



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio.**

**Estudio de derecho comparado**

(Tesis de Licenciatura)

María Magdalena Alvarez Contreras

Guatemala, septiembre 2023

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio.**

**Estudio de derecho comparado**

(Tesis de Licenciatura)

María Magdalena Alvarez Contreras

Guatemala, septiembre 2023

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **María Magdalena Alvarez Contreras**, elaboró la presente tesis, titulada: **Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio. Estudio de derecho comparado.**

## **AUTORIDADES DE UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

**M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus**

Rector

**Dra. Alba Aracely Rodríguez de González**

Vicerrectora Académica

**M. A. César Augusto Custodio Cobar**

Vicerrector Administrativo

**EMBA. Adolfo Noguera Bosque**

Secretario General

## **FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA**

**Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Guatemala 4 de mayo del 2023.

Señores Miembros  
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Universidad Panamericana  
Presente

Estimados señores

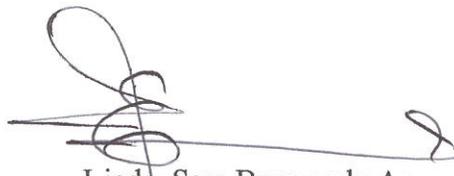
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como asesora de la estudiante **María Magdalena Alvarez Contreras, ID 000131584**. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brinde acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada: **Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio. Estudio de derecho comparado.**
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Se hace la aclaración que el estudiante es el único responsable del contenido de la tesis ya indicada.

Atentamente,



Licda. Sara Berreondo Ac

Licenciada  
**Sara Berreondo Ac**  
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, 10 de julio 2023.

Señores Miembros  
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Universidad Panamericana  
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como revisor metodológico de la tesis de la estudiante **María Magdalena Álvarez Contreras**, ID 000131584, titulada: **Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio. Estudio de derecho comparado.**

Al respecto me permito manifestarles que, la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con los trámites de rigor.

Se hace la aclaración que el estudiante es el único responsable del contenido de la tesis ya indicada.

Atentamente,



M.A. Hilda Marina Giron Pinales

Licenciada  
Hilda Marina Giron  
ABOGADA Y NOTARIA

En la ciudad de Guatemala, departamento de Guatemala, el día treinta y uno de agosto del año dos mil veintitrés, siendo las diez horas, yo, **MARTIN NOLBERTO LOPEZ SALAZAR**, Notario, número de colegiado siete mil seiscientos ochenta y dos (7,682), me encuentro constituido en la séptima avenida siete guion cero siete, zona cuatro, oficina ciento diez, edificio El Patio, soy requerido por **María Magdalena Alvarez Contreras**, de cuarenta años de edad, casada, guatemalteca, estudiante, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil seiscientos tres, sesenta y seis mil ochocientos ochenta y nueve, cero ciento uno (2603 66889 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, quien requiere mis servicios profesionales con el objeto de hacer constar a través de la presente **DECLARACIÓN JURADA** lo siguiente:

**PRIMERO:** El requirente, **BAJO SOLEMNE JURAMENTO DE LEY**, y enterado por el infrascrito notario de las penas relativas al delito de perjurio, **DECLARA** ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDO:** Continúa declarando bajo juramento el requirente: i) Ser autor del trabajo de tesis titulado: **“LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA EN LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO”**; ii) Haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; y iii) Aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond tamaño oficio, impresa en ambos lados, que firmo y sello, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos



correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie BJ y número cero setecientos diecinueve mil setecientos cincuenta y dos (0719752) y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos con número de registro nueve millones ciento noventa y siete mil ochocientos noventa y uno (9197891). Leo íntegramente lo escrito a la requirente, quien enterada de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f) 

**ANTE MÍ:**  


Licenciado  
Martín Nolberto López Salazar  
Abogado y Notario



**ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA**

Nombre del Estudiante: **MARÍA MAGDALENA ALVAREZ CONTRERAS**  
Título de la tesis: **LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO**

**El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,**

**Considerando:**

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y de la Justicia, así como los títulos de Abogada y Notaria, la estudiante ya mencionada, ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por la tutora, Licenciada Sara Berreondo Ac, de fecha 4 de mayo del 2023.

**Tercero:** Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por la revisora, M.A Hilda Marina Girón Pinales de fecha 10 de julio del 2023.

**Cuarto:** Que tengo a la vista el acta notarial autorizada en la ciudad de Guatemala, departamento de Guatemala, el día 31 de agosto del 2023 por el notario Martín Nolberto López Salazar, que contiene declaración jurada de la estudiante, quien manifestó bajo juramento: *ser autor del trabajo de tesis, haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; y aceptar la responsabilidad como autor del contenido de su tesis de licenciatura.*

**Por tanto,**

Autoriza la impresión de la tesis elaborada por la estudiante ya identificada en el acápite del presente documento, como requisito previo a la graduación profesional.

Guatemala, 26 de septiembre de 2023

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

  
  
**Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

**Nota:** Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

## **Dedicatoria**

A Dios: A Cristo Redentor, de rodillas agradezco su grandeza, sabiduría que me ha regalado para poder alcanzar mis sueños.

A mi madre: Que ha sabido formarme con buenos sentimientos, principios y valores lo cual me ha ayudado a seguir adelante en los momentos difíciles.

A mi padre: Que desde el cielo me ilumina para seguir adelante con mis proyectos.

A mi esposo: Hugo Urrea, por ser mi esposo, amigo, consejero. Por ser mi pilar, darme su apoyo incondicional y razones para no rendirme.

A mi hijo: Paulo André que ha sido mi mayor motivación para nunca rendirme en los estudios, y poder llegar a hacer un ejemplo para él.

A mi familia: Por su comprensión, apoyo, cariño, por ser parte de mi vida y por permitirme ser parte de su orgullo.

A mi mascota: Sofhy, por ser mi compañera en mis horas de estudio.

# Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Extinción de dominio	1
Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio	25
La extinción de dominio y los derechos reales de garantía en el derecho comparado	41
Conclusiones	56
Referencias	58

## **Resumen**

En este artículo científico se abordó desde el punto de vista jurídico lo relacionado con los derechos reales de garantía en los procesos de extinción de dominio cuya oponibilidad corresponde a los terceros de buena fe y de cómo se regula en el derecho comparado. El objetivo general fue comparar las similitudes y diferencias de los derechos reales de garantías en la extinción de dominio de estudio de derecho comparado en Guatemala, Colombia, Perú y Ecuador; para poder aplicarlo en el territorio nacional. El primer objetivo específico consistió en definir la extinción de dominio y cómo se encuentra regulada en Guatemala; asimismo, el segundo objetivo se circunscribió a desarrollar los derechos reales de garantía.

La investigación fue en la modalidad de estudio de Derecho Comparado entre la legislación nacional y los países seleccionados sobre el tratamiento jurídico de los derechos reales de garantía en los procesos judiciales de extinción de dominio, estimando que esta investigación aporte mejores prácticas legislativas para retroalimentar la solución jurídica al problema que se plantea. Se concluyó que las legislaciones comparadas regulan de forma expresa la extinción de cualquier derecho real juntamente con la extinción de dominio, dejando a salvo el derecho de cualquier tercero de buena fe, debiendo probarse que no se obtuvo con culpa o dolo o resultado de la simulación del negocio jurídico.

## **Palabras clave**

Extinción de dominio. Derecho real de garantía. Tercero de buena fe.  
Derecho comparado.

## **Introducción**

En esta investigación se abordará el tema de los derechos reales de garantía en la extinción de dominio. Estudio de derecho comparado. Por lo que se desarrollarán las figuras jurídicas que se relacionan estrechamente con el derecho a la propiedad, como éste se puede gravar creándose los derechos reales entre los que se encuentra los de garantía, que se encuentran vinculados con la extinción de dominio en Guatemala y derechos de terceros que deben ser calificados dentro del proceso de extinción. Se hará la comparación en el tratamiento jurídico de los derechos reales de garantía en la extinción de dominio en el derecho comparado, de cómo debe responderse respecto al derecho de terceros de buena fe, cuando sobre la propiedad a extinguir, posea una limitación, anotación o gravamen sobre un bien inmueble a extinguirse.

El objetivo general de la investigación será comparar las similitudes y diferencias de los derechos reales de garantías en la extinción de dominio de estudio de derecho comparado en Guatemala, Colombia, Perú y Ecuador para poder aplicarlo en el territorio nacional. El primer objetivo específico es definir la extinción de dominio y cómo se encuentra regulada en Guatemala; mientras que el segundo es desarrollar los derechos reales de garantía. Con estos objetivos se analizará que problemas similares pueden tener disposiciones jurídicas diferentes en su tratamiento legal; aspectos que contribuirán a dar respuesta al problema que se investigará.

Las razones que justifican el estudio consisten en la necesidad de la protección de los derechos de terceros de buena fe que son titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes que son objeto de la acción de extinción de dominio por parte del Estado. Además, el interés de la investigadora en el tema radica en que pueda aplicar sus conocimientos jurídicos para comparar diferentes ordenamientos jurídicos sobre un tema específico y retroalimentar el análisis jurídico en lo nacional. Para el desarrollo del trabajo, la modalidad de la investigación será un estudio de derecho comparado, como metodología de análisis jurídico basado en la comparación de ordenamientos jurídicos entre dos o más países.

En cuanto al contenido, en el primer subtítulo se estudiará los aspectos conceptuales, naturaleza jurídica, el proceso judicial y la prueba en la acción de extinción de dominio; en el segundo se ahondará jurídicamente sobre los derechos reales de garantía en la extinción de dominio sobre la base de que puede ser un derecho oponible en este proceso siempre y cuando el titular de tal derecho lo haya obtenido de buena fe y sin culpa; y finalmente en el tercero se analizará la extinción de dominio y los derechos reales de garantía en los países de Colombia, Ecuador y Perú, estableciendo las semejanzas y diferencias sustanciales en el tratamiento jurídico de la oponibilidad de los derechos reales de garantía en la extinción de dominio.

# **Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio.**

## **Estudio de derecho comparado**

### ***Extinción de dominio***

La extinción de dominio debe ser analizado desde su conceptualización y su vinculación con el fenómeno delincencial del cual es una respuesta indiscutible. El derecho penal tradicional había enfrentado a la delincuencia organizada de igual forma y con las mismas herramientas que la delincuencia común. Ello con resultados, si se quieren ver de forma optimista, derivaron a lo sumo en la sanción penal de los actores materiales de los delitos y pocos éxitos en vincular a la red o estructura criminal, desde quienes habían ordenado y planificado los diversos y numerosos actos delictivos o de quienes dirigen y se benefician de esta forma de criminalidad. Tres son los nudos problemáticos que de manera general habían imposibilitado la persecución penal de la delincuencia organizada en países como Guatemala, mismos que condujeron a la promulgación de la legislación específica y posteriormente la exigencia de la correcta aplicación de la misma.

Estos nudos problemáticos han constituido por sí mismos suficiente justificación para la emisión de una ley especial para combatir la delincuencia organizada, los cuáles son: El primero, la imposibilidad que existía de atribuir la conducta penal a los miembros de la delincuencia

organizada como tal; esto derivado de la ausencia de los tipos penales adecuados y específicos en la legislación penal sustantiva. El segundo, las serias dificultades sino imposibilidad de obtención de la prueba en los casos vinculados a la delincuencia organizada. Esta problemática se experimenta en cualquier parte del mundo, dada la forma como opera este tipo de delincuencia y los medios y circunstancias de que se valen sus miembros para evadir su vinculación con las estructuras criminales de pertenencia o desde las cuáles actúan.

Un tercer nudo problemático era la ausencia de regulación, adoptada en la normativa interna, en materia de cooperación internacional para el combate del crimen organizado transnacional. A ello se suma la definición y conceptualización de la delincuencia organizada desde la perspectiva del Derecho Penal se ha convertido en un esfuerzo continuo tanto en lo doctrinario como en lo jurídico. En el ámbito internacional en la comunidad internacional organizada los esfuerzos por su combate en las últimas dos décadas han dado como resultado el establecimiento de lineamientos de cooperación para prevenir y combatir de manera más eficaz la delincuencia organizada transnacional, así como los medios considerados como idóneos para la persecución penal y procesamiento de esta especie de criminalidad.

Los esfuerzos jurídicos promovidos por la comunidad internacional tuvieron como resultado la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), que fue firmada en Palermo, Italia, al igual que los tres protocolos que la complementan sustantivamente. Sobre este instrumento jurídico se puede afirmar, como comentario personal, que en su contenido promueve la cooperación internacional para combatir al crimen organizado y aporta de forma al derecho penal mediante la formulación de disposiciones penales comunes a fin de penalizar a los grupos delictivos y a las personas que participan del mismo. Expresa que, si la delincuencia organizada ha atravesado las fronteras de los países, también su lucha frontal debe seguir esa lógica de su transnacionalización, generando los mecanismos de cooperación internacional, la extradición, las investigaciones conjuntas y la protección a testigos.

Esta Convención hace especial relevancia de la proscripción de las actividades delictivas como el blanqueo del dinero producto del delito; la corrupción y la responsabilidad de las personas jurídicas. Además, acertadamente establece que para el cumplimiento de sus fines los Estados partes al ratificarlo asumen la obligación de legislar en su ordenamiento jurídico las disposiciones de dicho convenio. Esto obedece al hecho de que los esfuerzos realizados a nivel internacional no tendrían ninguna efectividad si los mismos no son reforzados con legislaciones a nivel interno que permitan el combate de la delincuencia organizada. Por tal

razón la necesidad de establecer parámetros que permitan a los Estados elaborar leyes contra el crimen organizado y que los mismos Estados se comprometan a adoptarlos como parte de su política criminal.

Se puede argumentar que las razones por las cuales se intenta establecer esta normativa internacional, de forma general se advierte que el combate de la delincuencia organizada no se circunscribe al hecho de afectación a la sociedad por el tipo de delitos que ejecuta como el narcotráfico, el lavado de dinero, trasiego de armas, robo de vehículos, el contrabando, sino por la violencia, la corrupción e impunidad. Los dos últimos son utilizados como instrumentos para su supervivencia dentro de los Estados; en este sentido, el vínculo existente entre el crimen organizado y la corrupción del sector público forma parte de la lista de amenazas contra los fundamentos mismos del Estado de Derecho Democrático. El vínculo señalado anteriormente es un factor que atenta contra la estabilidad política mundial.

En el ámbito guatemalteco se realizaron esfuerzos por establecer en la legislación los tipos penales adecuados a la realidad de cómo surge, opera y permanece activo la delincuencia organizada. Así mismo se adoptaron los mecanismos procesales y técnicas de investigación criminal idóneos para enfrentar este tipo de criminalidad puesto que los mecanismos y técnicas tradicionales se han visto superados y debían ser reforzados. En resumen, se puede afirmar que la legislación contra delincuencia

organizada se inscribe en tres grandes líneas de acción: la tipificación de delitos atribuibles, la instauración de métodos especiales de investigación y la prevención y sanción del blanqueo de activos. A esto se suma la extinción de dominio establecido por el Decreto 55-2010 del Congreso de la República, Ley de Extinción de Dominio, de fecha 7 de diciembre de 2010.

### Definición de extinción de dominio en Guatemala

Con la promulgación de la legislación en Guatemala contra la delincuencia organizada, entre las tareas imprescindibles estuvo la necesidad de contrarrestar los capitales que se generaban de las actividades delictivas, especialmente de la delincuencia organizada y la delincuencia común que generan un lucro ilícito. Por ello, inicialmente abordar el tema de los bienes y dinero de las organizaciones criminales es relevante para el análisis que se realiza, puesto que constituye el objeto sobre el cuál recae la acción de extinción de dominio y está ligado estrechamente con la finalidad de lucro ilícito de la delincuencia organizada. Para una mejor comprensión de la extinción de dominio como institución jurídica es prudente establecer el carácter de la estructura criminal y la operatividad de otros tipos de delincuencia; así mismo la relación de los bienes que van acumulando como resultado de actividades delictivas.

De forma sucinta se parte de la noción teórica que la delincuencia organizada es un grupo con estructura jerarquizada de al menos dos individuos, que se dedican de forma concertada y permanente a alguna o todas de las siguientes actividades: cometer hechos delictivos que les procuran beneficios económicos; comercializar el producto de otros delitos cometidos por individuos ajenos a su organización o por otras organizaciones criminales. Concepto mismo que recoge la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido comúnmente como la Convención de Palermo, y la legislación guatemalteca en esta materia a través de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Con más precisión la Convención de Palermo (2000) establece que:

Se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico de orden material. (artículo 2).

Como se puede advertir de lo definido en el artículo anteriormente citado, se establece la finalidad económica de la estructura económica, sea esta directamente de la comisión de delitos o de forma indirecta, que puede ser el aprovechamiento de bienes por personas que no intervienen en la comisión.

En la actualidad la delincuencia organizada, como estructuras criminales, han diversificado su vasto campo de actividades ilícitas, de lo más variado posible pero generalmente se mueven siempre bajo la dinámica y la lógica del mayor lucro ilícito posible, es decir, siempre manteniendo altos márgenes de utilidades o ganancias que haga codiciable la asociación para tal fin. Dentro del giro habitual de las organizaciones criminales se han identificado ciertas actividades que realizan para mantener operando la organización, como el lavado de dinero, el tráfico ilegal de armas, el narcotráfico, el secuestro de personas y recientemente la trata de personas, entre las más visibles actividades delincuenciales.

De ahí que una definición de delincuencia organizada se centra en considerar esa necesidad de transformar en legal o en apariencia de ello los beneficios ilícitos de sus operaciones delictivas. En este sentido, la Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas (2004), define la delincuencia organizada como:

Grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y actúa concertadamente para garantizar la continuidad de la empresa criminal y la creación de capital “limpio” producto de la misma a través del lavado de activos. Para garantizar su existencia, el grupo genera de forma sistemática violencia, corrupción y obstrucción de la justicia (p. 16).

Otros puntos de vista, en consideración al método de operatividad de la delincuencia organizada, como el de Pivaral Rodríguez (2011), quien observa que se puede definir como la “delincuencia colectiva que instrumentaliza racionalmente la violencia institucional de la vida privada

y pública, al servicio de ganancias empresariales con rapidez. Necesariamente vincula jerarquías de la burocracia política y judicial mediante la corrupción y la impunidad” (p. 4). Este autor hace relevancia que la estructura criminal está para generar violencia para ganancias con rapidez o cualquier otro beneficio económico o material y que para ello se vale de ciertos procedimientos que configuran corrupción e impunidad en el país.

Así mismo porque se prefiere el concepto de delincuencia organizada y no crimen organizado. Aquí se fundamenta en la postura crítica de Zaffaroni (2001) que advierte:

La expresión “crimen organizado” es hueca. Tiene claro origen político partidista, es decir, fue inventada por los políticos norteamericanos de hace décadas, y todo desde la última posguerra, por razones clientelistas. Responde al mito de la mafia u organizaciones secretas y jerarquizadas, que eran las responsables de todos los males. (p. 9)

Según Zaffaroni, denominar crimen organizado a la delincuencia organizada es como establecer un amplio campo conceptual en los que se podría llegar a estigmatizar a cualquier grupo de graves crímenes, sin serlo, pero por llamarle crimen organizado se le atribuye una connotación de trascendencia social y política.

Otro autor que aporta su oposición al concepto de crimen organizado es Albanese (2000), más observador, precisa que "El crimen organizado no existe como tipo ideal, sino como un ‘grado’ de actividad criminal o

como un punto del ‘espectro’ de legitimidad” (p. 409). Tal como se ha expuesto, una organización criminal puede cometer delitos desde esa estructura, en la actualidad sería solamente delincuencia organizada, en su sentido estricto y connotación penal, pero si esta organización cuenta con vínculos que les garantiza la impunidad y cierta legitimidad, estaremos frente al crimen organizado como fenómeno y concepto delincuencial. En relevancia para el derecho penal el sujeto el fenómeno se denomina delincuencia organizada y les define determinados tipos penales, que se pueden atribuir a una estructura criminal como tales. Acá se establece un sujeto colectivo que es la estructura cuya finalidad es delictiva.

En este contexto, delincuencia organizada como aplicación jurídico penal, se enfoca en su criminalización, metodologías de investigación y sanción penal. Hasta ahora, estos esfuerzos alcanzan a los grupos criminales organizados en su diversidad de actividades al margen de la ley y no han estructurado como tal al crimen organizado. Es decir, los esfuerzos de erradicar la delincuencia organizada se han enfocado en los aspectos operativos del crimen organizado, cuando las estructuras criminales se encuentran directamente vinculadas en este amplio espectro. También existen estructuras criminales que operan de forma independiente y ejecutan sus actividades delictivas sin que tengan protección de una organización mucho más amplia con vínculos estatales al más alto nivel sino que únicamente en los niveles operativos y territoriales. En esta

estructuración se establecen estamentos de coordinación, control y de ejecución criminal.

Ahora bien, la otra cuestión es sobre los bienes de este tipo de delincuencia. Los bienes y dinero de la delincuencia organizada pueden verse en dos dimensiones: la primera, están los medios propios para la realización de sus actividades ilícitas, cuando los grupos o redes de delincuencia organizada inician sus actividades cuentan con bienes necesarios y dinero suficiente para operar. Es como el capital de apertura de sus operaciones que les permite movilizarse, reclutar miembros, ejecutar sus acciones, pagar sobornos si fuera el caso y la ocasión, y resguardarse de la persecución estatal; por lo que está constituido por vehículos, dinero en efectivo, equipos de comunicación, armas, y mercancías ilegales si fuere el caso. Los medios para operar más adelante se van acrecentando según las organizaciones vayan expandiendo sus operaciones y controlando sus mercados.

Conforme a la Ley de Extinción de Dominio (2010) de forma conducente se define que bienes:

...b) Son todos aquellos que sean susceptibles de valoración económica, sean estos muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, acciones, títulos y valores, cualquier derecho real, principal o accesorio. Igualmente lo serán todos los frutos, ganancias, productos, rendimientos o permutas de estos bienes... (artículo 2).

Como se preceptúa en el artículo citado, los bienes susceptibles de extinción incluyen una amplia gama de los mismos, incluyendo los incorpóreos o representativo de valores. Conforme al sentido de la normativa, es susceptible de extinción todo tipo de bien, y el lucro o aprovechamiento patrimonial que generan.

La segunda dimensión se relaciona con los productos y ganancias de los delitos cometidos. Por lo común este lucro se percibe en dinero difícil de sustraer del control de las autoridades policiales, que se pierda o que sea objeto de robo por otros grupos delincuenciales, entre otros riesgos. Según lo anotado, es de particular interés la movilidad de capitales que resultan de los delitos y su transformación en bienes o productos que disimulen su origen ilícito. La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Crimen de las Naciones Unidas (2023) explica que: “Cuando el dinero en efectivo ingresa a la economía legítima, resulta relativamente fácil individualizarlo, lo que puede acarrear la intervención policial. Por consiguiente, los delincuentes se esfuerzan por impedir que ese dinero despierte sospechas” (párr. 2).

En esta explicación se hace alusión directa de cómo mediante mecanismos de lavado de dinero y otros activos, se incorporan capital de origen ilícito a la circulación de la economía legítima, entiéndase en el comercio, la industria, la banca y sistema financiero, por lo que se enquistaba bajo una aparente legalidad de industrias y empresas de diversa índole, como

bienes raíces, préstamos baratos, espectáculos públicos, obras de arte, turismo y hasta agrupaciones dedicadas al altruismo, con o sin conocimiento de las fuentes de financiación. El lavado de dinero puede financiar, según la anterior afirmación, negocios formales y legítimos, pero cuya legalidad resultan aparentes, por lo que éste *modus operandi* de ocultamiento de los capitales ilícitos, al ser descubiertos generan como consecuencia su extinción por parte del Estado.

Esta práctica contraria al ordenamiento jurídico es consustancial al fenómeno de la delincuencia organizada, es de tales dimensiones que La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Crimen de las Naciones Unidas (2023) “calcula que puede haberse blanqueado por medio del sistema financiero alrededor del 70% de las ganancias ilícitas, pese a lo cual, menos del 1% del producto blanqueado fue interceptado e incautado. (párr. 3). Estos datos reflejan la gravedad del blanqueamiento de dinero y otros activos, que sean vuelto como necesarias para la operatividad delincuenciales y son por sí mismas prácticas ilícitas. El gran problema para las organizaciones criminales es cómo transformar el dinero ilícito obtenido como fruto de sus actividades delictivas a dinero limpio, es decir, como lavarlo.

Este es el sentido del concepto de lavado de dinero y activos. La creatividad de la delincuencia organizada ha logrado permear la economía legal de los países. En este sentido, la Escuela Nacional de la Judicatura/USAID (2005) afirma que:

Las estadísticas sobre el lavado de dinero son asombrosas, y [se dan] cuenta de la incidencia que tiene este delito cuando el Fondo Monetario Internacional (FMI) estima que el monto que se lava en un año a nivel mundial representa del 2% al 5% del PBI, mientras que para América Latina una estimación bruta parece ubicarlo entre el 2,5% y 6,3% del PIB regional anual (p. 1).

Con las consideraciones expuestas se puede dimensionar de mejor forma una definición de la extinción de dominio, para ello la Ley de Extinción de Dominio (2010), establece:

d) Extinción de dominio: Es 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 (artículo 2).

El sujeto individual o una persona jurídica pierde el derecho de propiedad de los bienes objeto de la acción de extinción de dominio y al declararse que ha lugar la acción pasan en propiedad del Estado.

### Naturaleza jurídica de la extinción de dominio en Guatemala

Esta es una institución jurídica procesal establecida en el contexto de los esfuerzos de los Estados para combatir inicialmente la delincuencia organizada, luego extendida a cualquier forma o clase de delitos donde se tiene la finalidad de obtención de lucro ilícito o que se produce cualquier beneficio material de forma ilegal. Anterior a la instauración de la extinción de dominio, con los instrumentos clásicos del comiso de dinero y los objetos materiales obtenidos en la comisión de delitos, como pena

accesoria, dependía exclusivamente de la condena penal previa y que estos obtuvieran el carácter de una sentencia firme. Entre la investigación a la condena penal se daba un lapso suficiente para que los bienes y capitales sospechosos de ser de fuente ilícita, fueran ocultados o trasladados a terceros con la finalidad de abstraerlos del alcance de la justicia. Es decir, todo el proceso penal y su duración era ocasión para evadir la persecución de los bienes ilícitos.

Hasta antes de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, los bienes utilizados como medios por las organizaciones criminales para cometer los delitos eran objeto de secuestro y medio para examen pericial para su incorporación como prueba dentro del proceso. De igual manera se procedía con bienes y dineros que eran incautados, como parte del objeto del delito. Todo ello, conforme al Código Procesal Penal (1992)

La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quién el tribunal estime con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondieren ante los tribunales competentes; decidirá también sobre el decomiso y destrucción, previstos en la ley penal (artículo 392).

El Código Procesal Penal (1992), respecto a los efectos de la sentencia penal, en su parte conducente también establece que:

La sentencia ordenará según el caso, la libertad del que fue condenado, la restitución total o parcial de la suma de dinero pagado en concepto de multa, la cesación de la inhabilitación y de las penas accesorias, con devolución de los efectos del comiso que no hubieren sido destruidos, de la medida de seguridad y corrección que corresponda (artículo 462).

Con la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio (2010) tiene preferencia la acción de extinción de dominio sobre estos bienes y dineros incautados a la delincuencia organizada, de forma independiente al proceso penal y de su posible resultado.

Sobre lo que es la extinción de dominio cabe poner en relieve que en Guatemala, ante los cambios normativos para enfrentar la delincuencia organizada se han dado también el destronamiento de paradigmas jurídicos hasta hace una década incuestionables como la protección constitucional absoluta de las comunicaciones personales bajo el consagrado derecho a la intimidad, legitimándose en la necesidad colectiva en detrimento de lo individual y el mismo principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el particular. Aquí es donde también surge la inquietud jurídica si la acción de extinción de dominio puede legitimarse desde estos principios o si, por el contrario, siendo la propiedad un derecho fundamental de amplia protección constitucional requiere de otro tipo de tratamiento jurídico equivalente a su protección constitucional.

El Estado ha asumido que puede limitar el derecho de propiedad por el origen ilícito de la misma, sustrayendo esta acción del ámbito penal e instaurando un proceso autónomo, de naturaleza jurisdiccional, real y patrimonial. Asegurando que se persiguen bienes y no personas, pero los bienes solamente tienen relevancia jurídica en tanto se relacionen con su

poseedor o el titular del dominio, es decir, jurídicamente el dominio solo tiene existencia en relación a su titular como un derecho subjetivo y no a una existencia material en el bien en sí mismo. Por lo tanto, la afectación en la acción de extinción de dominio es igual a la afectación de un derecho fundamental, aunque se cuestiona que sea de carácter absoluto porque su ejercicio queda supeditada al cumplimiento de las leyes que la legitiman.

Por ser la afectación de un derecho constitucional como lo es la propiedad procede mediante una resolución judicial, además derivado de las anteriores consideraciones la Ley de Extinción de Dominio (2010) establece que:

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 (artículo 5).

Tal como se ha afirmado la acción de extinción de dominio es un proceso autónomo, de naturaleza jurisdiccional, real y patrimonial. De entrada, se abstrae de su posible calificación si se trata de un proceso penal o de carácter civil. Es un proceso de naturaleza jurisdiccional porque se ventila ante un órgano jurisdiccional, teniendo como fundamento jurídico que solamente mediante resoluciones judiciales se pueden limitar los derechos de las personas por causas legalmente establecidas y que pueda así mismo, el afectado pueda ejercer su derecho de defensa, alegando lo que tenga a

su favor y la oportunidad de probar sus pretensiones, interponer los recursos que las leyes procesales le permitan y en dado caso, invocar la protección constitucional de sus derechos si consideran que fueron vulnerados alguno de sus derechos constitucionales o que tratados internacionales ratificados por el Estado le reconocen.

La acción de extinción de dominio es autónoma porque no depende de ningún otro proceso que le preceda, particularmente de ninguno de carácter penal previo que haya declarado la culpabilidad del titular del bien objeto de extinción, de la comisión del delito de donde se presume se obtuvo directa o indirectamente. Es real porque afecta el dominio, un derecho real por excelencia del derecho de propiedad reconocido universalmente y en todas las legislaciones civiles, como la guatemalteca. Es patrimonial porque la finalidad es la disminución de los activos de todo aquel que los haya obtenido de forma ilícita, y que pasen a ser dominio del Estado, en nombre de la sociedad, que bajo el concepto de su origen ilícito se califica que nunca nació a la vida jurídica el derecho de dominio ni su reconocimiento de esta propiedad por parte del Estado.

El proceso de extinción de dominio en Guatemala

Un concepto de proceso es la que nos establece que es un conjunto de etapas para llegar a una resolución del caso concreto, que conoce el órgano jurisdiccional con competencia para conocer y resolver conforme

a la ley aplicable como ya fue establecido la acción de extinción de dominio es un proceso judicial que debe ser promovido por una entidad competente conforme a la ley de la materia. El titular de la acción de extinción de dominio es el Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, según lo establece la Ley de Extinción de Dominio (2010):

El Fiscal General, directamente o a través de los agentes fiscales designados, es el responsable de dirigir y realizar la investigación para establecer y fundamentar la concurrencia de una o más de las causales de extinción de dominio, de iniciar y promover la acción correspondiente... (artículo 12).

Como se estableció la acción de extinción de dominio es un proceso por lo que el Ministerio Público, a través de su agente fiscal designado debe promoverla, solicitando al Procurador General de la Nación nombre en un plazo de veinticuatro horas, un fiscal para que realice el ejercicio de esta acción en el nombre del Estado. Quien en un plazo de 2 días deberá plantear la acción de extinción presentando los hechos, la identificación de los bienes, la identificación de las personas que pudieran tener interés en los mismos, y ofrecerá la prueba pertinente. La primera resolución la debe dictar el juez en el término de veinticuatro horas, en ésta, en caso de admitir la acción, apercibirá a que comparezcan a juicio oral los interesados y a cualquier otra persona que pudiera afectar la acción. En esta primera resolución se dictan todas las medidas cautelares procedentes según el caso.

En esta primera resolución el órgano jurisdiccional emplazará a las partes procesales, fijando día y hora para la audiencia; ésta deberá celebrarse en un plazo que no exceda de diez días, después de que se haya notificado la mencionada resolución. Las partes procesales durante el desarrollo de la audiencia podrán manifestar de forma oral su oposición y a utilizar los medios necesarios para ejercer su derecho de defensa, para lo cual podrán interponer excepciones y proponer medios probatorios en lo que les favorezca. Puede darse la eventualidad que alguna de las partes no comparezca sin justificación a la audiencia, por lo que el Ministerio Público puede pedir su rebeldía y si ésta es declarada, el órgano jurisdiccional debe designar un defensor judicial, entre la nómina de abogados defensores pertenecientes al Instituto de la Defensa Pública Penal; para garantizar que se pueda hacer valer algún derecho en tanto no comparezca la parte declarada en rebeldía.

El ejercicio de la acción y su procedimiento se encuentra regulado en el artículo 25 de Ley de Extinción de Dominio (2010). Según lo normado en este artículo, dentro de los tres días de celebrada la audiencia se resolverá la excepción que hubieren interpuesto los afectados, que solo podrán interponer la excepción de falta de personalidad, resolución que puede ser apelada. Posterior a ello, Conforme lo indicado en el artículo citado, se abrirá a prueba por el término de treinta días prorrogable únicamente por el término de la distancia. Vencido este período probatorio se señalará día y hora para la vista para que las partes expongan sus conclusiones,

debiendo celebrarse en un plazo no mayor de diez días. En un plazo que no exceda de diez días después de la vista, se dictará la sentencia, citando a todas las partes a una audiencia para ello.

Conforme al artículo 25 de la Ley de Extinción de Dominio (2010), contra la sentencia solo procede el recurso de apelación, que deberá interponerse dentro de los tres días de notificada la sentencia; y se establecen como causales de la apelación la inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la presente ley; de ser admitida el recurso la sala deberá resolverlo dentro de los quince días de recibido el expediente del juez *a quo*. Como puede observarse, al contemplarse la fase recursiva se está garantizando que los afectados pueden cuestionar la sentencia judicial que declare la extinción de dominio. Así mismo, cualquiera pueda acudir a invocar la protección constitucional vía el proceso de amparo, para hacer valer sus derechos que pudiera considerar vulnerados.

### Las pruebas en el proceso de extinción de dominio

La prueba es todo aquel medio que contribuyen a la convicción del juzgador a fundar su resolución; no es suficiente la exposición o la descripción de los hechos, sino que estos deben estar sustentados en medios probatorios. Sin embargo, siendo un proceso autónomo no está supeditado a la regla general del proceso penal en el que el ente acusador debe probar la culpabilidad y destronar de esta forma la inocencia del

acusado, para que pueda proceder su sanción penal. No obstante, el Ministerio Público debe aportar medios probatorios que sustenten la duda sobre el origen lícito de los bienes objeto de extinción de dominio, y por parte del procesado en esta acción de extinción aportar las pruebas que sustenten la licitud de su obtención.

Lo que determina la dinámica probatoria es la presunción de la ilicitud de los bienes objeto de la acción de extinción de dominio. La Ley de Extinción de Dominio (2010) establece que:

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. (artículo 6).

Esta disposición legal obliga a la persona cuya propiedad de los bienes le corresponde, conforme las constancias documentales, a tener que probar que lo obtuvo de forma lícita.

Para mayor claridad se encuentra que en la Ley de Extinción de Dominio (2010) se preceptúa de forma conducente:

Protección de derechos. Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos de los que pudieren resultar afectados, y en particular los siguientes: 1. Probar el origen lícito de su patrimonio o de los bienes cuya ilicitud se discuten, o su adquisición de buena fe. 2. Probar que los bienes de que se trate no se encuentran en las causales de acción de extinción de dominio contenidas en la presente ley... (Artículo 10).

Si bien el epígrafe no tiene alcance en la interpretación de la norma jurídica, en el presente caso vale el comentario que más que una protección de derechos está desprotegiendo a la persona, al obligarle a tener que demostrar la licitud de sus bienes, cuando le asiste la protección constitucional en su presunción de inocencia.

Por ello, sobre los aspectos probatorios cabe la reflexión sobre si es legítimo o se ciñe a un régimen de legalidad de Estado democrático que el ciudadano es quien debe probar que obtuvo sus bienes de forma lícita, porque de entrada su posesión o dominio supone su licitud. En caso de la sospecha de que los obtuvo de forma ilícita producto de actos delincuenciales, debería entenderse por extendido el ámbito protector de la presunción de inocencia constitucional y el Estado a través de sus entidades competentes probar su origen y desmontar la inocencia de quien ostente el dominio de los bienes objeto de extinción. Sin embargo, estas reflexiones hasta ahora no han hecho cambiar esta postura no obstante su posible colisión con la inocencia.

Si bien se quiere dar la apariencia de que se persiguen los bienes y no a las personas que ejercen el dominio como dimanante del derecho de propiedad. La realidad jurídica es que los bienes son los elementos materiales de un derecho de dominio que es una construcción jurídica de relación entre el sujeto titular y el bien; ello se ejemplifica, cuando se vende una casa se transfiere el derecho de dominio sobre la cosa, y la cosa

en sí no es el derecho sino objeto de éste. Actualmente tanto el concepto de propiedad como el de dominio tienen equivalencia, ambos expresan un poder jurídico de un titular sobre las cosas susceptibles de apropiación, valoración económica y aprovechamiento humano en la resolución de una necesidad.

Tal es que el mismo concepto de dominio se expresa como una relación jurídica de señorío de una persona sobre la cosa, que no deben confundirse entre sí, porque uno es el derecho y otra el bien objeto de propiedad; por lo que acertadamente Rogers (2020) afirma que “En todo caso, el concepto de dominio se encuadra como concepto exclusivamente jurídico, mientras que el de propiedad es un concepto económico-jurídico” (párr.1). Se advierte que al extinguir el dominio no se extingue la cosa en sí mismo sino el derecho de propiedad del titular de ese derecho, por lo tanto, se afectan a personas en sus derechos. En ese orden de idea se están despojando a personas de uno de sus derechos constitucionales consagrados como el de propiedad.

Por lo tanto, debe ahondarse más sobre la dinámica probatoria que la legislación citada dispone, porque se están deslindando personas del dominio sobre sus bienes, y no se está despojando los bienes de sus dueños, como que las cosas tuvieran derechos sobre sus dueños. Por ello, debe considerarse que la mayor carga de la prueba es del Estado y no de los que ejercen dominio sobre cosas sospechosas de origen ilícito, que una

ley ordinaria como la Ley de Extinción de Dominio no es superior a la constitución que establece un régimen de garantías ante cualquier proceso judicial debe respetar, entre estos el derecho de defensa, la presunción de inocencia, y que cualquier disposición que contravenga, limite, menoscabe o tergiverse una derecho constitucional es nulo *ipso jure*.

Otro aspecto relevante de la prueba en la acción de extinción dominio es la valoración de la prueba. La Ley de Extinción de Dominio (2010), de forma conducente establece que: "...14. La valoración de la prueba se realizará de conformidad con la sana crítica razonada y el principio de la preponderancia de la prueba o balanza de probabilidades" (artículo 25). Sobre la sana crítica razonada no hay discusión porque por excelencia es un método de análisis en que los jueces aplican sobre el conjunto probatorio las reglas de la lógica, el sentido común y la experiencia, ello obliga a que con toda libertad forme su convicción los hechos que son objeto de su conocimiento, debiendo exponer los fundamentos de su decisión.

Ahora sobre la balanza de probabilidades se advierte como una modalidad que viene acotar la sana crítica razonada o a complementar como quiera dimensionarse. Si se toma que se prefiere la acción de extinción de dominio al comiso propio del proceso penal, porque es menos rigurosa la actividad probatoria, entonces se está ante la interpretación que la balanza de probabilidades viene a establecer una laxitud en la valoración de la

prueba. Es decir, se aplicará la sana crítica razonada, pero con intención de establecer probabilidades en la convicción de la posible ilicitud de los bienes objeto de extinción, y se refuerza con que el procesado debe demostrar fehacientemente su origen lícito.

### ***Los derechos reales de garantía en la extinción de dominio***

El ordenamiento jurídico ha previsto que se debe proteger el crédito, como práctica en los negocios de tal forma, que el acreedor tenga plena seguridad que en caso de incumplimiento del deudor por cualquiera que sea la razón, pueda recuperar su capital más intereses no pagados, ejecutando el bien dado en respaldo por el deudor. Al considerar que se está gravando un mueble o inmueble, en respuesta a la incertidumbre del acreedor, se ubica el tratamiento de la institución jurídica como uno de los derechos reales clasificada como de garantía por su finalidad vinculada a garantizar un crédito. Aspectos conceptuales que se abordan en este subtítulo, para que pueda constituir la base del análisis de su exigencia por parte del titular de un derecho real de garantía en los procesos de extinción de dominio.

## Definición de derecho real

Los derechos reales representan la facultad que tiene una persona sobre una cosa, de tal manera que se pueda considerar como propiedad de esta y que la misma pueda ser oponible frente a todas las personas. Se puede considerar entonces que los derechos reales sirven como fundamento jurídico para los derechos de propiedad, de tal forma se puede afirmar que existen varias modalidades de su existencia y reconocimiento normativo, por lo que se pueden clasificar como derecho real pleno como lo es por excelencia el de dominio o de carácter provisional como el derecho real de posesión; también pueden según su finalidad como los de goce y los de garantía, entre los se encuentra la hipoteca y la prenda.

Sobre su relevancia jurídica en el ámbito civil y específicamente sobre el derecho patrimonial, Vásquez (2009) señala que los derechos reales son aquellos que permiten que “se establezca el derecho de propiedad en Guatemala, debido a que es a través de este que se puede llevar a cabo el mismo, ya que confiere a su titular poder inmediato además de ser oponibles ante terceros” (p. 27). Se puede determinar entonces que este tipo de derechos reales, son oponibles *erga omnes* de tal manera que si se ha firmado un compromiso que otorgue un derecho real, éste debe de respetarse por todos y solo debe de otorgarse una vez; o bien reconocerse este derecho; de tal manera que se respete la manera en la cual se debe de cumplir éste en el territorio nacional; además de determinar los frutos

naturales y civiles, así como los derechos que de este se desprenden en virtud del compromiso consignado.

La concepción clásica del derecho real es “aquella que lo concibe como un señorío inmediato sobre una cosa que puede hacerse valer *erga omnes*; el titular del derecho real ostenta un poder inmediato sobre la cosa; hay, por tanto, una relación directa entre persona y cosa.” (Espín, 1999, p. 230). Esta afirmación doctrinaria resalta la importancia que tienen los derechos reales en Guatemala, es decir cómo debe de funcionar los gravámenes en el país, así como la validez que estos poseen en territorio nacional en virtud de la buena fe de las personas que lo suscribieron; de tal manera que se pueda determinar la importancia que esta tiene en el territorio nacional y como esta debe de desarrollarse en seguimiento al ordenamiento jurídico civil.

## Elementos

El derecho real, se afirma, tiene un lado externo y otro interno, constituido este por el poder sobre la cosa y aquel por su oponibilidad *erga omnes*. Así como la teoría clásica no destacó suficientemente el lado externo, la teoría obligacionista, en cambio, desconoció el lado interno. “Estos aspectos son en realidad propios de todo derecho, si bien en algunas se destaque más algunas de ellas. Así, la eficacia *erga omnes*, característica del derecho real, existe también en la obligación solo que resalta más en

aquel”. (Puig Peña, 2000, p. 137). Por lo tanto, se debe afirmar que esta institución civil; por una parte, otorga un derecho sobre la posesión y propiedad de las cosas y por la otra; que esta sea oponible de pleno derecho ante la pretensión de un tercero.

Es evidente que se sigue sosteniendo la idea de que el derecho real es una relación jurídica de tipo obligacional con relación a la res o la cosa. En este sentido, Windscheid & Joseph (1995) formulan que “la tesis obligacionista o personalista... da precisión dogmática a la definición de derechos reales, debido a que establece la relación del hombre con la cosa, como relación material” (p. 102). Esta relación es el nexo jurídico entre el bien y el titular del derecho real recaído sobre la cosa, no es físicamente un vínculo material sino una abstracción jurídica que reconoce el derecho e impone su respeto a todas y cada una de las personas, ajenas al titular de este derecho de dominio. Obviamente no se plantea que sea entendida únicamente como titularidad individual, porque puede ser cualquier persona natural o jurídica, puede haber más de un titular a la vez como el caso de la copropiedad.

Sobre la oponibilidad *erga omnes* del derecho real se puede ampliar su alcance con Ternera & Mantilla (2006) que afirman:

Con la consagración de un derecho real, identificamos un objeto: un bien, corporal o incorporal, y unos sujetos: el titular del derecho, quien tiene la libertad de servirse o de abstenerse de servirse de la cosa, y los demás miembros de la sociedad, quienes no tienen ningún derecho respecto de la cosa; dicho con otras palabras, aquél puede obtener,

directamente, las utilidades económicas del objeto, y las demás personas no pueden interferir en ello. (p. 121).

El titular de un derecho real tiene plenitud de su goce y disfrute con exclusión de cualquier otra persona, por lo que no puede ser abstraído de su dominio sin que no sea protegido su derecho por las leyes del país. Si en caso fuera usurpado en su derecho la persona puede acudir a la protección del Estado, para lo cual se asume que el dominio es de carácter inmediato, y que debe ser puesto sin más demora en posesión de la cosa. Existe regulado en el proceso civil guatemalteco la reivindicación de la propiedad y forzar la desocupación ante un órgano jurisdiccional y también la posibilidad de la sanción penal, si el acto de perturbación al propietario revista como un delito tipificado por la ley penal.

### Limitación de los derechos reales

El dominio es el derecho real por excelencia del cuál se desprenden ciertos poderes que ejerce el titular del mismo. Se distinguen tres poderes esenciales de la propiedad como derecho, que son, según Ternera & Mantilla (2006) “el *usus*, el derecho de servirse de una cosa; el *fructus*, el derecho de percibir los frutos de ésta y el *abusus*, el derecho de disponer de ella” (p. 122). Como lo enuncia el autor, el titular del dominio puede utilizar la cosa, en el entendido que según corresponda a su finalidad y sin que implique su destrucción, salvo los casos de bienes fungibles; otro aspecto del dominio es que puede aprovechar los frutos de los bienes que

pueden ser naturales y civiles; y la libre disposición de los bienes conforme a las leyes y sin que implique el perjuicio a terceros.

Ahora bien, tanto la cosa como el derecho que suscita su dominio, así como cualquier derecho real que se constituye sobre ella por voluntad expresa del titular del dominio, no tiene un carácter absoluto frente al conjunto del derecho, porque puede ser limitado en razón de intereses generales o del bien común mediante su declaratoria de utilidad pública y que solo conlleva el resarcimiento al titular, como se fije en la ley. Así mismo la libre disposición puede estar limitado por derechos de terceros protegidos por normas jurídicas declarativas o expresamente prohibitivas, como la servidumbre forzosa o la prohibición de hacer zanjas a no menos de tres metros de los linderos de terreno colindante o las aberturas en paredes medianeras para ventanas, esto a ejemplos de limitaciones.

### Derechos reales de garantía

Los derechos reales de garantía tienen la finalidad de respaldar el cumplimiento de una obligación crediticia, facultando al acreedor a obtener el pago del adeudo ejecutando la garantía, para ello deben promover el proceso judicial de ejecución pertinente, en el que no necesitan probar la relación jurídica ni elegir elementos patrimoniales del ejecutado porque previamente están preconstituidas. Así mismo le otorga un trato preferencial al acreedor titular de la garantía porque “Este derecho

es oponible y preferente a cualesquiera otros acreedores”. (Albaladejo, 2010, p. 244). Se puede determinar que estos corresponden a enajenar por un precio los derechos sobre un bien y que mientras no se cumpla con este presupuesto legal; se enajenará la propiedad permitiendo utilizarla, disponer de ella y percibir sus frutos. Todo el mundo está obligado a respetar sus derechos.

Como se desprende de la definición aportada, se puede encontrar que el derecho real de garantía tiene dos elementos: los elementos personales y el elemento material o el objeto. El elemento personal pasivo es la persona quien es titular de un derecho de dominio sobre determinado bien, sea este mueble o inmueble, es quién tiene la legitimidad legal para gravar el bien en favor de un tercero, es decir constituir un derecho real sobre la cosa de su dominio, el titular del dominio es quien puede ser el deudor directamente o que interviene otorgando esta garantía de crédito a favor de un tercero. Entre el elemento personal activo es la persona en cuyo favor se otorga y se inscribe en los registros respectivos el derecho real y que adquiere con ello un derecho preferencial.

Ahora con relación al elemento material no hay discusión que este derecho real recae sobre un bien mueble o inmueble, por lo que esta determinación es importante para entender que se persiguen los bienes en caso de incumplimiento del pago pactado, porque es un derecho constituido sobre la cosa. Incluso puede haber enajenación del bien por

parte del propietario, pero el derecho real subsiste a esta transacción y ante cualquier tenedor de este. Por ello, la compraventa de un bien inmueble gravado con un derecho real de garantía conlleva el riesgo del comprador de ser desposeído del mismo por el acreedor, por el incumplimiento del vendedor que es deudor de una tercera persona; o que el deudor puede transferir el dominio con la creencia que al hacerlo se libera de la garantía constituida sobre la cosa, situación que no es así.

### Tipos de derechos reales de garantía

Tradicionalmente se tienen dos tipos de derechos reales de garantía como lo son la garantía mobiliaria y la hipoteca. La primera se constituye sobre bienes muebles y la segunda, sobre inmuebles. Se aborda brevemente sobre la garantía mobiliaria que consiste en aquella acción por la cual una persona le es otorgado un crédito, en correspondencia deja como depósito y garantía durante un tiempo determinado cosa mueble que sea de su actual propiedad. Este tipo de transacciones, en el lenguaje común y cotidiano, se le conoce, en algunos lugares del mundo como empeños. Por lo general se conserva el dominio, pero no la posesión de la cosa, por lo que existe temporalmente el traslado de bien en posesión del acreedor. Caso contrario cuando la garantía mobiliaria es un automotor, lo usual es que el propietario queda en su posición y uso, debiendo responder por su conservación y buen funcionamiento, que no afecte el derecho del acreedor.

Existe el saldo insoluto, es decir, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor hace suyo lo que se obtenga de la venta del bien mueble dándose por pagada la totalidad del crédito, y si hubiere un saldo favorable al deudor, conforme a la Ley de Garantías Mobiliarias (2007): “e. El remanente, si lo hubiere, se entregará al deudor garante. En caso de que hubiese un saldo insoluto, el acreedor garantizado podrá demandar al deudor principal el pago de ese saldo, incluyendo las costas...” (artículo 64). Como se advierte si al practicarse la liquidación de intereses y costas del crédito y resultará mayor que el precio vendido de la garantía mobiliaria puede el acreedor reclamar el pago de esa diferencia al deudor. Ante estas contingencias posteriores en este tipo de garantías, en la práctica el acreedor siempre realiza una valoración lo más ajustada posible al crédito y en todo caso el préstamo que otorgan es inferior al avalúo de la cosa mueble dada en garantía.

Existe la prelación y derecho de persecución de los bienes muebles. Conforme a la Ley de Garantías Mobiliarias (2007):

La prelación de una garantía mobiliaria se determina por el momento de su publicidad. La garantía mobiliaria confiere al acreedor garantizado el derecho de perseguir los bienes dados en garantía y sus derivados, con el propósito de ejercitar los derechos inherentes a la misma. La prelación entre las garantías mobiliarias que no sean debidamente publicadas conforme a la presente ley, se determinará por el orden cronológico en que hayan sido constituidas; en todo caso, tendrán prioridad las garantías mobiliarias que hayan sido publicadas, incluso, si hubieren sido constituidas con posterioridad a las garantías mobiliarias no publicadas... (artículo 54).

La disposición legal, citada anteriormente, tiene relevancia porque ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede perseguir los bienes dados en garantía, ya sea que se encuentre en poder del deudor o de cualquier tercero. Incluso si fueron transferidos su propiedad y posesión de hecho o de forma legal, por ello, la Ley de Garantías Mobiliarias (2007) prevé que ante estas eventualidades:

La transmisión o enajenación de un bien dado en garantía mobiliaria prioritaria transmite la deuda, con todas sus modalidades y consecuencias sin necesidad de convenio expreso entre los interesados, salvo lo dispuesto en esta ley para el comprador o adquirente en el curso normal de los negocios (artículo 54).

Tal como se observa las regulaciones anteriormente expuestas no está impidiendo el tráfico de las cosas muebles a pesar de que puedan estar gravados por una garantía crediticia, situación que puede propiciar actos en fraude del acreedor o de la garantía constituida sobre la cosa. Por ello, también se ha previsto la publicidad en casos de vehículos y otros muebles fácilmente identificables debe cumplirse con el requisito de su inscripción registral, que así se contempla en la Ley de Garantías Mobiliarias (2007):

...La garantía mobiliaria que cumpla con los requisitos de publicidad registral establecidos por la presente ley, otorgará al acreedor garantizado los derechos inherentes al derecho real de garantía... y el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta o a la adjudicación de los bienes muebles dados en garantía (artículo 5).

Este registro perfecciona la garantía en calidad de derecho real, sin el cual no podrá exigirse su cumplimiento. Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros sólo cuando se ha cumplido con el requisito de publicidad.

Ahora bien, se debe abordar la hipoteca como un derecho real de garantía. Existe una amplia variedad de conceptos que se han desarrollado en cuanto a la hipoteca, muchos coinciden en tópicos similares, destacando su carácter de voluntariedad y su relación crediticia. Matta Consuegra (2005) define la hipoteca como:

El derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley para asegurar el pago de un crédito sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda (p. 251).

Siguiendo a Matta Consuegra se puede apreciar que hace alusión al elemento convencional, es decir, la hipoteca nace de un acuerdo de voluntades y nunca de alguna imposición; en otras palabras, nadie está obligado a hipotecar en correspondencia a la libertad de adquirir o no una deuda. Por esto mismo no se comparte la idea de que se pueda o deba constituir hipoteca por imperio de la ley, ello vulnera el principio de la autonomía de la voluntad del derecho civil. En más acorde a este sentido la definición que ofrece el Código Civil (1963) al establecer que “Es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación” (artículo 822). Esto mediante el remate del bien inmueble hipotecado, obteniendo del precio de venta el cobro del crédito.

Los poderes que emanan de la hipoteca en favor de su titular, según Planiol & Ripert (1997) son los derechos de preferencia y de persecución (p. 1173). El de preferencia se entiende aquel que permite anteponerse a

cualquier otro gravamen o derecho que se pretendiera ejercitar respecto a un mismo bien, independiente del tiempo de su constitución, la hipoteca siempre será preferente; ahora bien, si fueran diferentes hipotecas como criterio para establecer un orden de precedencia se tomará por su existencia temporal definida por su inscripción registral, bajo la regla de oro de primero en inscripción es primero en derecho. El poder de persecución consiste en que el sujeto activo de la hipoteca puede iniciar las acciones legales que le permitan como acreedor hipotecario o privilegiado embargar el inmueble que garantiza el pago de la deuda en manos de quien se encuentre, inclusive en poder de un tercero adquirente.

#### Los derechos reales de garantía y la extinción de dominio

En el contexto de la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio (2010) se contempla que los derechos de terceros de buena fe, por cualquier título, no serán perjudicados en sus derechos, siempre y cuando sean exentos de culpa o que no sea resultado de la simulación de negocios. Cómo se advierte, no se está en un proceso de naturaleza civil donde será simplemente plantear la oposición de la extinción de dominio sobre el cual se tiene constituido un derecho real de garantía o recuperar el crédito, ejerciendo su carácter preferencial, después de que se finalice el proceso del remate del bien cuyo dominio se extingue. El hecho es que este derecho real de garantía por su carácter de publicidad derivado de su inscripción registral necesariamente debe pasar por el conocimiento del

ente investigador y examen de su licitud por el órgano jurisdiccional para la determinación de que no sea parte de una estrategia de rescate de los bienes.

Dada la diversidad y modalidades de estrategias en el lavado de activos y dinero, para hacer valer ejerciendo los poderes emanados de la hipoteca de preferencia y de persecución de un tercero de buena fe en el proceso de extinción de dominio, primero debe determinarse si no tiene culpa. Este concepto de culpa es en el sentido penal y no necesariamente de lo civil porque se delimita por el análisis para la determinación de sí la constitución del derecho real de garantía es parte de una estrategia de ocultar o sustraer de la extinción de dominio, los bienes obtenidos de forma delictuosa. Por lo que no cabría la culpa civil sino la participación del titular del derecho real de garantía como parte de un negocio jurídico desde un principio ilícito, intervención que puede ser dolosa o culposa. Cabría demostrar por parte del titular del derecho real constituido que ignoraba la procedencia ilícita del bien gravado.

En este sentido solo cabe la conducta dolosa o hasta podría ser culposa siempre y cuando se pueda demostrar que su actuación fue por impericia, negligencia o imprudencia, que se consideran no pertinentes ante la posibilidad que un bien objeto de extinción de dominio, obtenido de forma ilícita tenga constituido una hipoteca a favor de un tercero de buena fe, cabe la duda como podría haber sido la impericia, o la negligencia o

imprudencia; todo apunta que se decante por una culpabilidad de tipo doloso. En este sentido, de ser probado que el derecho real de garantía es parte de una estrategia para sustraer del alcance de la ley su extinción, o consumada ésta, pero retornando a un tercero en forma de pago de un crédito preferencial constituido de forma dolosa, también debe tener como consecuencia la propia extinción de este derecho real que se pretendía oponer en el proceso. La buena fe queda desvirtuada de esa manera.

La otra cuestión es lo relacionado a determinar si la constitución del derecho real de garantía es resultado de una simulación de un negocio jurídico. Esto en una lógica secuencial es lo que procede a descartar si no se logra demostrar la culpa del tercero de buena fe. Para ello, para que pueda oponerse y obtener la prestación crediticia a su favor en el proceso de extinción de dominio, debe demostrar que no es una simulación la constitución del derecho real de garantía para ello ha de demostrar que concurrieron los elementos formales y materiales de la relación obligacional de crédito, es decir, la existencia de un contrato de mutuo y que materialmente fue entregado al deudor el monto que aduce que fue concedido en calidad de préstamo, así mismo el acreedor demostrará fehacientemente la fuente lícita de ese dinero. Si existe contrato, pero no se acredita la entrega de la suma dado en crédito se está ante una simulación de negocio, aunque la fuente sea lícita.

Como se ha expuesto, no es sola la pretensión de aducir que se tiene un derecho preferencial frente a la extinción de dominio, debe descartarse la culpa y la simulación de negocio, muy común en las actividades de blanqueo de activos y dinero como resultado de la delincuencia organizada y común. Ahora si se pasa este examen, puede hacer el acreedor su derecho preferencial y de persecución del bien sobre el que se constituyó el derecho real de garantía; esta segunda condición, incluso se puede hacer valer aun cuando el Estado, a través del Ministerio Público, este promoviendo la acción de extinción de dominio. Comprobada la calidad del tercero de buena fe, sin discusión alguna, procede a que al acreedor se le pague el crédito de forma preferencial, ello como resultado del remate bien objeto de extinción. Esto es posible por el poder de persecución que otorga el derecho real de garantía.

### Análisis legal

Es importante hacer las relaciones que se establecen entre diferentes cuerpos normativos, en materia aparentemente contrapuestos y sujetos a tratamientos jurídicos diferentes en un mismo ordenamiento jurídico. En el tema de estudio es evidente que tanto el derecho de dominio, que puede ser extinguido, guarda estrecha relación con las garantías reales de garantía, que puede oponerse en el proceso de extinción de dominio; ante esta posible contingencia en un sistema jurídico que protege los derechos de las personas y que cualquiera tiene el consagrado derecho de petición,

el de acceder a los tribunales a ejercer cualquier derecho que considera le asiste y que deben ser resueltos por jueces imparciales e independientes, no queda más que apuntar a que se da una relación de complementariedad normativa. Ello para determinar si quien ejerce un derecho crediticio preferencial no resulte en una exclusión de sus derechos pretendidos.

Tal como se analizó en el proceso de extinción de dominio también puede ser objeto de extinción cualquier derecho real constituido sobre la cosa. Ello puede ser cualquier tipo de derecho real, entre los que se encuentran la garantía mobiliaria y la hipoteca constituidos sobre los bienes cuya extinción de dominio se promueve. La lógica del principio de nulidad *ab initio* previsto en la Ley de Extinción de Dominio (2010) es que, si un bien fue adquirido de forma ilícita o resultado de actividades delictivas, el Estado desde la fecha de su adquisición no le reconoce el derecho de dominio, es decir, nunca nació a la vida jurídica esa propiedad con relación al sujeto que la detenta; igual por efecto del tracto sucesivo cualquier gravamen constituido sobre él, como un derecho real de garantía, deviene en su nulidad. Salvo, está el derecho del tercero de buena fe, que pudo haber entregado parte de su patrimonio en un crédito cuya garantía desconocía su origen ilícito.

## ***La extinción de dominio y los derechos reales de garantía en el derecho comparado***

Para determinar la existencia y la modalidad de regulación en el derecho comparado, de los derechos reales de garantía, se analizan en ese punto específico en las leyes de extinción de dominio de los países de Colombia, Ecuador y Perú. Estos países han tenido procesos políticos y legislativos de adopción de normativas en esta materia, al igual que Guatemala. Que si bien, pueden connotar enormes similitudes existen algunas diferencias en el tratamiento jurídico no solo de la acción de extinción de dominio sino en relación particular con los derechos reales de garantía, cuya titularidad se pueden oponer en todo proceso; sin embargo, debe reunir determinadas condiciones para ejercer en razón que se constituyen estos derechos sobre la cosa y no en relación a las personas a quien se le puede imputar las acciones ilícitas punibles conforme a las leyes penales.

### **La extinción de dominio en Colombia**

Colombia fue uno de los primeros países en legislar en materia de extinción de dominio y constituyó un modelo para otros países de Latinoamérica. Para ello se aseguró hacer previamente una reforma en su Constitución Política para incluir desde las limitaciones al derecho de propiedad, la extinción de dominio. En este sentido, la extinción de dominio en Colombia tiene rango constitucional y no puede ni siquiera

aducirse la contraposición de esta acción al texto constitucional. La Constitución Política de Colombia (1991) establece que:

Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social (artículo 34).

Ello fue un modelo constitucional que no pudo concretarse ni se intentaron en otros países como Guatemala, Perú ni Ecuador. Esta disposición constitucional se contrapone en esta parte con relación al artículo 58 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho a la propiedad privada, siempre que ella haya sido adquirida con arreglo a las leyes civiles. Allí se señala que el Estado no puede desconocer este derecho, ni vulnerarlo, por medio de leyes posteriores. No obstante, lo anterior, el derecho a la propiedad privada no es absoluto. El derecho de propiedad no es, *per se*, un derecho fundamental ya que el constituyente no lo ha dotado de esa naturaleza.

Si bien el derecho de propiedad siempre fue considerado como un derecho inalienable del ser humano y, por lo mismo, no susceptible de la injerencia estatal, hoy esa concepción está superada y esto es así al punto que, en contextos como el colombiano, el mismo constituyente le ha impuesto límites sustanciales a su ejercicio. De allí que, si bien se lo reconoce como un derecho constitucional, se hace como un derecho de segunda generación, esto es, como un derecho adscrito al ámbito de los derechos

sociales, económicos y culturales. Por ello, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Colombia sólo le ha reconocido al derecho de propiedad el carácter de derecho fundamental “cuando está en relación inescindible con otros derechos originariamente fundamentales y su vulneración compromete el mínimo vital de las personas” (Sentencia C-740, 2003, párr. 8).

En este sentido, para la Corte Constitucional de Colombia el derecho a la propiedad solo es reconocido por el ordenamiento jurídico y protegido por el Estado, cuando ha sido adquirido a través de trabajo honrado y conforme a las leyes civiles que lo regulan, en sentido contrario nunca existió jurídicamente tal derecho de dominio sobre las cosas obtenidas ilícitamente. Como consecuencia de lo dicho hasta ahora se puede resumir que la extinción de dominio tiene naturaleza declarativa, lo cual significa que el dominio no se pierde como consecuencia de una sentencia judicial, sino como corolario de la concurrencia de alguna de las causales previstas para ese efecto. Esto se explica desde el principio de nunca se constituye la propiedad derivada de actos ilícitos, por lo tanto, desde un inicio nunca se tuvo un derecho real de dominio reconocido por el ordenamiento jurídico.

La sentencia de la acción de extinción de dominio simplemente declara el acaecimiento de la causal, y ordena el paso de la titularidad de los bienes al Estado, sin contraprestación alguna. Además, que las causales de

extinción de dominio son de origen constitucional, por cuanto es la propia constitución colombiana que señala en qué supuestos es posible esa declaración. Por consiguiente, la facultad de configuración legislativa del Congreso en esta materia está limitada a la posibilidad de hacer desarrollo frente a las causales previstas por el constituyente; como en todo ordenamiento jurídico la legislación ordinaria está limitada a este desarrollo y no podrá ampliar las causales mediante leyes ordinarias, so pena de su inconstitucionalidad.

Es decir, el legislador solo puede desarrollar las causales previstas en la Constitución Política de Colombia, mediante la concreción de estas en hipótesis jurídicas que encajen en aquellas. Y finalmente, que las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde.

Conforme a la regulación citada anteriormente, se puede advertir que en la legislación colombiana se tiene la posibilidad jurídica de que todo bien obtenido legítima y lícitamente pueden ser objeto de la acción de dominio

cuando se destinen a actividades que configuren delitos tipificados en las leyes penales; en este caso no se está exigiendo la nulidad *ab initio*, que es un principio que rige la extinción de dominio por considerar que todo acto ilícito no legitima ni genera el derecho de dominio sobre las cosas obtenidas a consecuencia de ello, y que puede retrotraerse a un tiempo anterior a la vigencia de la ley de extinción de dominio, porque el Estado no puede reconocer ese derecho de dominio desde un principio.

### La extinción de dominio en Ecuador

Cada país conforme a su propio ordenamiento jurídico y la construcción de la jurisprudencia en torno a la protección de la propiedad, como derecho constitucional, se ve moldeado por las tensiones entre las pretensiones de un poder legislativo y la perspectiva de los otros poderes coexistentes, como el judicial y la alta corte constitucional que tuvo mucha incidencia en configurar una acción de extinción de dominio peculiarmente muy propio de Ecuador y con rasgos que lo distingue de los otros países estudiados. Por estas consideraciones, en este país la extinción de dominio sigue las mismas consideraciones de las otras legislaciones, pero se distingue en que se establece la prejudicialidad penal y la persecución de los bienes constituidos en el extranjero, susceptibles de extinción de dominio.

En Ecuador la regulación de la extinción de dominio es de reciente adopción. En efecto, según Ecija (2021) reporta que:

La Ley Orgánica de Extinción de Dominio (LOED) fue aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Quinto Suplemento del Registro Oficial # 452 del 14 de mayo de 2021, con una fundamentación cuya finalidad jurídica basada en la urgente necesidad de acoplarse a un circuito jurídico implementado en países vecinos de la región... (párr. 1).

Esta normativa fue para equipararse a los países que ya tenían legislado sobre la extinción de dominio; esto sobre la base de enfrentarse abiertamente la corrupción y el enriquecimiento ilícito en Ecuador.

Esta pretensión de la legislación ecuatoriana se puede comentar que va más allá de la esfera gubernamental sino se extiende básicamente y sobre todo con mayor énfasis contra el lucro ilícito de la delincuencia organizada en Ecuador. En este contexto se valora, según Ecija (2021) “La nueva normativa en el Ecuador surge, como ha ocurrido en otros países, porque al sistema penal se lo estimó insuficiente para prevenir y sancionar la corrupción, así como para la recuperación de activos de origen ilícito”.(párr. 1). Tal como se aprecia de esta cualificación de la ley, se sigue la tradición latinoamericana de decantarse por la extinción de dominio como una consecuencia del fracaso de los procesos penales en la persecución del dinero y otros activos de origen ilícito.

La referida norma regula el mecanismo por el cual la propiedad de los bienes de origen ilícito o injustificado o destino ilícito localizados en el Ecuador y en el extranjero se afectarán judicialmente en favor del Estado. Según el artículo 4 de la referida ley la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio es patrimonial, autónoma, distinta e independiente de cualquier otro proceso o materia. Tanto el artículo 3 como el 4 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio resaltan la autonomía del proceso de extinción de dominio de cualquier otro, siendo evidente la referencia implícita al proceso penal. Sin embargo, en el trámite legislativo esto se modificó, ya que en el Dictamen 1-21-OP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador (2021) -emitido en atención a la objeción parcial por razones de inconstitucionalidad presentada por el presidente de la República, Lenín Moreno Garcés.

Por ello, se le reconoce naturaleza jurídico penal a la extinción de dominio -siendo parte del *jus puniendi* estatal- y posteriormente la Asamblea Nacional -al conocer el veto presidencial- eliminó en la práctica (aunque se mantenga formalmente en el texto de la LOED) la autonomía de la acción al crearse un obstáculo para el ejercicio de la acción penal de la extinción de dominio. En el artículo 5. Condiciones para la extinción de dominio. Para que se configure la extinción de dominio debe comprobarse la concurrencia de las siguientes condiciones: La existencia de algún bien o bienes presumiblemente de origen ilícito o injustificado o de destino

ilícito; La existencia de una actividad ilícita; El nexo causal de los dos elementos anteriores.

Se exige el conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular del bien acerca de su origen ilícito o injustificado o su destino ilícito, a menos que tanto el titular como el beneficiario final demuestren que estaban impedidos de conocerlo. En este sentido, se tiene presente que existe un catálogo indeterminado de situaciones jurídicas que darían paso a la sanción de extinción de dominio, entre las cuales se encuentran situaciones que, de ser consideradas como actividades que habilitarían la extinción de dominio, incumplen la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones de cualquier naturaleza. Esta amplitud e indeterminación genera además la imposibilidad de que las personas puedan determinar razonablemente el alcance de la norma con miras a adecuar su conducta, afectando el elemento de certeza y claridad del derecho a la seguridad jurídica.

Por las anteriores consideraciones en Ecuador se condicionó la procedencia de la extinción de dominio a la precedencia de una sentencia penal que haya causado estado. En efecto, en la Ley de Extinción de Dominio de Ecuador se establece:

Definiciones. - Para la aplicación de la presente Ley, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: a) Actividad ilícita. - Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Integral Penal de: concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias

catalogadas sujetas a fiscalización, y tráfico de personas, establecidos mediante sentencia condenatoria ejecutoriada. ... (artículo 7).

Al exigirse la existencia previa de una sentencia condenatoria ejecutoriada en sede penal, se creó normativamente un caso de prejudicialidad penal para el ejercicio de la acción penal de extinción de dominio, que impedirá la sustanciación simultánea de ambas acciones penales. De tal forma que de abrirse una investigación patrimonial o pre procesal sobre extinción de dominio en la Fiscalía General del Estado o al dictarse una resolución fiscal de pretensión de extinción de dominio, lo primero que tiene que hacer un defensor de las personas naturales o jurídicas afectadas (legitimado pasivo del proceso) es exigir que se sienta razón del cumplimiento del requisito de prejudicialidad penal, y de no haberse cumplido con eliminar el obstáculo para el ejercicio de la acción penal de extinción de dominio deberá declararse la nulidad y/o archivarse la causa.

### La extinción de dominio en Perú

En Perú, los supuestos donde procede iniciar un proceso de extinción de dominio serían: Cuando los bienes provengan de la comisión de actividades ilícitas. Cuando constituyan un incremento patrimonial injustificado, por no existir elementos que permitan considerar que han sido generados de forma lícita. Aquellos de procedencia lícita que hayan sido utilizados o destinados para blanquear capitales. Los bienes declarados abandonados o no reclamados que hayan sido relacionados con

alguna actividad ilícita. Los que provengan de la venta o permuta de otros que tengan origen en actividades lícitas. Los bienes que se hayan visto afectados dentro de un proceso penal y cuyo origen, uso y destino ilícito se hayan investigado o no hubiese recaído resolución definitiva sobre los mismos. También están los bienes que son adquiridos por sucesión testamentaria y que estén inmersos en una causa penal.

Las principales características que deben tenerse en cuenta del proceso de extinción de dominio peruano son las siguientes: Autonomía: Es independiente de cualquier otro proceso, ya sea civil, penal o administrativo o de cualquier otra de naturaleza jurisdiccional o arbitral. Pública: La acción es ejercida por el Ministerio Fiscal, es decir, por el Estado. Carácter Real: Está dirigida contra todos aquellos activos, bienes o derechos reales, independientemente de quién sea el poseedor. Contenido patrimonial: Dichos bienes, activos o derechos reales deben ser afectos o integrantes del agente del delito. Los bienes que el Código Civil (1984) peruano considera afectos en materia de extinción de dominio son todos aquellos bienes muebles e inmuebles regulados en sus artículos 885 y 886. De la misma forma lo serán las partes integrantes, accesorias, frutos, productos y rentas generados por esos bienes.

La extinción de dominio no es retroactiva ni irretroactiva, es retrospectiva, pues regula situaciones ocurridas aún antes de su vigencia, precisamente por el hecho de no haberse consolidado el derecho de dominio, dado el

carácter ilícito de los bienes. Estas explicaciones se fueron formulando para que se aceptará la aplicación retroactiva de la normativa sobre extinción de dominio, que en aplicación del principio *nulidad ab initio*, se aplican sobre derechos de dominio sobre bienes antes de la vigencia de la ley. Es conocido por cualquier ciudadano del mundo a ser protegido contra la aplicación retroactiva de la ley, salvo en materia penal que le beneficie, situación que no se ha observado en ninguna de las legislaciones sobre esta materia en Latinoamérica.

El reconocimiento de derechos de garantía en el caso de Colombia, Ecuador y Perú

En Colombia el titular de un derecho real de garantía que grava el bien objeto de extinción de dominio, no se le considera como tercero de buena fe, sino como uno de los afectados por la acción de extinción. Conforme al Código de Extinción de Dominio (2014) expresamente regula que:

Se considera afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción extinción de dominio: 1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio... (artículo 30).

En Ecuador con su legislación de extinción de dominio reconoce al tercero de buena fe, explicitando que “f) Tercero de buena fe. Persona cuya conducta ha sido diligente y prudente, exenta de culpa en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes objeto de la extinción de

dominio” (Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2021, artículo 7). Esta buena fe se presume cuando la conducta legalmente exigida para adquirir los derechos sobre el bien o los bienes haya sido sin fraude ni vicio, por el contrario, quien alegue la mala fe debe probarla. En esta consideración la buena fe no es subjetiva sino se fundamenta sobre la exclusión del fraude o del vicio imputable, que siempre quedará sujeta a su comprobación, de no hacerse prevalece un criterio de acoger la existencia de esta buena fe.

En Ecuador, sobre los derechos reales, al mismo estilo que la legislación colombiana a cualquier titular de derechos reales sobre los bienes objeto de extinción de dominio, se le considera afectado. En efecto, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio (2021), regula que: “1. En caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considerará afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto del procedimiento de extinción de dominio...” (artículo 20). Esta normativa no hace distinción de afectado de la acción de extinción de dominio, que no solo se incoará contra los titulares del derecho de dominio sino contra cualquiera que detente cualquier derecho real sobre el bien, objeto cuya extinción de dominio se realiza.

En Perú, conforme el Decreto Legislativo No. 1373, sobre Extinción De Dominio, se establece la acción de extinción de dominio sobre bienes muebles e inmuebles que se hayan obtenido de forma ilícita. En esta

normativa se reconoce como tercero a: “toda persona natural o jurídica, diferente al requerido, que se apersona al proceso de extinción de dominio reclamando tener algún derecho sobre el bien...” (artículo 3.12). Por lo que todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico son nulos de pleno derecho, esto sin perjuicio de los derechos de terceros, en el entendido que son de buena fe, cuyos derechos que ejercen está exento de culpa. Así lo preceptúa La Ley de Extinción de Dominio: “...Asimismo, poseer, detentar o utilizar bienes de origen o destino ilícitos no constituye justo título, salvo el derecho del tercero de buena fe” (artículo 2.4).

La expresión lexicográfica de derechos reales de garantía expresamente no aparece en las normativas sobre extinción de dominio estudiados. Si bien en Colombia, Ecuador y Perú si tienen la figura procesal del tercero de buena fe que tenga cualquier derecho real o personas que pudiera hacer, a excepción de la legislación guatemalteca, en los países de estudio se le considera como afectado del proceso de extinción. El derecho real de garantía por su naturaleza respalda operaciones crediticias por lo que la razón de su oponibilidad en la acción de extinción de dominio es la recuperación de un capital dado en préstamo, situación que abiertamente no se considera así en estas legislaciones extranjeras estudiadas.

En Guatemala, sigue abierta la posibilidad de oponibilidad de un derecho real de garantía, integrando las leyes civiles y de garantías mobiliarias, pero la Ley de Extinción de Dominio (2010) establece para que se le considere un tercero de buena fe debe probar que no tiene culpa o que no sea resultado de la simulación de negocios; aspectos que hacen de alguna forma se están afectando a quienes detenten derechos reales sobre los bienes objeto de extinción. Ello genera la cautela de terceros de buena fe en Guatemala, para no terminar involucrados en mecanismos de lavado de dinero y otros activos de la delincuencia organizada y común en el país. Es razonable considerar modificaciones legales en el país al estilo de los países analizados, bajo la lógica que, extinguido el derecho de dominio sobre la cosa, agotado el debido proceso, también se extinguen cualquier otro derecho que soporte.

Es importante hacer relación como en Ecuador se reconoce que se pueden extinguir cualquier derecho sobre la cosa objeto de extinción de dominio, por lo que entrarían en esta categoría los derechos reales de garantía; sin embargo, con relación al tercero de buena fe tiene una protección jurídica digna de imitarse en la legislación nacional, porque expresamente invierte la tendencia generalizado de la dinámica probatoria, al establecer que quien alegue la mala fe debe probarla; en el contexto de la extinción de dominio solo lo pueden alegar el Estado a través de las instituciones de justicia competentes en la materia. Al contrario, en Guatemala, quien alegue la buena fe debe probarlo. Esta disposición normativa ecuatoriana

es congruente con principios de la presunción de inocencia y la tutela de derechos legítimamente obtenidos.

## Conclusiones

Con relación al objetivo general de comparar las similitudes y diferencias de los derechos reales de garantías en la extinción de dominio de estudio de derecho comparado en Guatemala, Colombia, Perú y Ecuador; para poder aplicarlo en el territorio nacional, se concluye que en todas las legislaciones estudiadas si tienen incorporada el tercero de buena fe para que pueda oponer, si fuera el caso, un derecho real de garantía en el proceso de extinción de dominio, con las diferencias sustanciales que en las legislaciones de Colombia y Perú estos derechos se extinguen juntamente con el dominio, en tanto, en Ecuador no solo para que proceda la extinción de dominio le debe preceder una sentencia penal condenatoria sino que en caso de un tercero de buena fe, se presume lícito mientras no se demuestre su procedencia ilícita por parte del ente acusador.

Con relación al primer objetivo específico de definir la extinción de dominio y cómo se encuentra regulada en Guatemala, se concluye que es un proceso judicial, de naturaleza patrimonial, que parte de la consideración que los bienes y derechos de carácter patrimonial al tener fuente u origen ilícito no se les reconoce el derecho de dominio sobre ellos por lo que el Estado procede extinguirlo, en donde se debe demostrar su obtención lícita porque se presume por la ley que es ilícita la misma y adolece de nulidad *ab initio*; que es un proceso autónomo no dependiente de algún proceso penal que le preceda y que haya declarado mediante sentencia y de forma contradictoria la culpabilidad del sujeto.

Con relación al segundo objetivo específico de desarrollar los derechos reales de garantía, se concluye que estos derechos relacionados con la acción de extinción de dominio, depende de su carácter de oponibilidad como derecho preferencial y el poder de persecución que le otorga a su titular; sin embargo, en el proceso de extinción de dominio debe pasar por un examen de licitud que implica que quien lo ejercite debe demostrar que no lo obtuvo con culpa o mediante simulación del negocio jurídico; además, como se plantea entra entre el conjunto de derechos susceptible de extinción juntamente con el de dominio. Se exige entonces una existencia real no simulada, que no sea parte de los mecanismos de lavado de dinero y otros activos.

## Referencias

Albadalejo García, M. (2010). *Derecho Civil*. Universidad Complutense de Madrid.

Albanese, J. (2000). *The Causes of Organized Crime Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders?* Publicado en *Journal of Contemporary Criminal Justice* November. Vol. 16 no. 4

Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas. (2004). *Crimen Organizado: una aproximación*. Guatemala.

Ecija.com Sala de Prensa. (23 junio, 2021). *La nueva ley de extinción de dominio del Ecuador*. Recuperado el 16 de marzo de 2023 de [https://ecija.com/sala-de-prensa/la-nueva-ley-de-extincion-de-dominio-del-ecuador-otra-ley-penal-simbolica/#\\_ftn1](https://ecija.com/sala-de-prensa/la-nueva-ley-de-extincion-de-dominio-del-ecuador-otra-ley-penal-simbolica/#_ftn1)

Escuela Nacional de la Judicatura/USAID. (2005). *Aspectos Dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*. República Dominicana.

Espín Canovas, D. (1999). *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen II, Derechos Reales.

Matta Consuegra, D. (2005). *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*. Ediciones Mayté.

Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el crimen. (2023). *Delincuencia organizada transnacional: la economía ilegal mundializada*. Recuperado el 16 marzo de 2023 de <http://www.unodc.org/toc/es/crimes/organized-crime.html>

Pivaral Rodríguez, O. (2011). *Omisión de la aplicación del delito de conspiración, a sindicatos del delito de exacciones intimidatorias en el departamento de Guatemala durante el año 2008*. [Tesis de Licenciatura. Universidad Panamericana de Guatemala]. Glifos Library <https://glifos.upana.edu.gt/library/index.php?title=10790&lang=es%20%20&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@titulo=@autor=Pivaral%20Rodr%C3%ADguez@keywords=@material=Tesis@idioma=@sortby=sortauthor@mode=&recnum=1&mode=>

Planiol, M. & Ripert, G. (1997). *Derecho Civil*. 3era Edición; Tomo 5, Parte C, Volumen 3; México D.F.; Editorial Harla.

Puig Peña, F. (2000). *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo II. Derechos Reales.

Rogers, D. (2020). Enciclopedia Jurídica. *Dominio*. Recuperado el 28 de febrero de 2023 en <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/dominio/dominio.htm#:~:text=%5BD%20Sin%20C3%B3nimo%20de%20propiedad%20sobre%20una%20cosa%20corporal>.

Tenera Barrios, F. & Mantilla Espinosa, F. (2006). *El concepto de derechos reales*. Revista de Derecho Privado, núm. 36.

Vásquez Ortíz, C. (2009). *Derecho civil II*. Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Windscheid, B. & Joseph, H. (1995). *Teoría del derecho privado, derecho civil. Diritto de llepandette*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, Miami: Editorial Book on Demand.

Zaffaroni, E. (2001). *En torno al concepto de crimen organizado De Palma*. Buenos Aires. Argentina.

## **Legislación nacional**

Congreso de la República de Guatemala. (1992). *Código Procesal Penal*. Decreto 51-92

Congreso de la República de Guatemala. (2006). *Ley Contra la Delincuencia Organizada*. Decreto 21-2006

Congreso de la República de Guatemala. (2007). *Ley de Garantías Mobiliarias*. Decreto 51-2007

Congreso de la República de Guatemala. (2010). *Ley de Extinción de Dominio*. Decreto 55-2010.

Jefatura de Gobierno. (1963). *Código Civil*. Decreto-Ley 106

### **Legislación internacional**

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Asamblea Nacional República del Ecuador. (2021). *Ley Orgánica de Extinción de Dominio*. R.O. No. 452 Quinto suplemento. [http://www.pge.gob.ec/images/2021/marcoLegal/ley\\_organica\\_de\\_extincion\\_de\\_dominio\\_.pdf](http://www.pge.gob.ec/images/2021/marcoLegal/ley_organica_de_extincion_de_dominio_.pdf)

Congreso de Colombia. (2014) *Código de Extinción de Dominio*. Ley 1708. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475>

Congreso de la República del Perú (1984). Código Civil. Decreto Legislativo 295. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (2000). *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Presidente de la República de Perú. (2018). *Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio*. Decreto legislativo número 1373. [https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Decretos/Legislativos/2018/DL0137320180806.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Legislativos/2018/DL0137320180806.pdf)

## **Sentencias**

Corte de Constitucionalidad de Colombia. (28 de agosto de 2003). *Control de Constitucionalidad-Precedente constitucional sobre modalidades de extinción de dominio*. Expediente C-740-2003. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C->

