiedad romana, *“hasta que Justiniano unificó el sistema, a base de la propiedad bonitaria, llegándose al concepto de propiedad única, propiamente individual y sin diferencias en cuanto a las personas ni a las cosas, diferencias que ya no tenían razón de ser por la evolución de los tiempos”*²⁸, por lo que al final de la era romana Justiniano, habla ya sólo de *proprietas*, sin hacer distinción.

Desde los orígenes del derecho occidental, la propiedad ha sido el bastión y el derecho *original* sobre el que se ha construido el aparato de justicia y de legalidad, no puede pensarse en una sociedad sin propiedad (aunque sea ésta Estatal); el dominio de los bienes y servicios, la identidad que resulta de la noción de ser dueño de algo, es lo que desde tiempos romanos ha impulsado la industria y la voluntad del hombre.

1.2.4.2. Edad Media

Dejado atrás el imperio romano se instaura a lo largo los pueblos europeos, un régimen bastante heterogéneo; de esa cuenta *“aparecieron en un momento en toda Europa, sin que tuviesen conexión con las conocidas hasta entonces; de esas leyes que causaron bienes y males infinitos, que reservaban derechos cuando se cedía el dominio, que dando a muchos diversos géneros de señorío sobre la misma cosa o las mismas personas, disminuyeron la pesadumbre del señorío entero; que establecieron distintos límites en imperios demasiado extensos; que produjeron la regla con cierta inclinación a la anarquía, y la anarquía con cierta tendencia a la regla y al orden.”*²⁹

Siendo la dinámica más extendida de feudalismo la *“que se produce entre el señor rural, escalafón más bajo del estamento nobiliar, y los siervos que cultivan la tierra, esto es los campesinos. A esta forma de vasallaje se le bautizo con el nombre*

²⁸ Puig Peña, *Op. Cit.* Pág. 59.

²⁹ de Secondat, Charles Louis, Barón de Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes, Tomo II.* España, Librería General de Victoriano Suárez, 1906. Pág. 378.

específico de servidumbre, y puede decirse que constituyó la dependencia más extendida entre las clases inferiores.”³⁰

Durante el medioevo la mayoría de la población se dedicaba a la agricultura y en menor medida a la ganadería, lo que denota que la base de la economía feudal era eminentemente agraria; esta dependía de la unidad mínima de explotación feudal, la tenencia campesina. Sin embargo esta *tenencia* nada tiene que ver con lo que *“hoy en día puede considerarse como propiedad campesina, en tanto que cualidad jurídica que habilita para el uso y disposición absoluta del poseedor. Más bien ocurre que la tenencia denota un espacio dependiente, en el sentido de que la comprensión de ésta sólo es inteligible a condición de insertar su realidad en el seno de otra realidad mayor, que sería el señorío o el manoir inglés. De este modo tenencia y señorío quedarían unidos por una estrecha interdependencia”³¹.*

Este señorío si bien es concebido como un todo, está dividido en dos; por un lado el dominio, porción de la que el señor feudal y sus parientes más cercanos se sirven directamente, su área reservada para sí; y por otro lado las unidades o parcelas cedidas a familias campesinas que se dedican a explotárlas, éstas partes siguen siendo parte del señorío.

La cesión de la tierra se hace siempre en *“calidad de usufructo. Cada campesino tendría derecho al uso y disfrute de ciertos bienes (en este caso la tierra y el utillaje) pero sólo a título de beneficiario y nunca como propietario “legal”. Hasta aquí la cosa resulta más o menos razonable, considerando que la situación es múltiple y ligeramente desigual, pero hace falta todavía un elemento más. A los campesinos no les bastaba con trabajar para sí y el mantenimiento de su familia; al contrario la adquisición, o mejor dicho, la posesión efectiva (que no propiedad) de la tenencia llevaba consigo una serie de obligaciones de marcado carácter consuetudinario. Cada campesino era un cultivador perteneciente al dominio señorial, pero también una persona adscrita a la jurisdicción nobiliar. Estaba obligado al pago y*

³⁰ Bloch, Mark. *La Sociedad Feudal*. España, Akal Ediciones, 2002. Pág. 253.

³¹ Domínguez González, David Jorge. “Los Poderes Feudales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 17. España, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

*cumplimiento de otras cargas feudales, entre las cuales claro está, se encontraba la ayuda pecuniaria o tasa feudal*³².

Como se puede apreciar, durante éste periodo de la historia, los señores feudales y la corona se reservaban el *dominio* de las tierras, relegando a la clase trabajadora a una simple condición de poseedores temporales, que aún estaban obligados a tributar por posibilidad de utilizar la tierra para su sustento. La propiedad era un monopolio reservado para un puñado de oligarquía.

1.2.4.3. Edad Moderna

La Revolución Francesa puso fin a los privilegios y al entramado de restricciones que limitaban al ciudadano común a ser sujeto de derechos de propiedad; se terminó con el régimen de los señoríos. Lo que configuro las bases para el desarrollo de la propiedad a lo largo del siglo XIX.

No obstante que la noción y el valor de la propiedad, fue sacudida durante el siglo XX, con la implementación de regímenes socialistas, en Rusia, China y algunos países de américa latina, que propugnaban en contra la noción individualista, y tiránica de la propiedad individual dentro del capitalismo. Así un propietario que otrora fuera propietario de un derecho subjetivo absoluto sobre un bien, pasaba a ser simple poseedor o usufructuario, al servicio del estado, sin derechos frente a éste ni frente a los demás.

Cómo lo señala Puig Peña, de acuerdo el contexto del que fue testigo, al final de la guerra fría, *“va naciendo una tercer fuerza que sintetiza, la tónica actual del derecho de propiedad... ..en el centro, con una vida propia y estupendamente feliz, surge y se desarrolla la doctrina que algunos han llamado solidarista, con grandes influencias de la Iglesia, con arreglo a al actual debe continuar la propiedad articulada en la teoría de los derechos subjetivos privados, necesarios para el desenvolviendo y progreso de la humanidad.”*³³

³² Domínguez González, David Jorge. *Op. Cit.*, Pág. 1.

³³ Puig Peña, *Op. Cit.*, Pág. 63.

En la actualidad puede decirse que *“se ha superado la concepción individualista y liberal, por otra concepción social, que contempla la propiedad no sólo como institución jurídica, sino también como institución económica, destacando en ella la idea función... En el derecho moderno la propiedad está basada sobre el concepto de derecho subjetivo, que se manifiesta en poderes pero también en limitaciones y deberes. Por tanto, en el trinomio de poderes, límites y deberes se comprende el nuevo concepto técnico de la propiedad. Los poderes representan el aspecto individual de la institución, mientras que las limitaciones, y sobre todo, los deberes son expresión de su aspecto social.”* ³⁴

CASTÁN afirma que *“el fundamento del derecho de propiedad está en las necesidades del hombre y de las agrupaciones humanas, que precisan la apropiación de las cosas del mundo exterior, útiles a la subsistencia y progreso de unos y otros”*³⁵. En conclusión, la valoración de la propiedad hoy en día se enfoca desde tres puntos, su fin individual, familiar y social, por lo que la propiedad no puede ser absoluta, sino que prevalecen los intereses de la familia y de la sociedad.

1.3. Propiedad Como Derecho Subjetivo Civil

La propiedad privada en contra posición al poder soberano del Estado en su calidad de entidad de Imperio y soberanía, representa su carácter de Derecho Público Subjetivo. Así, la propiedad privada constituye una potestad que se deriva de relación que tienen el particular de exigir del estado y sus dependencias la abstención, o de respeto a la no vulneración del derecho del particular sobre su propiedad. Sin embargo este respeto a la garantía individual de propiedad, no excluye la posibilidad que el estado puede hacer reclamos, con fundamento en el interés colectivo, que imponga restricciones al ejercicio de la propiedad o incluso la tenencia de la misma.

El fundamento del Derecho Público Subjetivo de la propiedad inmobiliaria se encuentra contenido en el artículo 121 de la Constitución Política de la República,

³⁴ Puig Peña. *Op. Cit.*, Pág. 64.

³⁵ *Ibid.*, Pág. 55.

el que establece que son bienes del Estado: “a. *Los de dominio público; b. Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley....* d. *La zona marítima terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala; e. El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo....*”

El artículo citado hace referencia al concepto de propiedad *originaria*, partiendo de que en principio todo el territorio dentro del estado es *propiedad del Estado*, no obstante esta no debe tomarse como propiedad stricto sensu, pues en el Estado no hace uso de la propiedad como lo haría un propietario individual. “*La propiedad originaria implica el dominio eminente, que tiene el estado sobre su propio territorio, consistente en el imperio, autoridad o soberanía que dentro de sus límites ejerce... significa la pertenencia del territorio nacional a la entidad estatal como elemento consubstancial e inseparable de la naturaleza de ésta. Un Estado sin territorio sería inconcebible; por ello todas las tierras nacionales forman parte de la entidad estatal....*”³⁶

El licenciado M.G. Villers, citado por Burgoa, explica que “*el dominio originario a que se refiere... tal y como se reconoce en el Derecho Internacional, es el ejercicio de un acto de soberanía de la nación sobre todo el territorio en el cual ejerce actos de autoridad. El dominio originario que tiene la nación, no es el derecho de usar, gozar disponer de todas las tierras y aguas existentes en el territorio nacional, sino facultad potencial o una facultad legislativa respecto de las tierras y aguas como objeto de los derechos; es la facultad de ejercitar actos de soberanía sobre todo el territorio nacional, con exclusión de cualquiera otra potencia extranjera, uno de los cuales actos es transmitir a los particulares el dominio de las tierras y aguas que no están*

³⁶ Burgo, Ignacio. Op. Cit. Págs. 461 – 462.

*sujetas a propiedad individual pues respecto a las que están constituidas de ésta última forma, la nación tiene el deber de respetarlas conforme otros preceptos también de carácter constitucional”.*³⁷

Durante la época colonial surgió una seria disputa, entre el Reinado de España y el de Portugal por el control de las tierras descubiertas y conquistadas en América, conflicto que concluyó con la famosa bula *Inter Coeteris* del Papa Alejandro VI de 4 de mayo de 1493, por medio de la cual éste otorgó, más que a los portugueses, a los soberanos españoles verdaderos derechos de propiedad. De esta cuenta Burgoa, refiere que si bien “*la naturaleza de las resoluciones que determinan los linderos entre Estados, no es atributiva de propiedad, sino de soberanía o jurisdicción y lo mismo se observa tratándose de Estados soberanos que de Estados comprendidos dentro de una nación soberana. Por esto no puede admitirse que al emplear el vocablo “propiedad” en las cédulas pragmáticas de España, se haya podido significar “propiedad”, sino “soberanía”, que se traduce en lo que actualmente se llama “dominio eminente”*”³⁸; o en el término arriba relacionado “propiedad originaria”.

1.3.1. Limitaciones al Derecho de Propiedad

El precepto constitucional de que “*Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley....*” no ha de interpretarse en un sentido literal, puesto que hay limitaciones del dominio que no provienen de la Ley, sino de disposiciones reglamentarias o administrativas, de la disposición testamentarias o de acuerdos entre las partes, y aun del respeto del derecho ajeno, verbigracia los contratos de que rigen en un condominio o en un edificio de apartamentos y a los que los propietarios se someten como parte de una pequeña comunidad. De ésta forma, el derecho de propiedad en la actualidad ya no es un derecho absoluto e ilimitado, como sucedía en Roma con el *Jus Abutendi*, y se le ha dado un valor primordialmente social.

³⁷ *Ibid.*, Pág. 462.

³⁸ *Ibid.*, Pág. 463.

El presente capítulo se refiere especialmente a la facultad que tiene el estado de imponer las modalidades que dicte el interés público, inclusive al punto de hacer desaparecer la propiedad o el dominio, arrebatándole este derecho al individuo en beneficio de la sociedad en general. Dejando de lado la extinción de dominio que será tratada a profundidad en el siguiente capítulo, dentro de las modalidades, encontramos:

1.3.1.1. Expropiación

La expropiación consiste en *“una potestad que se concreta en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien”*³⁹. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 40 establece: “En casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. La expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, y el bien afecto se justipreciará por expertos tomando como base su valor actual...”.

Este acto coactivo incluye la supresión del derecho de uso, goce y disfrute de un bien, que pasa a ser propiedad del Estado. Toda expropiación tiene como justificación la utilidad colectiva, el beneficio social o el interés público. Para Burgoa este concepto de utilidad es eminentemente económico; *“para que exista un causa o motivo de utilidad pública, esto es, estatal, social o general personalmente indeterminada, y por otro un objeto susceptible económicamente de colmar o satisfacer dicha necesidad”*⁴⁰.

Nuestra legislación no hace una delimitación específica de lo que significa utilidad colectiva, beneficio social o interés público, La Ley de Expropiación, Decreto 529 en su artículo primero se limita a establecer al “se entiende por utilidad o necesidades públicas o interés social, para los efectos de esta ley, todo lo que tiene a satisfacer una necesidad colectiva.” Esta ley también señala que corresponde al

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente No. 31-2004-AI/TC, fundamento 5.

⁴⁰ Burgo, Ignacio. Op. Cit. Pág. 470.

Congreso de la República hacer la declaración de utilidad y necesidad pública o interés social. *“Es por ello que al emitir tal declaratoria, es el Estado de Guatemala el que actúa en ejercicio de la soberanía, por medio del Organismo Legislativo. En tal virtud la facultad del Estado de expropiar es legalmente incuestionable, pero su ejercicio se sujeta al cumplimiento de los requisitos que el mismo pueblo se ha impuesto, en orden de no invadir las libertades y derechos individuales, sino en la medida que resulte necesaria para el beneficio de la colectividad....”*⁴¹

La expropiación tiene como requisitos indispensables la existencia de tres presupuestos, a saber: a) una necesidad pública; b) que el bien a expropiar se susceptible de producir la satisfacción de dicha necesidad; y c) el pago de una justa indemnización al propietario que la libre de ser un arrebato administrativo arbitrario.

1.3.1.2. Expropiación Agraria

Además de la expropiación que puede ser considerada como el género, también se encuentra la expropiación agraria, que puedes ser considerada como una sub clase de la expropiación, más específica, *“que tiene lugar en materia agraria y que se traduce en la afectación de latifundios en favor de los núcleos de la población”*⁴².

Históricamente en Guatemala esta forma de extinguir el dominio fue principalmente intentada por el presidente Jacobo Árbenz Guzmán, luego de la revolución del 20 de octubre de 1944, finalmente el 17 de Julio de 1952, fue aprobado el Decreto 900, Ley de Reforma Agraria, que dentro de sus considerandos contiene una excelente síntesis los objetivos y el contexto de esta forma de limitar la propiedad privada: *“...que es un objetivo fundamental de la revolución de octubre la realización de un cambio sustancial en la modalidades del derecho sobre la tierra y en las formas de explotarla, esto para superar el atraso económico de Guatemala y mejorar el nivel de vida de las grandes masas de la población; que la concentración de la tierra en pocas manos no solo desvirtúa la función social de la propiedad sino que produce una considerable desproporción entre los muchos campesinos que no la poseen,*

⁴¹ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 25 de febrero de 1987, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 97-86.

⁴² Burgoa, Ignacio. Op. Cit., Pág. 484.

no obstante su capacidad para hacerla producir, y unos pocos terratenientes que las poseen en cantidades desmedidas y sin cultivarlas en toda su extensión o en proporción que justifique su tenencia; que conforme al artículo 90 de la Constitución, el estado reconoce la existencia de la propiedad privada y la garantiza como función social sin más limitaciones que las determinadas en la ley por motivos de necesidad o utilidad pública o de interés nacional.

Que la expropiaciones y nacionalizaciones de los bienes elementales como indemnización de guerra debe ser el primer paso para modificar las relaciones de la propiedad agraria y para introducir nuevas reformas de producción en la agricultura; que las leyes dictadas para asegurar el arrendamiento forzoso de las tierra...”

1.3.1.3. Confiscación

“La confiscación es una institución antigua por la cual se privaba de todos los derechos de propiedad y otros derechos reales al afectado con la medida; fundamentalmente se aplica contra opositores políticos a quienes se quería inhabilitar en el orden económico.”⁴³ Burgoa, destaca que la ausencia de una justa y legal indemnización, es lo que distingue a ésta figura de la expropiación; definiéndola como “el apoderamiento, por parte del Estado, de bienes de particulares, sin otorgar a estos ninguna contraprestación”⁴⁴.

Hoy en día con la evolución y el afianzamiento de los derechos fundamentales y el reconocimiento generalizado de la propiedad como uno de los más importantes, ha entrado en desuso esta antigua práctica. De esa cuenta el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que: *“...Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”* Sin embargo esta prohibición se refiere solamente a la prohibición de la confiscación por motivos de retaliación política.

⁴³ Cano Recinos, Víctor Hugo. *Op. Cit.*, Pág. 64.

⁴⁴ Burgoa, Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 475.

En similar sentido la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto de la protección al derecho de Propiedad Privada, que *“Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido.”* En interpretación de éste artículo la Corte de Constitucionalidad ha asentado: *“...por lo que deberá entenderse que el resto de los supuestos del mismo (prohibición de confiscar bienes y de la imposición de multas confiscatorias la regulación sobre el monto máximo de las multas por impuestos omitidos) operan en cualquier caso, haya o no haya motivo político. El hecho que éste último aspecto, de conocida justificación histórica por vicisitudes políticas del país, se haya incluido en dicho artículo, no lo liga necesariamente con las prohibiciones referidas, que tienen imperatividad para todos los casos, independientemente de sus motivos...”*.

Esto se concreta verbigracia en la prosecución de delitos contra la economía nacional, como es el caso del delito de Defraudación Tributaria, que lleva aparejada un multa equivalente al cien por ciento del monto del impuesto omitido o defraudado, y dentro del cual el Ministerio Público casi indefectiblemente solicita como medida precautoria el embargo de bienes, para que si, al final del proceso se logra una sentencia condenatoria, pueda ejecutar los bienes embargados, en beneficio del erario nacional.

1.3.1.4. Comiso o Decomiso Penal

El decomiso *“es apoderarse de instrumentos y efectos que han servido en la comisión del delito, para hacer la respectiva devolución a su dueño o para efectuar el pago de costas, cuando sean legítimos en caso de ser ilícitos se destruirán; el mismo procedimiento se realiza en mercaderías de contrabando, ya que no se encuentran en situación legal o por estado de descomposición...”*⁴⁵ En el mismo sentido Cano Recinos explica que el decomiso es *“la privación o pérdida de los efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva y el correlativo traslado*

⁴⁵ Decomiso, Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Argentina. Editorial Astrea, 1993.

directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado, la misma es dispuesta en la sentencia en el respectivo proceso penal o por otra resolución definitiva, de ésta manera está regulado en nuestro país.”⁴⁶

El código penal, artículo 60 establece la figura del comiso, indicando que 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. 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. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial”*.

El comiso se establece entonces como una pena accesoria a la principal condena penal, contenida en la sentencia que establece la culpabilidad de un delito que tenga prescrita dicha pena accesoria; éstos delitos se encuentran principalmente contenidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, Ley Contra la Narcoactividad, y la Ley Forestal, etc.

1.4. Propiedad Estatal

Los bienes que pueden imputarse al Estado como persona jurídica y política, constituyen lo que se denominada propiedad estatal o nacional. Esta no debe confundirse con la propiedad original de la que se habló antes, ya que ésta equivale a dominio eminente del Estado sobre todo el territorio nacional como parte esencial del mismo Estado. Por el contrario la propiedad estatal *“considerada como imputación que de determinados bienes se hace en favor del Estado, equivale al dominio directo, traducido en la situación en que está colocada la entidad política soberana para usar, disfrutar y disponer de ciertos objetos con exclusión de cualquier persona moral o física. La propiedad estatal o nacional está constituida por aquella atribución o afectación genérica que de determinados bienes se hace al*

⁴⁶ Cano Recinos, Víctor Hugo. Op. Cit., Pág. 65.

*Estado o a la nación, quien tiene sobre ella la facultad de uso disfrute y disposición con exclusión de cualquier sujeto*⁴⁷.

El artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, declara la propiedad sobre determinados bienes haciendo una enumeración, de los bienes que son pertenencia exclusiva del estado, sin importar el que estén o no registrados en el Registro General de la Propiedad, esto incluye tanto la propiedad como la posesión.

El Código Civil, anterior a la Constitución, delinea una diferenciación seguida por ésta, de los bienes de dominio del Poder Público o de propiedad de los particulares. Estableciendo también otra diferenciación entre los bienes propiedad del Estado que son de *uso común* y de aquellos de cuyo uso está reservado específicamente para la actividad administrativa y funcional del Estado, o de *uso no común*.

1.4.1. Características de los Bienes del Estado

Inalienables. Ya que están fuera del comercio, éstos no pueden ser vendidos.

Imprescriptibles. Significa que los bienes propiedad del Estado no pueden ser adquiridos por el transcurso del tiempo (usucapión).

Inembargables. Estos bienes no pueden ser objeto de hipoteca, embargo judicial o cualquier otro gravamen.

Exentos del Pago de Tributos. Esta exención incluye toda clase de impuestos, arbitrios y contribuciones especiales. Se basa en el hecho de que en el caso de que generasen impuestos, sería una operación revolvente, en donde el obligado y el obligante se confunden en la misma persona jurídica, es decir el Estado.

⁴⁷ Burgoa, Ignacio. Op. Cit., Pág. 496.

Capítulo II

Extinción De Dominio

2.1. Antecedentes

La noción inicial de lo que hoy en día es la “Extinción de Dominio” surge en Colombia, con la Constitución de 1936, en su artículo 30 reguló la propiedad privada de acuerdo a su función social, también con la intención de promover la explotación de terrenos baldíos, propiedad de terratenientes que los detentaban sin aprovechar su utilización. La introducción de éste artículo fue el primer paso para modificar la valoración de la propiedad no solo en Colombia sino en toda Latinoamérica.

Así aparece en la *“escena jurídica nacional la idea de función social de la propiedad, la cual desdibujaba el derecho de propiedad como un derecho netamente subjetivo e introducía una carga a cumplir a su titular frente a la sociedad”*⁴⁸, los constituyentes colombianos adelantados a su época e inspirados por las ideas del Jurista francés León Duguit, quien replanteó el papel del Estado como soberano frente a los particulares y su rol para con la sociedad, en sus palabras:

“... todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad cierta función en razón directa del puesto que ocupa en ella. Por consiguiente, el poseedor de la riqueza, por el hecho de tenerla, puede realizar cierta labor que él solo puede cumplir. El sólo puede aumentar la riqueza general, asegurar la satisfacción de necesidades generales, al hacer valer el capital que posee...”

Siguiendo la guía establecida en ésta Constitución, aparece por primera vez en Colombia la ley 200 del año mil novecientos treinta y seis (1936), en ésta también denominada Ley de Tierras, el legislador dispuso “la extinción o pérdida del derecho de dominio a favor de la nación sobre predios rurales, cuando se probara el abandono o la falta de explotación injustificada del dueño (incumplimiento de la

⁴⁸ Tobar Torres, Jenner Alfonso. “Aproximación general a la Acción de extinción del dominio en Colombia” *Revista Civilizar* No. 14. Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2014. Pág. 19.

función social de la propiedad) durante un lapso de diez años continuos;”⁴⁹ término que en 1973, fue reducido a tres años.

Sin embargo, la aplicación de la extinción de dominio fue prácticamente inexistente, utilizándose no solo en Colombia, sino en toda Latinoamérica la figura de la expropiación para la *reivindicación* del dominio al Estado. Tal es el caso de la Ley de Reforma Agraria, Decreto 900, que tampoco llegó a ser positivizada por los conflictos que la “función social” representaba para los intereses de los grandes terratenientes, y culminó con un golpe de estado apoyado por la intervención extranjera.

El antecedente moderno más directo y el génesis que da origen a la Extinción de Dominio como se conoce hoy en día, es el Convenio Internacional Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, promulgado por la asamblea de la Organización de Naciones Unidas en Viena, el veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho; uno de sus considerandos explica el panorama que derivó en necesidad de ésta: *“Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”*.

Fue precisamente Colombia, nación terriblemente afectada por el crimen organizado que derivó en estructuras paralelas, de un Narco-Estado, cooptado por el poder económico fruto del narcotráfico; en donde nuevamente en Asamblea Constituyente de 1991, se estableció una extinción de dominio con nuevas características que *“se plasmó en el artículo 34, implica sencillamente que, aunque en apariencia una propiedad mueble o inmueble en zonas rurales o en zonas urbanas, está en cabeza de unas personas, realmente nunca llegó a radicarse en su cabeza, porque se adquirió por enriquecimiento ilícito o se adquirió con grave deterioro a la moral social que plasma la Constitución, o se adquirió con lesión del*

⁴⁹ Solano Sierra, Jairo Enrique. *La Expropiación*. Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2004. Pág. 29.

*patrimonio estatal. Esas figuras están enmarcadas dentro del concepto de extinción de dominio porque precisamente, lo que quiso el constituyente fue reaccionar contra esa propiedad, muy extendida en el territorio, en cabeza de personas que habían cometido crímenes, delitos, acciones completamente injustas contra la sociedad colombiana y que se habían apoderado, o se están apoderando de gran parte del territorio nacional.*⁵⁰

Algunos años después se hace efectiva esta figura, primero la *“iniciativa del proyecto de ley, la cual posteriormente se convertiría en la ley 33 de mil novecientos noventa y seis (1996), al haber sido aprobada, no obstante por diversos motivos no entró en vigencia. Es hasta la promulgación de la ley 793-2002 denominada “LA EXTINCION DEL DOMINIO” que empieza a surtir efectos dicha acción*”⁵¹.

2.1.1. Guatemala.

En Guatemala, según la extendida practica legislativa de hacer una reproducción de leyes extranjeras, que han tenido éxito en otros países, no fue sino hasta en diciembre del año dos mil diez, que se aprobó en el Congreso de la República el Decreto 55-2010, denominado Ley de Extinción de Dominio, y que luego de su publicación en el Diario de Centroamérica, entro en vigencia el primero de julio de dos mil once.

Bajo las mismas prerrogativas que la homóloga, y prácticamente idéntica, ley colombiana; dentro de sus considerandos establece *“Que es imperativo emitir una legislación apropiada para recuperar, a favor del Estado, sin condena penal previa ni contraprestación alguna, los bienes, las ganancias, productos y frutos generados por las actividades ilícitas o delictivas”*.

Al ser una figura *sui generis*, el establecimiento de la Extinción de Dominio, se configuró como un procedimiento autónomo e independiente procesos penales y administrativos. Sin embargo como todo sistema de administración y de justicia se encuentra conectado, y es de alguna manera interdependiente, fue necesario que

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 13 de Agosto de 1997. Sentencia de Acción de Constitucionalidad No. C-374. Pág. 64.

⁵¹ Cano Recinos, Víctor Hugo, *Op. Cít.*, Pág. 23.

la LED, introdujera cambios sobre todo administrativos, ya que modifico todas las formas de sociedades accionadas, estableciendo la obligación de que toda acción debe ser nominativa. También a modo de control, para los notarios intervinientes en el traspaso de la propiedad de bienes con dinero ilícito, creo la obligación para los notarios, de extender los avisos de conformidad con el código de notariado, so pena de aplicar una multa, y la inhabilitación especial. Cabe resaltar que a diferencia de países como Colombia y Costa Rica, que previeron la necesidad de modificar sus respectivas Constituciones con el fin de acoger la nueva figura de Extinción de Domino; en Guatemala, este no fue el caso por lo que la LED, fue objeto de cinco inconstitucionalidades hasta el momento, promovidas por el Colegio de Abogados y Notarios, el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, y el resto por particulares.

2.2. Definición

El mexicano Marroquín Zaleta, define la extinción de domino como “la pérdida de los derecho sobre bienes relacionados con hechos ilícitos de la delincuencia organizada, contra la salud, el secuestro, robo de vehículos o trata de personas, mediante un procedimiento jurisdiccional y autónoma del procedimiento penal.”⁵² Doctrinariamente se conocen dos clases de Extinción de Dominio⁵³:

- 1) De carácter Absoluto: se da al producirse la extinción por una causa que atañe a la cosa en sí misma, y además, se extingue no sólo para el titular del derecho, sino también para todos (destrucción o consumo de la cosa).
- 2) De carácter relativo: la propiedad se pierde para el titular del derecho en determinado momento, pero normalmente pasa a otro titular puesto que el bien subsiste.

Una más completa definición, expone que la Extinción de Domino “es entendida como la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, decretada por sentencia judicial, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular, de los bienes provenientes directa o indirectamente de las actividades definidas por

⁵² Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. *Extinción de Dominio*. México, Editorial Porrúa, 2010. Pág. 3.

⁵³ Papaño, Ricardo José. *Derechos Reales: Tomo I*. Argentina, Editorial Depalma, 1989. Pág. 254.

el legislador que correspondan a enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social, o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para su realización, así como el producto de tales bienes, sus derivados, frutos, rendimientos y de los recursos adquiridos ilícitamente y destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.”⁵⁴

La ley de Extinción de Dominio define, valga la redundancia, la Extinción de Dominio como “la pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en la literal b) del presente artículo, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente Ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.”

Comparando ésta definición con la de otras legislaciones, verbigracia la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, en su artículo 4, la define ampliamente como: “La extinción de dominio es la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes mencionados en el artículo 5 de esta ley, sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado, cuando se acredite el hecho ilícito en los casos de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos y trata de personas y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita.”

Por su parte, la Ley 793 de Colombia, al artículo primero establece lo que bajo su jurisdicción debe ser entendido como extinción de dominio, a saber: “...La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley.”

⁵⁴ Restrepo Medina, Manuel Alberto. *El Comiso: Análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007. Pág. 36.

2.3. Naturaleza Jurídica

Sobre este respecto parece pertinente, so pena de terminar siendo repetitivo, incluir a modo de introducción al tema la definición contenida en el artículo 5 de la Ley de Extinción de Dominio:

“Naturaleza de la acción. La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en la presente 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.

La extinción del derecho de dominio se ejercerá y sustanciará exclusivamente por las normas contenidas en la presente Ley, independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado, de conformidad con las leyes penales de la República de Guatemala.

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 la presente Ley.”

En este punto es menester dividir el estudio disposiciones de este artículo para poder explicar mejor la naturaleza jurídica de una figura tan compleja y única como la Extinción de Dominio, estas disposiciones son una representación de los siguientes aspectos:

2.3.1. Carácter Jurisdiccional, no Penal.

Al no estar regulada constitucionalmente la Extinción de Dominio, se carece de la indicación de la jurisdicción competente, que a falta de, ha sido suplida como todo lo demás con las disposiciones contenidas en la Ley de Extinción de Dominio.

Si bien es una acción de carácter o naturaleza jurisdiccional, ésta no se encuadra dentro del ejercicio del *ius puniendi* del Estado; sin embargo de modo particular de la mano de su existencia *sui generis*, utiliza o interviene dentro del proceso de Extinción, todo el aparato Estatal de la administración de Justicia Penal. Si bien es cierto la ley crea Juzgados y Salas de Extinción de Dominio, con una competencia privativa, el ente investigador encargado de ésta persecución, a través de la Fiscalía contra el Lavado de Dinero, y más específicamente de llamada la Unidad de Extinción de Dominio.

En su naturaleza no penal, “lo que se pretende no es determinar la responsabilidad penal del individuo, pues esta se adelanta con autonomía de la acción de extinción de dominio, ni se procura pena contra la persona. La finalidad de ésta acción radica en destruir el velo de aparente legalidad que recae sobre el derecho de dominio de un bien, derecho que por su origen ilegal nunca ha nacido, pero que goza de apariencia de legitimidad.”⁵⁵

2.3.2. Carácter Real, y Contenido Patrimonial.

La Extinción de Dominio encamina su actividad hacia, y persigue bienes muebles o inmuebles, es decir el patrimonio de una persona que ha sido adquirido con dineros de procedencia ilícita, no persigue a la persona sino a la cosa misma. Rojina Villegas define patrimonio como el “conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho.”⁵⁶ Como se explicó anteriormente, la propiedad es el más perfecto de los derechos reales, y el arrebatarle al criminal de los bienes obtenidos por medio de actividades ilícitas, constituye un castigo incluso más duro que la privación temporal de la libertad, siendo la Extinción de Dominio un aliciente para hacer menos atractivo el lucro criminal. Que objeto tendría acumular riqueza ilícita, sabiendo que a pesar de una apariencia de legalidad, puede ser arrebatado por el Estado. Sin embargo “no por el hecho de ser una acción real puede tomarse como una acción estrictamente civil, por cuanto si bien es una acción de carácter patrimonial esta no

⁵⁵ Tobar Torres, Jenner Alfonso. *Op. Cit.*, Pág. 22.

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Op. Cit.*, Pág. 7

está motivada por intereses patrimoniales de particulares, sino que corresponde a un interés superior del Estado, consiste en desvirtuar la existencia de un derecho de propiedad ilícitamente adquirido, y que en consecuencia no puede gozar de la protección jurídica del Estado.”⁵⁷

2.3.3. Autonomía:

“La extinción de Dominio es autónoma del proceso penal, toda vez que no se pretende aplicar una sanción o pena con motivo de la comisión de un delito, ya que procede con independencia de quien hay (sic) cometido este, por ello se puede afirmar que la extinción de dominio y su resolución son autónomos de cualquier resolución del proceso penal ya que lo que se persigue no es a la persona sino a los bienes obtenidos de forma ilícita debiéndose tomar en consideración que la acción penal es personalísima y no delegable, como consecuencia de ella no existe la presunción de inocencia sobre el bien, ya que dicha garantía constitucional le corresponde al (sic) cualquier persona sindicada de la comisión de un hecho ilícito o más.”⁵⁸ Entendido así, la Extinción persigue el bien, y éste carece de presunción de inocencia; ésta somera consideración del tema, se aferra a la por demás superada teoría de que establecía la posibilidad de un bien, objeto inanimado, de ser sujeto de derechos y obligaciones. Esta retrógrada concepción del tema abrió la posibilidad para el proceso de extinción, de invertir la carga de la prueba, característica enhorabuena aplicada, aparte del proceso laboral solamente a la Extinción de Dominio.

En conclusión, se puede decir que la Extinción de dominio constituye una especie de despojo Estatal, que se vale de un procedimiento especial, establecido dentro de su propia Ley, que no es de carácter civil, ni penal, ni administrativo; sino una especie de híbrido que persigue el apoderamiento del Estado de bienes utilizados para u obtenidos por medios ilícitos, independientemente de la existencia de un

⁵⁷ Tobar Torres, Jenner Alfonso. *Op. Cit.*, Pág. 22.

⁵⁸ Cano Recinos, *Op. Cit.*, Pág. 61.

procedimiento que establezca la responsabilidad penal de los detentadores de los bienes.

2.4. Aproximación al Derecho Penal del Enemigo

El Derecho Penal tiene como tarea encontrar un equilibrio entre la libertad, y la seguridad de los individuos como parte de una sociedad jurídicamente organizada. Esta necesidad de garantizar la seguridad ha comportado la creación de una rama jurídica, defendida por autores como Günther Jakobs, denominada Derecho Penal del Enemigo. Francisco Muñoz Conde define el Derecho Penal del Enemigo como *“el conjunto de normas penales sui géneris aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada.”*⁵⁹

Esta corriente equipara al delincuente con un enemigo, contra quien cualquier acción para constreñirlo sería válida. Ha sido recientemente adoptada por legislaciones de naciones afectadas y centradas en el combate contra el terrorismo, la delincuencia organiza y la narcoactividad. Este enfoque en el individuo (enemigo), más que en las acciones ha justificado la adaptación cada vez más extensa del Derecho Penal de Autor. En palabras de Luigi Ferrajoli *“esta concepción del delincuente como enemigo tiene aptitud bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa”*⁶⁰.

La Extinción de Domino, en el mismo sentido, persigue limitar al enemigo, a través de limitar, el acceso de éste a activos que le permitan financiar sus actividades ilícitas, y la utilización y disfrute de los bienes adquiridos con dinero proveniente de las mismas. En vez de criminalizar al individuo per se, criminaliza su “Patrimonio Criminal”, pero de forma autónoma y dentro de un proceso independiente del

⁵⁹ Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, No. 6. México, INACIPE 2003. Pág. 44.

⁶⁰ Ferrajoli, Luigi. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal” IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 19, México, Siena Editores, 2007. Pág. 7.

proceso penal, es una manifestación férrea de la fuerza y el poderío, y en el tema en cuestión, del dominio estatal.

Según Jakobs, citado por María Espinoza⁶¹, el derecho penal de autor se basa en los siguientes principios: 1) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; 2) Penas desproporcionalmente altas y 3) Supresión o relativización de determinadas garantías procesales.

Así vemos que la Extinción de Dominio comparte estas características, aunque desligándose de la persona y con enfoque hacia los bienes: 1) Cuenta con un procedimiento independiente de cualquier proceso penal, que no depende como el comiso de una condena que declare la culpabilidad de una persona. 2) Si bien es cierto, existen varios procesos pendientes en contra de estructuras criminales, de narcotráfico y corrupción estatal, irónicamente la mayoría de procesos llevados a término son en su mayoría por extinciones de los bienes y vehículos utilizados para el lavado de dinero o más simples contrabandos aduaneros.

Como tercer punto de aproximación está la supresión o relativización de determinadas garantías procesales. Verbigracia, la inversión de la carga de la prueba, un resabio o quizá mejor dicho un retroceso hacia el sistema inquisitivo; que libera al ente acusador de la obligación de probar la procedencia ilícita del dinero con que se adquirió un bien, trasladando esa carga a su poseedor o propietario quien en contraposición se ve obligado a probar de donde obtuvo los fondos para su adquisición. Este tema será abordado más adelante dentro éste capítulo. Y, por último como médula de la presente investigación, se encuentra la habilitación de la aplicación retroactiva, o el análisis retrospectivo de la propiedad dentro del proceso de extinción de dominio, objeto del tercer capítulo de éste trabajo.

Siguiendo la línea de comparación de la Extinción de Dominio con la figura del Decomiso, Cano Recinos hace referencia a las ventajas de aquella moderna figura con el oxidado decomiso. Indicando que resulta imposible ejercitar la acción del

⁶¹ Espinosa Torres, María Del Pilar. "El Derecho Penal del Enemigo" *Letras jurídicas*. Vol. 11. México, Universidad Veracruzana, 2005. Pág. 4.

decomiso: si el proceso penal ha concluido; si la acción penal se ha extinguido por prescripción, muerte del imputado, amnistía, derecho de gracia, etc.; o por la imposibilidad de continuar el proceso penal por ausencia o contumacia del imputado; y por supuesto en caso de sentencia que absuelva al imputado. Para este autor esto comporta “concesiones innecesarias a los agentes del delito lo cual se agrava cuando estas concesiones se hacen a favor de organizaciones criminales... el propio ordenamiento jurídico emite un mensaje de ineficacia e ineficiencia, lo que naturalmente, no puede permitirse en el marco de un sistema comprometido con la lucha contra la criminalidad en general y particularmente contra la criminalidad organizada...”⁶².

Lo expresado por el autor Guatemalteco, a criterio del tesista, constituye una palpable caracterización y prueba de la aceptación y esparcimiento de las ideas que conforman la teoría del Derecho Penal del Enemigo. La que justifica restringir garantías individuales y procesales, y prescindir de figuras como la prescripción y la temporalidad de la serie ordenada de pasos que conlleva un proceso legal, con fundamento en la *Lucha Contra el Crimen Organizado*.

2.5. Causales

Haciendo una síntesis del el artículo 4 de la Ley de Extinción de Dominio, son causales de procedencia de la extinción de domino, sobre un bien (siempre que no pertenezca a un tercero de buena fe, sin culpa ni simulación de negocio):

- a. Cuando provenga de o haya sido utilizado, directa o indirectamente, para una actividad ilícita o delictiva; o siendo de procedencia lícita haya sido utilizado para ocultar, encubrir, o mezclar.
- b. Habiendo sido parte de una investigación penal, no hubiere sobre éste decisión definitiva.

⁶² Cano Recinos. *Op. Cit.*, Págs. 73 y 74.

- c. Cuando haya incrementado el patrimonio de una persona relacionada directa o indirectamente con otra sujeta a proceso de extinción de dominio, o los bienes ilícitos de ésta hayan sido transferidos por sucesión hereditaria.
- d. Haya sido enajenado o permutado con otro de procedencia ilícita.
- e. Y cuando existan bienes o productos en el territorio nacional, propiedad de persona condenada en el extranjero por los delitos de narcotráfico, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito o delincuencia organizada.

2.6. Principios Procesales Aplicables

Por razón de la materia los procedimientos se pueden clasificar, *“según la naturaleza sustancial de la causa, respecto de la cual el órgano judicial está llamado a proveer: la distinción entre proceso penal y proceso civil, entro proceso civil y proceso administrativo, o también aquellas ulteriores distinciones que se hacen o se hacían en el campo del proceso civil cuando se hablaba de procedimiento comercial lo mismo que hoy se habla de procedimiento de trabajo, tienen todas ellas su primer origen en la diversa naturaleza de las normas sustanciales que el órgano jurisdiccional debe aplicar en su providencia.”*⁶³

El proceso de Extinción de Dominio, al ser una acción real, de carácter patrimonial, debiera regirse mayormente por principios de Derecho Civil. Sin embargo, por ser una manifestación del *imperium* del Estado y de la facultad para reclamar para sí el dominio originario de los bienes adquiridos con dineros ilícitos, éste no puede enmarcarse dentro de lo civil, ya considera al individuo como un contrincante en un plano de desigualdad, en donde el individuo o mejor dicho los bienes sujetos de Extinción de Dominio se someten al interés social, y al bienestar colectivo abanderado privativamente por el Estado, *“en efecto si en la mayor parte de los casos de jurisdicción civil se confía al estímulo del interés individual, existen, sin embargo, también en el proceso civil, casos, cada vez más numerosos, de acción*

⁶³ Calamandrei, Piero. *Derecho Procesal Civil, Tomo I*. México, Harla S.A. de C.V., 1997. Pág. 82.

pública, en los cuales el órgano agente no es el particular sino el ministerio público.”⁶⁴.

De esa cuenta, la Extinción de dominio bien podría haber encuadrado su actuación dentro de los parámetros de una ejecución administrativa en la forma de un procedimiento Económico Coactivo, dentro del cual “las decisiones administrativas tienen la característica de ser consideradas como ejecutivas y ejecutorias. Es decir, que las autoridades que las emiten tienen la facultad de solicitar a través de los medios de ejecución, que mediante un proceso judicial se realice el remate o venta de bienes, con lo cual se pretende obtener el pago de deudas que tienen los administrados con el Estado o la Municipalidad.”⁶⁵

Vista así, la extinción de dominio bien podría ser considerada como una ejecución en donde el ejecutante es el Ministerio Público, y en donde el remate (extinción de dominio), constituye el traslado de la propiedad a la administración del estado de los bienes que según el estado fueron adquiridos por medios ilegales; y en donde el único recurso de excepción de pago equivaldría al de falta de personalidad regulado en la Extinción de Dominio.

Dejando de lado ésta comparación, hay ciertos principios fundantes que diferencian la Extinción de Dominio de cualquier otro tipo de proceso en nuestra legislación así como en todas en donde éste existe, principios de especial observancia y aplicación, que hacen de éste un proceso extremadamente *sui generis*, los que serán analizados a continuación:

2.6.1. Principio de Nulidad Ab Initio

El artículo 3 literal a) de la Ley de Extinción de Dominio establece:

“Nulidad Ab Initio. Se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden

⁶⁴ *Ibid.*, Pág. 56.

⁶⁵ Castillo González, Jorge Mario. *Derecho administrativo. Teoría general y procesal*. Guatemala, Editorial Impresiones Graficas, 2011. Pág. 384.

público y a las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos ab initio.

El conocimiento o la presunción razonable sobre el origen ilícito o delictivo de los bienes a que hace referencia el párrafo anterior, se podrá inferir de los indicios o las circunstancias objetivas del caso.”

En este punto es necesario definir que es nulidad; se dice que “*un acto jurídico es nulo cuando se halla privado de efectos por la ley, aunque realmente haya sido ejecutado y ningún obstáculo lo haga inútil. Por tanto, la nulidad supone, esencialmente, que el acto podría producir todos sus efectos, si la ley así lo permitiera.*”⁶⁶ Planiol y Ripert, terminológicamente establecen tres modalidades de actos nulos:

- 1) Inexistente: El acto que la ley no necesita anular por que no ha llegado a la existencia;
- 2) Nulo: El acto anulado de pleno derecho por la ley, y;
- 3) Anulable: El acto anulado judicialmente.

Estas tres modalidades son ordenadas para su análisis teórico de la forma siguiente:

2.6.1.1. Actos Inexistentes:

“Un acto es inexistente cuando carece de un elemento imprescindible para su formación y de tal naturaleza, que no puede concebirse en la carencia de él”.⁶⁷ Es distinta a la nulidad, ya que cuando un acto es inexistente no necesita ser anulado, en realidad nunca fue realizado, solo tiene la apariencia de haber sido realizado, pero jamás existió.

⁶⁶ Marcel Planiol, y Georges Ripert. *Derecho Civil*. México, Oxford University Press, 2001. Pág. 53.

⁶⁷ Planiol y Ripert. Op. Cit., Pág. 59.

2.6.1.2. Actos Anulables:

Un acto es anulable cuando adolece de vicios, que hacen imperfecta su existencia. Las principales causas de anulabilidad son los vicios del consentimiento y la incapacidad de una de las partes. En la legislación guatemalteca, el artículo 1257 del código civil establece que “es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio”.

Esta clase de nulidad requiere de la acción por aquella parte sin culpa de la ineficacia del acto jurídico, es decir necesita ser demandada, y ser declarada judicialmente, generalmente se conoce como acción de nulidad. Esta necesidad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para conseguir la declaración de nulidad, le otorga ciertos caracteres a la anulabilidad:

a. No es inmediata:

Mientras no sea anulado por sentencia firme el acto subsiste y sigue produciendo sus efectos. “Pero si la nulidad no es inmediata, sí es por lo menos, retroactiva: cuando se decreta judicialmente el acto cae con todos los efectos que había producido: se extingue, aún para el pasado.”⁶⁸

b. La acción está reservada:

Reservada para la parte afectada, ya sea por incapacidad o que por error, dolo, simulación o violencia fue viciada en su consentimiento. Sin embargo una vez declarada la nulidad, esta relatividad desaparece, dejando el acto de surtir efectos para todos los interesados.

c. Puede ser revalidada por confirmación:

“La confirmación tiene por objeto convalidar el acto originalmente anulable; suprime el vicio de que adolecía, porque consiste en la renuncia a la acción de nulidad, cuyo ejercicio es ya imposible. En adelante, la única persona que podía atacarlo ha

⁶⁸ *Ibid.*, Pág. 58

perdido ese derecho, y el acto llega a ser tan sólido como si desde un principio hubiese sido regular; no sólo se confirman los efectos que había producido en el pasado, que ahora son definitivos, sino que el acto es susceptible de producir otros para el futuro. Es retroactivamente válido.”⁶⁹

- d. Es susceptible de prescripción: En el caso de Guatemala el artículo 1312 del Código Civil establece que “el derecho de pedir la nulidad relativa dura dos años desde el día en que se contrajo la obligación, salvo los casos en que la ley fije término distinto.

2.6.1.3. Actos Nulos de Derecho:

Esta es la verdadera nulidad, que en principio sanciona las prohibiciones legales, ésta solo puede ser obra del legislador. En éste caso “*no es necesario ejercitar una acción de nulidad, ni tampoco que los tribunales anulen éste acto, que la ley no reconoce, ésta se ha encargado de ello.*”⁷⁰

La Exposición de Motivos del Código Civil, numeral 7 del libro V, señala que “para que exista legalmente un acto jurídico es indispensable la concurrencia de persona capaz que consiente y de objeto lícito entendiéndose como lícito no sólo una cosa que no está fuera del comercio, sino que el acto no tenga por objeto al contrario al orden público o a leyes prohibitivas. Además, es necesario en ciertos actos o contratos la observancia de las solemnidades prescritas para su existencia. La falta de alguno de estos elementos hace inexistente el acto y su nulidad es, por tanto, absoluta.” En el mismo sentido el artículo 1301 del Código Civil, establece que: “*Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.*”

Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación” (Artículo 1301 del Código Civil).

⁶⁹ *Ibid.*, Op. Cit. Pág. 58

⁷⁰ *Ibid.*, Pág. 57.

De forma más general que la ley sustantiva Civil, la Ley del Organismo Judicial decreto 2-89, establece en su artículo 4: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

La nulidad absoluta, tiene los siguientes caracteres:

a. Es inmediata:

Afecta el acto tan pronto se realiza, por lo que éste no llega nunca a producir sus efectos, como si jamás se hubiese realizado.

b. Todo interesado puede hacerla valer:

El acto nulo puede hacerse valer *erga omnes*, es conocida en nuestra legislación como nulidad absoluta.

c. Es imprescriptible:

La nulidad no puede desaparecer o volverse válida por el transcurso del tiempo.

2.6.2. Principio de Prevalencia:

El segundo principio establecido en la Ley de Extinción de Dominio es el de Prevalencia, éste estipula que “las disposiciones contenidas en la presente ley, se aplicarán y se interpretarán de preferencia sobre las contenidas en cualquier otra ley.”

A primera vista, quizá por la falta de técnica legislativa al redactarlo, este principio parecería indicar que prevalece incluso sobre normas y garantías individuales procesales establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, a la cual deben sujetarse todo el resto de normas ordinarias. Que la Ley de Extinción

de Dominio hace caso omiso, o de algún modo se encuentra fuera del alcance del Principio fundante de la Supremacía Constitucional.

La Supremacía Constitucional comporta “la adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de seguridad y paso social, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter expresa César Enrique Romero radica la importancia superlativa de la Constitución, porque sobre todas las cosas, según la vieja definición de Borgeau, ella es una ley de garantías; garantía de la nación contra la usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía...”⁷¹. El exmagistrado de la Corte de Constitucionalidad, Juan Francisco Flores Juárez, afirma que *“el principio de la supremacía constitucional es el substratum del sistema constitucional; es una garantía sustancial entorno de la cual gravitan otras que posibilitan su plena vigencia.”*⁷²

Sustantivamente la Constitución Política de la República de Guatemala, recoge expresamente éste principio, al indicar en el artículo 204, titulado Condiciones esenciales de la administración de justicia, que *“Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”*

En concordancia, la ley constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece sus artículos: 3. “La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno.”; 114. “Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.”; y 115. “Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden

⁷¹ Haro, Ricardo. *El Control de Constitucionalidad Comparado*. Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, 2003. Pág. 49.

⁷² Flores Juárez, Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional /Apuntamientos*. Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2009. Pág.50.

que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversen. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho.”

En contraposición la Ley de Extinción de Dominio en su calidad de norma de rango ordinario, y no siendo una norma de derechos humanos derivada de un tratado, no puede desde ningún punto de vista, sustantivo o adjetivo prevalecer sobre normas de rango constitucional. Puede tratarse entonces de una escueta redacción legislativa que deja margen extender su interpretación en un sentido erróneo, o podría ser también una manifestación más de la corriente arriba analizada del Derecho Penal del Enemigo. En cualquier caso, sería un absurdo siquiera considerar que la Extinción de Dominio, podría en determinado caso prevalecer sobre la constitución, tema de medular importancia que será tratado con mayor detalle en el tercer capítulo del presente trabajo.

Otra manifestación de éste principio se encuentra regulada en la Ley de Extinción de Dominio, en el apartado sobre la competencia de la acción, artículo 12 que reza: “.....*Los actos y diligencias judiciales realizados o autorizados con anterioridad por los jueces de paz, de primera instancia, municipales o departamentales, conservarán su plena validez, siempre que no sean contrarios a las disposiciones de la presente Ley.*”

2.6.3. Presunción Legal en la Extinción de Dominio

“Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho.”⁷³ Es una ficción legal a través de la cual se establece que un hecho se tiene probado, por imperativo legal; lo que releva la necesidad de probar los hechos sobre los que recae dicha presunción legal.

Las presunciones legales se clasifican habitualmente en presunciones relativas, *iuris tantum*; y absolutas, *iuris et de iure*. La diferencia entre ella es que las primeras

⁷³ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. México, Editora Nacional S.A., 1984. Pág. 237.

admiten prueba en contrario y las segundas excluyen toda posibilidad de presentar prueba en contrario. *“En la literatura jurídica se sostiene habitualmente que las presunciones absolutas no son verdaderas presunciones sino normas, prescripciones o mandatos legislativos de carácter sustantivo o material, cuya función consiste en la aplicación del derecho objetivo.”*⁷⁴ Por el contrario *“las presunciones relativas son normas que establecen una presunción: obligan a considerar como probado un hecho hasta en tanto no se acredite lo contrario, ya sea a partir de la prueba de un hecho base (como en la presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio), o bien sin la necesidad de acreditar ningún hecho base (como en la presunción de buena fe).”*⁷⁵

Las presunciones favorecen generalmente las pretensiones de una de las partes dentro de un juicio; en ese sentido el Código Civil de Uruguay, liberando en alguna medida las dudas en la aplicación pudieran surgir, aborda el tema específicamente indicando en el artículo 1602, que *“toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley....”* éste artículo es claro y va un paso más allá indicando además, que: *“...Sin embargo, el que invoca la presunción legal debe probar la existencia de los hechos que sirven de base a la ley para establecer aquélla.”*

Respecto del tema objeto del presente trabajo, la Ley de Extinción de Dominio, establece una *ficción legal*, única en su género al normar en el artículo 6 la Presunción Legal siguiente: *“Para los efectos de la presente Ley, 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, la cual debe estar fundamentada de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la presente Ley, provienen de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate.”*

⁷⁴ Lessona, Carlo. *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1964. Pág. 232.

⁷⁵ Gamma Leyva, Raymundo. “Concepciones Y Tipología De Las Presunciones En El Derecho Continental”, *Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, Universidad de Chile, 2103. Pág. 79.

El análisis de esta presunción no es tan simple como podría parecer a simple vista, ya que si bien establece un juicio a priori, indicando que el dinero con que se adquirieron bienes, frutos o ganancias, son de procedencia lícita. Esta presunción que debiera recaer sobre el bien *per se*, sino objetivamente sobre el actuar de su propietario (actual o anterior) y la forma de hacerse de los fondos para adquirir éstos bienes. Pero como se expuso anteriormente, una vez superada la teoría de que un bien puede ser sujeto de derechos y obligaciones, y por ende de responsabilidades penales, ésta presunción se convierte no en enunciado sobre la calidad del bien sino más bien sobre la legalidad de las actividades humanas con las que se obtuvo el dinero para adquirirlo.

Esta presunción riñe entonces, de frente con el principio de presunción de inocencia, consagrado por la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 14 que taxativamente establece: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.” Constituye una condena previa, que si bien admite prueba en contrario, comporta la obligación o la necesidad del sujeto que no desea perder el dominio de un bien, de probar que su actuación fue jurídica y legalmente válida.

“Las presunciones legales no son una inferencia que va de un hecho conocido a un hecho desconocido, sino una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario.”⁷⁶ Por lo que el estudio de las presunciones legales relativas, va indefectiblemente ligado al concepto de la carga de la prueba, esto es precisamente por el efecto que producen en la carga probatoria para los sujetos partes de un proceso; tema a continuación abordado.

2.6.4. Inversión de la Carga de la Prueba

En el proceso dispositivo, el *quid* de éste tema, es saber a cuál de los sujetos parte dentro del juicio le corresponde probar los hechos que son materia de debate.

⁷⁶ Gamma Leyva, Raymundo. *Op. Cit.*, Pág. 75.

“Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en sus sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.”⁷⁷

Calamandrei, por su parte sostuvo, que *“se habla de “carga de la prueba”, en el sentido de que para ganar la causa, es necesario probar al juez los hechos constitutivos del derecho que se afirmó en el juicio, y cuando no se proporciona tal prueba, no se viola ningún derecho que tuviera el adversario (por el contrario el adversario se va a alegrar de ello) sino que simplemente se pierde la causa, por no haber cumplido con la carga de probar.”*⁷⁸

El artículo 9 la Ley de Extinción de Domino, establece la protección al debido proceso al indicar que “en el ejercicio y trámite de la acción de extinción de dominio, se garantizará el debido proceso y el derecho de defensa, permitiendo a la persona que pudiera resultar afectada, presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes, conforme a las normas de la presente Ley.” Extensivamente el artículo 10 del mismo cuerpo legal establece las acciones que el particular debe, o está obligado, si desea desvirtuar la extinción de dominio sobre sus bienes recaída. Tomando en cuenta lo que establecen éstos artículos a Cano Recinos de forma simplista sugiere que para abordar el tema *“deberá evitarse actuaciones que den pie a cuestionamientos, debiendo ser el órgano fiscal el que corra con la carga de la prueba de su pretensión de decomiso (de privación de dominio), eso sí, valiéndose de la prueba por indicios y los argumentos a contrario sensu, así como también el demandado deberá asumir la obligación de contradecir la pretensión fiscal y de acreditar las afirmaciones que realiza.”*⁷⁹

Este inversión de la Carga de la Prueba, como casi todo el sistema de Extinción de Dominio, está inspirado en los términos de la Convención de las Naciones Unidas

⁷⁷ Couture, Eduardo. Op. Cit., Pág. 241.

⁷⁸ Calamandrei, Piero. Op. Cit., Pág. 41.

⁷⁹ Cano Recinos, Víctor Hugo. Op. Cit., Pág. 89.

contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ésta sentó las bases que abrieron ésta posibilidad al convenir, en su artículo 7: “Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.”

Sin embargo la citada convención, es clara al indicar que podrán los Estados firmantes hacerlo siempre y cuando “ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales.” El problema angular de la Extinción de Dominio, como arriba se expuso radica en la imposibilidad informar una Naturaleza Jurídica definida, que haga posible su encuadración dentro de un proceso Penal, Civil, o Administrativo. De esta amorfidad legal deriva lo complejo de su análisis, de su existencia y objetivamente de su aplicación formal.

Capítulo III

Ámbito Temporal de Aplicación de La Ley De Extinción de Dominio

3.1 Normas Jurídicas en el Tiempo

Por tiempo se entiende el “período que va de un acontecimiento anterior a otro posterior”.⁸⁰ Las leyes del hombre al igual que todo en el universo, se ven afectadas por el tiempo, dentro del cual están llamadas desarrollarse, en ese sentido están sujetas a cambios constantes, ninguna o casi ninguna ley se mantiene incólume durante mucho tiempo, esto es así ya que debe ajustarse a las exigencias de un entorno donde la única constante es el cambio. Las dinámicas socio-culturales, y por ende también las dinámicas jurídicas, evolucionan sin descanso a medida que se crean nuevos inventos y nuevas formas de relacionarnos, unos con otros; así también evoluciona el derecho. Para Kant *“El espacio y el tiempo son las dos formas a priori, condiciones formales, de la intuición sensible (de la sensibilidad); ellas constituyen la parte pura formal de la representación intuitiva (intuición empírica, sensible en el sujeto humano) o representación pura en las representaciones intuitivas (intuiciones). El espacio es la forma de todas las intuiciones (fenómenos) externos, mientras que el tiempo es la forma general de toda intuición, la forma tanto de los fenómenos externos como de los fenómenos internos. Por tanto, como hemos explicado, son los dos modos de la receptividad o afección de objetos, los dos modos en que nos afectan los objetos (lo externo o interno indeterminado).”*⁸¹

En este sentido la existencia de una norma jurídica viene precedida por un dentro del cual la norma de derecho será objeto de aplicación; sin embargo, esta atribución de la norma tiene sus limitantes en tanto es aplicada en un tiempo y un espacio determinado.

Esta sucesión constante de las normativas legales, plantea preguntar relativas a su vigencia, verbigracia, el momento en que inicia y termina su vigencia. “Tanto por la sucesión de leyes diferentes en el tiempo, como por la diversidad de leyes en el

⁸⁰ Tiempo, Zaniqui. José Ma. *Diccionario razonado de sinónimos y contrarios*. España, De Vecchi, S.A, 1973.

⁸¹ Coble Sarro, David. “Lo a priori trascendental en Kant” *Revista de Filosofía Factótum*, No. 9. España, 2012. Pág. 70.

espacio, surgen problemas de conflictos de leyes que plantean difíciles preguntas técnicas, que hacen necesario el establecimiento de alguna regla de segundo orden, que establezca un criterio para determinar cuál de las leyes (la anterior o la posterior; la nacional o la extranjera) debe aplicarse a una cierta relación.”⁸²

En relación a los diferentes espacios territoriales en que las normas deben aplicar, es el Derecho Internacional, a través de acuerdos entre Naciones, el que regula cualquier conflicto que se puede suscitar. Por otro lado la concurrencia de diferentes normas aplicables, se basa en una propia serie de principios que atienden al sentido común y la forma que se percibe el tiempo, regulados casi homogéneamente en todas las legislaciones.

3.1.1. Inicio de la Vigencia de la Ley.

Los supuestos de hecho, objeto de la existencia de cualquier norma jurídica, son conductas que indefectiblemente necesitan de tiempo y espacio para llevarse a cabo. La etapa de la existencia de una norma de derecho, está definida por el ámbito temporal de su aplicación, en donde se tiene por obligatoria la aplicación de la misma. Esta obligación solo puede hacerse valer durante el tiempo que la ley tenga plena vigencia.

La Constitución Política de la República en el artículo 180 establece que “La ley empieza a regir en todo el territorio nacional, ocho días después de su publicación integra en el diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación.” En idéntico sentido se expresa el artículo 6 de la Ley del Organismo Judicial, el que además agrega que para el cómputo del plazo (8 días) se tomarán en cuenta todos los días.

Históricamente, existen dos sistemas para que las leyes inicien su vigencia, sucesivo y sincrónico.

El sucesivo consistía en una forma de resolver la problemática de la difusión de las leyes a poblaciones lejanas. Como ejemplo de ésta el Código Civil para el Distrito

⁸² Barros, Enrique. *Revista Chilena de Derecho*. Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. Pág. 1

Federal, hasta 1985, establecía “Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.”

3.1.2. Vacancia Legal.

El principio general para la iniciación de la vigencia de una ley, es que ésta inicia su vigencia en la fecha misma de su publicación. Sin embargo por la dificultad que por el término de la distancia que históricamente implicó difundir la publicación de una nueva ley, se estableció la de *vacatio legis* o vacancia legal. “La vacancia legal se produce cuando una ley empieza a regir en una época posterior a la de su publicación.”⁸³

La importancia de la *vacatio legis*, reside en que durante este lapso, una normativa ha sido aprobada, promulgada y publicada; más se establece de antemano hasta cuando iniciara su plena vigencia. Durante éste periodo nos encontramos ante una norma o cuerpo legal *valido, más no vigente*. Este periodo de tiempo, generalmente es establecido por el legislador con fines transitorios o atendiendo a circunstancias especiales de aplicación⁸⁴.

A veces por razones de utilidad, para que el ciudadano pueda, antes de que una norma ejerza sobre él plena fuerza jurídica, prepararse y poder defenderse o presentar las acciones pertinente si considera que la nueva norma lesiona sus derechos. Otras veces se aplaza a la espera el establecimiento de entidades que se encarguen de velar por la aplicación de la ley, como es el caso de la ley de Extinción de Dominio, que en su artículo 76 estableció el inicio de su vigencia seis meses después de su publicación en el Diario Oficial.

⁸³ Barros Enrique. Op Cit., Pág. 2.

⁸⁴ García Garrido, Manuel Jesús. *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Dykinson, Madrid, 1982. Pág. 361.

3.2 Conflicto de Leyes en el Tiempo

“En principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos. Si un supuesto se realiza mientras una ley está en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición señala deben imputarse al hecho condicionante.”

3.2.1. Derecho Intertemporal

Este se contempla a partir de las ideas del maestro Savigny, para quien la expresión de dos fenómenos en conflicto, leyes en el tiempo y en el espacio, a pesar de sus reglas particulares integran una especie de unidad conceptual, un derecho único en el que dos normas con bases distintas coexisten armoniosamente. En adición, para Mariano Rotondi⁸⁵, en el derecho Intertemporal o transitorio no existe un verdadero conflicto o concurrencia de leyes, el conflicto es solamente potencial, ya que la existencia de normas jurídicas dirigidas a prevenirlo o regularlo evita que pueda darse en realidad un conflicto objetivo.

3.2.1.1. Ultractividad

La Ultractividad, consiste en la aplicación de una ley derogada a un hecho que sucedió cuando esta se encontraba vigente y cuya tramitación se encuentra aún pendiente de finalización.

Algunos tratadistas, como el profesor Rodríguez Devesa, citado por Mata Vela, adversan la utilización del término ultractividad, *“al considerar que el principio de irretroactividad de las leyes penales no llevan implícita una derogación del principio de identidad entre la vigencia material y la formal por el hecho de que se aplique una ley penal que ya no está en vigor en el momento de ser enjuiciado el hecho cometido durante su vigencia, considerando que lo decisivo es que la ley sea aplicada a los hechos ocurridos mientras rigió”*⁸⁶.

⁸⁵ Rotondi, Mariano. *Instituciones de Derecho Privado*. España, Editorial Labor, S.A., 1953. Pág. 165.

⁸⁶ De Mata Vela, Francisco. *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala, Artemis Edinter, S. A., 2001. Pág. 117

La ultractividad se funda sobre las mismas bases y principios sobre los que asienta el principio de retroactividad, pero es el caso opuesto, siempre y cuando favorezca al reo, es decir que cuando una ley que se encuentra abrogada o derogada, según el caso, ésta se sigue utilizando para el conocimiento y sustanciación de una situación nacida bajo el imperio de ésta ley, aun en ese momento este vigente una nueva ley distinta, siempre y cuando favorezca al reo, esto sería un caso claro de ultractividad.

De lo anterior se colige, que para el caso la aplicación de la ultractividad previo se debe realizar un análisis comparativo para establecer cuál de las normas, la existente al momento de la realización del ilícito es, la vigente al momento de la emisión de la sentencia, y del cumplimiento de la condena, es más benigna a los intereses del reo.

3.2.2. Principio de Irretroactividad

De acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley, que en doctrina es universalmente válido y reconocido por la mayoría de legislaciones del mundo en materia penal, este deriva del principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*) que presupone una certeza y seguridad jurídica de los ciudadanos frente al poder coercitivo del Estado en un sistema organizado constitucionalmente. En la Declaración norteamericana de Derechos de 1774 y la de 1776 y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, aparece unido al principio de legalidad de los delitos y penas.

Este principio también se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre 10 de 1948, que en su Artículo 11.2 preceptúa que: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del*

delito.” En ese mismo sentido “si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ellos anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas conductas, no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como un delito.”⁸⁷

Para Roxin Claus, *“La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídico por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente escandalosos”*.⁸⁸ Por su parte Verdadera Izquierdo, considera que la irretroactividad tiene una triple fundamentación:

"a).- una justificación de política legislativa, la cual postula que el ordenamiento jurídico debe producir confianza y seguridad a los ciudadanos para que sepan a qué atenerse cuando realizan los actos de derecho, y esta seguridad y estabilidad solo se consiguen mediante la irretroactividad de las normas;

b).- una justificación de moral humana, misma que tiene íntima relación con la libertad individual, la cual autoriza a los ciudadanos para poder realizar los actos no prohibidos por las normas jurídicas y a moverse dentro de sus márgenes; y

c).- justificación psicológica colectiva, que es la esencia del control jurídico, siendo la confianza que la población impone en las leyes para que Sean emitidas con el propósito de lograr el bien común, es decir, es el espíritu y sentir el pueblo”.⁸⁹

⁸⁷ Muñoz F. & García M. *Derecho Penal, parte general*. España, Tirant lo Blanch, 1998. Pág. 150.

⁸⁸ ROXIN CLAUS. *Derecho Penal General*. España, Civitas, 1997. Pág. 161

⁸⁹ Verdadera Izquierdo, Beatriz. *La Irretroactividad*. España, Dykinson. 2006. Pág. 13.

3.2.2.1. Brevísima Referencia Histórica

El primer tratamiento de la Retroactividad de que se tiene conocimiento, data del imperio Romano, en un discurso de Cicerón contra Verres⁹⁰ que contiene una condenación muy enérgica de las leyes retroactivas. *“Ya en épocas de una Constitución dictada por Teodocio II y Valentiano III, del año 400 dC., contiene la afirmación de que dicha ley no tiene efectos sobre el pasado”*⁹¹

En el Derecho Español antiguo se encuentra el principio de irretroactividad en casi todos los ordenamientos que dieron origen al derecho positivo. El fuero juzgo contiene varias disposiciones que regulaban que las leyes debían aplicarse a pleitos y negocios futuros y no a los pasados. En el derecho Anglosajón se descubre también el germen de la irretroactividad, verbigracia “en la constitución del estado Maryland (art XV) se establece que “Las leyes retroactivas que declaren criminales o castiguen actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son opresivas, injustas e incompatibles con la libertad”, agregando que: “En lo sucesivo no deberán dictarse leyes de ex post facto”. La misma prohibición se encuentra regulada en Constitución Federal de Norteamérica, en su novena sección, numeral 3, “No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto.”

3.2.2.2. Irretroactividad en Guatemala

El principio de irretroactividad de las leyes penales es una exigencia de seguridad jurídica, opera su vigencia con carácter general en el Derecho Penal moderno, de cuenta que en nuestro país se ha elevado a una garantía constitucional y resulta un derecho individual de las personas como se establece en el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala *“IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”*.

⁹⁰ Burgoa Ignacio. Op. Cit. Pág. 522.

⁹¹ Manavella, Carlos. “Algunas Reflexiones Doctrinarias en torno al problema de la Irretroactividad de las Leyes”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 54. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 1985. Pág. 48.

En materia civil y en general, en materia de orden privado, las leyes no tienen efecto retroactivo y rigen únicamente para el futuro. En materia de orden público en cambio, pueden aplicarse las leyes nuevas a los actos, hechos o consecuencias jurídicas del delito regido por la ley vigente al tiempo en que se lo cometió siempre y cuando se favorezca al contribuyente. La denominada Extractividad en el Código Penal guatemalteco, contiene la excepción al principio general de la irretroactividad por lo cual una sola ley solo debe aplicarse a los hechos ocurridos bajo su imperio, es decir bajo su eficacia temporal de validez. “Ese derecho tiene como obligación estatal autoritaria y correlativa, la consistente en que toda autoridad del Estado está impedida para aplicar una ley retroactivamente en perjuicio de alguna persona.”⁹²

3.2.2.3. Garantías de Seguridad Jurídica:

El Estado al externar su voluntad de imperio, especialmente al momento de emitir normas jurídicas de aplicación obligatoria, que están destinadas a afectar en mayor o menor medida a los gobernados; debe obedecer a principios determinados por las condiciones, circunstancias o elementos que la nueva normativa esta presta a regular. Estos requisitos de observancia obligatoria, que deben revestir cualquier acto de autoridad para que pueda válidamente producir plenos efectos jurídicos, sobre la esfera de los sujetos gobernados y de los derechos de éstos es a lo que Burgoa se refiere como Garantías de Seguridad Jurídica. “*Estas implican en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado integrado por el sumum de sus derechos subjetivos.*”⁹³

⁹² Burgoa, Ignacio. *Op. Cit.*, Pág. 520.

⁹³ *Ibid.*, Pág. 504.

3.2.3. Principio de Retroactividad

El principio general que rige en materia del efecto de la ley en el tiempo es el de irretroactividad.

La única excepción a éste principio es la retroactividad, que consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, sin importar que el hecho se haya cometido bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia; existe cuando una ley tiene fuerza sobre el pasado, es decir cuando está se puede aplicar a hechos o situaciones ocurridas anteriormente a su vigencia. *“Es la aplicación de una norma jurídica creada en un determinado momento, a uno anterior al de su creación; es volver sobre los efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior”*⁹⁴

La retroactividad es una institución excepcional que afecta la seguridad jurídica, que hace que una ley rija hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, es siempre de derecho estricto y por consiguiente debe ser establecido expresamente por el legislador.

La legislación regula las consecuencias de los actos de los gobernados, así la conducta de éstos depende de un cálculo o estimación de dichas consecuencias, de forma que si existe una modificación posterior de las consecuencias, las previsiones que han determinado el actuar en un principio son puestas en duda. La previsibilidad de las consecuencias de nuestros actos es una condición para el actuar responsable, que se ve alterada por la retroactividad.

La naturaleza o la justificación de la retroactividad, para algunos autores se basa en razones de justicia, ya que si las valoraciones o concepciones jurídicas sobre un hecho han cambiado, es justo aplicar al sindicado la ley nueva más favorable, si ésta es más benigna que la vigente al momento de la realización del hecho, y que

⁹⁴ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 11 de julio del 2000, Expediente de Inconstitucionalidad General No. 174-2000.

ya no responde a la nueva y más favorable valoración posterior. Otros autores fundamentan la aplicación de la retroactividad, por razones humanitarias, considerando más justa la aplicación de una ley más leve, sobre la pena innecesaria de una ley más severa.

3.2.3.1. Retroactividad en Materia Penal

En términos generales las leyes penales *“solo podrán ser aplicadas de forma retroactiva en los casos en que beneficie al reo, la retroactividad dará lugar cuando una nueva ley entre en vigencia y esta sea aplicada a aquellos hechos que se cometieron con anterioridad a su entrada en vigor, pero debe entenderse que tal situación solo tendrá lugar en aquellos casos en que la nueva ley favorezca al reo”*⁹⁵.

Así la legislación guatemalteca, en complemento del citado artículo 15 constitucional, el código penal en su artículo 2 establece: *“Extractividad. Si la ley vigente, al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicara aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se haya cumpliendo la condena”*. Esta extractividad habla de la ley para referirse a su aplicación fuera de su periodo normal de vida legislativa, esto es cuando su invocación en un fallo lo hace aplicable en el momento en que ya estaba derogado o cuando se invoca al fallarse aunque no lo estaba al cometerse el hecho. *“La aplicación de este principio puede importar la retroactividad o la ultractividad de la ley, entonces concluimos que la retroactividad de la ley penal, que sea favorable al reo, es la excepción a la regla general de la irretroactividad de la ley.”*⁹⁶

De lo arriba expuesto, se colige que existen dos requisitos para que una ley tenga efectos retroactivos, a saber:

⁹⁵ Soza Chamorro, Ana Tatiana. Violación al principio de retroactividad de la norma penal con la aplicación de la ley número 745: Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal. Nicaragua, 2013. Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Centroamericana. Pág. 28.

⁹⁶ Mendoza, Lissette Beatriz, Mendoza Orantes, Ricardo. *Constitución Política de Guatemala Explicada Artículo por Artículo*, El Salvador Editorial Jurídica Salvadoreña, 2007. Pág. 43

- I. Que el asunto sea de materia penal; y
- II. Que favorezca al reo.

Fuera de esto, las normas que contengan efectos retroactivos serán nulas de pleno derecho, ello tomando en cuenta lo que para el efecto establecen los Artículos **44, 175 y 204** de la Constitución Política de la República de Guatemala, que explican la jerarquía normativa, con lo cual entendemos que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución.

En lo que respecta a nuestra legislación, pareciera que existe contradicción entre el Artículo 18 del Código Procesal Penal que preceptúa que: “Un caso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión, conforme a lo previsto en éste código”; y el Artículo 2 del Código Penal, en su parte final establece que “... se aplicará la ley favorable al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena.”

Ha sido motivo de discusión a lo largo de los años, la existencia de una posible contradicción entre la retroactividad de la ley penal y la cosa juzgada. Este desacuerdo parte del criterio que mantienen algunas legislaciones y algunos tratadistas, en cuanto a que la retroactividad de la ley favorable encuentre su límite de aplicación en la cosa juzgada. El criterio que prevalece sin embargo, es el que sustenta que aun habiendo cosa juzgada debe aplicarse la retroactividad de la ley que más le favorezca, en este caso al ya sentenciado.

3.2.3.2. Retroactividad en Materia Tributaria

En el ámbito fiscal en primera instancia, no podría aplicarse retroactivamente normas tributarias cuando el obligado ya hubiese hecho el respectivo pago del impuesto o contribución respectivos, si éste ya hubiere quedado libre de una obligación tributaria o asegurado el derecho de pago de una menor prestación o bien si el administrador fiscal hubiese aprobado la determinación del impuesto por el deudor u otorgado el recibo de pago con efecto cancelatorio.

Sin embargo, en Guatemala la retroactividad alcanza también el campo del derecho tributario. Específicamente derecho penal tributario, una rama especializada del Derecho Tributario, reconoce la retroactividad de la ley, en materia sancionatoria, siempre y cuando esta retroactividad opere a favor del contribuyente. Contemplando el Código Tributario al artículo 66 *“Irretroactividad. Las normas tributarias sancionadoras regirán para el futuro, no obstante tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones y establezcan sanciones más benignas, siempre que favorezcan al infractor, y que no afecten, resoluciones o sentencias firmes”*.

3.2.3.3. La Retroactividad en Materia Procesal.

Ha sido bastante cuestionado el tema de si la retroactividad penal aplica también en su faceta adjetiva. En general es de suponer que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, o en este caso la ley adjetiva sigue la suerte de la sustantiva, en el sentido de que cualquier modificación procesal que sea beneficio al reo, sería también aplicada retroactivamente. Sin embargo éste no es el caso ya que las normas adjetivas se limitan únicamente al procedimiento, la serie de actos sistematizados previamente establecidos por la Ley para llegar a una sentencia.

De cuenta que cualquier reforma de una ley procesal, no tendría por qué afectar un proceso ya iniciado. Ya que la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia se refieren cuando hablan de retroactividad al aspecto sustantivo de las penas, pero no así al ámbito procedimental o adjetivo; no vendría al caso que una reforma procedimental viniera a botar por tierra las actuaciones de todos los procesos que aunque ya avanzados se encuentren pendientes de sentencia. Si este fuera el caso las autoridades jurisdiccionales, sus funciones, y en última caso los actos celebrados en virtud de aquellas carecerían de certeza jurídica, y serían presa de cualquier cambio antojadizo de un procedimiento, que en nuestra legislación suele hacerse a través de acuerdos de la Corte Suprema que derivan de una interpretación extensiva de sus funciones administrativas, de reglamentar leyes emanadas del organismo legislativo.

“De tal manera que tratándose de normas procesales cuando de acuerdo a su naturaleza sean verdaderamente procesales, en nada debe afectar al infractor la entrada en vigor de una nueva norma que marque un diverso procedimiento, de ahí que la irretroactividad deba ser solamente de derecho sustantivo cuando beneficie al acusado, lo que quiere decir que en el Derecho Procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad. La prohibición de Leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material.”⁹⁷

3.2.4. Doctrinas de la Retroactividad

El principio general que domina la materia en cuestión es que la ley no debe aplicarse retroactivamente, en perjuicio de ninguna persona. Sin embargo como casi todo en el derecho, tiene sus excepciones, que varían según cada autor y legislación, lo que abre la puerta de *la posibilidad de admitir dentro de la expresión retroactividad varios órdenes de retroacción que representan distintos puntos de vista en orden a la intensidad de sus consecuencias. Existe, en efecto y en primer lugar, una retroactividad de grado máximo o de mayor intensidad que afecta no solamente a las consecuencias de las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley anterior, sino también a estas mismas relaciones. Existe en segundo término, una retroactividad de grado medio, de más general aplicación y que causa cuando la nueva norma ataca los efectos aún existentes de la ley anterior, pero en solo la medida en que hayan de ejecutarse después de la vigencia de la nueva norma. Finalmente, se produce una retroactividad de grado débil, muy atenuada, aplicable sólo a los efectos de relaciones jurídicas anteriores cuando ellos nacen después de estar vigente la nueva ley.*

Entre las doctrinas que más influencia han tenido sobre el derecho continental podemos encontrar:

⁹⁷ Roxin Claus. *Op. Cit.* Pág. 164.

3.2.4.1. Teoría de los Derechos Adquiridos:

Para García Máynez, el más prolífico defensor de esta teoría fue Merlin⁹⁸ para quien *“una ley es retroactiva cuanto destruye o restringe un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior. No lo es en cambio si aniquila una facultad legal o una simple expectativa.”* De acuerdo con éste criterio, *“el hombre que goza de un derecho subjetivo reconocido por la ley, no puede ser privado de él por una ley nueva; si no la confianza, en la protección social se desvanecería, el orden público se vería amenazado. El legislador debe pues, respetar los derechos adquiridos a los particulares, y en caso de duda, cuando no lo diga expresamente, hay que admitir que lo ha querido.”*⁹⁹

Esta tesis, también llamada *Teoría Clásica*, descansa sobre tres elementos fundamentales, a saber:

a) El Derecho Adquirido:

*“Derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio, y en consecuencia no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los tenemos.”*¹⁰⁰ Puig Peña explica que para esta teoría, *“estos derechos adquiridos tienen tal fuerza y autonomía derivadas de la norma jurídica que pueden oponerse con toda la magnitud de su fuerza a cualquier embate que surja de una ley posterior que pretenda destruirlos.”*¹⁰¹

b) El Derecho de Facultad:

*“Algunas veces la ley no crea derechos en nuestro favor, sino que nos concede determinadas facultades legales, que sólo se transforman en derechos adquiridos al ser ejercitadas. Con las facultades legales otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos. Mientras no asumen la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables.”*¹⁰² Estas

⁹⁸ García Máynez, *Op. Cit.* Pág. 390.

⁹⁹ Ambrosio Colin y H. Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil*: Traducción de la última edición francesa por Demófilo de Buen, Volumen 1. España, Editorial Reus, 1922. Pág. 125.

¹⁰⁰ Citado por García, Máynez. *Op. Cit.* Pág. 390.

¹⁰¹ Puig Peña. *Op. Cit.*, Tomo I, Parte General, España, Ediciones Pirámide, S.A., 1976. Pág. 127.

¹⁰² García Máynez. *Op. Cit.*, Pág. 390.

facultades legales, constituyen una posibilidad de hacer, otorgadas a los ciudadanos que se encuentran en iguales circunstancias, susceptibles de ser reguladas por una ley nueva, y;

c) El Derecho de Expectativa:

La expectativa es la esperanza que tiene una persona atendiendo a un hecho pasado o al estado actual de las cosas de gozar de un derecho cuando éste nazca.

Esta tesis se encontró con la dificultad de precisar cuándo un derecho debía considerarse como efectivamente adquirido, y se trató de aplicarla solamente al derecho privado cuando no así al público, soslayando que el derecho es uno y no debe haber distinción de fondo entre uno y otro, lo que llevo al fracaso de esta doctrina. Esta teoría desplazaba el problema de determinar la retroactividad de la ley, a la determinación de si un derecho fue plenamente adquirido o es solo una expectativa, además está el tema de establecer en que momento una expectativa pasa a convertirse en un derecho plenamente adquirido y entra en el patrimonio de un individuo. No obstante lo anterior, como del desarrollo y evolución de ésta teoría, varios autores la han contemplado desde diferentes puntos de vista:

Savigny al principio partícipe de la teoría clásica, intentó salvar las deficiencias de esta doctrina, y construyó una versión que distinguía entre *“leyes que contemplan la propia adquisición de los derechos y leyes que únicamente determinan la existencia o la eficacia de un derecho o de una institución jurídica”*¹⁰³ dicho de otra forma distinguir *“entre las reglas relativas a la adquisición de derechos y reglas relativa a la existencia de derechos... Savigny entiende que las leyes que tienen por objeto el reconocimiento de una institución en general o su reconocimiento bajo tal o cual forma antes de que haya o surja la cuestión de su aplicación a un individuo, o sea, de la creación de una relación jurídica concreta”*¹⁰⁴, que este tipo de leyes no pueden provocar retroactividad, ya que cuando se suprime una institución general, por ejemplo la esclavitud, no lo hacen solo para el futuro.

¹⁰³ Puig Peña, Federico. *Op. Cit.*, Tomo I, Parte General. Pág. 128.

¹⁰⁴ Burgoa, Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 508.

Para Aubry y Rau, quienes introducen nuevas modalidades a la teoría clásica, al interpretar que *“los derecho que nacen por un hecho del hombre, por su voluntad no pueden ser afectados por una ley nueva, sin que esta adolezca de vicio de retroactividad. Por el contrario, afirman cuando se trata de derechos derivados inmediatamente de una ley, estos son susceptibles de ser modificados por una ley nueva en sus efectos posteriores”*¹⁰⁵.

Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, citados por Máynez, conciben la teoría de los derechos adquiridos a partir de la distinción entre facultad legal y el ejercicio de ésta facultad legal. *“La facultad legal no ejercitada es una simple expectativa, que solo se convierte en derecho adquirido en virtud del ejercicio. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo materializase en ese acto que la traduce, es constitutivo del derecho adquirid. Y éste nos pertenece a partir de entonces, al punto que una nueva ley no puede despojarnos del mismo sin pecar de retroactiva. No hay dificultad alguna en comprenderlo, pues la ley se destruiría a si misma al aniquilar la obra que ha permitido en el pasado, y ello con gran perjuicio de su autoridad personal, y en seguida, de los intereses de aquellos a quienes rige, ya que entonces nada estable habría en la vida social”*¹⁰⁶ Sobre esta teoría, desarrolla Máynez que cuando una ley nueva destruye o restringe una facultad no ejercida durante la vigencia de la anterior, la aplicación de aquella no puede ser, según estos autores como retroactiva, porque en su concepto, esta aplicación a nadie perjudica. *“La persona que adquiere la propiedad de una cosa se encuentra facultada de acuerdo con la ley para usar, disfrutar y disponer de ella; pero las facultades legales que como propietario tiene, no se convierten en verdaderos derechos adquiridos sino cuando su titular las ejercita, por lo cual si una nueva ley las suprime o restringe no incurre en el vicio de retroactividad. De acuerdo con lo dicho cabría distinguir las facultades legales ejercitadas durante la vigencia de la primera ley, de aquellas otra que el titular no hizo valer y que, por tanto no llegaron a convertirse en derechos adquiridos. Las ya ejercitadas no pueden ser destruidas o modificadas por la ley nueva; las otras en cambio, si pueden serlo, sin que quepa por ello de aplicación*

¹⁰⁵ Burgoa, Ignacio. Op. Cit. Pág. 508.

¹⁰⁶ Citado por García Máynez. Op. Cit. Pág. 391.

*retroactiva.*¹⁰⁷ Esta tesis no convence ya que un derecho otorgado por la ley a un individuo no puede depender de la efectiva realización de su ejercicio para que pueda ser protegido, ya que en la práctica una persona puede tener derechos y no ejercitarlos, a su conveniencia; como el tener obligaciones y no cumplirlas no quiere decir que estos se conviertan en verdaderas fuentes de derechos solo al cumplir el obligado.

Laurent por su parte formuló otra modalidad, conforme a la que “*debe estimarse inaplicable la ley nueva a los derechos preexistentes; y en cambio, aplicable a los simples interés o utilidad del hecho del cual alguno gozase al tiempo de la vieja ley.*”¹⁰⁸ Dicho de otro modo “una ley que obre sobre el pasado no será retroactiva cuando vulnere simples intereses; por el contrario, tendrá el vicio de retroactividad cuando afecte derecho fundados en la norma jurídica precedente”¹⁰⁹. Esta tesis se agregó el problema de distinguir que preceptos afectan el derecho y cuales el interés.

3.2.4.2 Teoría de las Situaciones Jurídicas Abstractas y Concretas

Esta teoría promovida principalmente por Julien Bonnecase, quien trata de resolver la cuestión de la retroactividad con base en la distinción entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas. Así una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta, y no lo es en cambio cuando se limita o extingue una situación jurídica abstracta. Para comprender esta teoría es necesario entonces definir ambos conceptos, para el francés una situación jurídica es la manera de ser de cada uno, relativamente una regla de derecho o a una situación jurídica

Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada; a diferencia de la abstracta “*situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídico, que pone en juego en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución*

¹⁰⁷ García Máñez. Op. Cit. Pág. 392.

¹⁰⁸ Puig Peña, Federico. Op. Cit. Tomo I, Parte General. Pág. 128.

¹⁰⁹ Burgoa Ignacio, Op. Cit. Pág. 510.

jurídica, e ipso facto le confiere ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.”¹¹⁰ Bonnecase pretende resolver el problema de la retroactividad legal por lo que respecta a “los llamados “Derechos Condicionales”, que para la teoría clásica no eran sino meras expectativas, afirmando que cuando una situación jurídica concreta está pendiente de formarse por el no cumplimiento de una condición, antes de que ésta se realice, la ley nueva, modificativa o extintiva de la situación jurídica abstracta anterior, puede regir, o inclusive impedir, la situación concreta por constituirse.”¹¹¹

Así para diferenciar una situación jurídica abstracta de una concreta, “*bastará con inquirir si se han producido o no el hecho o el acto jurídico que condicionan el nacimiento de las facultades o deberes derivados de la misma norma. En caso afirmativo, la persona está frente al precepto, en una situación jurídica concreta; en la hipótesis contraria, la situación del sujeto frente a la ley es abstracta, y por ende, una nueva ley puede modificarla o suprimirla, sin que quepa hablar de retroactividad.*”¹¹²

Máynez critica de esta teoría que si bien es la más aceptable, la base sobre la que se enarbola y la terminología utilizadas no son las adecuadas. Explicando que no es necesaria la distinción entre situaciones jurídicas o abstractas, sino más bien enfocarse en el concepto fundamental de que todo precepto legal consta de dos partes: supuesto de hecho y disposición jurídica. “*El supuesto es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias establecidas por la norma*”¹¹³, la disposición expresa las consecuencias de éste supuesto. Continúa explicando que “*hablando rigurosamente, no hay situaciones jurídicas abstractas. Toda situación jurídica nace de la aplicación de un precepto de derecho y, en este sentido, es siempre concreta. Abstracta es la regla legal, no la situación jurídica. Por otra parte no es necesario introducir, para fijar el concepto de retroactividad, la distinción que hace Bonnecase. Basta con declarar que una ley es retroactiva*

¹¹⁰ Bonnecase, Julien. Citado por Burgoa, Ignacio, Op. Cit. Pág. 509.

¹¹¹ Burgoa Ignacio, Op. Cit. Pág. 510.

¹¹² García Máynez, Op. Cit. Pág. 397.

¹¹³ *Ibid.* Pág. 172.

cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior.”¹¹⁴

3.2.4.3. Otras Teorías.

Capitant, por otro lado concibe que “toda ley nueva se presume mejor que aquella a la que reemplaza; porque, cuando el legislador hace una innovación, no lo hace sino con el propósito de un mejoramiento y para corregir los abusos existentes. Por tanto, es natural suponer que ha querido someter a su imperio no solamente los acontecimientos que podrían realizarse en el futuro, sino aun los hechos anteriores, en lo que ve a sus consecuencias que se producirán y se desarrollaran después de su promulgación. Sería ilógico prolongar hacia el futuro los efectos de la ley abrogada y mantener en vigor, en detrimento de la regla nueva, las disposiciones que el legislador ha juzgado mejoradas. En consecuencia, se debe aplicar la ley reciente a todas las situaciones jurídicas, a todas las relaciones de derecho existentes en el momento de su promulgación y regular según sus disposiciones los efectos que produzcan para lo futuro. Tal es el principio al cual según creemos, se debe uno adherir. Conduce, según lo vemos, a rehusar toda supervivencia a la ley antigua”¹¹⁵.

Coviello, es el autor que para Burgoa, parece brindar reglas menos defectuosas sobre las demás teorías. Para aquel la retroactividad de la ley “significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias ya realizadas o quitando eficacia o atribuyendo una diversa a las consecuencias nuevas sobre la única base de la apreciación del hecho pasado”¹¹⁶. De esta afirmación de Coviello se derivan hipótesis en las que una ley puede ser retroactiva: “a) *cuando se aplica a hechos realizados con anterioridad a su vigencia; b) cuando se aplica a las consecuencias nuevas, (o sea las que se realizan bajo el imperio de la ley nueva) de un hecho anterior a su vigencia, alterándolas, siempre y cuando en dicha aplicación se estimen dichas consecuencias en razón de éste y no en si*

¹¹⁴ *Ibíd.* Pág. 398.

¹¹⁵ Ambrosio Colin y H. Capitant. *Op. Cit.*, Pág. 55.

¹¹⁶ Coviello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México, Uteha, 1949. Pág. 120.

mismas consideradas, es decir que se aprecien en relación causal con el hecho pasado que las genera.”¹¹⁷

Para Coviello no son retroactivas las leyes “que alteren la condición jurídica de las cosas, porque para aplicarlas a las nuevas modalidades de los bienes, no es necesario acudir al régimen anterior de éstos. Por los mismo motivos, el citado autor estima que no pueden ser retroactivas las leyes que exigen un medio especial de prueba respecto de un acto celebrado con anterioridad a su vigencia, o que excluyen algunos de los anteriormente admitidos; las leyes concernientes al estado de familia; las que miran a la naturaleza y duración de los derechos patrimoniales; y las leyes de procedimiento.” ¹¹⁸ Por el contrario, estima que las leyes que alteren las condiciones intrínsecas de validez de un hecho, acto o situación jurídica, así como las que afectan la formas de los mismos, deben ser reputadas como retroactivas.

Duguit para brindar un criterio sobre el problema de la retroactividad, distingue entre situaciones jurídicas individuales y situaciones legales u objetivas. Las primeras son manifestaciones de la voluntad individual, de índole particular; y no pueden ser modificadas por una ley nueva o posterior. Las segundas se derivan directamente de la norma jurídica de carácter permanente, y que siguiendo las transformaciones de la ley, pueden ser afectas sin retroactividad.

3.2.4.4. Teoría de Paul Roubier

Paul Roubier, es el autor que con más ahínco ha estudiado el tema, y en su obra *Les Conflits des Lois dans le Temps*, entrega su criterio general de resolución, haciendo una diferenciación entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley.

“La base fundamental de la ciencia de los conflictos de leyes en el tiempo, es la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley. Efecto retroactivo es la aplicación al pasado, el efecto inmediato es la aplicación al presente. Si la ley pretende aplicase a hechos consumados (facta praeterita), es retroactiva; si

¹¹⁷ Burgoa Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 511.

¹¹⁸ Burgoa Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 512.

pretende aplicarse a una situación en curso (facta pendentia) es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene sino un efecto inmediato; en fin frente a hecho futuros (facta futura) es claro que la ley nunca puede ser retroactiva.”¹¹⁹

3.3. Retrospectividad

Casi nada o muy poco desarrollo teórico existe sobre el nuevo concepto de la retrospectividad, la mayoría del cual se desprende la aplicación de la moderna figura de la Extinción de Domino, antes estudiada.

De esa cuenta encuentra mayor desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana, como ocurrió en el estudio de las acciones de Inconstitucionalidad de la Ley 333 de 1996 (Primera Ley de Extinción de Dominio Colombiana), respecto de la extinción de dominio sobre bienes adquiridos en forma ilícita; en especial lo relativo al artículo 33 que determinaba que si bien la Ley 333 regía a partir de su promulgación, la extinción del dominio se podría declarar sobre bienes que hayan sido adquiridos o destinados a actividades ilícitas con anterioridad a la promulgación de esta ley, a continuación un extracto de la sentencia C-374 de 1997, dictada por la Cortes Constitucional de Colombia:

“Contra lo que señalan los demandantes, la norma examinada no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal, primero porque, como ya se dijo, no se está ante la aplicación de penas, y segundo por cuanto la figura allí prevista no corresponde al concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino al de retrospectividad.... En efecto, puede verse en el texto del artículo que la Ley aprobada "rige a partir de la fecha de su promulgación", es decir que sus disposiciones tendrán efecto y concreción en el futuro y sobre la base del conocimiento público y oficial de su contenido. Luego no es retroactiva (...) Supuesto esencial de la garantía de irretroactividad de la ley es, entonces, la legitimidad del derecho consolidado según

¹¹⁹ Burgoa Ignacio. Op. Cit. Pág. 513.

el orden jurídico anterior.... El propósito de ese postulado no es otro que el de crear en los gobernados la certidumbre acerca de que si cumplen las leyes vigentes y al amparo de ellas adquieren derechos o a su favor se perfeccionan situaciones jurídicas, las nuevas leyes que el Estado promulgue no habrán de afectar lo que legítimamente se obtuvo con anterioridad a su vigencia. (...) Pero, a la inversa, el Estado goza de libertad para regular los efectos de hechos anteriores que no han implicado la consolidación de derechos ni el perfeccionamiento de situaciones jurídicas bajo la protección del orden jurídico precedente, en especial si ello resulta indispensable para hacer que prevalezca el interés colectivo.”

Se puede decir que *“La aplicación retrospectiva de una norma es una modalidad suave de la retroactividad. Pudiera decirse, en estricto sentido, que es la aplicación retroactiva de una norma, pero atendiendo a ciertos requisitos que permiten explicar y justificar que dicha aplicación no es retroactiva y, en consecuencia, su utilización no viola el principio liberal de la no retroactividad.”*¹²⁰

La retrospectividad pretende ser una excepción al principio de no retroactividad, de uso frecuente en situaciones jurídicas que necesitan el cumplimiento de condiciones o requisitos con el paso del tiempo. La norma retrospectiva vendría a afectar ésta condición o plazo, y no al derecho en sí, por lo que se dice que no es de aplicación retroactiva. Se dice también que una ley *“es retroactiva cuando produce efectos hacia el pasado, quebrantando los derechos adquiridos, y no lo es cuando, no obstante producir efectos jurídicos hacia el pasado, no quebranta esos mismos derechos. A este fenómeno se le conoce con el nombre de retrospectividad de la ley.”*¹²¹

“El término retrospectividad es un eufemismo, quizá innecesario, que se acuña como consecuencia de una fuerte convención en el uso del lenguaje, que entiende por retroactiva toda norma que vulnera derechos adquiridos. Otras normas que tengan efectos hacia el pasado y no vulneren derechos adquiridos no son

¹²⁰ Martínez Marulanda, Diego. *Fundamentos para una introducción al Derecho*. Colombia, Editorial Universidad de Antioquia, 2000. Pág. 175.

¹²¹ Noguera Calderón, Rodrigo. “Los Efectos de la Ley en el Tiempo”, *Hermenéutica Jurídica*. Colombia, Ediciones Rosaristas, 1997. Pág. 151.

*consideradas retroactivas; en éste caso, el concepto que se emplea es retrospectividad.”*¹²²

Gerardo Monroy, sobre la tesis de Roubier, explica sobre el tema retrospectividad *“de efecto general inmediato, para referirse a un fenómeno en virtud del cual la nueva ley se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley precedente. El problema de la retroactividad surge en relación con los efectos que no se han acabado de producir antes de la vigencia de la nueva ley. En éste caso, los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva ley se rigen por la ley antigua, y la ley nueva entra a regir los efectos posteriores. Igualmente, en la doctrina no se habla de efecto retrospectivo y consideramos que debe desterrarse tal término ya que, en realidad lo que existe es lo que Roubier denomina “leyes de aplicación inmediata” y “leyes de aplicación diferida.”*¹²³

3.3.1. Características de la Retrospectividad

- Tiene efecto general inmediato
- Se ubica en situaciones jurídicas en curso
- No afecta el acto sino la consecuencia

3.3.2. Aplicación Retrospectiva de la Extinción de Dominio en Guatemala.

El decreto 55-2010, Ley de Extinción de Dominio, contiene las siguientes disposiciones retrospectivas.

- a) **Artículo 4. Causales de Procedencia de la Extinción de Dominio.** ... b)
- Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de*

¹²² Martínez Marulanda. *Op. Cit.*, Pág. 175.

¹²³ Monroy Cabra, Gerardo. *Introducción al Derecho*. Colombia, Temis, 1975. Pág. 327.

que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, **en cualquier tiempo**, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.

- b) **Artículo 6. Presunción legal.** Para los efectos de la presente Ley, 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, la cual debe estar fundamentada de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la presente Ley, provienen de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate.

Estos dos preceptos al incluir la corta frase *en cualquier tiempo*, abren la puerta a una caja de pandora, capaz de evaluar, las adquisiciones sobre todo materiales, y la procedencia ilícita del dinero con el que se adquirió un bien inmueble *ex tunc*, es decir desde siempre o desde el momento en que el nexo jurídico tuvo su origen. Es de recordar que la extinción de dominio es de carácter patrimonial, por lo que se reputan bienes, “*todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles intangibles, dinero o aquellos sobre los cuales pueda recaer cualquier derecho o título. Igualmente se entenderá por tales todos los frutos y productos de los mismos*”¹²⁴.

En comparación el Artículo 2, fracción I y VIII de la Ley Federal de Extinción de Dominio de México, establece que bien afectado “*es un objeto o instrumento producto del hecho delictuoso que se trate. Un bien que haya sido utilizado para ocultar o mezclar bienes producto del delito. Bienes que estén siendo utilizados para la comisión del delito por un tercero, si su dueño tiene conocimiento de ello y no le informa a la autoridad o hace algo para impedirlo; Bienes que estén registrados a*

¹²⁴ Cano Recinos, Víctor Hugo, Op. Cit. Pág. 68.

nombre de un tercero o terceros y se acrediten que son producto de la comisión de delitos y quien haya participado en éstos se ostente o comporte dueño”.

Incluso establece la posibilidad de extinguir bienes por valor equivalente, esto mediante el artículo 35 que establece: *“En la misma sentencia, el juez o tribunal competente 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.”* Esta pena equivale prácticamente y sustituye a la figura jurídica de comiso, que *“contra el autor o partícipe supone como pena accesoria que estas personas sean en el momento de la sentencia propietarios de las cosas o titulares de los derechos.”*¹²⁵

3.3.2.1. Justificación

Las corrientes que se inclinan por considerar la Extinción de Dominio como de aplicación retrospectiva, como no retroactiva, han sido formidablemente resumidas, aunque no fundamentadas, en sentencias de la Corte de Constitucionalidad, la que ha expresado: *“La norma no regula aspecto alguno relativo a la existencia de conocimiento en grado, ni instancia ulterior, lo cual devendría contrario al ordenamiento legal vigente; tampoco obra hacia el pasado afectando el contenido del artículo 15 de la Ley Suprema, puesto que como ya se ha indicado en cuanto al planteamiento de otras normas impugnadas, 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 para investigar aquellos bienes cuya adquisición derive de actos ilícitos, lo cual no implica que se esté aplicando el procedimiento de manera retroactiva. (...) actuando ante una realidad social que le imponía la necesidad de transformaciones sustanciales, pero respetando las garantías y postulados de la Ley Fundamental, cumpliendo con el principio de legalidad y protegiendo el derecho de propiedad lícitamente obtenida, no producto de actos antijurídicos. En otras*

¹²⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II.* España, Bosch, 1978. Pág. 1102.

palabras, la adquisición ilícita de los bienes por medio de actos delictivos, no prescribe, ya que al nunca nacer a la vida jurídica, el derecho de propiedad no existe, por ser nulo desde su origen, lo que implica que no tenga protección estatal y pueda ser perseguido en cualquier tiempo, sin que ello implique un obrar ilegítimo hacia el pasado de manera retroactiva.”¹²⁶

Los argumentos sobre los que se funda la retrospectividad, no terminan de convencer por cuanto derivan de un concepto romántico de la retroactividad, principalmente basado en la idea de la justicia en aras de proteger intereses públicos, justifica la evaluación a posteriori de la legalidad principalmente del dinero con que en el que, en cualquier tiempo en el pasado se adquirió un bien. Así, la extinción de Dominio escapa al alcance la aplicación de principios y generales y formalismos legales, que hasta su creación no encontraban excepción alguna, excepción que se sustentan sobre una triple fundamentación construida sobre los pilares siguientes:

- a) Al establecerse como ya se dijo en un concepto con naturaleza jurídica especial, en una acción de naturaleza jurisdiccional y de contenido estrictamente patrimonial que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio sobre cualquier clase bienes.
- b) Al poner el interés común sobre el interés particular, y convertirse en un instrumento para se pueda restituir al Estado los frutos económicos de la delincuencia organizada, y sea un aliciente para desmotivar a la población sobre la insubsistencia de la riqueza obtenida de manera ilegal.
- c) Y, principalmente sobre la premisa de que los bienes adquiridos con dineros provenientes de actividades ilegales, constituyen compraventas ilegales que no derechos consolidados, y son nulas ipso iure, una mera expectativa cuya protección legal caería en el defecto de una antinomia jurídica. Por lo tanto no son en principio siquiera reconocidos como derechos reales ante el

¹²⁶ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 6 de Mayo de 2014, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 1739-2012.

Estado, y no conllevan para éste la obligación de una protección ni garantía alguna de seguridad jurídica.

CAPITULO FINAL

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1 PRESENTACIÓN

Con la motivación de poder constatar la noción que en el ámbito jurídico legal, que sobre la Aplicación Temporal de la Extinción de Dominio se tiene en Guatemala, objeto de análisis del marco teórico de la presente investigación, se tuvo la necesidad de llevar a cabo una serie de entrevistas, a Abogados Litigantes, Jueces, Magistrados, y personal del Ministerio Público, cuya labor se encuentra estrechamente relacionada con procedimientos de Extinción de Domino. A quienes se dirigió una entrevista con siete interrogantes, para tratar de establecer su opinión respecto del tema; respuestas cuyos resultados a continuación se describen analizan y discuten, en el orden en el que fueron realizadas.

1. ¿Considera usted necesaria la Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico guatemalteco?

En el espectro de respuestas hubo una marcadísima distancia entre los abogados litigantes y los fiscales y servidores de justicia con jurisdicción de Extinción de Domino. Hallando un pequeño nicho en el centro los abogados litigantes, más simpatizantes con la novedosa figura. Así los primeros contestaron con un rotundo No, fundamentados en que en la practica la Extinción de Domino viola derechos constitucionales, al afectar el patrimonio de las personas, a través de un procedimiento abusivo e innecesario, además de que se debe tomar en cuenta que existe en Guatemala la figura del Comiso. Los segundos, convencidos de la necesidad incluso del trabajo que realizan, comentaron que es indispensable como una forma de resarcimiento al Estado, al recuperar en favor de éste los bienes provenientes de la corrupción y del crimen organizado. Una jueza añadió además que es parte de las obligaciones del Estado de Guatemala como Estado firmante de

la Convenio sobre sustancias Sicotrópicas, y más recientemente de la Convención de Mérida Contra la Corrupción.

Algunos de los abogados litigantes entrevistados, en principio reconocieron la necesidad de su existencia aunque rechazaron la forma arbitraria de su práctica como adelante se denota.

2. ¿Según su experiencia ha sido efectiva la Extinción de Dominio?

La mayoría de los entrevistados estima que definitivamente ha sido efectiva la aplicación de la Extinción de Dominio, ya que ha permitido que bienes adquiridos de manera ilícita y que podrían servir para continuar delinquirando pasen a favor del Estado. Y que en la mayoría de los casos, los procesos llegan a una sentencia, la que sin ser condenatoria, si incluye la declaración de pérdida de dominio en favor del Estado.

Un entrevistado comentó que no ha tenido mayor experiencia en el tema, pero que es una institución que se va desarrollando poco a poco, y un litigante con cierta molestia relató que a un cliente suyo le habían extinguido treinta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$38,000), que no obstante después el mismo había sido absuelto en el respectivo proceso penal por Lavado de Dinero y otros Activos, y que sin embargo no existía forma de recuperar el dinero que se encontraba ya en favor del estado.

Cabe recordar que la Ley de Extinción de Dominio, contempla como único medio de impugnación de la sentencia, la apelación que debe ser conocida por la Sala de Apelaciones de Extinción de Dominio, contra cuya resolución no cabe recurso alguno.

3. ¿Considera usted que la Ley de Extinción de Dominio es en algún aspecto inconstitucional?

Los Jueces y Fiscales entrevistados consideran que la Extinción de Dominio opera dentro de un marco jurídico de irrestricta legalidad, que el caso típico que se discute es el derecho de propiedad, y que el Estado solamente está obligado a proteger los bienes adquiridos legalmente, que existe jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad sobre la Retrospectividad, que ampara su proceder sobre situaciones sucedidas en cualquier tiempo.

Por el contrario el resto de entrevistados, convienen en que la Extinción de Dominio es de un modo u otro inconstitucional, verbigracia:

- Es retroactiva, ya que regresa a evaluar la adquisición de bienes realizados en cualquier tiempo, y esto riñe directamente con el artículo 15 de la Constitución, que establece como única excepción al principio de irretroactividad, la ocurrida en materia penal y únicamente en beneficio del reo.
- Un entrevistado con más experiencia en el ramo civil, comento que en cuanto a las providencia cautelares que establece la Extinción de Dominio, éstas son definitivas y no cautelares, así también que existe una contravención a la Presunción de Inocencia contemplada en el artículo 14 de la Constitución, y que los bienes son administrados de forma antojadiza y arbitraria por la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio.
- Otra litigante argumentó que el proceso de Extinción de Dominio constituye en la práctica una doble persecución, lesionando el principio de *non bis in ídem*, y que en consecuencia por la celeridad del mismo, la sentencia de Extinción es una condena previa y paralela al orden penal, que de esta forma se conculca el derecho de defensa consagrado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República.

4. ¿Considera usted que la aplicación de la Extinción de Dominio, atenta contra el Derecho a la Propiedad?

Los abogados litigantes respondieron en el mismo sentido de indicar que la Extinción de Dominio efectivamente atenta contra la Propiedad, ya que es un juicio exclusivamente patrimonial, lo que lo convierte en un fuero o tribunal especial prohibido por la constitución y que actúa paralela e independientemente del proceso

principal que vendría a ser la persecución penal de quien se haya enriquecido por medio de actividades ilícitas. Alguno menciono como único medio para despojar la propiedad a un individuo sin caer en la arbitrariedad es la expropiación.

Por el contrario una de las juezas de Extinción de Dominio entrevistadas, ley en mano recito parte del preámbulo de la Constitución: “reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural, decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho”, esto como fundamento de régimen de legalidad que el Estado está obligado a preservar. El resto concordó que el Estado solamente puede respetar derechos plenamente adquiridos bajo el imperio de la ley que está llamado a observar en todo caso. Y que de cualquier modo la Ley de Extinción de Domino presume que los bienes sometidos a extinción provienen de actividades ilícitas o delictivas, también establece los mecanismos para probar en contrario la lícita procedencia, por todos los medios posibles.

5. ¿Conoce usted la diferencia entre retrospectividad y retroactividad?

A esta pregunta la mayoría de los entrevistados respondieron vagamente con una distorsionada definición del concepto de Retroactividad, con la idea básica de que es la situación que se da cuando una ley tiene efectos sobre el pasado. Otros menos le agregaron que es un punto de vista hacia el pasado, una evaluación a posteriori de hechos ocurridos en el pasado bajo el imperio de ley distinta.

Las togadas más empapadas en el tema fueron más específicas, una contestó “claro, sino no estaría aquí”, e hizo alusión a los elementos del negocio jurídico, recordando es principal el objeto lícito, y la situación aparente que se genera al momento de adquirir un bien con dineros ilícitos, que generan un simple expectativa de derecho sujeta a la condición de que se verifique la licitud pecuniaria, sin la cual

no se consolida la propiedad, resultando entonces en un negocio jurídico aparente. Que si el origen de los bienes es de orden ilegal, este no puede ser convalidado de ninguna forma por acción alguna ni por el transcurso del tiempo, es decir por prescripción.

6. ¿Considera usted viable la aplicación retrospectiva de la Ley de Extinción de Dominio?

Los abogados litigantes, respondieron en su mayoría que si bien no consideran viable su aplicación retrospectiva, casi siempre se aplicaba de esta forma, situación pronta a cambiar por el transcurso del tiempo y la depuración de casos atrasados.

El resto de los entrevistados si consideran viable su aplicación retrospectiva, tomando en cuenta que los bienes generalmente son de origen ilícito, por lo que el negocio jurídico a través del cual se adquirieron es nulo *ipso iure*. Alguno, olvidando el principio de la presunción legal ya tantas veces expuesto, comentó que si es viable siempre y cuando el Ministerio Público a través de la respectiva investigación logre probar fehacientemente el origen ilícito.

7. ¿Considera usted justificada la aplicación retrospectiva de la Ley de Extinción de Dominio?

Los litigantes coincidieron en que en un Estado autoritario y poco democrático como es Guatemala, la extinción de dominio constituye una forma en la que el Estado se agencia de bienes y recursos. Mas sin embargo no consideran estas acciones justificadas en virtud que las mismas tienen como causa un hecho, típico antijurídico y culpable que debe ser primero probado para que esta pueda justificarse, y sea viable.

Los demás entrevistados sin consideran viable la aplicación retrospectiva de la Extinción de Dominio a partir de la vigencia de la ley en Guatemala; una jueza

justificó su aplicación ya que el Estado necesita una herramienta como ésta que los exima de aplicación previa de una condena penal, lo que es facilitado por la aplicación de esta figura puramente patrimonial y cuyo objeto recae únicamente sobre los bienes, sin importar quien sea su propietario aparente y sin necesidad de esperar un proceso penal que suele ser entorpecido por aviesas acciones y recursos de los abogados defensores.

4.2 DISCUSION Y ANÁLISIS.

A la luz de los resultados obtenidos, en contraposición con la elaboración teórica que antecedió al trabajo de campo, se puede determinar:

4.2.1. Sobre la Necesidad de la Extinción de Dominio

La coexistencia de distintos medios para lograr la recuperación por parte del estado de bienes objeto o medio para la comisión de un delito en Guatemala; verbigracia las figuras afines que arriba fueron estudiadas siendo éstas: la expropiación, la confiscación y la más parecida figura jurídica del comiso o decomiso penal. De esa cuenta que para algunos de los entrevistados, sobre todo los litigantes, la Extinción de Dominio sobra dentro del marco de aplicación legal. Por el contrario los funcionarios públicos defendieron la necesidad de la extinción de dominio, por sus novedosas características que han permitido el alcance de sus objetivos. Cabe citar la justificación del Congreso para promulgar la Extinción de Dominio contenida en el tercer considerando de dicha Ley: *“Que los responsables de los delitos económicos, de las infracciones de narcotráfico o de la delincuencia organizada, han utilizado diversos mecanismos ilegales, mezclados éstos con medios legales, para la transferencia y circulación de bienes, ganancias, frutos y productos de la criminalidad, así como para el encubrimiento o el ocultamiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o la propiedad real de esos bienes, ganancias o derechos, a sabiendas de que proceden de actividades ilícitas o delictivas....”*

La extinción de dominio es una figura que no encuentra un equivalente en el derecho anglosajón o siquiera en el derecho continental europeo, solo tiene cabida en las

fracturadas estructuras jurídicas de los estados latinoamericanos más copados por el crimen organizado especialmente debido a la producción y tráfico de narcóticos. El no tener parámetros de comparación, ha dejado a los productores de leyes y a los estudiosos latinoamericanos la difícil tarea de crear nueva doctrina que de sustento jurídico y legal a los supuestos y efectos, tarea difícil en éstos ajetreados tiempos en donde la velocidad de las relaciones sociales de todo tipo, parecieran no dejar tiempo para un contemplación sesuda, que construya las bases de una estructura sino permanente por lo menos capaz de soportar un par de lustros. Los constantes cambios en el ordenamiento jurídico guatemalteco, y la inexistencia de diputados capaces dentro del Órgano Legislativo, hacen que esta tarea una quimera prácticamente inalcanzable para la comunidad jurídica guatemalteca, sujeta a la manera antojadiza de legislar, sometida a los caprichos económicos y políticos.

De esta cuenta si bien para quien escribe es necesario privar al crimen organizado de los frutos pecuniarios de sus actividades ilícitas; la Extinción de Dominio, como fue positivada en Guatemala, haciendo una mera copia de leyes anteriores, promulgadas en países con dolencias similares a las nuestras, constituye un “plagio” legal, que no corresponde a las necesidades jurídicas y sobre todos sociales de la realidad nacional. Ya que si bien es cierto la finalidad es la misma, las circunstancias políticas y sociales son distintas, siendo Guatemala un país en el que la corrupción se encuentra enquistada en todos los niveles de la administración, de la que no escapan ni siquiera los más altos cargos de la administración de justicia. En estas condiciones como toda arma que puede ser utilizada para bien o para mal, la Extinción de Dominio, si bien puede ser capaz contribuir a aliviar la necesidad económica de la administración de justicia, también puede ser utilizada para violentar los derechos del ciudadano común.

Cabe recordar lo acotado ya por Luigi Ferrajoli¹²⁷, sobre los principios que del Derecho Penal del Enemigo: 1) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; 2) Penas desproporcionalmente altas y 3) Supresión o relativización de determinadas garantías procesales. Hablando de la necesidad de acorralar a toda costa al

¹²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.* Pág. 4.

delincuente, sobre todo al del crimen organizado, la Extinción de Dominio comporta la última frontera en lucha contra el Narcotráfico, y los subproductos de este como el Lavado de Dinero y Otros Activos.

4.2.2. Efectividad de la Extinción de Dominio

Para discutir sobre la efectividad de la Extinción de Dominio, resulta prudente definir con claridad el concepto de efectividad y sus elementos. Así tenemos que la Real Academia Española define efectividad como: “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.*”¹²⁸ Entonces, ¿cuál es el efecto que se desea o espera de la Extinción de Dominio? a falta de una enumeración expresa de los objetivos, se pueden leer como objetivos generales lo contenidos en los considerandos cuarto y quinto de la Ley de Extinción de Dominio:

*“Que es imperativo emitir una legislación apropiada para recuperar, a favor del Estado, sin condena penal previa ni contraprestación alguna, los bienes, las ganancias, productos y frutos generados por las actividades ilícitas o delictivas.....
() Que es imprescindible establecer un procedimiento específico y exclusivo, fuera de la jurisdicción penal y civil, y otorgar a los operadores de justicia instrumentos legales para extinguir los derechos sobre bienes obtenidos o que se deriven de actividades ilícitas o delictivas.”*

Teniendo como base éstos objetivos se puede decir que la Extinción de Dominio ha tenido una efectividad sin parangón con las demás figuras preexistentes. Esto derivado principalmente de la especialidad de su naturaleza jurídica que no requiere de condena previa de ninguna naturaleza, y que genera un proceso de “clase aparte”, no sujeto a más limitación que las que su propio procedimiento establece, lo que lo convierte en un proceso por demás expedito, y efectivo para que el Estado reclame el dominio de los bienes sujetos de su aplicación. La rapidez del proceso es una cuestión que no se discute, y que fue de general aceptación entre la muestra entrevistada.

¹²⁸ Efectividad, Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, España, 2001.

4.2.3. Constitucionalidad de la Extinción de Dominio.

Como ya se anotó, la Ley de Extinción de Dominio fue objeto de varias acciones de inconstitucionalidad, siendo la más extensa de ellas la planteada por el Colegio de Abogados y Notarios, que fue resuelta en sentencia del seis de mayo de dos mil catorce. De la cual merece extraer algunos de sus principales apreciaciones, respecto de las inconstitucionalidades alegadas.

Sobre la presunción legal establecida en el artículo sexto de la Ley de Extinción de dominio establece que: *“No existe la inconstitucionalidad que se argumenta, puesto que al determinarse que la presunción legal opera salvo prueba en contrario, se genera que en aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, corresponda probar la licitud en la adquisición de los bienes a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo, lo cual siempre estará sometido a juicio del Juez, el que, al final será el que valorará conforme a los sistemas que tiene a su alcance, superando lo relativo a la duda razonable y determinará lo pertinente en la sentencia que emita.”*¹²⁹

Esta justificación de la carga dinámica de la prueba, no termina de convencer ya que en la práctica de hecho se invierte la carga de la prueba, no estando el ente acusador obligado a probar la ilicitud de los bienes sino por el contrario es el afectado quien tiene la carga de probar la licitud de los fondos con que adquirió sus bienes. Situación que solía ser permitida únicamente en el ámbito del derecho laboral en beneficio del trabajador.

La misma Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, sentó las bases que abrieron ésta posibilidad al convenir, en su artículo 7: *“Cada una de las Partes considerará*

¹²⁹ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 6 de Mayo de 2014, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 1739-2012.

la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.” Esta incompatibilidad para ser resuelta en otros países derivó en la necesaria modificación de la misma constitución, que en aras de la legitimidad de ésta norma fue realizada previo a la promulgación de una ley de Extinción de Dominio.

Sobre la posibilidad de la Extinción de Dominio Constituya una doble persecución, considerando que es una acción de orden patrimonial, que en todo caso constituiría una violación al principio de que en ningún proceso pueden haber más de dos instancias la misma sentencia arriba citada, consideró:

“...En ese sentido, no existe simultaneidad de procesos sobre los mismos objetos, pues el proceso penal se promueve contra personas y el de extinción de dominio con relación a los bienes, si en el penal no se ha decidido por cualquier razón sobre la licitud de aquellos, ello permite que en el proceso de extinción de defina la situación jurídica de estos, lo que no implica violación a las normas constitucionales que se aduce en el planteamiento.”

Sobre la constitucionalidad de la retroactividad de su aplicación, la Corte de Constitucionalidad se expresa no negando ni defendiendo la aplicación retroactiva, sino por el contrario difiriendo la problemática, al negar “ex tunc” la existencia y por ende protección del derecho de propiedad sobre bienes adquiridos con dinero ilícito.

En el mismo sentido se expresaron los Jueces y Fiscales de Extinción de Dominio entrevistados, en contra posición con los Abogados Litigantes, quienes señalaron la Extinción de Dominio como retroactiva, abusiva, y como una doble persecución. Es innegable la naturaleza sui generis de la Extinción de dominio, que es retrospectiva y que versa sobre una persecución patrimonial, que en determinado momento en la práctica puede constituir una doble persecución.

4.2.4. Propiedad y Extinción de Dominio

Como ya se expuso en reiteradas ocasiones en el curso del presente trabajo, la Corte de Constitucionalidad, es clara al indicar que el Estado está llamado a proteger la propiedad adquirida de forma y mediante medios lícitos, por lo que sería una contradicción jurídica proteger bienes ilícitos, y sería inconstitucional su protección por los medios jurídicos. De tal cuenta que desde ningún punto de vista puede ser inconstitucional la extinción de dominio, ya que el procedimiento lleva implícita la posibilidad de probar la legalidad de la adquisición de los bienes, que en palabras de una de la entrevistadas: “cuando un bien sea lícito, siempre existirá un mecanismo u otro, para probar la legalidad del dinero con el que se adquirió”.

Sin embargo la posibilidad de una violación al derecho de propiedad, derivaría no tanto de la posibilidad de evaluar la licitud del origen de un bien, sino del tratamiento de un bien como sujeto de derechos y obligaciones, o mejor dicho como sujeto de una validación de los bienes con que fue comprado, situación no imputable al objeto en sí mismo, sino como consecuencia de la acciones de la persona o (en este caso) el sujeto de derecho, llevó a cabo para la adquisición del bien en cuestión.

4.2.5. Retrospectividad y Retroactividad

Para el presente trabajo reviste especial importancia hacer un claro distingo entre Retroactividad y Retrospectividad, de tal cuenta que so pena de resultar repetitivo, merece la pena volver a aclarar cada término: a) la retroactividad, consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, sin importar que el hecho se haya cometido bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia; existe cuando una ley tiene fuerza sobre el pasado, es decir cuando está se puede aplicar a hechos o situaciones ocurridas anteriormente a su vigencia; y b) La retrospectividad es una excepción al principio de no retroactividad, de uso frecuente en situaciones jurídicas que necesitan el cumplimiento de condiciones o requisitos con el paso del tiempo.

La Corte de Constitucionalidad considera que: “...*La definición del vocablo retroactividad indica que se denomina de esa manera a la traslación de la vigencia*

de una norma jurídica creada en un determinado momento, a un momento anterior al de su creación. Desde ese punto de vista lógico, la operación implica subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, al ámbito regulativo de las nuevas normas creadas...() ...es racionalmente inadmisibles que un acto de voluntad pretenda modificar el pasado, como lo es también que el precepto por el cual se instrumenta lógicamente aquel acto regule o influya en situaciones de hecho ya realizadas que en la dinámica existencial han adquirido la condición de irreversibles. Ello conlleva a que no pueda imponerse a los individuos otro conocimiento jurídico que no sea el del Derecho vigente... () ...Benjamín Constant concuerda con la postura de Portalis y afirma que la ley retroactiva significa el mayor atentado que puede cometer el legislador contra la sociedad, puesto que representa la negación del pacto social y la nulidad de las condiciones fijadas a los individuos para que éstos presten obediencia a las leyes. Refuerza la postura de la doctrina la afirmación contemplada en la Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes, conocida también como “Ley de Garantías”¹³⁰.

La norma retrospectiva vendría a afectar la condición o plazo, y no al derecho en sí, por lo que se dice que no es de aplicación retroactiva. Se dice también que una ley es retroactiva cuando produce efectos hacia el pasado, quebrantando los derechos adquiridos, y no lo es cuando, no obstante producir efectos jurídicos hacia el pasado, no quebranta esos mismos derechos. A este fenómeno se le conoce con el nombre de retrospectividad de la ley.

4.2.6. Viabilidad de su Aplicación Retrospectiva

La aplicación retrospectiva de la Extinción de Dominio la mayoría de los casos tendrá un lapso de tiempo limitado, hasta que la prosecución de procesos previos a la promulgación de la ley sea completada, momento en que la vigencia de la ley coincidirá o incluso precederá a la, sin duda infinidad de casos, que están por venir. Esta tarea dependerá de la oficiosidad de la persecución penal que haga el

¹³⁰ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 14 de Julio de 2003, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 1089-2003.

Ministerio Público, con base en la depuración empezando por los casos más antiguos, de las acciones causales de extinción de dominio. Tarea titánica si tomamos en cuenta que el crimen organizado lleva décadas acumulando bienes producto de actividades ilícitas, que se ha perpetuado incluso en clanes familiares en los que la fortuna amasada por los padres ha sido heredada por su descendencia. Supuesto que si bien es cierto se encuentra contemplado como una cierta probabilidad, que recibió una atinada previsión en la literal j del artículo cuarto de la Ley de Extinción de Dominio, que establece: *“Cuando se trate de bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas.”*

Esta labor se ve sobre todo dificultada por el paso del tiempo, que ante la incapacidad del aparato estatal para llevar registros fidedignos, de las actividades comerciales y de la gran cantidad de tierras que aún no han sido registradas en el Registro General de la Propiedad, de las que sus tenedores no cuentan más que con derechos posesorios, que son de fácil tradición, y de las no obstante la labor que es prácticamente imposible un rastreo histórico por parte del estado. Situación que se encuentra sobre todo marcada en las comunidades rurales, y sobre todo fronterizas aisladas por la centralización de los servicios, y apoyada sobre la predilección del crimen organizado de operar en “tierra de nadie”.

4.2.7. Justificación de su Aplicación Retroactiva

Finalmente como cuestión medular, se encuentra la justificación jurídica de la posibilidad y viabilidad de la aplicación retrospectiva de la Extinción de Dominio. La aplicación de la Extinción de Dominio, se fundamenta en determinados tipos penales que habilitan su aplicación, es decir se encuentra sujeta a la preexistencia jurídica de un tipo penal, es decir una conducta típica, antijurídica y culpable, que justifique su aplicación. Sin embargo el hecho de que la causal ocurrió antes de que ésta constituyese un delito o bien la responsabilidad penal de ésta ha prescrito, según lo establecido por el artículo ciento siete del Código Penal.

Se suscita entonces una situación, en la que también se quebranta el principio de “*accessorium sequitur principale*” (lo principal sigue la suerte de lo accesorio); ya que no obstante haber prescrito el delito, al ser una persecución pecuniaria, en base a lo que establece el artículo séptimo de la Ley de Extinción de Dominio sobre la autonomía de la acción: “*La acción de extinción de dominio prevista en la presente Ley es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal.*”; tomando en cuenta también lo considerado por la Corte de Constitucionalidad sobre la constitucionalidad de su imprescriptibilidad: “*Sin embargo, para el caso del derecho de propiedad, si este es adquirido por medio de actos ilícitos, supone para la sociedad un daño permanente dada la significación que atañe los ilícitos de donde deviene la propiedad, razón por la cual el derecho de propiedad no podría sanarse por el paso del tiempo, ya que ese derecho se debe ejercer dentro del marco de la Ley, caso contrario debe ser perseguido en cualquier tiempo.*”¹³¹

En ese sentido la Extinción de Dominio dependiente del tipo penal como informador de sus causales, no podría en ningún caso ser aplicada retrospectivamente, más atrás de la vigencia del tipo penal de que se derive. De esa cuenta, al no prever esta situación y regular la posibilidad de su aplicación: “*en cualquier tiempo.....*”, la ley misma auto determina una posible aplicación no solo retrospectiva, sino también retroactiva sobre la acumulación de riqueza provenientes de actividades pasadas que al momento de su realización pudieran no haber constituido delitos per se.

¹³¹ Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 6 de Mayo de 2014, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 1739-2012.

CONCLUSIONES

- En Guatemala solamente existe un Juzgado de Extinción de Dominio, cuenta únicamente con dos jueces, un titular y un suplente, y se ubica en la ciudad capital, por lo que se hace indispensable que la Corte Suprema de Justicia considere habilitar juzgados de esta naturaleza en los restantes departamentos.
- Aunque la ley se denomina Extinción de Dominio, se concluye que el Dominio nunca se extingue, si no que el mismo solamente se transfiere.
- La Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia y el resto de órganos jurisdiccionales, a través de diversas manifestaciones jurídicas insisten en defender la irretroactividad de la aplicación de la Extinción de Dominio.
- La retrospectividad es una forma de retroactividad, si se quiere leve pero que no obstante obra hacia el pasado para afectar los derechos adquiridos en los bienes, sobre la base de la verificación de la legalidad de los mismos.
- La Extinción de Dominio puede crear cierta confusión con la expropiación que contempla la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo en la extinción se propicia el embargo, y la incautación de los bienes, mientras que la expropiación contempla la indemnización de los mismos en donde radica la diferencia.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda al Honorable Congreso de la República de Guatemala, realizar el cambio del nombre de la Ley pues, como se indicó en las conclusiones el dominio no se extingue, por lo que la Ley debiera llamarse Ley de Transferencia de Dominio.
- Se recomienda a los futuros profesiones del Derecho, estudiar a conciencia la Ley de Extinción de Dominio, para comprender con mayor facilidad y precisión el espíritu de la ley y por ende su aplicación.
- Se recomienda a la Corte Suprema de Justicia, habilitar al menos un Juzgado de Extinción de Dominio, por región para garantizar el tan anhelado acceso a la justicia y evitar la concentración de la misma.
- Se recomienda los estudiantes de Derecho, analizar detenidamente la vigencia de la ley, en el tiempo y en el espacio, para comprender de mejor manera los conflictos que surgen en su aplicación, lo que les facilitará utilizar en el futuro la Ley de Extinción de Dominio.
- Se recomienda a los Catedráticos del Derecho, que prediquen sobre la importancia basal, del concepto y noción del Derecho de propiedad como uno de los principios informadores de una sociedad jurídicamente organizada.

REFERENCIAS

Bibliográficas:

Ambrosio Colin y H. Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil*: Traducción de la última edición francesa por Demófilo de Buen, Volumen 1. España, Editorial Reus, 1922.

Arangio-Ruiz, Vincenzo. *"Instituciones de Derecho Romano"*. Argentina, Depalma, 1952.

Bloch, Mark. *La Sociedad Feudal*. España, Akal Ediciones, 2002.

Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México, Porrúa, 1994.

Calamandrei, Piero. *Derecho Procesal Civil, Tomo I*. México, Harla S.A. de C.V., 1997.

Camargo, Pedro Pablo. *La Acción de Extinción de Dominio*. Bogotá, Leyer, 2009.

Cano Recinos, Víctor Hugo. *Extinción de Dominio*. Guatemala, Magna Terra Editores, S.A., 2011.

Castillo González, Jorge Mario. *Derecho administrativo. Teoría general y procesal*. Guatemala, Editorial Impresiones Graficas, 2011.

Citado por Espinosa Torres, María Del Pilar. "El Derecho Penal del Enemigo" *Letras jurídicas*. Vol. 11. México, Universidad Veracruzana, 2005.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. México, Editora Nacional S.A., 1984.

Coviello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México, Uteha, 1949.

De Mata Vela, Francisco. *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala, Artemis Edinter, S. A., 2001.

Decomiso, Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Argentina. Editorial Astrea, 1993.

Efectividad, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, España, 2001.

Flores Juárez, Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional /Apuntamientos*. Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2009.

Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, No. 6. México, INACIPE

García Garrido, Manuel Jesús. *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Dykinson, Madrid, 1982.

García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1995. Pág. 207.

Haro, Ricardo. *El Control de Constitucionalidad Comparado*. Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II*. España, Bosch, 1978.

Konstantinov, Fedor. *El Materialismo Histórico*. México, Editorial Grijalbo S.A., 1960.

Lessona, Carlo. *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1964.

Marcel Planiol, y Georges Ripert. *Derecho Civil*. México, Oxford University Press, 2001.

Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. *Extinción de Dominio*. México, Editorial Porrúa, 2010.

Martínez Marulanda, Diego. *Fundamentos para una introducción al Derecho*. Colombia, Editorial Universidad de Antioquia, 2000.

Mendoza, Lissette Beatriz, Mendoza Orantes, Ricardo. *Constitución Política de Guatemala Explicada Artículo por Artículo*, El Salvador Editorial Jurídica Salvadoreña, 2007.

Monroy Cabra, Gerardo. *Introducción al Derecho*. Colombia, Temis, 1975.

Montesquieu, M. *El Espíritu de las Leyes, Tomo II*. España, Librería General de Victoriano Suárez, 1906. Pág. 378.

Morineau Iduarte, Marta; Román Iglesias González. "Derecho Romano". México, Oxford University Press, 2009.

Muñoz F. & García M. *Derecho Penal, parte general*. España, Tirant lo Blanch, 1998.

Papaño, Ricardo José. *Derechos Reales: Tomo I*. Argentina, Editorial Depalma, 1989.

Petit, Eugene. "*Tratado elemental de Derecho Romano*". México, Porrúa, 1986. Pág. 229

Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II*. España, Ediciones Nauta S.A., 1996.

Puig Peña. *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo I, Parte General*, España, Ediciones Pirámide, S.A., 1976.

Restrepo Medina, Manuel Alberto. *El Comiso: Análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Roca Sastre, Ramón María. "*Derecho hipotecario, Volumen I*". España, Bosch, 1995. Pág. 10.

Rojina Villegas, Rafael. *“Compendio de Derecho Civil, Tomo II”*. México, Editorial Porrúa, 2000.

Rotondi, Mariano. *Instituciones de Derecho Privado*. España, Editorial Labor, S.A., 1953.

ROXIN CLAUS. *Derecho Penal General*. España, Civitas, 1997.

Solano Sierra, Jairo Enrique. *La Expropiación*. Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

Soza Chamorro, Ana Tatiana. *Violación al principio de retroactividad de la norma penal con la aplicación de la ley número 745: Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal*. Nicaragua, 2013. Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Centroamericana.

Tiempo, Zaniqui. José Ma. *Diccionario razonado de sinónimos y contrarios*. España, De Vecchi, S.A, 1973.

Verdadera Izquierda, Beatriz. *La Irretroactividad*. España, Dykinson. 2006.

Normativas:

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala.

Congreso de Colombia, Ley 793 de 2002 Reglas que gobiernan la extinción de dominio.

Congreso de la República de Colombia, Código de Comercio Decreto 410 de 1971.

Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, Decreto número 2-70.

Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos Decreto Número 67-2001

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

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 13 de Agosto de 1997. Sentencia de Acción de Constitucionalidad No. C- 374.

Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 14 de Julio de 2003, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 1089-2003.

Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 6 de Mayo de 2014, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 1739-2012.

Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 11 de julio del 2000, Expediente de Inconstitucionalidad General No. 174-2000.

Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 25 de febrero de 1987, Expediente de Inconstitucionalidad General Parcial No. 97-86.

Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 12 de julio de 2001, Expediente de Apelación de Sentencia de Amparo. No. 1262-2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente No. 31-2004-AI/TC, fundamento 5.

Otras Referencias:

Armitage, David. “Las Propiedades de Shakespeare”, *Revista de Occidente*, No. 351”. EEUU, Cambridge University Press, 2010.

Domínguez González, David Jorge. “Los Poderes Feudales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 17. España, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

Domínguez González, David Jorge. “Los Poderes Feudales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 17. España, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

Domínguez González, David Jorge. “Los Poderes Feudales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 17. España, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

Tobar Torres, Jenner Alfonso. “Aproximación general a la Acción de extinción del dominio en Colombia” *Revista Civilizar* No. 14. Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

Ferrajoli, Luigi. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal” *IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 19, México, Siena Editores, 2007.

Gamma Leyva, Raymundo. “Concepciones Y Tipología De Las Presunciones En El Derecho Continental”, *Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, Universidad de Chile, 2103.

Ferrajoli, Luigi. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal” *IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 19, México, Siena Editores, 2007.

Coble Sarro, David. “Lo a priori trascendental en Kant” *Revista de Filosofía Factótum*, No. 9. España, 2012.

Barros, Enrique. *Revista Chilena de Derecho*. Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

Manavella, Carlos. “Algunas Reflexiones Doctrinarias en torno al problema de la Irretroactividad de las Leyes”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 54. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 1985.

Noguera Calderón, Rodrigo. “Los Efectos de la Ley en el Tiempo”, *Revista Hermenéutica Jurídica*. Colombia, Ediciones Rosaristas, 1997.

ANEXOS

Universidad Rafael Landívar

Campus Quetzaltenango

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesis: Análisis Jurídico de la Aplicación Temporal de la Ley de Extinción de Dominio

Nombre: Pedro Adolfo Molina Calderón

1. Modelo de Instrumento

Entrevista

Instrucciones: A continuación se le formularán una serie de interrogantes, misma que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis “Análisis Jurídico de la Aplicación Temporal de la Ley de Extinción de Dominio”, y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

- 1. ¿Considera usted necesaria la Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico guatemalteco?**
- 2. ¿Según su experiencia ha sido efectiva la Extinción de Dominio?**
- 3. ¿Considera usted que la Ley de Extinción de Dominio es en algún aspecto inconstitucional?**
- 4. ¿Considera usted que la aplicación de la Extinción de Dominio, atenta contra el Derecho a la Propiedad?**
- 5. ¿Conoce usted la diferencia entre retrospectividad y retroactividad?**
- 6. ¿Considera usted viable la aplicación retrospectiva de la Ley de Extinción de Dominio?**
- 7. ¿Considera usted justificada la aplicación retrospectiva de la Ley de Extinción de Dominio?**