

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN ASESORÍA EN TRIBUTACIÓN

"LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE LA DEFRAUDACIÓN Y EL CONTRABANDO
ADUANERO CON RELACIÓN A LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO"

TESIS DE POSGRADO

KATTY RENATA ROMERO SARCEÑO

CARNET 23729-13

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN ASESORÍA EN TRIBUTACIÓN

"LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE LA DEFRAUDACIÓN Y EL CONTRABANDO
ADUANERO CON RELACIÓN A LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO"

TESIS DE POSGRADO

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

POR
KATTY RENATA ROMERO SARCEÑO

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN ASESORÍA EN TRIBUTACIÓN

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. MARCO ANTONIO VILLEDA SANDOVAL

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. ANA ISABEL GUERRA JORDÁN

MGTR. ÁNGEL ESTUARDO MENÉNDEZ OCHOA

ING. ERICK MEDARDO TOBAR CRUZ

Guatemala, 3 de agosto de 2016

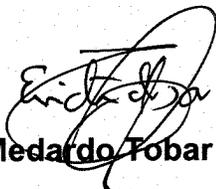
Magister Aida Franco Cordón
Coordinadora de Posgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

Estimada Magister Franco Cordón:

Atentamente le saludo. Oportunamente fui designado como examinador para la evaluación de la tesis presentada por la Licenciada **Katty Renata Romero Sarceño**, carné 2372913, con el título **“LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE LA DEFRAUDACIÓN Y EL CONTRABANDO ADUANERO CON RELACIÓN A LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”**, para la obtención de la Maestría en Asesoría en Tributación.

Al haber aprobado con correcciones el examen de tesis sustentado oportunamente por la Licenciada Romero Sarceño y al comprobarse que dicha profesional consideró las correcciones propuestas por la terna examinadora considero que la tesis debe queda aprobada, a efecto a dicha profesional se le otorgue el Título Profesional de Magister y el grado académico de Maestría en Asesoría en Tributación, previo el cumplimiento de las formalidades respectivas.

Un cordial saludo



Erick Medardo Tobar Cruz



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

Guatemala, 17 de octubre de 2016

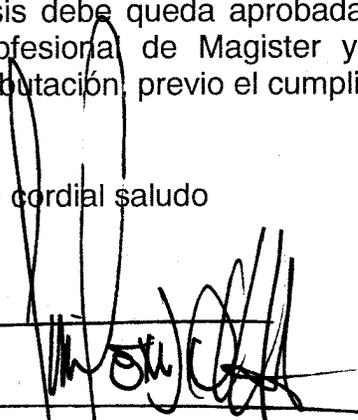
Magister Aida Franco Córdón
Coordinadora de Posgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

Estimada Magister Franco Córdón:

Atentamente le saludo. Oportunamente fui designado como examinadora para la evaluación de la tesis presentada por la Licenciada **Katty Renata Romero Sarceño**, carné 2372913, con el título **“LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE LA DEFRAUDACIÓN Y EL CONTRABANDO ADUANERO CON RELACIÓN A LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”**, para la obtención de la Maestría en Asesoría en Tributación.

Al haber aprobado con correcciones el examen de tesis sustentado oportunamente por la Licenciada Romero Sarceño y al comprobarse que dicha profesional consideró las correcciones propuestas por la terna examinadora considero que la tesis debe queda aprobada, a efecto a dicha profesional se le otorgue el Título Profesional de Magister y el grado académico de Maestría en Asesoría en Tributación, previo el cumplimiento de las formalidades respectivas.

Un cordial saludo



Lic. Ángel Menéndez.



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

Guatemala, 5 de octubre de 2016

Magister Aida Franco Córdón
Coordinadora de Posgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

Estimada Magister Franco Córdón:

Atentamente le saludo. Oportunamente fui designado como examinadora para la evaluación de la tesis presentada por la Licenciada **Katty Renata Romero Sarceño**, carné 2372913, con el título **“LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE LA DEFRAUDACIÓN Y EL CONTRABANDO ADUANERO CON RELACIÓN A LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”**, para la obtención de la Maestría en Asesoría en Tributación.

Al haber aprobado con correcciones el examen de tesis sustentado oportunamente por la Licenciada Romero Sarceño y al comprobarse que dicha profesional consideró las correcciones propuestas por la terna examinadora considero que la tesis debe quedar aprobada, a efecto a dicha profesional se le otorgue el Título Profesional de Magister y el grado académico de Maestría en Asesoría en Tributación, previo el cumplimiento de las formalidades respectivas.

Un cordial saludo

LICENCIADA

Ana Isabel Guerra Jordán
ABOGADA Y NOTARIA

Licda. Ana Isabel Guerra Jordán



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado de la estudiante KATTY RENATA ROMERO SARCEÑO, Carnet 23729-13 en la carrera MAESTRÍA EN ASESORÍA EN TRIBUTACIÓN, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07448-2016 de fecha 3 de septiembre de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE LA DEFRAUDACIÓN Y EL CONTRABANDO ADUANERO CON RELACIÓN A LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN ASESORÍA EN TRIBUTACIÓN.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 13 días del mes de septiembre del año 2017.

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



HOJA DE RESPONSABILIDAD POR LA AUTORÍA DE LA TESIS

La autora será la única responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Las abreviaturas utilizadas dentro de la presente tesis son:

IVA: Impuesto al Valor Agregado.

ISR: Impuesto Sobre la Renta

LED: Ley de Extinción de Dominio

SAT: Superintendencia de Administración Tributaria.

ONU: Organización de Naciones Unidas

MP: Ministerio Público

CICIG: Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala

PGN: Procuraduría General de la Nación

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO 1 | |
| DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO | 5 |
| 1.1 Naturaleza jurídica de la Ley de Extinción de Dominio | 5 |
| 1.1.1 Naturaleza jurídica de la Acción de Extinción de Dominio | 5 |
| 1.1.2 Diferencias de la extinción de dominio con otras figuras que suponen la pérdida de dominio a favor del Estado | 7 |
| 1.2 Concepto de Extinción de Dominio | 10 |
| 1.3 Características de la Ley de Extinción de Dominio. | 12 |
| 1.4 Antecedentes de la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala. | 14 |
| 1.5 Causales de la Ley de Extinción de Dominio | 16 |
| CAPÍTULO 2 | |
| ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN IBEROAMÉRICA | 20 |
| 2.1 Nacimiento de la Extinción de dominio en Iberoamérica. | 20 |
| 2.2 Análisis de la Ley de Extinción de Dominio en Iberoamérica en relación a los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero. | 21 |
| 2.2.1 Análisis comparativo con la República de Colombia..... | 22 |
| 2.2.1.1 Jurisprudencia del Contrabando Aduanero y la extinción de Dominio | 24 |
| 2.2.1.2 Jurisprudencia de la Defraudación Aduanera y la extinción de Dominio | 26 |
| 2.2.2 Análisis comparativo con la república de Honduras..... | 27 |
| 2.2.3 Análisis comparativo con los Estados Unidos Mexicanos..... | 30 |
| CAPÍTULO 3 | |
| DE LA LEY CONTRA LA DEFRAUDACIÓN ADUANERA Y EL CONTRABANDO ADUANERO Y SUS REFORMAS | 32 |
| 3.1 Naturaleza Jurídica de la Defraudación y el Contrabando Aduanero. | 32 |
| 3.2 Definición de Defraudación y Contrabando Aduanero. | 35 |
| 3.2.1 Defraudación Aduanera | 35 |
| 3.2.2 Contrabando Aduanero | 36 |
| 3.3 Características de la Defraudación y el Contrabando Aduanero. | 37 |
| 3.4 Causales para que se tipifique la Defraudación y el Contrabando Aduanero..... | 38 |
| CAPITULO 4 | |
| ANÁLISIS DE LA DEFRAUDACIÓN ADUANERA Y DEL CONTRABANDO ADUANERO EN RELACIÓN A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO | 44 |
| 4.1 Tipificación de la Defraudación Aduanera y el Contrabando Aduanero | |

| | |
|---|-----|
| dentro de la Ley de Extinción de Dominio | 44 |
| 4.2 El bien jurídico tutelado en el delito de Defraudación Aduanera..... | 51 |
| 4.2.1 El bien jurídico tutelado del delito de Defraudación Aduanera según el Derecho Penal Tributario | 51 |
| 4.2.2 El bien jurídico tutelado del delito de Defraudación Aduanera según la Ley de Extinción de Dominio | 53 |
| 4.3 El bien jurídico tutelado del delito de Contrabando Aduanero..... | 54 |
| 4.3.1 El bien jurídico tutelado del delito de Contrabando Aduanero según el Derecho Penal Tributario | 55 |
| 4.3.2 El bien jurídico tutelado del delito de Contrabando Aduanero según la Ley de Extinción de Dominio | 56 |
| 4.4 Análisis de sentencias relacionadas con la Defraudación y el Contrabando Aduanero en relación a la Extinción de Dominio en Guatemala..... | 57 |
| 4.5 Análisis de la importancia de fijar parámetros jurídicos para Extinguir el Dominio como consecuencia de los delitos de Defraudación o Contrabando Aduanero..... | 61 |
| 4.6 Consecuencias jurídicas de la Extinción de Dominio como consecuencia de la Defraudación y el Contrabando Aduanero..... | 79 |
| 4.6.1 Consecuencias Penales..... | 80 |
| 4.6.2 Consecuencias a Nivel Mercantil | 81 |
| 4.6.3 Consecuencias a Nivel Societario..... | 82 |
| 4.6.4 Consecuencias Tributarias..... | 86 |
| 4.7 Análisis y Discusión de Resultados..... | 88 |
| CONCLUSIONES | 94 |
| RECOMENDACIONES | 99 |
| LISTADO DE REFERENCIAS | 100 |
| ANEXOS | 105 |
| ANEXO I. Entrevista al Juez de Extinción de Dominio – Licenciado Marco Antonio Villeda Sandoval | 105 |
| ANEXO II. Entrevista a Licenciada Claudia Chávez, miembro de la Unidad de Delitos Aduaneros del Departamento de Asuntos Penales de la Superintendencia de Administración Tributaria..... | 110 |
| ANEXO III. Entrevista a Licenciado Mario Figueroa, miembro de la Unidad de Delitos Aduaneros del Departamento de Asuntos Penales de la Superintendencia de Administración Tributaria..... | 114 |
| ANEXO IV – Cuadro de Cotejo de las diferentes legislaciones Latinoamericanas analizadas en relación a la Extinción de Dominio | 117 |
| ANEXO V. Cuadro de diferencias entre la Extinción de Dominio y el Comiso | 120 |
| ANEXO VI. Diagrama del Proceso de Extinción de Dominio..... | 123 |

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

Guatemala aprobó el Decreto 55-2010 denominada Ley de Extinción de Dominio en el cual se contempla, como causal para extinguir el dominio, la comisión de los delitos de Contrabando y Defraudación Aduanera, entre otros. Estos delitos forman parte del Derecho Penal Tributario que busca proteger el bien jurídico tutelado de la recaudación de impuestos a favor del Estado. Por su parte la Ley de Extinción de Dominio busca ser un arma contra el enriquecimiento que produce la comisión de delitos y generar una consecuencia patrimonial para quienes cometen determinadas actividades delictivas.

La Ley de Extinción de Dominio establece un procedimiento independiente al proceso penal, es jurisdiccional y eminentemente patrimonial. Los delitos de Contrabando y Defraudación Aduanera producen un aumento patrimonial como consecuencia de la evasión en el pago de impuestos, además de producir otra clase de perjuicios al Estado como el ingreso de mercancías sin pasar controles aduaneros y sanitarios y además crean una competencia desleal hacia los comerciantes que actúan con apego a la ley y pagan impuestos.

La presente tesis estudia y analiza la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, la regulación de la Defraudación y del Contrabando Aduanero como causal de extinción de dominio Guatemala y en otras regulaciones en países Latinoamericanos y se hace un análisis de las consecuencias a nivel penal, mercantil, societario y tributarias que tiene la extinción de dominio de bienes obtenidos como consecuencia de la evasión de impuestos.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la presente tesis se desarrolla un análisis completo de los efectos de la actividad ilícita de la Defraudación y el Contrabando Aduanero en relación al proceso de Extinción de Dominio.

Guatemala aprueba la Ley de Extinción de Dominio con la finalidad de luchar frontalmente contra el crimen organizado y contra el enriquecimiento ilícito producido como consecuencia de realizar actividades delictivas. Dentro de las causales por las cuales se puede extinguir el dominio se encuentran la comisión de actos que involucren la defraudación y el contrabando aduanero.

Los antecedentes de la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala, datan del año 2010 en que se aprobó en Guatemala la “Ley de Extinción de Dominio” a través del Decreto 55-2010. Dicha ley fue aprobada en virtud del crecimiento que se había manifestando en la comisión actividades ilícitas como el narcotráfico, delitos de delincuencia organizada, la corrupción, el tráfico de influencias, entre otros que repercutían directamente en la vida, la integridad, la libertad y la salud de los habitantes de Guatemala y que ocasionaba incrementos patrimoniales derivados de esas actividades ilícitas.

Como un desincentivo a la comisión de dichos actos delictivos se creó la Ley de Extinción de Dominio, que busca recuperar los bienes, ganancias y productos, derivados de la comisión de actividades ilícitas o delictivas a favor del Estado sin condena penal previa, ni contraprestación alguna, mediante un procedimiento independiente al proceso penal o civil y específico para extinguir el dominio.

Dentro de la Ley de Extinción de Dominio, específicamente dentro del apartado de definiciones se considera como actividad ilícita o delictiva la Defraudación y el Contrabando Aduanero, contenidos en el Decreto Número 58-90 del Congreso de la República “Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros y sus reformas”.

Dentro de la presente tesis se procedió a estudiar de forma cualitativa los antecedentes y razones del acontecer en Guatemala, que permitieron la aprobación de esta ley y su relación con el ámbito aduanero. Asimismo se analizaron los efectos que tiene la actividad ilícita en la defraudación y contrabando aduanero para brindar las herramientas necesarias para determinar los parámetros jurídicos para poder extinguir el dominio como consecuencia de las actividades ilícitas de Defraudación y Contrabando Aduanero, así como las consecuencias a nivel societario, mercantil y tributario de los impuestos vigentes en Guatemala. Derivado de lo anterior, es posible dar respuesta a la siguiente hipótesis ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la actividad ilícita de la Defraudación y el Contrabando Aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio?

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, la presente investigación tiene como objeto general analizar qué efectos y consecuencias tiene la Ley de Extinción de Dominio, sobre la Defraudación y el Contrabando Aduanero, incluyendo los parámetros que se deben contemplar para que se pueda extinguir el dominio como consecuencia de esos delitos.

Los objetivos específicos se centraron en:

1. Determinar el concepto, la naturaleza jurídica y las características de la Extinción de Dominio en Guatemala.
2. Comparar con otras legislaciones la forma de regulación de la extinción de dominio en relación a la Defraudación y el Contrabando Aduanero.
3. Explicar las consecuencias jurídicas de la Defraudación y el Contrabando aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio, determinando especialmente las consecuencias tributarias, societarias y mercantiles.

Los elementos de estudio en los cuales se centro la investigación son: I. La Defraudación y el Contrabando Aduanero y II. La acción de extinción de dominio.

El alcance de la presente investigación comprendió las actividades ilícitas de Defraudación y Contrabando Aduanero enfocándose principalmente a los efectos y consecuencias que tiene relacionado con la extinción de dominio.

Se tuvo algunos límites para el desarrollo de la labor investigativa, principalmente relacionado con el poco desarrollo, tanto doctrinario, como jurisprudencial de la extinción de dominio en los casos particulares de Defraudación y Contrabando Aduanero, así como el límite temporal de la presente investigación, ya que la Ley de Extinción de Dominio fue aprobada en el año 2010, por lo cual han transcurrido pocos años en los cuales no ha existido un análisis doctrinario profundo en relación a éste tema.

El aporte de la presente investigación consiste en que los resultados de la investigación brindaron un panorama más amplio de las consecuencias jurídicas en general y las societarias, mercantiles, y tributarias que tiene la extinción de dominio sobre las actividades ilícitas de Defraudación y Contrabando Aduanero.

Asimismo se fijaron parámetros para poder decidir extinguir el dominio sobre bienes con los cuales se cometan esos ilícitos penales.

La presente investigación aporta una unificación tanto conceptual, como operativa de la extinción de dominio y la Defraudación y el Contrabando Aduanero.

Los sujetos que fueron objeto de análisis fue uno de los actuales jueces de Extinción de Dominio en Guatemala por su amplio conocimiento y experiencia en el tema y dos representantes de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) quienes son miembros de la Unidad de Delitos Aduaneros y por ello tienen conocimiento de la comisión de los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero.

Los instrumentos utilizados fue la entrevista realizada al juez de extinción de dominio, el Licenciado Marco Antonio Villeda Sandoval y a dos miembros de la unidad de delitos

aduaneros de la Superintendencia de Administración Tributaria, lo cual brinda un panorama más amplio y real de como se desarrollan estos procesos en los casos de Contrabando y Defraudación Aduanera.

El tipo de investigación realizada en la presente tesis fue:

- ✓ Histórica Jurídica: Con la finalidad de poder determinar los orígenes de la Ley de Extinción de Dominio, desde su nacimiento, hasta la actualidad tanto en Guatemala como en otros países latinoamericanos.
- ✓ Jurídico comparativa: Con la finalidad de analizar la forma en que otras legislaciones han contemplado esta ley, y si han tenido un tratamiento específico relativo a los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio.
- ✓ Jurídica exploratoria: Al ser este un tema poco desarrollado se intentó dar pasos preliminares frente a la problemática que plantea esta ley al aplicarla específicamente a los delitos de Contrabando y Defraudación Aduanera, no existiendo parámetros específicos para su aplicación.

Se espera que la presente tesis sea de interés general y brinde una perspectiva más amplia de los efectos que tienen las actividades ilícitas de Defraudación y Contrabando Aduanero respecto a la Ley de Extinción de Dominio.

CAPÍTULO 1 DE LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO

1.1 Naturaleza jurídica de la Ley de Extinción de Dominio.

La acción de extinción de dominio no se trata de una pena, ni accesoria ni principal; es una consecuencia de las actividades ilícitas (antijurídicas) o delictivas y trae como consecuencia la pérdida del dominio a favor a favor del Estado, sin que exista contraprestación de ninguna naturaleza para su titular.

1.1.1 Naturaleza jurídica de la Acción de Extinción de Dominio

De acuerdo a la presentación realizada en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala por consultores de “*Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs*” el 8 de noviembre de 2011, impartida por la Doctora Sara Magnolia Salazar Landínez y por el licenciado Moisés Efraín Rosales Barrientos¹, la naturaleza de la Acción de Extinción de Dominio es la siguiente:

- “Es una acción pública
- Es una acción directa
- Es una acción autónoma
- No hace parte del poder punitivo del Estado contra una persona, por lo que no se le pueden trasladar las garantías constitucionales referidas al delito²”.

La Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010 del Congreso de la República, en el artículo 5 define la naturaleza de la acción y establece literalmente: “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

¹<http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC%5CNov2011%5CEXTINCION%20DE%20DOMINIO%20CC%20IV.pdf>, visitado con fecha 13/11/2014

² *ibídem*.

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.³

En dicho sentido, del análisis realizado se considera que la Acción de Extinción de Dominio es:

- Una acción pública, porque si bien es una acción que debe iniciar el Estado de oficio, también existe la posibilidad de que cualquier persona informe del conocimiento de bienes susceptibles de esta acción.
- Una acción directa porque su ejercicio no está condicionado a ningún procedimiento previo.
- Una acción autónoma porque es independiente de la persecución penal o civil. La ley define la autonomía de la siguiente forma: “La acción de extinción de dominio prevista en la presente ley es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal. La muerte del titular del derecho o de la persona que se haya beneficiado o lucrado con bienes, frutos, ganancias o productos mencionados en la presente ley, no extinguirá el ejercicio de la acción, ni la hace cesar, suspender o interrumpir⁴”.
- Tiene garantías constitucionales como el debido proceso, el derecho de defensa y protege la propiedad privada adquirida legítimamente.
- Es de naturaleza jurisdiccional, pues solo el órgano jurisdiccional establecido por el Estado tiene la competencia para declarar la extinción de dominio sobre bienes que provengan de actividades ilícitas o delictivas.
- Es de carácter real y contenido patrimonial, pues el objeto del proceso son los bienes, no las personas. La Acción de Extinción de Dominio persigue a los bienes, con independencia de si la persona que ostenta el bien fue la que cometió la actividad ilícita o no lo fue.

³ Ley de Extinción de Dominio Decreto número 55-2010 del Congreso de la República, Artículo 5.

⁴*ídem*, Artículo. 7.

1.1.2 Diferencias de la extinción de dominio con otras figuras que suponen la pérdida de dominio a favor del Estado:

El autor Mario David Ruiz Cabello, en el libro denominado “Herramienta de Dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal” determina respecto a la naturaleza de la extinción de Dominio que: “No pocos autores ven en la extinción de dominio un híbrido jurídico que transita entre los derechos penal, civil y Administrativo y que, además, comulga bastante bien con la idea del derecho penal del enemigo. Antes de abundar en los fines de la nueva institución hemos de distinguirla de otras figuras afines⁵”.

Como se puede observar de la definición del autor Ruiz Caballero, la figura de la extinción de dominio es una figura híbrida, es decir, es una creación original que a la fecha no es comparable con ninguna otra figura existente en el derecho penal o civil, pues si bien es cierto que previamente ya existen otras figuras que implican la pérdida de dominio de un bien a favor del Estado, nunca había existido una figura con las características tan especiales de la extinción de dominio, como lo son ser una acción real, de contenido patrimonial, independiente de cualquier otro proceso y directa, entre otras características diferenciadoras de cualquier figura existente con anterioridad.

“La extinción de dominio no es confiscación: ... La extinción de dominio es una sanción civil represiva que se impone en una sentencia. Dista mucho de ser un hecho ilícito, como si lo es hoy en día la confiscación⁶”.

La confiscación es una figura que no se utiliza dentro del derecho penal guatemalteco, por que es una acción ilegal la cual se encuentra protegida en la Constitución Política de la República de Guatemala que establece en el artículo 41 “...se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias...”, que implica obtener

⁵ RUIZ CABELLO, Mario David, “Extinción de Dominio, Herramienta del Derecho Civil, ante la ineficiencia del derecho penal”, Revista Alegatos, S.E, S.F, año 2011, México D.F., pág.88.

⁶ *Ídem*. Pág. 89.

el dominio sobre un bien, sin que exista ningún proceso ni ninguna contraprestación por parte del Estado, lo cual determina su ilegalidad. En tal sentido, la acción de extinción de dominio no es una confiscación, pues la acción de extinción de dominio es una acción legal, protegida por una ley y por las garantías constitucionales.

“La extinción de dominio no es decomiso: Dentro de la teoría de la pena y las medidas de seguridad encontramos el decomiso, que es una sanción penal consistente en la adquisición por parte del Estado de los bienes ilícitamente adquiridos.

Algunos autores identifican la extinción de dominio con el decomiso contemplado en las diversas leyes penales de nuestro país. Sin embargo de la presente investigación se puede determinar que la extinción de dominio no es una pena a la usanza del derecho penal, sino una sanción represiva civil dentro de un proceso independiente.

De conformidad con el autor Ruiz Cabello “El decomiso no necesariamente es extensible al producto del delito, siendo usual decomisar solamente el instrumento del delito. La extinción de dominio, como herramienta del derecho civil, le da al producto del delito (emanado del crimen organizado) un trato como un patrimonio de explotación. El juez penal no tendría más facultades para juzgar sobre los bienes muebles o inmuebles de la delincuencia organizada que no guardan formal relación directa con el delito. En todo caso, debe ceñirse a la investigación ministerial y a la comprobación plena del delito.

Asimismo, para el juez civil solo basta la comprobación de los elementos del cuerpo del delito, cuando, por otro lado, el juez penal tendría que agotar la comprobación total del delito y solo a través de la verdad material histórica para llegar a decomisar el producto del delito. Ciñéndose a la misma fuerza de la formalidad del derecho común, el juez civil evita que por los formalismos que impiden la comprobación penal, los bienes puedan seguir en mano del crimen organizado⁷.”

⁷ *Ídem* Pág. 90.

De lo anterior se puede determinar que la acción de extinción de dominio no es un decomiso, pues ésta figura tiene como característica esencial que se realiza dentro de un proceso penal y que lo que se decomisa es solo el instrumento del delito. En cambio la acción de extinción de dominio tiene como característica esencial que es un proceso independiente del proceso penal y en el cual se transfiere el dominio a favor del estado, tanto del instrumento del delito, como de producto que se obtiene como consecuencia de haber cometido un ilícito.

Se incluye como Anexo V un cuadro de diferencias entre la Extinción de Dominio y el Comiso.

“La extinción de dominio no es expropiación: ...la expropiación es un acto unilateral del Estado realizado por conducto del ejecutivo. En cambio, la extinción de dominio es declarada por el estado a través de juez civil y solo después de un proceso.

Si bien es cierto que la extinción de dominio implica inmediatamente una causa de utilidad pública como lo es privar a la delincuencia organizada de sus recursos pecuniarios para seguir operando también lo es que dicha causa en la extinción de dominio se desentiende de la retribución que debe pagar el estado por privar del bien⁸

La expropiación se encuentra contemplada dentro del artículo 40 de la Constitución Política de la República de Guatemala y se establece lo siguiente: “En casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. La expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, y el bien afectado se justipreciará por expertos tomando como base su valor actual.

La indemnización deberá ser previa y en moneda efectiva de curso legal, a menos que con el interesado se convenga en otra forma de compensación.

⁸ *Ídem*. Pág. 100.

Solo en caso de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede ocuparse o intervenir la propiedad, o expropiarse sin previa indemnización, pero ésta deberá hacerse inmediatamente después que haya cesado la emergencia. La Ley establecerá las normas a seguirse con la propiedad enemiga.

La forma de pago de las indemnizaciones por expropiación de tierras ociosas será fijado por la ley. En ningún caso el término para hacer efectivo dicho pago podrá exceder de diez años⁹.

Con todo lo anteriormente mencionado se analiza la naturaleza de la extinción de dominio, la cual es una figura híbrida e independiente de las figuras jurídicas anteriormente mencionadas, de lo cual se puede concluir que la extinción de dominio es una acción de tipo civil como consecuencia de una actividad antijurídica, la cual no es ni una consecuencia penal, ni un proceso de utilidad del Estado, pues su fin principal es ser un desincentivo a la comisión de determinados delitos.

1.2 Concepto de extinción de dominio

La Ley de Extinción de Dominio de Guatemala define la Extinción de Dominio, en el artículo 2 inciso D, de la siguiente forma: “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 tal¹⁰”.

Otra definición que establece claramente que es la extinción de dominio es la siguiente: “la pérdida o privación definitiva de los derechos reales y accesorios ilícitos o criminalmente adquiridos, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de

⁹ Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 40.

¹⁰ Ley de Extinción de Dominio Decreto número 55-2010 del Congreso de la República, Artículo 5.

naturaleza alguna para su titular, poseedor, usufructuario, tenedor u otra forma relativa al derecho de dominio¹¹”.

Para Fondevila y Mejía Vargas “la extinción de dominio es una acción de secuestro y confiscación de bienes que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos¹²”

Sin embargo la definición que realiza Fondevila y Mejía Vargas no es correcta, ya que en el apartado anterior se determinó que la acción de extinción de dominio no es un secuestro o confiscación de bienes, pues si cumple con los parámetros de legalidad y protección a las garantías constitucionales, a diferencia de la confiscación que es un acto ilícito.

Por su parte la Ley Modelo sobre la Extinción de Dominio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en su artículo 2 establece la definición de la Extinción de Dominio que dice:

“La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.

¹¹http://www.libera.it/flex/files/7/b/d/D.b479a0526565d0a37d1c/Ley_de_Extincion_de_Dominio_Guatemala_ESP_.pdf, visitado el 13/11/2014.

¹² Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto, Reforma Procesal Penal: Sistema Acusatorio y Delincuencia Organizada, Pág. 40, [en línea], en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-59-12.pdf>. fecha de consulta: 27/04/2015

La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso¹³”.

Por tal razón se puede determinar que la acción de extinción de dominio es una acción jurisdiccional que busca ser un desincentivo a la comisión de actividades ilícitas generando como consecuencia la pérdida de dominio de los derechos reales y accesorios de los obtenidos o con los cuales se ha cometido un ilícito, sin que exista contraprestación o compensación alguna por parte del Estado.

1.3 Características de la Ley de Extinción de Dominio.

Las características de la extinción de dominio, en base a la presentación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, del 8 de noviembre de 2011, impartida por la Licenciada Sara Magnolia Salazar Landínez y por Moisés Efraín Rosales Barrientos¹⁴, son:

- Es un derecho especial
- Se transmite a terceros y herederos
- Es extraterritorial
- Es jurisdiccional
- Es real y de contenido patrimonial
- No es una sanción penal, es autónoma
- Tiene solidaridad probatoria
- Es garantista
- Cumple con un parámetro de retrospectividad¹⁵

¹³http://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf, fecha de consulta: 25/04/2015.

¹⁴<http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC%5CNov2011%5CEXTINCION%20DE%20DOMINIO%20CC%20IV.pdf>, fecha de consulta: 13/11/2014

¹⁵ La retrospectividad en la vigencia de las leyes en el tiempo hace referencia a que las nuevas normas que adquieran vigencia aplican de forma inmediata a situaciones o derechos adquiridos ya en curso,

- Procede por bienes equivalentes
- Es imprescriptible
- Se encuentra desarrollada en Convenios Internacionales

Por otra parte la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), determina que las características principales de una Ley de Extinción de Dominio son:

“1. No debe existir distinción sobre los tipos de delito o de actividades delictivas para perseguir los bienes, es decir no se puede hacer diferencia si la ley se aplicará contra grupos de narcotraficantes o contra bandas de secuestradores, y dejar al margen otras actividades delictivas igualmente lucrativas y perjudiciales como la corrupción oficial o paraoficial.

2. No puede ligarse la acción de extinción de dominio al proceso penal, porque es la manera en que se colocan ataduras a lo que debe ser expedito. Tiene que ser una ley con términos cortos, respetando el debido proceso, las garantías procesales y el derecho a la defensa.

3. Los operadores judiciales deben priorizar el trámite de los procesos relacionados con la extinción dominio, para que las decisiones de fondo no se vean afectadas por la acumulación de expedientes de otra naturaleza.

4. Es fundamental una adecuada administración de los bienes incautados, porque de lo contrario se corre el riesgo de su deterioro y de que el Estado se vea en la obligación

modificándolos a partir de la vigencia de la ley y no tiene efectos sobre las situaciones ya cumplidas. Por su parte la Corte de Constitucionalidad, en su presentación sobre la Ley de Extinción de Dominio, define la retrospectividad de la siguiente forma: “Retroactividad: puede tener aplicación una norma sobre situaciones acaecidas bajo el amparo de una ley anterior, tal y como ocurre con las leyes que favorecen a los reos penales, o con aquellas que comprometen el interés público o social”. <http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC%5CNov2011%5CEXTINCIION%20DE%20DOMINIO%20CC%20IV.pdf>, fecha de consulta 5/08/2016.

de indemnizar a los propietarios de unos bienes sujetos a una extinción de dominio, en aquellos casos en que la acción no prospere¹⁶”.

Por todo lo anterior se puede determinar que las recomendaciones brindadas por la CICIG para una Ley de Extinción de Dominio, quedaron debidamente incorporadas en la actual ley de Extinción de Dominio en Guatemala, pues la ley persigue las conductas antijurídicas, con independencia del sujeto o grupo de sujetos que la realice; es una acción jurisdiccional, independiente del proceso penal o civil, que tiene juzgados propios que se encargan de la persecución y además cuenta con el Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, que a través de la Secretaria Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio (SENABED) se encarga de la administración de los bienes incautados.

1.4 Antecedentes de la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala.

En virtud de la creciente ola de criminalidad que estaba viviendo Guatemala en el año 2010, no solo por el tránsito de estupefacientes, sino además por la existencia de grandes estructuras criminales que estaban gozando de grandes fortunas formadas de la comisión de dichos ilícitos penales el Estado se vio en la necesidad de aprobar una ley que contemplara un procedimiento autónomo, independiente del proceso penal, y con características especiales que generara un desincentivo a la creación de riqueza producida por conductas antijurídicas y por ello aprobó la Ley de Extinción de Dominio.

Antes de la creación de la Ley de Extinción de Dominio el Estado no contaba con un instrumento jurídico que permitiera disponer de una forma clara y transparente de los objetos decomisados, derivados de actividades antijurídicas; ante tal situación fue creada la Ley de Extinción de Dominio, para que, entre otros aspectos se lograra reparar el daño causado al Estado como consecuencia de la actividad ilícita.

¹⁶ <http://www.cicig.org/index.php?page=ley-de-extincion-de-dominio>, fecha de consulta: 13/11/2014.

Los Convenios Internacionales que dan origen a la creación de la figura de Extinción de Dominio son:

- a) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el cual fue firmado en Viena, Austria el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por Guatemala el 27 de diciembre de 1990.
- b) Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen firmado en Estrasburgo, Francia el 8 de junio de 1990 y del cual Guatemala no es parte.
- c) Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (comúnmente conocida como Convención de Palermo), el cual fue firmado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 12 de noviembre del 2000, y ratificada por Guatemala el 12 de diciembre del 2000.
- d) Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la cual fue firmada en Mérida, Yucatán, México, el 9 de diciembre de 2003, la cual fue ratificada por Guatemala el 4 de enero de 2006.

Todos los Convenios Internacionales ratificados por Guatemala, que se relacionan con la figura de la Extinción de Dominio, como consecuencia de la adquisición de bienes provenientes de actividades antijurídicas, son de obligatorio cumplimiento en virtud del “*Pacta Sunt Servanda*”¹⁷, y de la buena fe que tienen los Estados al comprometerse. Esta ley tiene como antecedentes y como inspiración la legislación comparada, especialmente la legislación colombiana.

¹⁷ “Pacta sunt servanda” es un término latino, atribuido al jurista Ulpiano en el Digesto, que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse. <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/pacta-sunt-servanda>, visitado con fecha 23 de septiembre de 2016.

1.5 Causales de la Extinción de Dominio.

La ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010 del Congreso de la República define las causales de procedencia de la extinción de dominio, y literalmente establece:

“a) Cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en territorio nacional o en el extranjero.

b) Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.

c) Cuando los bienes o negocios de que se trate, hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir.

d) Cuando los bienes, frutos, productos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que, a sabiendas o debiéndolo presumir razonablemente, tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas o delictivas.

e) Cuando los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito, no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tornado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

f) Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, provengan de actividades ilícitas o delictivas:

f.1) Se haya declarado judicialmente el archivo o la desestimación de la causa cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución o de responsabilidad penal, el sobreseimiento, la clausura provisional o el criterio de oportunidad.

f.2) No se pueda identificar al sindicado.

f.3) El sindicado, condenado o procesado, en caso de fuga, se haya sustraído a la persecución penal o a la pena.

g) Cuando los derechos de que se trate, recaigan sobre bienes o negocios de procedencia lícita pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes de procedencia ilícita o delictiva.

h) Cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe sin culpa ni simulación de negocio.

i) En los casos de presunción previstos en el artículo 46, Presunción, de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República y sus reformas.

j) Cuando se trate de bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas.

k) En los casos de omisión o falsedad en la declaración jurada, prevista en el artículo 25, Declaración, de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República y sus reformas.

l) Por condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito o delincuencia organizada, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trate no los haya oportunamente reclamado, se declararán a favor del Estado de Guatemala. Procederá la declaración a favor de Estado extranjero cuando así lo pida una autoridad competente de otro país o un organismo internacional, conforme al artículo 8 de la presente Ley¹⁸.

Como se puede observar las causales de extinción de dominio según la legislación local son amplias e intentan regular muchas variantes bajo las cuales se podría determinar procedente la extinción de dominio, con el fin de desincentivar la comisión de los delitos que más frecuentemente atribuyen beneficios económicos a quienes los cometen.

La extinción de dominio tiene características muy especiales y diferentes a cualquier acción regulada con anterioridad, pues a pesar de ser una acción jurisdiccional, tiene que llevarla a cabo un juez específico e independiente de cualquier acción civil, penal o de otra índole. En dicho sentido se considera que es acertado que el proceso sea independiente, pues es la única forma de conseguir un proceso ágil e autónomo de otros procesos, en los cuales puedan interponerse recursos con el solo objeto de retardar el proceso.

¹⁸ Ley de Extinción de Dominio Decreto número 55-2010 del Congreso de la República, Artículo 5.

De las características especiales que tiene la acción de extinción de dominio de otras acciones jurisdiccionales, una de las más importantes es que se trata de una acción real y de naturaleza patrimonial, lo que significa que este proceso no discute la inocencia o culpabilidad de la persona, sino que ataca los bienes basado en las presunciones y pruebas de que el bien fue utilizado para actividades ilícitas. Asimismo otra característica importante es la extraterritorialidad para la persecución de los bienes.

Por todo lo anterior se concluye que esta acción es de suma importancia en nuestros países constantemente atacados por el lavado de dinero, el narcotráfico y demás actividades delictivas y por ello la amplitud de las causales tipificadas en nuestra ley para poder extinguir el dominio, generan un marco de aplicación que permite actuar en todos los supuestos en que se puede haber obtenido un beneficio patrimonial de la realización de actividades ilícitas.

Asimismo es importante mencionar que tal y como se ha visto en el desarrollo del presente capítulo, no será necesaria la condena penal previa y podrá directamente iniciarse el proceso de extinción de dominio, pues es un proceso independiente y totalmente ajeno al proceso penal.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN IBEROAMÉRICA

2.1 Nacimiento de la Extinción de dominio en Iberoamérica.

Originalmente la Organización de Naciones Unidas (ONU) exhortó a todos los países a que adoptarán medidas internas apropiadas, para prevenir y contrarrestar la financiación terrorista y las actividades ilícitas.

“La idea de extinción de dominio a nivel global nace a partir de la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada en el seno de la Organización de Naciones Unidas firmada en el año 2003 y ratificada por una gran cantidad de países¹⁹”

“La comunidad internacional decidió dar estos pasos preocupada por la necesidad de diseñar estrategias efectivas de recuperación de activos luego de las dificultades que se presentaron en la recuperación de bienes en muchos casos de corrupción, por ejemplo, los que involucraban ciertos ex jefes de Estado como Ferdinand Marcos, en Filipinas; Alberto Fujimori, en Perú; François Duvalier, en Haití. Así como los de Mobutu, Sani Abacha y Andrade en Zaire, Nigeria y Nicaragua, respectivamente²⁰”

Como consecuencia de todas las dificultades que se originaban para poder decomisar los bienes procedentes de actividades ilícitas o delictivas, es que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción propuso adoptar medidas que permitan el decomiso de este tipo de bienes sin la necesidad de una condena penal, y así es que surge la Extinción de Dominio.

En América Latina la Ley de Extinción de Dominio se origina principalmente como consecuencia de la creciente actividad delictiva relacionada con el narcotráfico.

¹⁹ <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?id=1675>, fecha de consulta: 17/11/2014.

²⁰ *Ibidem*.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), como consecuencia de un programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe creó la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, como herramienta para facilitar la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo y como un medio para luchar contra los bienes de origen ilícito.

La ley modelo fue creada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica. “La Ley Modelo fue redactada por un grupo informal de expertos con integrantes de varios países y organismos. El grupo – escogido por el conocimiento técnico y experiencia personal – se reunió en tres ocasiones entre agosto de 2010 y enero de 2011 en Colombia con el apoyo técnico de la OEA/CICAD y financiero de los gobiernos de Canadá, Estados Unidos de América y Reino Unido²¹”.

Esta ley modelo debe ser incorporada por los países miembros de la ONU pues de no hacerlo los países pueden sufrir consecuencias de tipo económico, de transporte, ayudas etc. Algunos países, sin embargo, ya tenían una ley de extinción de dominio, cuando fue aprobada la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, tal es el caso de Colombia.

2.2. Análisis de la Ley de Extinción de Dominio en Iberoamérica en relación a los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero.

Las consecuencias de defraudación y el contrabando aduanero se han regulado de forma distinta en Iberoamérica. Actualmente existen varios países que contemplan la extinción de dominio como causal de la defraudación y el contrabando aduanero, pero no en la totalidad de ellos existe legislación que lo permita.

²¹ http://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf, Fecha de consulta: 17/11/2014.

En dicho sentido se realizará a continuación un análisis comparativo con tres legislaciones importantes en materia de Defraudación y contrabando aduanero y extinción de dominio.

2.2.1 Análisis comparativo con la República de Colombia

Dentro de la Ley 1708 del 20 de enero de 2014, que regula la Ley de Extinción de Dominio en la República de Colombia, se establecen en el artículo 16 las causales para poder llevar a cabo la extinción de dominio.

Se establece dentro del artículo 16²² de la ley anteriormente citada, que se puede extinguir el dominio sobre bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

1. “Que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.
2. Los que correspondan al objeto directo de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas.
4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos o ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.

²² Ley de Extinción de Dominio de la República de Colombia número 1708 del 20 de enero de 2014.

9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia...²³

Dentro de estas causales se encuentran implícitamente contemplada la extinción de dominio de aquellos bienes que provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita, siendo el del contrabando y la defraudación aduanera una consecuencia directa de una actividad ilícita.

Dentro de la legislación específica que regula el contrabando y la defraudación aduanera como delito o actividad ilícita, se encuentra el artículo 319²⁴ que regula el contrabando aduanero y el artículo 321²⁵ que regula la defraudación aduanera en el Código Penal Colombiano.

²³ Ley 1708 del 20 de enero de 2014 de la República de Colombia.

²⁴ Artículo 319 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000: “**Contrabando.** [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y multa de cuatrocientos (400) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código. Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente. Parágrafo 1o. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de fronteras de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo. Parágrafo 2o. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal

²⁵ Artículo 321 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000: “**Defraudación a las rentas de aduana.** [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código. Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el menor valor de los tributos aduaneros declarados corresponda a controversias sobre valoración, error aritmético en la liquidación de tributos o clasificación arancelaria, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley”.

Por tal razón, aunque la ley no lo diga explícitamente, como si lo dice la Ley de Extinción de Dominio guatemalteca, si se puede llevar a cabo este procedimiento por el delito de Defraudación y contrabando aduanero, en virtud que dichas actividades son ilícitas.

Asimismo es importante señalar que ya existe **jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad Colombiana** relativa a la extinción de dominio y el contrabando aduanero.

2.2.1.1 Jurisprudencia del Contrabando Aduanero y la Extinción de Dominio

En relación al contrabando aduanero existe la sentencia dictada por la Corte de Constitucional de Colombia, identificada como C-194/98, la cual discute la naturaleza de la extinción de dominio frente al decomiso, en relación a mercancías incautadas cometiendo el delito de Contrabando Aduanero. A continuación se transcriben literalmente las partes conducentes:

“El carácter de la extinción del dominio es preferentemente patrimonial y constituye una conducta independiente de la infracción penal, frente a los hechos punibles imputables a la persona; mientras que el decomiso es una medida inmediata de carácter administrativo que no requiere "del agotamiento de todo un proceso, precisamente por cuanto está concebido para servir a los fines del mismo", en este caso, por expresa disposición del legislador ordinario, dicha autoridad es la "Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o la entidad que haga sus veces", sin perjuicio de la acción penal a que haya lugar frente a la comisión del hecho punible...²⁶”.

En este caso específicamente el actor argumentaba que: "el vicio de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados aparece evidente cuando la Carta Política ordena que esa declaratoria de extinción del dominio o del decomiso, se

²⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-194-98.htm> Fecha de consulta: 12/05/2015

pronuncie por sentencia judicial, lo que significa que el ordenamiento superior exige una actuación del órgano jurisdiccional competente, para que, mediante sentencia ejecutoriada, se extinga o retire la propiedad a su titular, debido a la irregular situación aduanera y de comercio exterior que perjudica al tesoro público, y se traslade al Estado²⁷".

La Corte de Constitucionalidad, en la motivación de la sentencia, cita jurisprudencia pasada, específicamente la sentencia C-374 de 1997 que literalmente establece "La extinción del dominio, como de lo dicho resulta, es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna.

El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social.

Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad.

²⁷ *Ibídem*,

Y es que el carácter de la extinción del dominio es exclusivamente patrimonial y constituye una consecuencia no penal sino económica de los actos imputables a una persona²⁸"

Dentro de la jurisprudencia antes citada se puede observar que la Corte de Constitucionalidad de Colombia discute ampliamente sobre la diferencia entre el decomiso y la extinción de dominio, pero además de ello es importante resaltar que Colombia es un país que ya ha aplicado la extinción de Dominio como consecuencia de la defraudación aduanera, el cual es el tema central de la presente tesis de maestría.

Lamentablemente dentro de la sentencia no se indaga a profundidad en relación a las consecuencias jurídicas de la extinción de dominio sobre la defraudación aduanera, pues únicamente se relaciona a que se extingue el dominio como consecuencia de ese ilícito penal.

2.2.1.2 Jurisprudencia de la Defraudación Aduanera y la Extinción de Dominio

En Colombia también existe jurisprudencia relativa a la extinción de dominio y la defraudación aduanera, tal es el caso de la sentencia C194/98 en la cual se analiza la constitucionalidad de una sentencia en la cual se extingue el dominio sobre bienes obtenidos a través del delito de defraudación aduanera.

En esta sentencia, al igual que en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad colombiana para el caso de la defraudación aduanera, se hace una diferenciación entre el decomiso y la extinción de dominio, en la cual dictamina de forma muy parecida a la sentencia anteriormente mencionada.

²⁸ *Ibidem.*

Lo importante de esta jurisprudencia es poder determinar que otros países ya han extinguido el dominio como consecuencia de la comisión de los ilícitos penales de defraudación y el contrabando aduanero.

2.2.2 Análisis comparativo con la República de Honduras.

El Congreso de la República de Honduras a través del Decreto 27-2010 ha aprobado la Ley sobre Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito.

Los antecedentes a la aprobación de dicha ley son:

- 1- La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Mérida, México en el año 2003 y ratificada por Honduras 30 de septiembre de 2005.
- 2- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ratificada por la República de Honduras el 30 de julio de 2003.
- 3- La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena, Austria el 20 de Diciembre de 1988 y ratificada por la República de Honduras el 11 de diciembre de 1991.
- 4- El Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos el Lavado de Dinero y Activos, relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, suscrito en Panamá el 11 de julio de 1997, entre otros.

La finalidad principal de la Ley es la lucha contra la criminalidad organizada de conformidad con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, así como en otros instrumentos internacionales aprobados por Honduras. Buscaba crear una ley que fuera un arma contra las actividades ilícitas que permitían el enriquecimiento ilícito, causando un enorme perjuicio a la sociedad.

Dentro de la Ley sobre Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito, en el artículo 11 se establece la Procedencia de la Acción de Privación Definitiva del Dominio y literalmente se establece:

“Artículo 11. Procedencia de la Acción de Privación Definitiva de Dominio. La acción de privación definitiva del dominio de los bienes, productos o instrumentos o ganancias procederá y será declarada la privación de éstos, mediante sentencia dictada por el órgano jurisdiccional, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se trata de bienes productos, instrumentos o ganancias que no tengan causa o justificación económica o legal de su procedencia u origen;
2. Cuando exista un incremento patrimonial sin justificación, en cualquier tiempo, sin que se pueda explicar su origen lícito de éste;
3. Cuando los bienes, productos, instrumentos o ganancias de que se trate provengan directa o indirectamente de actividades ilícitas, indistintamente si éstas, se han realizado en el territorio de la República de Honduras o en el extranjero;
4. Cuando los bienes, productos, instrumentos, ganancias o negocios de que se trate hayan sido utilizadas como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o sean destinadas a éstas actividades o cuando correspondan al objeto del delito;
5. Cuando los bienes, productos, instrumentos o ganancias de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros, que tenga su origen directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito;
6. Cuando los bienes, instrumentos, productos o ganancias de que se trate hubieran estado involucrados dentro de un proceso penal y el origen de éstos, su utilización y destinación ilícita no haya sido objeto de investigación, o

habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa;

7. Cuando los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia legal, pero que hayan sido utilizados o destinados para ocultar o mezclar bienes de origen ilícito;
8. Cuando el cualquier caso el afectado o interesado no se logre justificar el origen lícito del bien, producto, instrumentos o ganancias, que es objeto de persecución.
9. Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos, tarjetas de débito, cheques de viajero u otros instrumentos monetarios que no hayan sido declarados al salir o ingresar a la República de Honduras o cuando habiendo realizado la declaración exigida por la ley, exista falsedad en la misma con respecto a los bienes, de acuerdo a lo que establece la Ley Contra el Delito de Lavado de Activos; y
10. Cuando se trate de bienes, productos o instrumentos que se encuentren abandonados y transcurrido un mes, no se pueda establecer la identidad de su propietario.

También procederá la privación definitiva de dominio respecto de los bienes, productos, instrumentos o ganancias, objeto de sucesión por causa de muerte, cuándo éstos correspondan a cualquiera de los casos previstos en éste artículo²⁹.

Como se puede observar la ley hondureña de privación definitiva de dominio de bienes de origen ilícito no contempla como causal específica las actividades antijurídicas de contrabando y defraudación aduanera. La Ley contempla la extinción de dominio de bienes de origen ilícito pero no, específicamente dichas actividades, como si lo hace la ley guatemalteca.

²⁹ Ley sobre Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito, Decreto 27-2010 de la República de Honduras, artículo 11.

2.2.4. Análisis comparativo con los Estados Unidos Mexicanos.

De conformidad con la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22³⁰ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la extinción de Dominio procederá en el siguiente supuesto:

“La acción de extinción de dominio se ejercerá respecto de los bienes relacionados o vinculados con los delitos a que se refiere el artículo anterior, en cualquiera de los supuestos siguientes:

- I. Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;
- II. Aquéllos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito. Se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito y por mezcla de bienes, la suma o aplicación de dos o más bienes;
- III. Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito;
- IV. Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 22 constitucional y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño.”

Dentro de los supuestos contemplados en este artículo se incluye la extinción de dominio de bienes obtenidos como consecuencia de la comisión del delito de contrabando o defraudación aduanera, pues entra dentro de los supuestos generales

³⁰ Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

del artículo antes mencionado, al ser bienes que se obtienen como producto de un delito.

En México a diferencia de lo que sucede en Guatemala o Colombia, la Ley de Extinción de Dominio no es tan detallista respecto a los supuestos de procedencia de la extinción de dominio, sin embargo el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos si establece que el procedimiento de extinción de dominio es “jurisdiccional y autónomo del de material penal³¹” Sin embargo es importante resaltar que el proceso aduanero no es independiente entre cada uno de los estados mexicanos, sino que se encuentran sujetos a las reglas federales de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual le resta independencia al proceso de Extinción de Dominio como tal. Asimismo de la investigación realizada se determina que existe muy poco desarrollo jurisprudencial en relación a la extinción de dominio y los delitos aduaneros.

Se incluye como Anexo IV un Cuadro de Cotejo de las diferentes legislaciones Latinoamericanas analizadas en relación a la Extinción de Dominio

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 22.

CAPÍTULO 3

DE LA LEY CONTRA LA DEFRAUDACIÓN ADUANERA Y EL CONTRABANDO ADUANERO Y SUS REFORMAS

3.1 Naturaleza jurídica de la Defraudación y el Contrabando Aduanero.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos delitos, la doctrina no es conforme y existen diferentes opiniones al respecto:

“Con respecto a la naturaleza del delito de Defraudación aduanera, Héctor Molina, en su tesis de Licenciatura denominada “Análisis Jurídico de la Defraudación Aduanera Guatemalteca y los Efectos Legales que se dan en la Economía Nacional”, expone lo siguiente:

“Hay varios puntos de vista sobre la naturaleza de la defraudación aduanera:

- a) Hay quienes consideran que se trata un delito aduanero sui generis (...).
- b) Giuliani Fonruouge sostiene que la defraudación es una infracción tributaria que forma con otras (defraudaciones, omisiones de impuestos, etc.) un todo orgánico inseparable del régimen general de tributación; en este caso es considerado como un ilícito fiscal.

Se considera también como un delito contra la administración pública; esta corriente lo coloca dentro de los delitos comunes.

- c) Otra corriente (...) considera que la defraudación es una transgresión económica formal al mismo tiempo que infracción fiscal.

En cuanto a su naturaleza debe quedar asentado que los sujetos procesales determinan su calificativo de derecho público puesto que por un lado está la persona

incriminada, sindicada de la comisión de un ilícito penal aduanero, conducta que forzosamente debe restituir el daño causado con la aplicación y ejecución de una pena

De lo anteriormente expuesto, se considera que la naturaleza jurídica del delito de defraudación aduanera, es de naturaleza pública, porque se relaciona la administración pública, por ser una institución del Estado que tiene a su cargo la función de recaudación, control y administración de los recursos económicos, que forma parte de los bienes públicos de la nación, tal como se encuentra regulado en el artículo ciento veintiuno, inciso “g”, de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo cuatrocientos cincuenta y nueve, inciso tres del Código Civil Decreto ley ciento seis del Congreso de la República, formando el patrimonio económico de la República de Guatemala³².

Asimismo del análisis realizado por el autor Héctor Ramírez se logra concluir que la naturaleza jurídica del delito de defraudación aduanera es que es un delito de naturaleza pública ya que el fin último de la protección contra este delito es proteger la recaudación tributaria que está a cargo del Estado y que le permite cumplir con sus fines.

Ahora bien, con respecto al contrabando aduanero, la opinión de los autores respecto a la naturaleza jurídica está dividida:

- a) “Para algunos como Ricardo Núñez, Carlos A. Ferro, Maximiliano Consoli,...y otros, se trata de un delito aduanero *sui generis*, previsto en la ley especial a la cual infringe.

- a) En opinión de otros autores, el contrabando pertenece al ilícito fiscal. Guiliani Fonrouge sostiene que el contrabando es una infracción tributaria que forma, con

³² MOLINA RAMÍREZ, Héctor Enrique; Tesis: “Análisis Jurídico de la Defraudación Aduanera Guatemalteca y los Efectos Legales que se dan en la Economía Nacional”, Universidad San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, septiembre 2008, pag.44.

las otras (defraudaciones, omisiones de impuestos, etc.), un todo orgánico inseparable del régimen general de la tributación. Las personas fiscales son sancionadas y reprimen las trasgresiones a los preceptos jurídicos que tutelan la percepción de la renta fiscal como instrumento de la política económica-social del Estado.

- b) (...) Era un delito común. Dálbora, menciona a Pedro Medina y a Jorge como sustentadores del criterio de considerar el contrabando como delito común.
- c) En otra corriente doctrinaria el contrabando es una trasgresión económica formal al mismo tiempo que infracción fiscal. Dice Olivera, citando a Lindemann, que el delito económico es toda conducta punible enderezada contra la economía total y contra ramas y ordenaciones funcionalmente importantes de la economía, por lo que el derecho económico penal es la suma de las leyes penales cuyo objetivo es la protección de la economía total o sus ordenaciones fundamentales. Para Terán Lemas, los bienes jurídicos tutelados son la renta, el comercio y a industria nacional y el trabajo de los obreros³³.

De lo anteriormente expuesto se puede observar que la naturaleza jurídica del contrabando aduanero no es del todo clara y ha generado controversia a nivel doctrinario. Para algunos autores se trata de un delito aduanero sui generis, para otros el contrabando aduanero pertenece al ilícito fiscal, pero como conforma en conjunto con el derecho tributario un todo orgánico e inseparable.

De la investigación realizada se considera que la naturaleza jurídica del contrabando aduanero es un delito penal de naturaleza pública pues atenta directamente contra la institucionalidad del Estado. Los delitos de contrabando y defraudación aduanera forman parte del denominado Derecho Penal Tributario. En nuestro país el delito de

³³ FERNÁNDEZ LALANNE, Pedro, *"Derecho Aduanero"* Volumen II, Régimen Penal y Régimen Procesal, Ediciones Depalma, Año de 1966, Buenos Aires, Argentina, pág. 1021

contrabando aduanero tiene naturaleza fiscal y forma el conjunto con los otros delitos tributarios la rama de delitos que protegen la recaudación de impuestos.

3.2 Definición de Defraudación y Contrabando aduanero.

El concepto se divide en:

3.2.1 Defraudación Aduanera:

“Es toda acción u omisión por medio de la cual se evade dolosamente, en forma total o parcial, el pago de los tributos aplicables al régimen aduanero³⁴”.

Asimismo de conformidad con el Decreto No.58-90 del Congreso de la República “constituye defraudación la violación de las normas y aplicación indebida de las prohibiciones o restricciones previstas en la legislación aduanera, con el propósito de procurar la obtención de una ventaja infringiendo esa legislación³⁵”.

En virtud de las definiciones antes establecidas, se puede concluir que la defraudación aduanera es toda acción u omisión que tiene como finalidad evadir el pago de impuestos mediante la violación de las leyes aplicables en el supuesto específico de que se trate.

³⁴ Presentación de la SAT relativa al Contrabando y la defraudación aduanera, portal.sat.gob.gt/sitio/index.php/.../2660-jueces.html, visitado con fecha: 17/11/2014.

³⁵ Decreto No.58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero y sus reformas. Art. 1.

3.2.2 Contrabando Aduanero:

“Es la introducción o extracción clandestina al y del país de mercancías de cualquier clase, origen o procedencia, evadiendo la intervención de las autoridades aduaneras, aunque ello no cause perjuicio fiscal³⁶”

Asimismo de conformidad con el Decreto No.58-90 del Congreso de la República, constituye contrabando “la introducción o extracción del territorio aduanero nacional, de mercancías cuya importación o exportación está legalmente prohibida o limitada.³⁷”

Por otra parte el autor Pedro Fernández Lalanne, define el contrabando aduanero diciendo que “es todo acto u omisión tendiente a sustraer mercaderías o efectos a la intervención aduanera. En el contrabando hay clandestinidad u ocultación. Quien incurre en este delito procede subrepticia, furtivamente, obra con dolo³⁸”

De las definiciones anteriores se puede concluir que el contrabando aduanero consiste en aquella acción por la cual se introducen o extraen mercancías al país, por puntos territoriales no autorizados por las autoridades aduaneras, lo cual puede repercutir tanto fiscalmente como en otro tipo de controles, sanitarios, de propiedad intelectual, entre otros.

La razón principal subyacente del porque se crea el delito de contrabando aduanero alrededor del mundo surge de proteger las actividades generadoras de riqueza y proteger las arcas del Estado de dicha actividad que disminuye su recaudación. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de las autoridades, el contrabando aumenta cada año a nivel mundial, y a todo nivel, pues existe contrabando masivo que se hace a

³⁶ Presentación de la SAT relativa al Contrabando y la defraudación aduanera, portal.sat.gob.gt/sitio/index.php/.../2660-jueces.html, visitado con fecha: 17/11/2014.

³⁷ Decreto No.58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero y sus reformas. Artículo. 3

³⁸ FERNÁNDEZ LALANNE, Pedro. *Óp. Cit* pág. 1021.

través de organizaciones o empresas de transporte o ideándose otras formas de ingresar producto sin la debida intervención de las autoridades aduaneras.

Respecto a éste delito jurídico, el autor Pedro Lalanne también establece lo siguiente “El delito de contrabando se consuma con el eludimiento del derecho que incumbe al Estado por intermedio de su órgano o dependencia como es la aduana, para fiscalizar el ingreso a su territorio, o su egreso, de cualquier clase de mercaderías. Mediante ese control, sujeto a normas que exigen la entrada y salida de productos, frutos, materias primas, etc. A través de las fronteras, se realice en las dependencias aduaneras sitas en los lugares donde naturalmente desembocan las vías de comunicación con otros pueblos, como son los puertos, o en que los otros que designe la autoridad, la aduana hace cumplir la política tributaria del Estado – fundamentada en razones fiscales y de protección industrial – que establecen el tratamiento impositivo aplicable a los productos, bienes, animales, etc., es decir, a las a las mercancías en general.

Son principalmente razones de orden fiscal o económico las que motivan la actividad vigilante de la aduana, y de allí que el contrabando, como infracción o delito fiscal que es, a infringir las normas aduaneras (tributarias) que tienen su razón y sustento en la economía de la Nación, lesiona y atenta contra ella³⁹”

Tal y como se estableció para el delito de defraudación aduanera, el delito de Contrabando aduanero es también de naturaleza pública, pues busca proteger en primera instancia la actividad recaudadora del Estado. Sin embargo también busca proteger otros bienes jurídicos tutelados como lo son la salud, para impedir la introducción de mercancías prohibidas o que no cuenten con los registros sanitarios correspondientes, la propiedad intelectual, para impedir la introducción de mercancías que atenten contra derechos marcarios o patentados, protegidos por la ley, entre otros.

3.3 Características de la Defraudación y el Contrabando Aduanero.

³⁹ *Ídem*. Pág. 1033

Las características de estos ilícitos penales son las siguientes:

1. Son delitos que provienen de actividades ilícitas, antijurídicas, culpables y punibles.
2. Se encuentran regulados dentro de una ley específica, que es el Decreto número 58-90 del Congreso de la República “Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero” y sus reformas.
3. Si bien a los delitos le aplican las normas generales contempladas en el Código Penal y Procesal Penal, tiene reglas especiales relacionadas con el pago de tributos, que se encuentran contempladas en el artículo 16 de la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero.
4. Se encuentra regulados en Convenios Internacionales.
5. Son delitos de carácter personal.

Los delitos de defraudación y contrabando aduanero en los cuales se basa parte de la presente investigación cuentan con características muy similares pues ambos son delitos de naturaleza pública, que son creados para proteger la funcionalidad del Estado a través de la recaudación y que actualmente con la Ley de Extinción de Dominio permiten generar consecuencias patrimoniales contra los objetos con los cuales se cometa la actividad antijurídica como desincentivo a su comisión.

3.4 Causales para que se tipifique la Defraudación y el Contrabando Aduanero.

Las modalidades para que se considere la existencia de defraudación aduanera son las siguientes:

- “Realizar cualquier operación empleando documentos en los que se alteren las referencias a calidad, clase, cantidad, peso, valor, procedencia u origen de las mercancías

- Falsificar el conocimiento de embarque, la guía aérea, la carta de porte, la factura comercial, la carta de corrección o el certificado de origen o cualquier documento equivalente, sin perjuicio de la responsabilidad en que se incurra por el hecho mismo de la falsificación
- Sustituir mercancías exportadas o importadas temporalmente, al tiempo de efectuarse la reimportación o la reexportación.
- La utilización de mercancías importadas al amparo de una franquicia o reducción del pago de los tributos aplicables, en fines distintos de aquellos para los cuales fue concedida la franquicia o reducción.
- La enajenación, por cualquier título de mercancías importadas temporalmente, cuando no se hayan cumplido las formalidades aduaneras para convertir dicha importación en definitiva.
- La declaración inexacta de la cantidad realmente ingresada o egresada introducida al territorio aduanero nacional.
- La determinación del precio base de las mercancías objeto de subasta, con valor inferior al que corresponda.
- La omisión de declarar o la declaración inexacta de las mercancías o de los datos y requisitos necesarios para la correcta determinación de los tributos de importación, en pólizas de importación, formularios aduaneros u otras declaraciones exigidas por la autoridad aduanera para este efecto.
- Simular la importación, exportación, reexportación o acogerse a cualquier otro régimen u operación aduanera con el fin de obtener beneficios fiscales, tributarios o de cualquier otra índole que otorgue el Estado.

- Efectuar las declaraciones de mercancías consignando un valor en aduanas menor al precio realmente pagado o por pagar, con el ánimo de omitir total o parcialmente el pago de la obligación tributaria aduanera, mediante la aportación de datos inexactos en las declaraciones respectivas, sustentado en facturas u otro tipo de documentos comerciales o con documentos de transporte alterados o falsificados o que no correspondan a la transacción comercial efectuada.⁴⁰

Las modalidades para que se considere la existencia de contrabando aduanero son las siguientes:

- “El ingreso o la salida de mercancías por lugares no habilitados.
- La sustracción disposición o consumo de mercancías almacenadas en los depósitos de aduana, sean estos públicos o privados, o en recintos habilitados para el efecto, antes del pago de los derechos de importación correspondiente.
- El embarque, desembarque o transbordo de mercancías sin cumplir con los trámites aduaneros correspondientes
- La internación o extracción clandestina de mercancías, ocultándolas en dobles fondos, en otras mercancías, en el cuerpo o en el equipaje de las personas o bien usando cualquier otro medio que tenga por objeto evadir el control aduanero.
- La internación de mercancías procedentes de zonas del territorio nacional que disfrutan de regímenes fiscales exoneratorios o en cualquier forma privilegiados, en otros lugares del país donde no existen tales beneficios, sin haberse cumplido los trámites aduaneros correspondientes

⁴⁰ Decreto No.58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros y sus reformas, Artículo 2.

- La violación de precintos, sellos, puertas, envases y otros medios de seguridad de mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o que no estén destinadas al país.
- Quien las venda directa o indirectamente al público, en establecimientos comerciales o domicilios particulares y no pueda acreditar su importación legítima.
- El que las conduzca a bordo de un vehículo en tránsito aduanero sin estar manifestadas o cuya propiedad no conste en los respectivos documentos oficiales.
- La persona que se dedica a la prestación de servicios de transporte, si en sus bodegas existen algunas no originarias del país sin estar amparadas por los documentos de importación, internación o tránsito respectivos.
- El conductor de un vehículo en cuyo interior no se encuentren las mercancías en tránsito aduanero que debiera contener.
- Quien arribe de manera forzosa a un lugar que no se halle bajo control aduanero, sin dar cuenta, dentro de las veinticuatro horas siguientes de la ocurrencia de tal hecho, a la autoridad aduanera más cercana.
- El propietario de la mercancía el consignatario, Importador, el transportista o el conductor del vehículo, que realizando un tránsito aduanero declarado y autorizado, de una aduana de entrada a otra de salida, o traslado aduanero hacia zonas francas, almacenes fiscales o depósitos aduaneros, que no lo haga por la ruta fiscal o vía autorizada para el efecto por la autoridad aduanera; (acuerdo del Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria número 036-2001); abandone dicha ruta, con el propósito de descargar la

mercancía en lugar distinto del destino que declaró, ni concluya el tránsito aduanero dentro del plazo fijado en el documento que autorizó dicha operación aduanera; o no se presente para egresar la mercancía en la aduana de salida que declaró al ingresar al territorio nacional o que No ingrese la mercancía en el almacén fiscal o depósito aduanero, que consignó al ingresar al territorio nacional; o que habiendo declarado que la mercancía ingresada a territorio nacional se procesaría en zona franca, viola el régimen legal correspondiente.

- El agente aduanero que intervenga y actúe en la elaboración, presentación y liquidación de la póliza de importación, formulario aduanero, o de otros documentos necesarios para la autorización del tránsito o traslado de las mercancías, cuando éstas se lleven a otro destino, y omita informar a la Administración Tributaria que el tránsito o traslado no se realizó, o no se cumplió conforme a los destinos que fueron declarados y que autorizó la autoridad aduanera.
- El representante legal del almacén fiscal o depósito aduanero que habiendo emitido carta de aceptación para la recepción de las mercancías bajo el régimen aduanero que corresponda haya comunicado a la autoridad aduanera su compromiso de prestar este servicio; y al no concretarse el mismo omita comunicarlo a dicha autoridad.
- El propietario, en su caso, la persona que a título de arrendamiento, usufructuario, u otro, ejerce el dominio del inmueble en el que las autoridades competentes encuentren mercancías ingresadas al territorio nacional, provenientes del incumplimiento del tránsito o traslado declarado conforme el respectivo régimen legal aduanero.⁴¹

⁴¹ Decreto No.58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero y sus reformas. Artículo 4.

Como puede observarse, las causales para que se de la defraudación y el contrabando aduanero en nuestro país están determinadas en base a la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero. Corresponderá a las autoridades justificar que la causal ha acaecido para que la actividad ilícita se haya configurado. Sin embargo, en muchos casos el elemento de prueba es complicado de obtener y con ello poder probar que la actividad antijurídica ha ocurrido y como consecuencia de ello extinguir el dominio.

CAPITULO 4

ANÁLISIS DE LA DEFRAUDACIÓN ADUANERA Y DEL CONTRABANDO ADUANERO EN RELACIÓN A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

A lo largo de la presente tesis se han desarrollado tres temas introductorios al análisis principal del presente trabajo de investigación.

Dentro del capítulo I se realiza un análisis detallado de la extinción de dominio con la finalidad de determinar cual es su naturaleza jurídica, características, antecedentes y causales para que proceda la extinción de dominio en Guatemala, entre otros aspectos importantes.

Dentro del capítulo II se realiza un análisis comparativo de la Ley de Extinción de Dominio en Iberoamérica con la finalidad de compararlo con la legislación guatemalteca y verificar el desarrollo jurisprudencial en otras legislaciones.

Dentro del capítulo III se profundiza en relación a los delitos de defraudación y contrabando aduanero con el fin de entender su naturaleza jurídica, características y su relación con la Ley de Extinción de Dominio.

Dentro del capítulo IV se busca realizar un análisis de los delitos de defraudación y contrabando aduanero en relación a la extinción de dominio con el fin de lograr determinar los efectos y consecuencias que tiene la extinción de dominio en relación a los delitos de defraudación y contrabando aduanero.

4.1 Tipificación de la Defraudación Aduanera y el Contrabando Aduanero dentro de la Ley de Extinción de Dominio.

Dentro de la Ley de Extinción de Dominio, está definida como una actividad ilícita o delictiva tanto la defraudación como el contrabando aduanero, regulado dentro de la Ley Contra la Defraudación Aduanera y el Contrabando Aduanero tipificado en el Decreto 58-90 del Congreso de la República.

En este sentido es importante recordar que el Procedimiento de Extinción de Dominio por la actividad antijurídica de contrabando o defraudación aduanera es distinto a un Proceso Penal por la comisión de un delito de contrabando y defraudación aduanera. La diferencia estriba en que en el procedimiento penal se tiene que probar la comisión de un hecho delictivo, en cambio dentro del procedimiento de extinción de dominio se tiene que probar la relación de la comisión del delito con el enriquecimiento patrimonial como consecuencia de cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 4 de la ley de Extinción de Dominio, los cuales se citaron al inicio de la presente tesis.

Con la finalidad de hacer una correcta distinción de los dos procesos que pueden darse como consecuencia de la realización de actos de defraudación y contrabando aduanero, es importante delimitar cual es el proceso que se sigue para llevar a cabo la extinción de dominio, como consecuencia de la actualización del hecho generador contenido dentro de la ley en mención, que es la realización de contrabando y defraudación aduanera:

1. **Fase investigativa:** La acción comienza dentro de la Fiscalía de Extinción de Dominio del Ministerio Público, quien es el ente encargado de realizar la investigación respectiva sobre el posible enriquecimiento ilícito derivado de la comisión de actos antijurídicos. La fiscalía puede iniciar la acción como consecuencia de una denuncia o como consecuencia de un oficio enviado por alguna unidad de la Superintendencia de Administración Tributaria que presuma que se ha cometido algún delito que ha obtenido un resultado patrimonial beneficioso, o como consecuencia de un oficio policial que presuma la comisión delictiva.

La investigación no tiene límite de tiempo para poder realizarse y durará el tiempo que sea necesario. La finalidad de la fase investigativa es reunir toda la prueba necesaria para fundamentar la petición de la extinción de dominio ante el juez competente y también con el objetivo de identificar y recuperar los bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción de extinción de dominio.

Podrán utilizarse todos los medios y métodos que existen de investigación siempre y cuando no sean atentatorios de las garantías procesales previstas en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la fase investigativa existe el deber de colaboración de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Extinción de Dominio, que establece “En el desarrollo de la fase de investigación y en cualquier otra etapa, bajo advertencia expresa de procesamiento y sanción por el delito de obstrucción a la justicia, todo empleado, servidor o funcionario público y las personas individuales o jurídicas, públicas o privadas, están obligados a proporcionar, en el acto, la información o los documentos requeridos por el Fiscal General o el agente fiscal designado, sin necesidad de orden judicial previa, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencialidad, conforme a la ley (...)”⁴²

La información deberá entregarse en un máximo de 24 horas, bajo apercibimientos penales (delito de obstrucción de la justicia), administrativos, y civiles en que se pudiera incurrir.

La obligación de proporcionar información, y como consecuencia colaborar en la fase investigativa existe tanto para personas individuales como para personas jurídicas. Es importante mencionar una innovación que tiene la presente ley, pues establece una retribución de hasta el 5% de los bienes declarados en

⁴² Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Artículo 17.

Extinción de Dominio a las personas individuales o jurídicas que de forma eficaz contribuyan a la obtención de evidencias, tal y como se establece dentro del artículo 20 de la extinción de dominio⁴³.

Por su parte, las entidades públicas como por ejemplo la Superintendencia de Administración Tributaria, la Superintendencia de Bancos, el Registro General de la Propiedad, el Registro Mercantil General de la República entre otros, deben colaborar de forma gratuita e inmediata con la Fiscalía de Extinción de Dominio del Ministerio Público y sin necesidad de una orden judicial.

En la fase investigativa, y con la finalidad de conservar los bienes inmuebles, se podrán decretar medidas cautelares haciendo la anotación respectiva en el Registro General de la Propiedad. Asimismo se podrá embargar, secuestrar e inmovilizar las cuentas bancarias, títulos valores, y otra clase de bienes que se considere necesaria.

Es común que se solicite y se decrete dentro del proceso, como medida cautelar, la venta previa de bienes perecederos. Sin embargo el desarrollo del proceso de extinción puede ser extenso, por lo cual podrían deteriorarse o dejar de existir previo a que se pueda finalizar el proceso de extinción de dominio; por tal razón, el juez podrá decretar la venta anticipada de los bienes. Quien lleva a cabo este proceso es la Secretaría Nacional de Extinción de Bienes en Extinción de Dominio (SENABED⁴⁴)

⁴³ Ley de Extinción de Dominio, Decreto Número 55-2010 del Congreso de la República, artículo 20: Retribución para particulares. Las personas individuales o jurídicas que, en forma eficaz contribuyan a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, recibirán una retribución de hasta el cinco por ciento (5%) de los bienes declarados en extinción de dominio (...).

⁴⁴ La Ley de Extinción de Dominio, Decreto Número 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, entro en vigencia el 29 de junio de 2011 y su Reglamento contenido en Acuerdo Gubernativo Número 514-2011 que contiene el Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio, vigente desde el 31 de diciembre de 2011, en el Artículo 38 de la Ley de Extinción de Dominio, se creó crea la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio –SENABED-, como órgano ejecutor del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio -CONABED-, el cual está adscrito a la Vicepresidencia de la República de Guatemala.

2. **Fase procesal:** De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Extinción de Dominio la acción "(...) se iniciará y ejercerá de oficio por el Fiscal General o el agente fiscal designado, cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio y razonable sobre la concurrencia de una o más de las causales contenidas en el artículo 4 de la presente Ley⁴⁵". Dentro del artículo 4, en la literal "a" se establece que son causales de extinción de dominio, "cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en el territorio nacional o extranjero⁴⁶". Por su parte la ley contiene un apartado de definiciones que establece que se entiende por actividad ilícita o delictiva, tipificando como una de las actividades la defraudación y el contrabando aduanero.

Cuando ha concluido la investigación, si se determina que existen los fundamentos necesarios para llevar a cabo el proceso de extinción de dominio entonces se requerirá al Procurador General de la Nación que emita una resolución para designar y delegar al agente fiscal en ejercicio la acción en nombre del Estado. La razón por la cual existe una delegación de parte del Procurador General de la Nación radica en que la finalidad de la Ley es que el Estado recupere bienes a su favor. Sin embargo al momento de realizar la ley se determinó que la Procuraduría General de la Nación no tiene labor investigativa, por tal razón el legislador estableció que se realizara la delegación al inicio del proceso. Una vez delegada la acción deberá iniciarse en un plazo no mayor de 2 días exponiendo los fundamentos de la interposición.

Dentro de las 24 horas de presentada la acción, el juez de extinción de dominio deberá dictar la resolución admitiendo para su trámite y haciéndoles saber a quién es titular del bien contra el cual se dirige la acción, sus derechos dentro del proceso oral de extinción de dominio.

⁴⁵ *Ídem*, Artículo 13.

⁴⁶ *Ídem*, Artículo 4.

Después de haber dictado la resolución que admite para su trámite, las personas que pudieran resultar afectadas por la extinción de dominio, serán notificadas dentro de los 3 días de dictada la resolución. De no poderse realizar la notificación de forma personal, se hará dejando la notificación a la persona que se encuentre dentro del inmueble, fijando la notificación en lugar visible dentro del inmueble, o a través de los estrados del tribunal.

Después de la notificación se tienen dos días para comparecer al juzgado para señalar lugar para recibir notificaciones y para señalar el abogado que representa al titular del bien y se deberá celebrar audiencia en un plazo no mayor de 10 días después de haber dictado la resolución. En la audiencia se podrá interponer oralmente la oposición, medios de prueba, excepciones, entre otros. De no comparecer se tendrá por rebelde a quien es titular del bien contra el cual se dirige la acción a solicitud del Ministerio Público y el juez nombrará a un defensor judicial del Instituto de la Defensa Pública Penal, con el fin de velar por la legalidad de la acción para que no se viole ninguna garantía constitucional

Es importante resaltar que la única excepción previa que puede interponerse es la de falta de personalidad, la cual deberá resolverse en 3 días. Contra esta excepción cabe apelación. Asimismo también podrán interponerse excepciones perentorias las cuales se resolverán en sentencia.

El proceso se abrirá a prueba por el plazo de 30 días prorrogables excepcionalmente por el término de la distancia o cuando sin culpa del interesado haya sido imposible practicar las pruebas dictadas en tiempo. Se abrirá dicho plazo para el diligenciamiento de la prueba y se utilizará de forma supletoria las reglas establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Vencido el periodo de prueba se señalará día y hora para la vista la cual será notificada verbalmente y deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de 10

días, en la cual el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación y las otras partes expondrán sus conclusiones.

3. **Sentencia:** Concluida la vista se dictará sentencia en un plazo no mayor de 10 días en la cual se resolverán todos los incidentes, nulidades, excepciones, que se hubieran planteado dentro del proceso. La prueba se valorará de acuerdo a la sana crítica razonada y al principio de la preponderancia de la prueba o la balanza de probabilidades.

Tal y como establece el artículo 33 de la Ley de Extinción de Dominio la sentencia tiene por objeto declarar la extinción de dominio “de todos los derechos reales, principales o accesorios, y ordenará su transmisión a favor del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio. La sentencia firme que declare la extinción de dominio, además de valer como título legítimo y ejecutivo, tendrá por efecto que los respectivos bienes muebles e inmuebles, dinero, ganancias, frutos y productos financieros, se transfieran a favor del Estado a nombre del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio y que pasen al dominio de éste, para que proceda de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley. Por lo anterior, los registros públicos correspondientes están obligados a su inscripción para efectos de oponibilidad frente a terceros (...)”⁴⁷

La sentencia puede ser apelada, pero únicamente por la inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la Ley de Extinción de Dominio. La apelación debe ser resuelta en un plazo de 15 días, pero no suspenderá las medidas dictadas en sentencia.

La apelación también deberá llevarse de forma oral y como resultado de ella el juez podrá confirmar, modificar o anular la sentencia de primera instancia.

⁴⁷ *Ídem*, Artículo 33.

Dentro del desarrollo de todo este proceso se puede observar que el procedimiento de Extinción de Dominio es un procedimiento especial y distinto al proceso penal. Es decir, que dentro del Proceso para la extinción de dominio se busca probar la relación entre el delito y la obtención de los bienes no se busca probar el delito como tal, pues para ello existirá en procedimiento penal respectivo, sino que lo que se busca es probar que existen actividades ilícitas (y dentro de ellas puede ser tomado el contrabando y la defraudación aduanera) que han ocasionado un aumento patrimonial no justificado, y que como consecuencia, dichos bienes deben extinguirse a favor del Estado.

Se incluye como Anexo VI un diagrama del Proceso de Extinción de Dominio para poder visualizarlo de mejor forma.

4.2 Los bienes jurídicos tutelados en la Defraudación Aduanera:

Los bienes jurídicos tutelados de los delitos tributarios normalmente es la funcionalidad económica del Estado, manifestada en la actividad administrativa de la administración pública.

Para atender los bienes jurídicos tutelados de la defraudación tributaria, es importante hacer dos distinciones: 1. El bien jurídico tutelado será analizado según el Derecho Penal Tributario. 2. El bien jurídico tutelado será analizado según la Ley de Extinción de Dominio.

4.2.1 El bien jurídico tutelado de la Defraudación Aduanera según el Derecho Penal Tributario:

La regulación del delito de defraudación tributaria se encuentra establecido en el Decreto 58-90 del Congreso de la República “Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduanero”. Si bien es cierto que esta ley regula estos delitos específicos, los cuales no se encuentran dentro del Código Penal, eso no quiere decir que el Derecho Penal Tributario sea distinto al Derecho Penal, por lo cual su tratamiento al

ser un delito se hará a través del proceso penal ordinario, que se sigue para cualquier otro delito.

Doctrinariamente han existido muchas críticas relacionadas a la condena penal de conductas que atentan contra las finanzas públicas, en el sentido que dichos delitos tienen un bien jurídico tutelado muy distinto a los que rigen el Derecho Penal Ordinario. En tal sentido Ricardo Calvachini Cruz, citando a Yerra dice: “hoy en día, es criterio generalmente aceptado el que hay diferencias sustanciales entre el Derechos Penal Común y Penal Administrativo, una de cuyas ramas es el penal tributario. En el primero, el objeto lo constituyen los individuos y sus derechos individuales entre sí; y en este, el orden de la actividad administrativa en todas sus formas⁴⁸”. En derecho penal no solo se encarga de la protección del individuo, sino también de la conservación del orden público, dentro de lo cual se encuentra el orden administrativo.

El Estado para poder desarrollar sus fines necesita de recursos económicos, por lo cual la actividad financiera del Estado, depende básicamente de la recaudación tributaria. De conformidad con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 135, instituye que es deber de los guatemaltecos contribuir a los gastos públicos en la forma prescrita en la ley. Por su parte el Código Tributario en el artículo 14 define la obligación tributaria de la siguiente forma: *“La obligación tributaria constituye un vínculo jurídico de carácter personal, entre la Administración Tributaria y otros entes públicos acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella. Tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a menos que su cumplimiento se asegure mediante garantía real o fiduciaria sobre determinados bienes o con privilegios especiales. La obligación tributaria, pertenece al derecho público y es exigible coactivamente⁴⁹”*. La prestación a la que se obliga el contribuyente al actualizar el hecho generador es lo que permite que el Estado cumpla con sus fines.

⁴⁸ CALVACHINI CRUZ, Reinaldo, “*Los Delitos Aduaneros*”, Editorial Universidad San Francisco de Quito, Guayaquil, Ecuador, año 2012, Pág. 110.

⁴⁹ Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, Artículo 14.

Siguiendo el principio de legalidad, cada impuesto tiene un hecho generador, que al actualizarse genera para el Estado esta obligación tributaria a su favor. El tributo no puede ser una imposición arbitraria. Si el tributo es abusivo la misma Constitución Política de la República de Guatemala establece principios básicos que deben atenderse en el momento de su creación como lo es el principio de capacidad de pago o el principio de proporcionalidad, entre otros. El problema estriba en que mientras dicho impuesto no sea declarado inconstitucional en contra de esos principios, se mantendrá vigente y por tanto podrá ser exigible. En este sentido el impuesto será legal, pero no legítimo, pues la sociedad lo rechazará por ser injusto. Esta misma falta de legitimidad ocurre cuando el Estado recauda impuestos pero no los utiliza para los fines previstos, por actos de corrupción u otros similares.

De todo lo anterior puede concluirse que el bien jurídico tutelado que protege el delito de Defraudación Aduanera según el derecho penal es la funcionalidad económica del Estado, manifestada a través de las entidades gubernamentales que necesitan presupuesto para poder operar. Detrás de esa funcionalidad se encuentra el principio fundamental del Estado que es velar por el bien común, para lo cual necesita recursos.

4.2.2 El bien jurídico tutelado de la Defraudación Aduanera según la Extinción de Dominio:

El bien jurídico tutelado de la Defraudación Aduanera dentro de la Ley de Extinción de Dominio, atiende más al bien jurídico tutelado de la extinción de dominio que al bien jurídico tutelado del delito penal como tal. En este sentido debemos recordar que la Ley de Extinción de Dominio busca facultar al Estado para poder destinar a su favor derechos patrimoniales, con total independencia del proceso penal y buscando dentro del proceso de investigación, la certeza de que se han obtenido recursos como consecuencia de un comportamiento delictivo; es el comportamiento delictivo y el enriquecimiento no justificado lo más importante, sin necesidad de encasillarlo específicamente en un tipo delictivo.

Lo esencial de la acción de extinción de dominio es impedir que se continúe ejerciendo actividades ilícitas, obteniendo un enriquecimiento indebido; impedir que se continúe con una competencia desleal hacia los comerciantes que si respetan la ley e invierten correctamente sus recursos económicos y que asumen riesgos. Asimismo se busca frenar que los bienes y ganancias sirvan para la obtención de más recursos y alteren la economía nacional.

La Ley de Extinción de Dominio busca proteger varios bienes jurídicos tutelados, siendo el primero, el resguardar la seguridad del Estado evitando el principal incentivo que tiene la comisión de actos ilícitos, que es el enriquecimiento patrimonial; también busca proteger el comercio y la competencia justa, impidiendo que a través de actividades delictivas se haga una competencia desleal a los comerciantes industriales o se afecte actividades económicas

La finalidad de la Ley de Extinción de Dominio está dirigida a prevenir los actos delictivos y los efectos de la delincuencia, y transmitir un mensaje claro a la sociedad y a los delincuentes que no van a lograr el enriquecimiento a través de la comisión de delitos.

Por lo tanto se puede concluir que el bien jurídico tutelado del Delito de Defraudación Tributaria en relación a la Ley de Extinción de Dominio es la seguridad estatal y la protección al comercio legal.

4.3 El bien jurídico tutelado del Contrabando Aduanero:

Al igual que en el delito de Defraudación Aduanera, es importante distinguir la diferencia entre los bienes jurídicos tutelados del Contrabando Aduanero como Delito y el Contrabando Aduanero como actividad ilícita por la cual se puede extinguir el dominio.

4.3.1 El bien jurídico tutelado del Contrabando Aduanero según el Derecho Penal Tributario: En principio debemos establecer que el bien jurídico tutelado del contrabando aduanero es el orden económico y específicamente la funcionalidad patrimonial de la administración pública. El estado necesita recursos para poder sobrevivir y cumplir con una de sus premisas más importantes, que es velar por el bien común.

El control aduanero es muy importante para cumplir con la finalidad recaudadora del Estado, pues a través de ella se genera el pago de aranceles que aportan recursos al Estado.

En relación al contrabando, el delito consiste en la introducción al país de forma ilegal de mercancías sin pasar por los controles aduaneros. Este delito afecta varios bienes jurídicos tutelados, y no de forma exclusiva la recaudación tributaria. Además afecta la salud pública, pues la introducción de mercancías de forma ilegal, también repercute en los controles sanitarios que se tienen en las aduanas para verificar que las mercancías no estén adulteradas, vencidas o que tengan sustancias tóxicas que puedan ser perjudiciales para la salud. Asimismo afecta la industria y el comercio legal pues se ingresan mercaderías sin asumir el costo de los aranceles aduaneros y de los tributos que afectan a los comerciantes que actúan legalmente en su venta, y como consecuencia quienes evaden el control fronterizo pueden vender a precios mucho menores.

En tal sentido, el autor Fernando Calvachi Cruz establece: "...el contrabando no solo se extrae a afectar aspectos patrimoniales de la administración pública, sino que también abarca a su deber de control al comercio internacional, puesto que existen ilícitos aduaneros que no afectan la capacidad recaudadora del Estado. En el caso de particulares el delito lesiona a la industria y comercio nacionales y su afectación produce la pérdida de empleo, la generación de una economía subterránea, daños a la propiedad intelectual, la venta de mercaderías sin garantías para el consumidor final, y en general, causa un grave daño a la economía nacional. En vista de esas

consideraciones el orden económico y su protección penal abarca un espectro extensivo que incluye la administración pública y a la colectividad en general⁵⁰.

Por lo tanto se puede concluir que el delito de Contrabando Aduanero, dentro del Derecho Penal Tributario protege varios bienes jurídicos tutelados, siendo el principal la protección a la actividad recaudadora del Estado.

4.3.2 El bien jurídico tutelado del Contrabando Aduanero según la Extinción de Dominio:

Adicionalmente al análisis del bien jurídico tutelado del delito de Contrabando Aduanero según el Derecho Penal Tributario, se debe analizar el bien jurídico tutelado de éste delito en función a la extinción de dominio. Como ya se ha establecido en la presente tesis la Ley de Extinción de Dominio busca luchar de manera frontal en contra del crimen organizado. Esta norma busca desincentivar el objetivo principal de los actos ilícitos, que es la obtención de dominio sobre bienes, extinguiendo precisamente esos derechos. Por lo cual se puede intuir de un razonamiento lógico, que el bien jurídico tutelado del delito de contrabando aduanero en relación a la extinción de dominio, es luchar de forma directa contra el enriquecimiento producido por la comisión de actividades ilícitas, siendo la figura de la extinción de dominio un desincentivo a la comisión de actos vinculados a la corrupción, narcotráfico, evasión de impuestos y controles aduaneros, entre otros.

Por lo tanto al unificar tanto el bien jurídico tutelado del delito de contrabando aduanero y de la acción de extinción de dominio, se puede concluir que a través de dicho procedimiento se busca desincentivar la criminalidad que implica ingresar al país mercaderías procedentes de otros países, sin pasar por los controles aduaneros, extinguiendo a favor del Estado los bienes o vehículos utilizados para dicho ingreso de mercaderías y que posteriormente venderán en nuestro país. Adicionalmente también

⁵⁰ *Óp. Cit.*, CALVACHINI CRUZ, Reinaldo, “*Los Delitos Aduaneros*”, Pág. 110.

se busca desincentivar el no pago de impuestos al ingresar mercancías por puntos ciegos, protegiendo tanto la recaudación del Estado, y como consecuencia el bien común, que es el fin último que tiene el Estado en la utilización de los impuestos. Adicionalmente se protege la salud, pues se busca impedir el ingreso de mercancías ilícitas o no aptas para el consumo.

4.4 Análisis de sentencias relacionadas con de la Defraudación y el Contrabando Aduanero en relación a la Extinción de Dominio en Guatemala

Se procede al análisis de dos sentencias, de mucha relevancia para la presente tesis:

A. Proceso de Extinción de Dominio 01175-2013-0050.

Existen varios elementos importantes dentro de dicha sentencia objeto de análisis. En primer lugar el proceso es promovido por el Ministerio Público, especialmente por la Fiscalía de la sección contra el Lavado de Dinero y otros Activos, Unidad de Extinción de Dominio, lo cual demuestra que es el Estado quien promueve la acción y que existe un ente especializado en su investigación.

En dicha sentencia, la extinción de dominio procede contra un vehículo y contra varias cajas de mercadería surtida que se encontraban en el interior del vehículo de procedencia mexicana que eran transportadas y por un operativo policial detienen al conductor, quien no tenía la respectiva póliza de importación de la mercadería.

En el apartado de prueba del proceso se incluye como prueba indiciaria la presunción lógica que establece que si el señor que transportaba la mercadería no tenía la póliza de importación, entonces la mercadería proviene de la comisión de un delito del orden aduanero. Asimismo se incluye como prueba el certificado de propiedad del vehículo, la cual es completamente válida. En este caso es interesante observar que se adjunta como prueba la resolución que fue emitida por el Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Quetzaltenango,

con la cual se prueba que el imputado mediante sentencia en la vía del procedimiento abreviado se le otorgó el beneficio judicial del perdón judicial por el ilícito de contrabando aduanero en calidad de encubridor y que el vehículo le fuera incautado a esa persona por estar sujeto a lo que para el efecto decida el Juez de Primera Instancia de Extinción de Dominio.

Dentro del razonamiento que se hace de la sentencia se establece como los puntos más importantes:

- I. La naturaleza propia de la acción de extinción de dominio, va encaminada a establecer la procedencia lícita o ilícita de los bienes incautados y no la responsabilidad personal que pudiera corresponderle a los titulares de dichos bienes.
- II. Haciendo un análisis de los medios de prueba a través de la sana crítica razonada se establece que para valorar la prueba debe hacerse uso de los principios de la lógica, el sentido común, la experiencia y la psicología, y el principio de la preponderancia de la prueba o balanza de las probabilidades que consagra la Ley de Extinción de Dominio.
- III. Se transportaban ilícitamente mercadería de origen mexicano, la cual no efectuó el pago de los tributos aplicables al régimen aduanero consistentes en Derechos Arancelarios a la Importación y el Impuesto al Valor Agregado, ya que al momento que se elabora el Aforo –documento que determina los tributos y avalúos correspondientes a la mercancías- se establece que el valor de la mercadería asciende a la cantidad de veintiséis mil doscientos veintidós quetzales exactos (Q 26,222.00) dejando de percibir el fisco la cantidad de siete mil quinientos cincuenta y un quetzales con noventa y cuatro centavos (Q 7,551.94)
- IV. En el razonamiento final de la sentencia atendiendo a la sana crítica razonada y el principio de la preponderancia de la prueba o balanza de probabilidades se establece que la mercadería objeto de la presente acción de extinción de dominio proviene directamente de una actividad ilícita

relacionada con el contrabando aduanero, utilizando como medio o instrumento para la comisión de dicha actividad.

- V. El demandado no se opone a la acción de extinción de dominio sobre las mercaderías aduciendo que no eran de su propiedad y que solo las trasladó, pero si reivindica su derecho de propiedad sobre el vehículo. En tal sentido dentro de la sentencia se cita el principio de tercero de buena fe, el cual sin embargo no es aplicable al caso concreto en virtud que el vehículo fue traspasado hasta 2 meses después de haber iniciado el proceso de extinción de dominio, por lo cual es evidente la intención de simular un negocio y evitar la extinción de dominio, al trasladarse a un tercero que no tenía nada que ver dentro del ilícito y con ello tratarlo de hacer ver como un tercero de buena fe. De acuerdo al artículo 4 de la Ley de Extinción de Dominio, en este caso el vehículo fue utilizado como instrumento para la comisión de un acto ilícito, por lo cual es procedente la acción de extinción de dominio.
- VI. La acción de extinción de dominio fue declarada con lugar. Se solicita que se ponga a disposición del Consejo Nacional de Administración de Bienes de Extinción de Dominio, los bienes extinguidos.

Dentro de la sentencia objeto de análisis se resaltan varios temas importantes, como lo son el hecho que existe un ente especializado en la investigación de los elementos por los cuales se puede extinguir el dominio. Asimismo que el derecho de propiedad no es absoluto, y cuando con bien privado se ha delinquido o el mismo bien procede un hecho ilícito, se puede extinguir el dominio.

Asimismo es importante la alusión a la tercería de buena fe, las cuales deben demostrarse que no son una forma de simulación para no extinguirse el dominio.. Derivado de lo que ocurrió, en la sentencia se puede verificar que existe la posibilidad que el vehículo sobre el cual se extinguió el dominio si fuera propiedad legítima del conductor, pero hubiese incurrido en el error común de no realizar el traspaso del vehículo a tiempo y esa negligencia obró en su contra al no tenerse por demostrada la tercería de buena fe.

B. Proceso de Extinción de Dominio 01175-2013-00039:

Dentro del proceso de Extinción de Dominio en mención, se procede a la extinción de un vehículo y de un furgón. Los hechos relevantes del proceso, es que agentes de la Policía Nacional Civil pararon el vehículo, y al revisar el interior se dieron cuenta que el piloto se había dado a la fuga y que en el interior se encontraban once mil doscientos fardos de cigarrillos, por lo cual fue consignado el vehículo y los cigarrillos.

En este caso se utilizan como medios de prueba los indicios acaecidos, como el hecho que el conductor huyo, lo que hace presumir que tenía conocimiento de la comisión de un hecho ilícito y que no se tenía la documentación respectiva que amparara su importación al país.

Como prueba se presenta la acreditación de la propiedad del camión y el contrato de arrendamiento en el cual el dueño dio ese camión en arrendamiento con fecha previa al suceso.

El titular del camión se pronunció dentro de la presente sentencia como tercero de buena fe exento de culpa. Sin embargo se estableció que eso no ha sido demostrado fehacientemente la tercería de buena fe, en virtud que dentro de prueba acreditada se presentó la patente de comercio, en la cual no se establece que pueda darse en arrendamiento camiones, y no es parte del giro habitual de las actividades de esa entidad mercantil. La buena fe es un concepto que necesita ser ligado al concepto de responsabilidad y tomando en consideración que el propietario declaró que era la primera vez que contrataba con ese individuo, no tomo ninguna precaución al respecto, por lo menos para garantizarse la devolución del vehículo. Asimismo no existe ninguna constancia por ningún depósito de haberse pagado el arrendamiento. Dentro del camión se encontró una póliza que establecía que el camión transportaba papel hacia El Salvador.

La Ley de Extinción de Dominio busca recuperar a favor del Estado, aún sin condena penal, los bienes, ganancias y productos generados de actividades ilícitas o delictivas.

El proceso de extinción de dominio es independiente al proceso penal, es jurisdiccional, autónomo, de carácter real y de contenido patrimonial.

Este caso se resuelve en el sentido que se tiene por probado que el vehículo fue utilizado para la comisión de una actividad ilícita, sin que haya quedado debidamente probado la tercería de buena fe por lo anteriormente establecido.

En este caso es interesante verificar que no se entra a calificar específicamente que delito se estaba cometiendo, pues al juzgador de extinción de dominio, lo que más le interesa es verificar la comisión de una actividad antijurídica y que como consecuencia de haberla cometido ha existido, o se pretendía que existiera un aumento patrimonial.

4.5 Análisis de la importancia de fijar parámetros jurídicos para Extinguir el Dominio como consecuencia de los delitos de Defraudación o Contrabando Aduanero.

Dentro de la presente tesis uno de los objetivos es sentar parámetros jurídicos que puedan tomarse como referencia en el momento de decidir extinguir el dominio por los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero. En tal sentido se proponen los siguientes parámetros:

A. El bien jurídico general contra del cual se ha atentado:

Tal y como se expuso en el apartado 4.2 y 4.3 del presente capítulo de tesis el bien jurídico tutelado de los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero como parte del Derecho Penal Tributario, son distintos a los bienes jurídicos tutelados de la Ley de Extinción de Dominio.

En virtud de ello, el parámetro de análisis en el momento procesal oportuno y por un juez de dominio, será el bien jurídico tutelado que busca proteger la Ley de Extinción de Dominio. Como se expuso anteriormente, la Ley de Extinción de

Dominio busca ser una medida frontal contra la corrupción y contra el enriquecimiento que se produce como consecuencia del comportamiento antijurídico. Por lo tanto en base a la prueba presentada y a la prueba indiciaria que realice el juez a través de un razonamiento deductivo se podrá determinar si la actitud antijurídica del imputado, como consecuencia de realizar actividades de contrabando o defraudación aduanera ha llevado a un enriquecimiento, el cual se pueda extinguir a través de la Ley de Extinción de Dominio.

En este caso, el parámetro es que el juez pueda determinar si la conducta antijurídica viola el bien jurídico tutelado establecido en la Ley de Extinción de Dominio, o si viola el Bien Jurídico Tutelado del Delito de Defraudación o de Contrabando Aduanero, pues en el primer caso el procedimiento será de extinción, y en el segundo el procedimiento será penal.

B. La conducta típica y el resultado:

Tanto el delito de Contrabando como el delito de Defraudación Aduanera produce un daño al patrimonio público que tiene como resultado una menor recaudación tributaria, además de los otros ilícitos que pueden producirse, como violar normas sanitarias, violar derechos de propiedad intelectual o ingresar mercaderías ilegales al país.

Para analizar la acción típica y el resultado, es necesario verificar los casos especiales de Defraudación y Contrabando Aduanero y el resultado en relación a la Ley de Extinción de Dominio, que será la consecuencia patrimonial impuesta por dicha ley por la conducta ilícita

La Defraudación Aduanera es la acción u omisión de forma dolosa para evadir en todo o en parte el pago de impuestos. El contrabando Aduanero es la introducción o extracción de mercancías en un país evadiendo los controles aduaneros, aunque no se cause ningún perjuicio fiscal. En este sentido lo que es importante dentro del

proceso de extinción de dominio es que como consecuencia de la actitud antijurídica se haya obtenido un beneficio patrimonial.

Dentro del Decreto 58-90 del Congreso de la República, en los artículos 2 y 4 se establecen los casos especiales de defraudación y de contrabando aduanero los cuales tiene un resultado como consecuencia de la acción realizada.

Conducta típica de la Defraudación Aduanera: A continuación se explican las conductas típicas con las que se comete la Defraudación Aduanera y el resultado que tendrá en base a la Ley de Extinción de Dominio.

1. La realización de operaciones aduaneras, empleando documentos que alteren las referencias de las mercancías, en cuanto a la procedencia, clase cantidad, valor, peso entre otros. El resultado de ésta conducta en cuanto a la Ley de Extinción de Dominio será extinguir los bienes, que han pagado menos impuestos, como consecuencia de la alteración cometida.
2. La falsificación del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte, factura comercial entre otros. En este caso, el resultado será extinguir todo el producto obtenido como consecuencia de esa falsificación, con independencia que parte del producto si esté amparado con el documento respectivo; esto es porque el juez de extinción de dominio no tiene que probar exactamente que producto estaba amparándose en un documento total o parcialmente, y bastará con probar que la conducta fue antijurídica y que como resultado se obtuvo productos o ingresos que no corresponden a su realidad económica.

3. La sustitución de mercancías importadas o exportadas de forma temporal, al momento de realizarse la reexportación⁵¹ o la reimportación⁵². En este caso el resultado será extinguir el dominio de los bienes sustituidos, porque claramente se han sustituido para no pagar impuestos sobre los bienes que se quedaron dentro del territorio nacional que evidentemente son más valiosos que las mercancías sustituidas.

4. La enajenación de mercancías importadas temporalmente, que sean enajenadas cuando no se haya cumplido las formalidades para convertir la exportación en definitiva. En este sentido es importante recordar que en Guatemala existen situaciones que permiten la importación de mercancías de forma temporal. Un ejemplo de estos regímenes especiales es el establecido en la “Ley de Fomento y Desarrollo de la Actividad Exportadora y de Maquila”. Dentro de ésta ley en el artículo 12⁵³ se establecen los beneficios de la actividad exportadora o de maquila bajo el Régimen de Admisión Temporal, siendo uno de ellos la suspensión temporal del pago de derechos arancelarios e impuestos a la importación, incluyendo el IVA⁵⁴, entre otros, de materias primas, envases, etiquetas, maquinaria, equipo, accesorios, etc. El plazo de la de admisión temporal era por un tiempo determinado (de 1 a 10 años) contado a partir de la notificación de la resolución de la calificación realizada por el Ministerio de Economía, aunque dichos beneficios fiscales recientemente cambiaron al aprobar la Ley Emergente para la Conservación del Empleo, Decreto 19-2016 del Congreso de la República. En este caso, si como consecuencia de incumplir con la resolución del Ministerio de Economía se venden esas mercancías dentro

⁵¹ De conformidad con lo establecido por la Real Academia Española, la reexportar se puede definir como “exportar lo que se había importado”. <http://dle.rae.es/?w=reexportar&m=form&o=h>, visitado el 26/10/2015.

⁵² De conformidad con lo establecido por la Real Academia Española, la reexportar se puede definir como “importar en un país lo que ya se había exportado de él”. <http://dle.rae.es/?w=reimportar&m=form&o=h>, visitado el 26/10/2015.

⁵³ Ley de Fomento y Desarrollo de la Actividad Exportadora y de Maquila, Decreto 29-89 del Congreso de la República, Artículo 12.

⁵⁴ Toda referencia a IVA debe entenderse como Impuesto al Valor Agregado.

del territorio nacional, además del delito que se pueda haber cometido, el juez de extinción de dominio podrá extinguir a favor del Estado esas mercancías o beneficios económicos que han surgido como consecuencia de la comisión del delito.

Sin embargo es importante resaltar que de conformidad con el Decreto 14-2013 del Congreso de la Republica, el cual en su artículo 60 reformó el artículo 6 del Decreto Número 58-90 del Congreso de la República “Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero” el cual queda establecido de la siguiente forma: “**Artículo 6. De la constitución de delito.** La defraudación y el contrabando aduaneros constituirán delito cuando de la valoración que realice la autoridad aduanera se determine que el valor en Aduana de las mercancías involucradas en el acto **tenga monto superior al equivalente a tres mil pesos centroamericanos (\$CA 3,000.00) o exceda el tres por ciento (3%) del valor FOB total del embarque.** La Autoridad Aduanera aplicará el menor de los montos arriba indicados. En el caso de defraudación aduanera se constituirá el delito cuando medie intención de evadir tributos o infringir la legislación aduanera, siempre y cuando el valor de las mercancías supere el monto o porcentaje establecidos en este párrafo.

De no superar el monto al que se refiere el párrafo anterior, constituirá infracción tributaria y la misma se resolverá administrativamente, en la forma que al efecto establezca el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- para lo cual emitirá el Acuerdo respectivo, salvo el caso de excedentes de mercancías no declaradas para las que se aplicará el procedimiento establecido en la Ley Nacional de Aduanas. Sin embargo, la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- deberá proceder a la destrucción de las mercancías, cuando no pueda establecerse la propiedad de las mismas o no se cumpla con los requisitos no tributarios que se requieran tanto para su nacionalización como para su comercialización, así, como en los casos que de haberse excedido el monto indicado en el párrafo anterior, se hubiera incurrido

en los delitos de contrabando aduanero o casos especiales de contrabando aduanero. Se exceptúan los casos en que se documente con la declaración de mercancías el sometimiento a un régimen aduanero, en los cuales la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, previa verificación que se cumplió con todo el procedimiento de despacho aduanero hasta concluir con el levante de las mercancías, impondrá las sanciones respectivas y devolverá las mismas a su propietario. En todo caso, una vez verificados tales extremos, la destrucción se realizará en un plazo no mayor de diez (10) días, contados a partir de la fecha en que las instituciones del Estado competentes, hayan otorgado su anuencia para la realización de este acto.

La autoridad aduanera deberá mantener actualizada su base de datos para la consulta de precios de referencia, la cual deberá utilizar para la determinación del valor de las mercancías, de conformidad con el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994. La Autoridad Aduanera deberá poner el servicio de referencia de forma electrónica y gratuita a disposición de los contribuyentes

Como se puede observar, actualmente existen condiciones monetarias para que se entienda configurado el delito de Defraudación y Contrabando Aduanero.

5. La declaración inexacta de las mercaderías realmente ingresadas o egresadas al país. Esta es una conducta muy recurrente en aduanas por las cuales se comete el delito de defraudación aduanera. En este sentido en el artículo 41 de la Ley Nacional de Aduanas se establece: “**Excedente de mercancías.** Cuando con motivo de la verificación inmediata de las mercancías de una declaración se detecten excedentes no declarados, dicho excedente no constituirá delito, cuando de la valoración que realice la Autoridad Aduanera se determine que el valor en Aduana de las mercancías excedentes no declaradas sea igual o menor de los tres mil pesos centroamericanos (\$CA 3,000.00), o el tres por ciento (3%) del valor FOB total del embarque. La Autoridad Aduanera aplicará

el menor de los montos arriba indicados. En los casos de importaciones de mercancías a granel será aplicable lo establecido en el Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA). Cuando exceda de cualquiera de los valores establecidos en el párrafo anterior, la Autoridad Aduanera presentará la denuncia correspondiente en los casos que existan motivos para creer que el importador ha incurrido en un hecho ilícito o tuviere participación en él, con base en lo que para el efecto conste en la bitácora de riesgo que el Servicio Aduanero defina para el efecto, como el record fiscal aduanero y los documentos originales del proveedor o embarcador donde se acredite el error.

Se permitirá el retiro de la mercancía no declarada, si cumple con todos los siguientes requisitos: A. No sea un hecho constitutivo de delito; B. Se compruebe la propiedad de la misma; C. Se paguen los derechos arancelarios y demás impuestos correspondientes; D. Se cancele la multa e intereses aplicables; y E. Se compruebe el cumplimiento de las obligaciones no tributarias de las mercancías no declaradas. En el caso de mercancía declarada, el Servicio Aduanero continuará con el proceso de despacho respectivo.

En este caso existe obligación legal de denunciar el delito cuando se verifique que el excedente de mercancías dentro de una declaración no se produce por error sino que ya es una omisión voluntaria constitutiva de delito, por lo cual la denuncia ingresará al Ministerio Público quien tendrá la obligación de avisar dentro de la Fiscalía Especial de Extinción de Dominio para poder iniciar la investigación. Posteriormente si se determina que existe un supuesto por el cual se puede extinguir el dominio, entonces el Juez de Extinción de Dominio podrá extinguir el dominio sobre el excedente de las mercaderías ingresadas que han reportado un beneficio patrimonial al importador o exportador, como consecuencia del comportamiento antijurídico.

6. La obtención ilícita de algún permiso, licencia o concesión para importar mercancías total o parcialmente exentas o exoneradas de tributos. En este caso el Juez de Extinción de Dominio tendrá que verificar el beneficio económico que ha obtenido al importar esas mercaderías y podrá extinguir el dominio de los bienes adquiridos como consecuencia de la comisión del delito o podrá adquirir el dominio de bienes equivalentes, si ya no tuviera los bienes con los cuales se cometió el ilícito.

7. Usar una forma o estructura jurídica manifiestamente inadecuada para eludir impuestos. Se considera que esta causal tipificada dentro de la Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduanero⁵⁵, es un concepto controversial, pues teóricamente la elusión no es un delito. Doctrinariamente se considera la elusión como un acto lícito que aprovechándose de lagunas o incongruencias legislativas se utiliza para no pagar tributos. Al ser a través de actos lícitos no prohibidos por la ley, la elusión se convierte en una actitud antijurídica de muy difícil persecución.

En este sentido el autor Juan Bonzón Rafart, citado dentro de la monografía de Domingo Hernández Celis titulada *“La elusión, una ventana para no cumplir lícitamente las obligaciones fiscales, Análisis Crítico”*, establece que “las personas, ya sean físicas o jurídicas, son libres de instrumentar sus relaciones civiles o comerciales con otras personas, de la manera que consideren más conveniente, utilizando inclusive formas no previstas ni tipificadas por la ley (contratos innominados). Asimismo, las leyes tributarias toman muchas veces esos instrumentos y/o las relaciones jurídicas que los subyacen, como hechos imposables generadores de obligaciones impositivas. Las formas instrumentales elegidas por las personas para regular sus relaciones jurídicas, no deben ser necesariamente observadas y tenidas en cuenta por el fisco de igual manera, ya que éste, basado en el principio de la realidad económica, puede prescindir

⁵⁵Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, Decreto 58-90 del Congreso de la República Artículo 2 literal “L”.

de tales formas y valorar el negocio jurídico, acto o contrato empíricamente. El fisco puede determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, con prescindencia de la forma jurídica elegida por los contribuyentes para plasmar el negocio que subyace, sin necesidad de atacar o nulificar a ésta por inapropiada o simulada⁵⁶”.

En este caso el juez de Extinción de Dominio lo que buscará es verificar si como consecuencia de la elusión se ha obtenido un beneficio ilegal y en base a ello procederá a extinguir el dominio.

8. Tener en el país mercancías no originarias del país, en cantidades mayores a las amparadas por los documentos de importación respectivos. El Juez de Extinción de Dominio podrá extinguir mercancías que se han obtenido sin el respaldo respectivo o mercaderías equivalentes, que equiparen el lucro que se ha causado como consecuencia de la actitud antijurídica.
9. La omisión de declarar o la declaración inexacta de las mercancías o de los datos y requisitos necesarios para la correcta determinación de los tributos de importación en cualquier declaración exigida por la autoridad aduanera o la declaración inexacta del valor en aduanas, consignando un precio menor al realmente pagado o por pagar con el fin de omitir total o parcialmente el pago de tributos. Es muy importante resaltar que el término conceptual “valor” de una mercancía es un término complicado de ser verificado por la Superintendencia de Administración Tributaria, porque hasta cierto punto puede ser subjetivo. En dicho sentido el “valor” deberá determinarse de conformidad con los parámetros fijados por la Organización Mundial de Comercio. Ésta es una causa típica de defraudación aduanera que se comete con el fin de reducir la cantidad de impuestos a pagar y que tiene como consecuencia de la acción el resultado típico de enriquecerse a costa de no pagar los impuestos debidos. El juez de

⁵⁶<http://www.monografias.com/trabajos60/sistema-tributario-elusion-fiscal/sistema-tributario-elusion-fiscal2.shtml>, consultado con fecha: 22/10/2015.

Extinción de Dominio, como consecuencia de la conducta típica deberá verificar ese lucro ilícito y podrá extinguir el dominio.

Conducta típica de Contrabando Aduanero: A continuación explico las conductas típicas con las que se comete El Contrabando Aduanero y el resultado que tendrá en base a la Ley de Extinción de Dominio.

1. El contrabando aduanero ocurre cuando se introducen o extraen clandestinamente al país mercancías evadiendo el control aduanero. La conducta típica es la anteriormente descrita, y el resultado será obtener un enriquecimiento indebido y que el Juez de Extinción de Dominio proceda a extinguir los bienes obtenidos como consecuencia de la actitud antijurídica a favor del Estado.
2. La sustracción, disposición o consumo de mercancías almacenadas en los depósitos de aduanas, antes del pago del derecho de importación correspondiente. En este sentido los depósitos de aduanas son creados con la finalidad de guardar las mercaderías previo a su ingreso al país a través del pago de tributos. Su objeto no es que se consuman las mercancías en estos depósitos, por lo cual realizar esta conducta significará un detrimento a la Administración Tributaria que percibirá menos impuestos. Además de ser un delito esto es un acto que puede ser castigado por un procedimiento de Extinción de Dominio. En este caso el juez verificará el enriquecimiento obtenido ilícitamente.
3. El embarque, desembarque o trasbordo⁵⁷ de mercancías sin cumplir con los trámites aduaneros correspondientes, por lo cual se entenderá que no se encuentra declarado en el manifiesto de transporte. En este caso el resultado de esa conducta típica puede ser el detrimento en la recaudación tributaria,

⁵⁷ La palabra trasbordo según la Real Academia Española es: "Trasladar efectos o personas de una embarcación a otra". <http://dle.rae.es/?id=aIPqbUd>, Consultado con fecha: 15/08/2016.

pero también el detrimento de otros bienes jurídicos tutelados como el comercio o la salud. En virtud que el procedimiento de extinción de dominio lo que busca verificar es que haya existido un enriquecimiento patrimonial e injustificado como consecuencia de una actividad antijurídica, extinguirá el dominio de esos bienes o de bienes equivalentes con los cuales se ha enriquecido ilícitamente.

4. La internación o extracción clandestina de mercancías ocultándolas en doubles fondos, en otras mercancías, en el cuerpo del equipaje o de cualquier otra forma que tenga por objeto evadir el control aduanero. En este sentido se considera que ésta causal es bastante complicada de probar; sin embargo el Juez de Extinción de Dominio debe realizar su análisis en base a los principios de la Sana Crítica Razonada interpretando de acuerdo a la lógica, la experiencia y el sentido común la intención de enriquecerse ilícitamente. En este sentido el juez de extinción de dominio tendrá que evaluar los resultados de la actuación y aplicar la respectiva consecuencia establecida dentro de la ley.

5. La internación de mercaderías procedentes de zonas dentro del territorio nacional que disfrutaran de regímenes fiscales especiales exoneratorios o privilegiados de cualquier otra forma, a otros territorios que no gocen de dichas exenciones, sin cumplir con los trámites aduaneros correspondientes. Respecto a este caso específico se puede ejemplificarlo con la Ley de zonas francas de Guatemala, que establece en el artículo 2, que se entiende por zona franca: “el área de terreno física delimitada, planificada y diseñada, sujeta a un Régimen Aduanero Especial establecido en la presente Ley, en la que personas individuales o jurídicas se dediquen indistintamente a la producción o comercialización de bienes para la exportación o reexportación, así como a la prestación de servicios vinculados con el comercio internacional. La Zona Franca estará custodiada y controlada por la autoridad aduanera⁵⁸”. Asimismo

⁵⁸ Ley de Zonas Francas, Decreto Ley 65-89 del Congreso de la República, Artículo 2.

en la misma ley en el artículo 21 se establecen los incentivos a las zonas francas, y dentro de ellos está la exoneración de impuestos, derechos arancelarios, del Impuesto Único sobre inmuebles, del impuesto del papel sellado y timbres entre otros. Previamente existía una exoneración del Impuesto al Valor Agregado, sin embargo esta circunstancia recientemente se modificó en la república de Guatemala con la entrada en vigencia del Decreto 19-2016 del Congreso de la República, Ley Emergente para la Conservación del Empleo, el cual reformó el Decreto 29-89 del Congreso de la República “Ley de Fomento y Desarrollo para la Actividad Exportadora y de Maquila”.

Por tanto, en relación a la extinción de dominio, si por alguna circunstancia se internan mercaderías dentro del territorio aduanero deben pagarse los impuestos correspondientes, y de lo contrario no solo se habrá cometido el delito de contrabando aduanero, sino además por el comportamiento antijurídico, el juez de extinción de dominio podrá llevar a cabo ese procedimiento.

6. El lanzamiento al mar o dentro del territorio del país, de mercancías extranjeras con el objeto de utilizarlas y evadir a las autoridades extranjeras. En este caso el juez de extinción de dominio será el encargado de verificar el comportamiento ilícito y el beneficio económico que ha obtenido como consecuencia de ese comportamiento, con la finalidad de poder extinguir el dominio de los bienes que ha obtenido con ese lucro ilegal o bienes equivalentes de conformidad con lo que regula la ley.
7. La violación de precintos, sellos, puertas, envases, y cualquier otro medio de seguridad de mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o que no estén destinadas al país. En este caso realizar esta violación es un delito, pero además será una forma en que se podrán beneficiar económicamente los infractores, por lo cual el juez de Extinción de Dominio le

corresponderá analizar si dicha violación ha producido un lucro injustificado y de ser así darle trámite al procedimiento de Extinción de Dominio.

8. Realizar cualquier otra forma de ocultación de mercancías al tiempo de ser introducidas o sacadas del territorio aduanero nacional y al momento de verificar todas las obligaciones tributarias, o durante las operaciones de registro o en el acto de aforo, que consiste en aquella acción u operación de determinar correctamente que impuestos corresponden y calcularlos. En este caso claramente se demuestra que para la comisión del delito tiene que existir dolo, pues se ocultan intencionalmente las mercancías y además existe una relación directa entre la ocultación de las mercaderías y el beneficio económico por no pagar impuestos por el cual el Juez de Extinción de Dominio podrá proceder.

C. El sujeto activo y pasivo:

Tal y como establece Reinaldo Calvachini Cruz respecto a los delitos tributarios “Desde la perspectiva de la obligación tributaria, el sujeto activo es el ente acreedor del tributo, en definitiva, la administración pública en general, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica obligada legalmente al cumplimiento de prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como responsable. La ley también hace extensiva la consideración de sujetos pasivos a las herencias yacentes, a las comunidades de bienes y a las demás entidades, que sin tener personalidad jurídica constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente, de los de sus miembros, que sea susceptible de imposición. El contribuyente es quien está obligado legalmente a cumplir la prestación tributaria por la verificación del hecho generador, y el responsable es la persona que sin ser contribuyente debe cumplir legalmente las obligaciones atribuidas a éste⁵⁹”.

⁵⁹ CALVACHINI CRUZ, Reinaldo. *Op.Cit.*, pág. 109.

Como se puede observar en el texto del párrafo anterior, el sujeto pasivo de la relación tributaria atenderá principalmente a quien ha actualizado el hecho generador y como consecuencia de ello tiene que pagar el tributo, pero también puede ser sujeto pasivo quien es designado como responsable por la ley.

Desde la perspectiva del Derecho Penal Tributario el mismo autor Reinaldo Calvachini Cruz establece: “Desde la perspectiva penal, el sujeto activo de la infracción es el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente, por lo tanto el sujeto pasivo de la obligación tributaria se convierte en sujeto activo del ilícito tributario. El tipo descrito en la ley no hace referencia alguna a la calificación del sujeto activo, por lo tanto es a indeterminada persona siempre y cuando, esta sea contribuyente o responsable y haya adecuado su conducta al tipo descrito en la ley tributaria⁶⁰”. En este sentido el sujeto activo de una conducta delictual, es el contribuyente o responsable que dolosamente comete el delito establecido en la Ley.

En la legislación guatemalteca el Contrabando y la Defraudación Aduanera son delitos que acarrear penas desde un año hasta diez años de cárcel según sean autores, cómplices o encubridores.

Con respecto a la Ley de Extinción de Dominio debemos analizar quien es el sujeto activo dentro del proceso. En este caso será el sujeto activo el Estado como titular de la acción de extinción de dominio como una forma de resarcirse del comportamiento antijurídico y lesivo hacia el Estado. El Estado a través de la fiscalía de Extinción de Dominio dentro del Ministerio Público es el ente encargado de realizar la labor investigativa y de ejercitar la acción. Será el órgano jurisdiccional quien decidirá imparcialmente la sentencia sobre la pretensión de Extinción de Dominio en base a lo alegado y probado.

⁶⁰ *Loc. Cit.*

D. Tercerías de buena fe:

Dentro de la Ley de Extinción de Dominio se establecen en varios artículos las tercerías de buena fe. Es decir que el proceso de Extinción de Dominio procede con independencia de quien esté ostentando la posesión sobre el bien mueble o inmueble, salvo lo relativo a los terceros de buena fe, quien se considerarán como tal si están exentos de culpa o simulación en el negocio.

Será considerado como Tercero de Buena Fe “(...) el propietario o poseedor de los bienes, ganancias o instrumentos adquiridos, capaz de garantizar y demostrar que la adquisición es lícita y ha cumplido con su deber de vigilancia de la cosa, y que no se trata de negocio simulado para ocultar el origen ilícito o delictivo, o el verdadero propietario, su destino...⁶¹”. Es decir, para demostrar que se es un tercero de buena fe hay que demostrar en juicio que no tiene nexos con los bienes adquiridos ilícitamente y que desconocía completamente que con sus bienes se estuvieran realizando hechos delictivos (sucede sobre todo con las empresas de transporte de personas o mercancías). Asimismo es importante que el tercero de buena fe no sea reincidente y que haya tomado la debida diligencia en evitar que volvieran a suceder los hechos delictivos.

Dentro de la entrevista realizada al Juez de Extinción de Dominio, el Licenciado Marco Villeda, expuso un caso justamente en relación a este asunto, en el cual él se enfrentó al propietario de una empresa de transporte a quien se le estaba extinguiendo el dominio sobre uno de sus autobuses que utilizaba para transportar pasajeros, en virtud que dentro del equipaje se habían encontrado mercancías que no habían cumplido con los controles aduaneros respectivos. En este caso el propietario de la empresa de transporte alegó tercería de buena fe en desconocimiento de lo que hacían los choferes que manejaban el vehículo. Sin embargo la tercería fue declarada sin lugar pues era la cuarta vez que se descubría

⁶¹<http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC%5CNov2011%5CEXTINCIION%20DE%20DOMINIO%20CC%20IV.pdf>, Consultado con fecha: 24/10/2015

el mismo autobús, con el mismo chofer cometiendo el ilícito. Se declaró la extinción de dominio sobre el autobús y el razonamiento estribó en que para alegar tercería de buena fe se tiene que probar que el tercero ejerció un deber de cuidado para evitar que sus bienes fueran utilizados para la comisión de actos ilícitos, lo cual no sucedió en el caso expuesto.

E. Análisis del objeto material de la acción:

Dentro de los delitos tributarios el daño que se produce es al orden patrimonial, a la administración pública y a los controles sanitarios. El objeto material de la acción dentro del Delito de Contrabando Aduanero se contrae no solo a no pagar los tributos sino además a evadir los controles sanitarios y de propiedad intelectual. Los instrumentos con que se comete éste delito es con las mercaderías objeto de contrabando que se introducen o extraen del país sin pasar por los controles aduaneros respectivos. Por ello dentro del proceso penal tributario el objeto de la acción debe ir encaminado a probar la existencia de esa mercadería sin haber pasado por los controles aduaneros correspondientes.

El objeto material de la defraudación tributaria puede establecerse de dos parámetros: “el objeto jurídico que no es sino el bien jurídico protegido lesionado por la acción y su efecto y en el delito de defraudación; por lo tanto su efecto se contrae a la no recaudación del tributo. Esta clase de delitos económicos, son en general, de una mayor complejidad, ya que para adecuar la conducta al tipo legal se puede utilizar, una serie de argucias e incluso cometer otros delitos conexos que pueden ser, delitos medios para llegar al delito fin, entonces, puede haber falsificaciones, suplantaciones de identidad, en fin, distintas formas, de alterar la verdad que no necesariamente puede coincidir con los casos de defraudación descritos en el...Código Tributario⁶²”.

⁶² CALVACHINI CRUZ, Reinaldo. *Op.Cit.*, pág. 67.

A diferencia de lo que sucede con el delito de contrabando aduanero, en el delito de defraudación tributaria, el objeto material se contrae al no pago de tributos.

El objeto material de la acción de extinción de dominio será proteger al Estado y a los particulares de los beneficios económicos que pueden tener distintas actividades ilícitas. El objeto material de ésta acción en relación a la Defraudación y el Contrabando Aduanero será la protección a la salud, a la competencia desleal y al enriquecimiento indebido por la comisión de delitos.

F. Análisis de Convenios Internacionales aplicables:

Guatemala ha suscrito varios convenios internacionales los cuales son relevantes dentro del proceso de extinción de dominio. Los Convenios Internacionales en nuestro país tienen vigencia como derecho positivo y por ello es importante tomarlos como referencia.

1. Convención de Viena de 1988:

La Convención de Viena de 1988, es una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, y Sustancias Psicotrópicas, la cual establece en el artículo V, lo relativo al decomiso. Este es un antecedente claro de la Ley de Extinción de Dominio, de productos derivados de la actividad ilícita o bienes de valor equivalente, así como de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El artículo 15 establece el procedimiento para llevar a cabo el Decomiso de bienes. Es importante mencionar estos convenios, pues de acuerdo a la legislación guatemalteca, son derecho positivo que puede ser aplicado.

2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y Transaccional y sus protocolos:

Dentro de la Convención Internacional mencionada se establecen definiciones importantes, como lo es la definición de embargo preventivo y decomiso. Establece las consecuencias del blanqueo de productos provenientes del delito, y el decomiso y la incautación como temas relevantes para ser aplicados dentro de proceso de extinción de dominio.

Dentro de éste tratado, y dentro de los demás mencionados en éste exposición se establece la cooperación internacional para fines del decomiso. Este principio es sumamente importante pues podría ayudar en aquellos casos en que se han sacado los bienes del país, como forma de protección a un patrimonio obtenido ilícitamente. Lastimosamente, aun entre países firmantes del convenio no siempre los países están dispuestos a cooperar.

Los protocolos incluidos dentro de la Convención son los siguientes:

- A. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- B. Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Estas dos convenciones, sin embargo, no generan aportes conceptuales importantes para la figura de la Extinción de Dominio.

3. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

En esta Convención también se establecen antecedentes de la Ley de Extinción de Dominio. Dentro del artículo 20 se establece lo que se entiende por enriquecimiento ilícito, el cual se da cuando existe un incremento significativo del patrimonio de un funcionario público, respecto de sus ingresos legítimos que no puedan ser

razonablemente justificados por él. En este caso sugiere que las legislaciones internas tomen medidas al respecto.

El artículo 31 de dicha Convención establece lo relativo al embargo preventivo, la incautación y el decomiso, con la finalidad que cada ordenamiento jurídico interno de cada estado parte adopte las medidas que sean necesarias para aprobar el decomiso, de bienes obtenidos como consecuencia de la comisión de delitos o que hayan sido utilizados o destinados en la comisión de delitos.

Dentro de éste Convenio se establecen muchas directrices que sirven de base en la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio.

4. Recomendaciones de la GAFI:

Las recomendaciones del GAFI son sobre los estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Dentro de las recomendaciones establece el decomiso como medida para desincentivar los ilícitos que producen enriquecimiento indebido. Estas son recomendaciones generales y cada país será el encargado de decidir si las aplica o no las aplica.

4.6 Consecuencias jurídicas de la Extinción de Dominio como consecuencia de la Defraudación y el Contrabando aduanero.

En virtud que dentro de la presente tesis ya se han abordado los temas más relevantes que conlleva la extinción de dominio en relación a los Delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero, ahora es importante analizar las consecuencias jurídicas que conlleva el extinguir un bien propiedad de una sociedad mercantil o de una persona individual.

En tal sentido es importante tomar en cuenta que tanto una sociedad, como una persona individual puede tener dentro de su patrimonio bienes que puedan ser objeto de extinción de dominio, pues siempre y cuando realice la actitud delictiva establecida dentro de la Ley de Extinción de Dominio dentro de la cual existió un beneficio patrimonial será posible realizar el procedimiento de extinción de dominio.

Extinguir el dominio tiene como consecuencia directa afectar el estado patrimonial de la persona individual o jurídica, pues extingue a favor del Estado el dominio sobre el bien adquirido ilícitamente o sobre el bien que ha ayudado a cometer la actividad antijurídica, pero además de ello tendrá otras consecuencias de importancia, las cuales son discutidas en dentro de ésta sección de la tesis. A continuación se especifican las situaciones en las cuales las consecuencias serán más relevantes.

4.6.1 Consecuencias Penales:

Como ya se ha dejado claro dentro de la presente tesis, el proceso penal y el proceso de extinción de dominio son dos procesos distintos, e independientes el uno del otro.

El proceso de extinción de dominio no establece una pena, como si lo hace el proceso penal, sino que tiene como resultado una consecuencia patrimonial derivado de la conducta antijurídica.

Sin embargo, a pesar que no se relaciona directamente con el proceso penal, si tiene como consecuencia, que al ser investigado por la Fiscalía Especial de Extinción de Dominio del Ministerio Público, ésta fiscalía también remitirá el expediente correspondiente para que se realice la averiguación relacionada con la comisión del delito de contrabando o defraudación aduanera. Asimismo, también puede suceder que se descubra la comisión del delito de contrabando aduanero por miembros de la Policía Nacional Civil y en ese caso se pondría sobre aviso al Ministerio Público tanto para iniciar la acción penal correspondiente, como la acción de extinción de dominio.

Dentro del proceso penal será investigada la comisión del delito de Contrabando Aduanero y Defraudación Aduanera contemplado en el Decreto 58-90 del Congreso de la República. Será condenada la persona individual que cometió el delito, pero también podrán ser condenados los representantes legales de las sociedades en virtud de lo que dice el artículo 38 del Código Penal “En lo relativo a personas jurídicas, se tendrá como responsable de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en éste código para las personas individuales⁶³”.

La Pena que conllevará uno de éstos delitos será:

- Para los autores de 7 a 10 años.
- Para los cómplices de 2 a 4 años y
- Para los encubridores de 1 a 2 años.

4.6.2 Consecuencias a Nivel Mercantil:

El derecho mercantil se distingue por regir la actividad de los comerciantes individuales o jurídicos.

Los delitos de contrabando o defraudación aduanera se caracterizan por ser delitos que generalmente se dan entre comerciantes que son a quienes les interesa buscar mecanismos, inclusive si son ilegales, para evadir el pago de impuestos.

Tanto las personas individuales, en el ejercicio de una actividad mercantil o comercial, como una persona jurídica, que actúa a través de sus representantes legales y toma decisiones a través de su asamblea de accionistas, se verán sumamente afectados por un proceso de extinción de dominio, en virtud que podrán perder un elemento de

⁶³ Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, Artículo 38.

su patrimonio que puede tener vital importancia para el ejercicio de su actividad mercantil.

Dentro de las sentencias que se analizaron en el anterior capítulo, relativas al proceso de extinción de dominio, que fueron resultado de la presunta comisión del delito de contrabando aduanero, se tiene como característica que se extingue el dominio de un medio de transporte que le servía al transportista en el ejercicio de su actividad económica. Extinguir el dominio sobre un bien importante para el negocio es muy complicado para el una persona individual o jurídica en el ejercicio del comercio, pues puede que por ese elemento su negocio fracase o que el propietario del medio de transporte sobre el cual se extingue el dominio todavía deba parte del precio del bien. Asimismo en el caso de extinguirse el dominio sobre mercancías, es común que los comerciantes ya tengan compradores para las mismas y que como consecuencia de la extinción pierdan a sus potenciales clientes.

A pesar que todo esto es perjudicial para el comerciante, es beneficioso para la nación y para el combate a la delincuencia organizada, el narcotráfico y en general todas aquellas actividades ilícitas que perjudican la seguridad nacional, la recaudación tributaria, el comercio lícito y la competencia justa entre comerciantes.

4.6.3 Consecuencias a Nivel Societario:

A nivel de sociedad, la extinción de dominio derivada de las actitudes ilícitas de contrabando y defraudación aduanera, puede traer consecuencias graves y muy variadas. En nuestro país el 99% de las sociedades que se conforman son sociedades anónimas, por lo cual las tomaremos de ejemplo para detallar las consecuencias que pueden darse.

- **Capital social:**

Primero que nada es importante recordar que una sociedad necesita tener capital mínimo para poder constituirse. El capital de una sociedad puede ser conformado por dinero en efectivo o por medio de aportaciones no dinerarias (de bienes).

En el caso de las aportaciones no dinerarias y de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Código de Comercio de Guatemala, establece que serán los socios quienes detallarán y justificarán las aportaciones no dinerarias.

Los socios serán solidariamente responsables ante la sociedad y ante terceros por el exceso de valor que se hubiere asignado a los bienes y por los daños y perjuicios causados, quedando obligados a reponer el faltante. En el supuesto que uno de los bienes sobre lo que se haya extinguido el dominio, sea un bien que forme parte del capital pagado de la sociedad, por analogía de lo que dice este artículo, los socios quedarán solidariamente responsables ante terceros, pues les puede causar perjuicios, sobre todo si el tercero es una entidad bancaria, que ha tomado como referencia el capital de la sociedad al momento de otorgar un préstamo.

Si el bien sobre el cual se ha extinguido el dominio conforma parte del capital social pagado, habrá que analizar qué porcentaje del capital representaba, en virtud que dentro de las causales de disolución total de la sociedad está la pérdida del 60% del capital social pagado. Es muy común que dentro del capital social se hayan aportado bienes que sean importantes para el giro ordinario de la sociedad, por lo cual haberlo perdido puede significar disolver también la sociedad si no se soluciona inmediatamente la pérdida de capital social.

- **Patrimonio social:**

Cuando la sociedad ya se encuentra constituida, al iniciar su giro social empieza a formar un patrimonio, el cual no necesariamente debe ser igual que el capital social.

El patrimonio de la sociedad es variable. Dentro del patrimonio social puede tener bienes que pueden verse sujetos a un procedimiento de extinción de dominio por los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero, los cuales afectarán el giro ordinario de la sociedad.

- **Acciones:**

Dentro la Ley de Extinción de Dominio se establece que puede extinguirse el dominio sobre las acciones de una sociedad. Este es un tema controversial en el sentido que dentro de las escrituras constitutivas normalmente existen limitaciones a la transferencia de acciones a terceros ajenos a la sociedad. En este caso, quien pasaría a ser titular de las acciones procedentes de la extinción de dominio sería el Estado.

Esto causaría problemas a la sociedad, y sería ciertamente una situación extraña para los accionistas y para el ejercicio social.

Asimismo dentro de la Ley de Extinción de Dominio se estableció dentro de las disposiciones finales, transitorias y derogatorias, una reforma a los artículos del Código de Comercio de Guatemala que permiten las acciones al portador, en el sentido de permitir únicamente las acciones nominativas y se estableció un plazo de 2 años contados a partir de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio para convertir las acciones al portador en nominativas. Dicho plazo venció en diciembre del año 2012, y las sociedades que no convirtieron sus acciones quedaron inhabilitadas.

- **Responsabilidad de administradores:**

Dentro del concepto Representantes Legales, en Guatemala se entiende englobado a los administradores, ya sea como miembros del Consejo de Administración (Sociedades Anónimas), Juntas Directivas (Sociedades de Responsabilidad Limitada) o como Administradores Únicos, a los Gerentes Generales y Gerentes específicos, por lo cual dentro de la opinión nos referiremos a cualquiera de ellos indistintamente.

El artículo 52 del Código de Comercio establece la “Responsabilidad de los administradores. El administrador es responsable ilimitadamente por los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad por dolo o culpa. Si fueren varios los administradores y procedieren conjuntamente, su responsabilidad será solidaria. Es nula toda estipulación que tienda a eximir a los administradores de esta responsabilidad o bien a limitarla. Quedan exentos de responsabilidad los administradores que hubieren hecho constar su voto disidente⁶⁴”. Es decir, tanto el Administrador único, como el Consejo de Administración o la Junta directiva responden ante la sociedad por sus actuaciones de forma ilimitada, y de ser varios los que integran el órgano de administración responderán solidariamente. Ellos responden con todo su patrimonio. Esta disposición también aplica a los gerentes de la sociedad, pues ellos son equiparados en responsabilidad, a los administradores, de acuerdo con nuestro Código de Comercio. Esto es muy importante, pues si los administradores en el uso de sus facultades cometen cualquier delito o actividad antijurídica y como causa de la misma se extingue el dominio del bien, ellos deberán responder a la sociedad por todos los daños y perjuicios que hayan cometido.

Las acciones que podrían plantear los socios o accionistas en contra los administradores que hayan causado un perjuicio tan grande a la sociedad, como lo es la extinción de dominio sobre un bien mueble o inmueble son las siguientes:

- **Acción de Responsabilidad contra administradores:** Ésta acción se encuentra contemplada en el artículo 174 del Código de Comercio y se plantea contra los administradores, previo acuerdo de la Asamblea General de Accionistas. El acuerdo tomado en Asamblea de promover ésta Acción de Responsabilidad, causa de pleno derecho la remoción de los administradores. Esta acción busca obtener la devolución del patrimonio social a la sociedad, es decir, devolver lo que se haya podido perder como consecuencia de acciones de dolosas o culposas del administrador, incluyendo

⁶⁴ Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Artículo 52.

los bienes extinguidos como consecuencia de un proceso de Extinción de Dominio. Asimismo se busca obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios.

- **Acción de indemnización:** Ésta acción se encuentra contemplada en el artículo 175 del Código de Comercio, y se diferencia del anterior en el sentido que aquí quien interpone la acción es un accionista o un tercero a quien se ha lesionado directamente en sus intereses por los actos del administrador. Ésta acción busca resarcir los daños y perjuicios, los cuales podrían derivar del comportamiento antijurídico que tuvo como consecuencia la extinción de dominio.

Si se llegase a extinguir el dominio sobre un bien que forma parte del capital social, por el cual los acreedores de la sociedad pueden llegar a verse perjudicados, podrían iniciar la acción de acreedores establecida a continuación:

- **Acción de los Acreedores:** Ésta acción se encuentra contemplada en el artículo 177 del Código de Comercio, y establece requisitos que debe cumplir un acreedor previo a interponerla: 1. La acción debe buscar reconstruir el patrimonio social. 2. La acción no debe haber sido ejercida por la sociedad. 3. Que el acuerdo que haya celebrado el o los administradores amenace gravemente la garantía de los créditos.

4.6.4 Consecuencias Tributarias

Los bienes sobre los cuales puede extinguirse el dominio se encuentran establecidos en el artículo 2 de la Ley de Extinción de Dominio que los define de la siguiente forma: “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”.

Es importante mencionar que de acuerdo a la propia Ley de Extinción de Dominio, también se podrá extinguir el dominio de los bienes que hayan sido utilizados como

medio o instrumento para la comisión de delitos, cuando sean bienes que provengan de la enajenación de otros que se pueda presumir que tenga su origen de otros que directa o indirectamente provengan de actividades ilícitas, cuando se trate de bienes adquiridos por sucesión hereditaria, cuando el causante los adquirió por actividades ilícitas o delictivas entre otros.

Sobre todos estos bienes muy probablemente se ha tributado, es decir, se han pagado los impuestos correspondientes al momento de adquirir los bienes o al momento de enajenarlos. Sin embargo en el caso del contrabando aduanero es muy probable que se haya evadido el pago de impuestos en virtud de no haber pasado por ningún control aduanero. En cambio en la defraudación aduanera, muy probablemente se ha tributado sobre las mercancías ingresadas pero de forma parcial o incorrecto, utilizando mecanismos para minorar el pago de impuestos.

La extinción de dominio juega un papel fundamental pues conceptualiza como un todo, el bien que se extingue, incluyendo el pago de impuestos que probablemente se dio, al momento de adquirir el bien.

Asimismo es importante resaltar que dentro de los procesos de extinción de dominio como consecuencia del contrabando y defraudación aduanera es común que se extinga el dominio sobre los vehículos automotores utilizados como medios de transporte de las mercancías que han evadido el pago de impuestos. Estos vehículos generalmente han sido adquiridos lícitamente y pagando sus respectivos impuestos.

Los impuestos que pagan la mayoría de bienes cuando se adquieren, es el Impuesto al Valor Agregado (IVA) que en el artículo 3 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado establece que se gravará con el impuesto la venta de bienes muebles o de derechos reales constituidos sobre los mismos, la venta de bienes muebles y las importaciones entre otros.

Además de éste impuesto, los bienes que hayan sido importados pagarán el valor de los derechos arancelarios al ingresar en aduanas.

Las entidades mercantiles que se dedican a la importación de bienes, si tiene constituida alguna empresa que pertenezca a una sociedad, con el fin de poder ejercer una actividad comercial, también pagarán Impuesto sobre la Renta (ISR), ya sea en el régimen opcional simplificado sobre ingresos de actividades lucrativas o en el Régimen sobre las utilidades de actividades lucrativas. Este impuesto, sin embargo, no se considera un impuesto de lo que se mezcla dentro del proceso de extinción de dominio porque no es un impuesto que se relaciona directamente con el bien, sino que hace alusión la generación de utilidades dentro de las empresas.

Se concluye en relación a los impuestos que al haber afectado un bien que proviene, o que coadyuvó a la comisión de un hecho delictivo, el importe que se haya pagado en concepto de impuestos queda confundido con el importe monetario que se haya pagado por la adquisición del bien libre de impuestos. Es decir, se entiende que conforman un todo y como tal se extingue el dominio sobre todo el bien, incluyendo lo que ya se pagó de impuestos.

4.7 Análisis y Discusión de Resultados

Dentro de la presente tesis se elaboró un estudio completo de la Ley de Extinción de Dominio en relación a los Delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero. El objetivo principal era responder a la presente hipótesis ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la actividad ilícita de la defraudación y el contrabando aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio?

Dentro del presente capítulo se han esbozado las consecuencias a nivel penal, mercantil, societario y tributarias, que son las consecuencias más importantes que tiene la extinción de dominio en relación a los delitos de Contrabando y Defraudación

Aduanera, por lo cual, con ello puede decirse que dicha hipótesis fue resuelta favorablemente.

La presente tesis es el resultado de la finalización de una maestría en Derecho Tributario, razón por la cual se ahondó en las consecuencias a nivel tributario de la comisión de los delitos de defraudación y contrabando aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio. Tal y como se expuso en la presente tesis, la Ley de Extinción de Dominio tiene como principal finalidad recuperar a favor del Estado los bienes que se han obtenido como consecuencia de la comisión de actividades ilícitas, con el fin de desincentivar el objetivo económico que tiene la comisión de determinados delitos.

En dicho sentido la comisión de los delitos de defraudación y contrabando aduanero tienen como principal objetivo evadir el pago de impuestos en aduanas y por ende obtener un enriquecimiento derivado de la omisión en el pago de tributos. La Ley de extinción de dominio permite recuperar a favor del Estado todos los bienes que se hayan obtenido como consecuencia de éstos ilícitos. Por tal razón si se ingresan mercaderías en aduanas sin pagar la totalidad de los tributos que corresponden se podrá extinguir el dominio sobre la totalidad de los bienes, con independencia que si se hayan pagado impuestos en algunos de ellos, y la razón es porque comúnmente si son bienes idénticos éstos se confunden y no se hace distinción entre cuales bienes si se pagó una parte de tributos y sobre cuales no se pagó nada. Si es claramente identificable los bienes sobre los cuales si se pagaron impuestos y sobre los cuales no, entonces la extinción de dominio procederá solo sobre los bienes en que haya existido omisión total o parcial en el pago de impuestos.

Por tanto la principal consecuencia a nivel tributario consiste en que la extinción de dominio puede proceder también contra los impuestos que se hayan pagado al ingreso de mercaderías al país, sobre todo cuando existe confusión y no se logra determinar sobre cuales bienes se han pagado impuestos y sobre cuáles no. Asimismo la extinción de dominio puede proceder sobre bienes que han servido como instrumento para la comisión de un delito, y los cuales al momento de su compra se pagaron impuestos;

por ejemplo un camión o autobús. En este caso se extinguirá el dominio incluyendo el valor de los impuestos que en su momento se pagaron por ellos, y pasarán ser propiedad del Estado.

El objetivo General de la presente tesis era analizar qué efectos y consecuencias tiene la Ley de Extinción de Dominio, sobre la Defraudación y el Contrabando Aduanero, incluyendo los parámetros que se deben contemplar para que se pueda extinguir el dominio como consecuencia de esos delitos aduaneros. Los resultados de la investigación y del bien jurídico tutelado quedaron plasmados en el capítulo cuarto y quinto en el cual se hizo un detalle de los parámetros principales que se proponen para poder extinguir el dominio, así como de las consecuencias de los delitos aduaneros en mención y de las principales consecuencias jurídicas que conlleva la extinción de dominio.

Los principales parámetros que se deben tomar en cuenta al momento de decidir extinguir el dominio por la comisión de los delitos de Contrabando y defraudación aduanero son los siguientes:

- A. El bien jurídico tutelado contra el cual se ha atentado.
- B. La conducta típica y el resultado.
- C. El sujeto activo y pasivo.
- D. Las tercerías de buena fe
- E. El análisis del objeto material de la acción.
- F. El análisis de los convenios internacionales aplicables.

Todos estos parámetros fueron detallados dentro del capítulo cuarto de la presente tesis.

Los objetivos específicos de la presente tesis se cumplieron en el desarrollo de la misma.

El primer objetivo específico era determinar el concepto, la naturaleza jurídica y las características de la Extinción de Dominio en Guatemala, el cual quedo claramente analizado en el capítulo primero.

En tal sentido es importante resaltar que la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es ser una acción pública, directa, autónoma y que no hace parte del poder punitivo del Estado contra una persona, ya que es una acción que se dirige contra los bienes. Es una acción de carácter real y contenido patrimonial y de naturaleza jurisdiccional, pues existe un juzgado especializado en conocer los casos de extinción de dominio.

El segundo objetivo específico era comparar con otras legislaciones la forma de regulación de la extinción de dominio en relación a la defraudación y contrabando aduanero. Este objetivo fue alcanzado en capítulo segundo al analizar comparativamente la legislación guatemalteca con la legislación de Colombia, México y Honduras, descubriendo que la legislación guatemalteca es en general más específica y avanzada que otras legislaciones locales.

En inicio debe entenderse los antecedentes históricos que hicieron que naciera la figura de la extinción de dominio y los cuales se remontan a la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada en el seno de la Organización de Naciones Unidas firmada en el año 2003 y ratificada por una gran cantidad de países. En dicha Convención se exhortó a todos los países a que adoptaran medidas internas apropiadas, para prevenir y contrarrestar la financiación terrorista y las actividades ilícitas y fue que se esbozó la idea de extinción de dominio.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), como consecuencia de un programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe creo la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, como herramienta para facilitar la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo y como un medio para luchar contra los bienes de origen ilícito. Así es como varios países

latinoamericanos iniciaron con la aprobación de leyes de extinción de dominio, sin embargo existen algunos países que ya habían aprobado sus leyes de extinción de dominio, tal es el caso de Colombia.

Dentro del análisis realizado en el capítulo segundo de la presente tesis se determinó que la ley de Extinción de Dominio en Guatemala es bastante más completa en relación a la regulación que tienen otras legislaciones, pues contempla varias causales de singular importancia para extinguir el dominio, que no contemplan otras legislaciones.

El tercer objetivo específico era explicar las consecuencias jurídicas de la defraudación y el contrabando aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio, determinando especialmente las consecuencias tributarias, societarias y mercantiles. Dicho objetivo queda claramente resuelto, dentro del capítulo cuarto, en el cual se hace un análisis detallado de esas consecuencias.

Dentro de la presente tesis se utilizaron 3 tipos diferentes de investigaciones. El primer tipo fue la investigación fue la histórica jurídica, al haber analizado los orígenes de la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala y en el mundo es cual tiene como principal antecedente la creciente ola de enriquecimiento derivado de la perpetración de actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico y actos de terrorismo; el segundo tipo de investigación fue la jurídico comparativa, pues se utilizó como método de investigación, el análisis comparativo de la regulación de la defraudación y el contrabando aduanero como causal para extinguir el dominio en diferentes países iberoamericanos; y el tercer tipo de investigación fue la jurídico exploratoria, pues al ser un tema de poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Guatemala, se sentaron los pasos preliminares más importantes para entender una figura tan importante y tan relevante en nuestros días como lo es la Extinción de Dominio en relación a la defraudación y el contrabando aduanero.

De todo lo anterior puedo concluir que los resultados de la investigación fueron

positivos al haber logrado cumplir con el objetivo general, los objetivos específicos y al haber logrado responder afirmativamente la pregunta de investigación concluyendo que existen diferentes consecuencias jurídicas relacionadas con la actividad ilícita de la Defraudación y el Contrabando Aduanero en relación a la Ley de Extinción de Dominio, tal y como se expuso en el presente apartado.

CONCLUSIONES

1. La Ley de Extinción de Dominio establece un procedimiento especial e independiente del proceso penal o civil, que busca tener una consecuencia patrimonial con independencia de la actividad ilícita que cometió la persona y con independencia de la transferencia de bienes que pueda haberse dado en el transcurso del tiempo. En tal sentido es importante mencionar que no importa si el autor del delito de defraudación y contrabando aduanero ya ha sido o está en proceso de condenarse penalmente, inclusive si nunca es condenado penalmente, porque la acción de extinción de dominio igualmente puede continuar su curso y finalizar en una sentencia que extinga la propiedad de los bienes con que se cometió la actividad antijurídica.
2. Como consecuencia de la creciente ola de delincuencia, narcotráfico y corrupción es que en el seno de las Naciones Unidas surge la idea de crear una normativa que eliminara el principal incentivo de las actividades ilícitas. Por tal razón varios países pertenecientes a las Naciones Unidas inician con la aprobación de leyes que permitieran la extinción de Dominio de bienes de origen ilícitos, y entre ellos Guatemala.
3. Analizando comparativamente la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala en referencia a la Ley de Extinción de Dominio de Colombia, se analiza que la ley guatemalteca es mucho más explícita que la ley colombiana, en el sentido que regula específicamente como conducta delictiva la defraudación y el contrabando aduanero.
4. Analizando comparativamente la legislación guatemalteca con la legislación hondureña nos podemos percatar que tienen muchas similitudes, sin embargo la ley guatemalteca contempla como causal específica el contrabando y la defraudación aduanera, y la legislación hondureña, en cambio, contempla causales generales de extinción de dominio, dentro de las cuales se puede

entender subsumidos éstos dos delitos tributarios. La legislación hondureña a diferencia de la guatemalteca, tiene un mejor sistema de distribución de los bienes recaudados, estableciéndose dentro de la ley los porcentajes que serán distribuidos a cada entidad pública destinada.

5. Analizando comparativamente la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala con la Ley de Extinción de Dominio que tiene México, se concluye que la ley guatemalteca es mucho más detallista y explícita respecto a que se entiende por actividad ilícita. Asimismo un factor importante es que la legislación mexicana tiene un proceso que no es independiente en cada estado mexicano, sino que dependen de los órganos supremos a nivel estatal, por todo ello se considera que la legislación guatemalteca de extinción de dominio es más avanzada que la ley mexicana.
6. La doctrina no es conforme en cuanto a la naturaleza jurídica de los delitos de contrabando y defraudación aduanera. Sin embargo, a pesar de que la Doctrina no ha sido uniforme, se concluye que a nivel de la legislación guatemalteca el contrabando y la defraudación aduanera se consideran como parte del derecho penal tributario, que conforman un todo con el derecho tributario a fin de proteger el bien jurídico tutelado de la recaudación del Estado.
7. El proceso de extinción de dominio por los delitos de contrabando y defraudación aduanera es distinto al proceso penal por la comisión de estos delitos. Al ser procesos separados es importante determinar que el proceso de extinción de dominio tiene como fin principal eliminar el principal incentivo de la comisión de actividades antijurídicas, que es el beneficio patrimonial.
8. Tanto el delito de Defraudación Aduanera como el delito de Contrabando Aduanero tienen como bien jurídico tutelado en material tributario, proteger la recaudación del Estado y como consecuencia de ello velar porque el Estado pueda cumplir con su finalidad suprema que es el bien común.

9. El bien jurídico tutelado de los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero relacionados directamente con el proceso de extinción de dominio es proteger al Estado y como consecuencia a los ciudadanos de la comisión de actos ilícitos y eliminar los incentivos patrimoniales que tiene la comisión de delitos. Asimismo se protege el comercio justo y legal entre comerciantes.

10. Del análisis jurisprudencial que se realizó de dos sentencias en la que se extinguió el dominio como consecuencia de la comisión de los delitos de contrabando y defraudación aduanera, se puede concluir que dentro de los procesos de extinción de dominio se utiliza frecuentemente la prueba indiciaria, las presunciones lógicas que se infieren de la demás prueba y como forma de valorar la prueba la denominada balanza de las probabilidades. Resalta dentro del análisis realizado, el hecho que algunos jueces penales no tengan claro que el proceso de extinción de dominio y el proceso penal son independientes y no vinculantes el uno del otro, pues dentro de una de las sentencias analizadas se otorga el perdón judicial por el delito de contrabando aduanero por existir pendiente de juicio un proceso de extinción de dominio en curso. Esto no debería haber sido resuelto de esa forma, pues procesos son distintos y tienen diferentes consecuencias.

11. El principio de buena fe establecido dentro de la Ley de Extinción de Dominio no es un principio absoluto, como se observa tanto en el análisis de las sentencias, como en las entrevistas realizadas y el mismo debe ser probado. El tercero de buena fe debe acreditar que ha tenido la debida diligencia y que ignoraba la comisión de un hecho ilícito con el bien de su propiedad, ya que de no probar estos extremos, la tercería de buena fe no será aplicada y se procederá a extinguir el bien.

12. Con la finalidad de crear una herramienta para facilitar la extinción de dominio por parte de los jueces, de la investigación realizada, se concluye que es importante tomar en cuenta los siguientes parámetros: A. El bien jurídico

tutelado contra el cual se ha atentado. En el caso de la extinción de dominio debe analizarse si el delito atentó contra el Estado y la seguridad ciudadana y si tuvo como resultado un enriquecimiento ilícito. B. La conducta típica y el resultado. Lo más importante es determinar si como consecuencia de la comisión del hecho delictivo se ha obtenido un enriquecimiento patrimonial injustificado. C. El sujeto activo y el sujeto pasivo. Es importante distinguir que no es lo mismo el sujeto activo y pasivo en la comisión del delito, dentro del proceso penal, que dentro del proceso de extinción de dominio. Dentro de la extinción de dominio el sujeto activo es el Estado, quien es el ente que inicia la acción y quien investiga. El sujeto pasivo será quien haya cometido la actividad antijurídica. D. Tercerías de buena fe. Es muy común intentar alegar tercerías de buena fe con el fin que no extinga el dominio sobre un bien. Sin embargo para que prospere es importante demostrar la buena fe, la debida diligencia, y la no reincidencia en la comisión de los delitos. E. Análisis del objeto material de la acción. No es lo mismo el objeto material de la acción por la comisión de un delito, que por un proceso de Extinción de Dominio, que será la lesión directa a la seguridad estatal, el enriquecimiento ilícito y la competencia desleal dentro del comercio. F. Convenios Internacionales. En Guatemala los Convenios Internacionales se consideran derecho interno, por lo cual es importante tomar en cuenta los principios establecidos en los convenios suscritos y ratificados al momento de extinguir el dominio. Todos los parámetros antes establecidos resultan determinantes para poder extinguir el dominio como consecuencia de la defraudación y el contrabando aduanero.

13. Existen consecuencias directas a nivel penal, mercantil, societario y tributarias que se generan como consecuencia de extinguir el dominio sobre un bien:

A. Las consecuencias penales atañen a que con independencia que se lleve a cabo un proceso de extinción de dominio, también podrá llevarse a cabo el proceso penal correspondiente por la comisión de los mismo hechos delictivos, aunque cada uno tendrá resultados y consecuencias diferentes y que pueda ser absuelto dentro de un proceso y condenado en el otro.

B. A nivel mercantil, las entidades mercantiles en el desarrollo de su actividad necesitan elementos patrimoniales. Si se extingue el dominio sobre dichos elementos se podrá perder el giro del negocio y se podría tener dificultad para seguir desarrollando sus actividades mercantiles.

C. A nivel societario la extinción de dominio como consecuencia del contrabando y la defraudación aduanera, puede traer repercusiones dentro de capital social, pues perder un elemento importante, puede ser causal para reducir el capital o para liquidar la sociedad si las pérdidas son considerables. Asimismo es posible extinguir el dominio sobre acciones, lo cual complicaría enormemente el ejercicio social, pues pasaría a ser titular de las acciones el Estado y como consecuencia accionista de la sociedad, con todas las implicaciones que esto generaría.

D. Las consecuencias a nivel tributario es que al extinguirse el dominio sobre cualquier bien sobre el cual se ha pagado impuestos, dicho pago de impuestos queda confundido con el bien, y como tal se extingue el patrimonio sobre bien y sobre los impuestos pagados por la adquisición del bien. Asimismo, en relación al Derecho Penal Tributario, específicamente los delitos de Defraudación y Contrabando Aduanero, las consecuencias que se generarán es que ambos delitos constituyen una causal para llevar a cabo dicho procedimiento, en el cual pueden extinguirse tanto los bienes objeto de delito, como los instrumentos utilizados para cometerlos.

RECOMENDACIONES

1. Que se realicen capacitaciones a los jueces penales con el fin que comprendan que el proceso penal y el proceso de extinción de dominio son distintos, y que como tal no pueden absolver de un proceso penal, solo porque se está llevando a cabo el proceso de extinción de dominio.

2. Realizar capacitaciones completas a los miembros de la Superintendencia de Administración Tributaria con el fin que tengan un conocimiento más profundo relativo a las consecuencias jurídicas de la extinción de dominio en relación a los delitos tributarios.

3. Continuar analizando la extinción de dominio en relación a los delitos tributarios, porque es un estudio doctrinario prácticamente inexistente y en la actualidad está tomando relevancia, por lo cual es necesario realizar un estudio profundo del mismo.

LISTADO DE REFERENCIAS

1. BIBLIOGRÁFICAS:

- 1.1 ALBI, EMILIO. "Impuesto sobre el valor añadido". Madrid, España, Editorial Ariel, año 1985.
- 1.2 ARIAS ABELLÁN, DOLORES. GIL SOPENA, JORGE. "Impuesto Sobre el Valor Añadido", Barcelona España, Editorial Bosch, año 1988.
- 1.3 BETHANCUR ECHEVERRÍA, JORGE HUMBERTO, "Aspectos sustanciales de la Extinción de Dominio de Bienes", Colombia, Editorial Leyer, año 2004.
- 1.4 CALVACHINI CRUZ, Reinaldo, "Los Delitos Aduaneros", Editorial Universidad San Francisco de Quito, Guayaquil, Ecuador, año 2012.
- 1.5 CANO RECINOS, VÍCTOR HUGO, "Extinción de Dominio", Guatemala, Editorial Magna Terra Editores, año 2011.
- 1.6 CARRERA RAYA, FRANCISCO JOSÉ. "Manual de Derecho Financiero" Volumen II, Madrid España, Editorial Tecnos, año 1994
- 1.7 CLAVIJO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. Et. Al., "Curso de Derecho Tributario", Madrid España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, año 2001.
- 1.8 CETINA GUSTAVO Y RAMÍREZ LUIS, "El proceso penal Guatemalteco", Ciudad de Guatemala, año 2011.
- 1.9 FERNÁNDEZ GONZALEZ, CARLOS "La Contabilidad del IVA", Madrid, España, Editoriales de Derechos Reunidas, año 1985.
- 1.10 FERNÁNDEZ LALANNE, Pedro, "Derecho Aduanero" Volumen II, Régimen Penal y Régimen Procesal, Ediciones Depalma, Año de 1966, Buenos Aires Argentina.
- 1.11 FLORES MEYER. "Estudio Analítico del IVA", México DF. Ediciones Contables y Administrativas, año 1983.
- 1.12 FRITZ, THOMAS. "IVA: Impuesto al Valor Agregado y otras consideraciones a los Impuestos" Guatemala, Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, año 1983.
- 1.13 GARCÍA BELSUNCE, HORARIO A. "Estudios de Derecho Constitucional

- Tributario”, Buenos Aires Argentina, Editorial Depalma, año 1994.
- 1.14** JUANO, MANUEL. “Curso de Finanzas y Derecho Tributario”, Rosario Argentina; S.E, Año 1996.
- 1.15** LUQUI, JUAN CARLOS. “Derecho Constitucional Tributario”, Buenos Aires Argentina, Editorial Depalma, Año 2009.
- 1.16** MARTÍNEZ BASTIDA, EDUARDO “Comentarios a la Ley de Extinción de Dominio”, tercera edición, México, Editorial Raúl Juárez Carro, año 2010.
- 1.17** MARROQUÍN ZALETA, JAIME MANUEL. “Extinción de Dominio”, México. Editorial, Porrúa, Año 2010.
- 1.18** MOLINA RAMÍREZ, Héctor Enrique; Tesis: “Análisis Jurídico de la Defraudación Aduanera Guatemalteca y los Efectos Legales que se dan en la Economía Nacional”, Universidad San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala Septiembre 2008.
- 1.19** MÜLLER CREEL, OSCAR ANTONIO, “La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico valorativa”, S.E, Universidad Pontificia Javeriana.
- 1.20** NORBERTO GODOY, “Teoría General del Derecho Tributario: Aspectos esenciales”, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeldo Perrot, año. 1992.
- 1.21** PEDREÑO MUÑOZ, ANDRÉS. “I.V.A Análisis, Comentarios y Efectos Económicos”, Alicante, Instituto de Estudios Juan Luis Gil-Albert, año 1985.
- 1.22** PÉREZ ROYO, FERNANDO. “Derecho Financiero y Tributario: parte general”, Madrid España, Editorial Civitas, año 2001
- 1.23** RUIZ CABELLO, Mario David, “Extinción de Dominio, Herramienta del Derecho Civil, ante la ineficiencia del derecho penal”, Revista Alegatos, S.E, S.F, año 2011.
- 1.24** TUNCHO GRANADOS. “El compendio del contribuyente”, Guatemala, Guatemala Ediciones Fiscales, año 2009.
- 1.25** DE VILLOTA RUIZ, JOSÉ ENRIQUE. “El IVA y la nueva imposición indirecta: estudio pro actividades económicas”, Madrid, España, Editorial Civitas, año 1986.

2. NORMATIVAS:

- 2.1 Constitución Política de la República de Guatemala.
- 2.2 Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República.
- 2.3 Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92 del Congreso de la República.
- 2.4 Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República.
- 2.5 Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, Decreto 58-90 del Congreso de la República.
- 2.6 Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala.
- 2.7 Ley de Extinción de Dominio. Congreso de Colombia. Ley No. 793.
- 2.8 Ley Federal de la Extinción de Dominio, reglamentaria del Artículo 22 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.9 Ley de Pérdida de Dominio. Congreso de la República de Perú. Ley No. 29212.
- 2.10 Ley Orgánica de la Extinción de Dominio en Ecuador.
- 2.11 Ley sobre Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito, Decreto 27-2010 de la República de Honduras.
- 2.12 Convención de Viena de 1988
- 2.13 La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y Transaccional
- 2.14 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

3. ELECTRÓNICAS

- 3.1 <http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC%5CNov2011%5CEXTINCIION%20DE%20DOMINIO%20CC%20IV.pdf>, Página de la Corte de Constitucionalidad que contiene documentación relativa a la Extinción de Dominio. Fecha de visita: 13/11/2014.
- 3.2 <http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC/LED%20CC%20MoisesERosales.pdf>, Página de la Corte de Constitucionalidad que contiene una presentación de la

Extinción de Dominio. Fecha de Visita: 24/10/2015.

- 3.3 http://www.libera.it/flex/files/7/b/d/D.b479a0526565d0a37d1c/Ley_de_Extincion_de_Dominio_Guatemala_ESP_.pdf, Página de Liberia que contiene presentación de la Ley de Extinción de Dominio. Fecha de visita: 13/11/2014.
- 3.4 <http://www.cicig.org/index.php?page=ley-de-extincion-de-dominio>, Página de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, que contiene información relativa a los antecedentes de la Ley de Extinción de Dominio. Fecha de Visita: 13/11/2014.
- 3.5 <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=1675>, Página de la Organización de los Estados Americanos que contiene antecedentes sobre la recuperación de bienes en República Dominicana. Fecha de Visita: 17/11/2014.
- 3.6 http://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf, Página de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito que contiene la ley modelo de Extinción de Dominio. Fecha de visita: 25/04/2015.
- 3.7 <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-59-12.pdf>, Página del Congreso de México que contiene información sobre una reforma procesal penal. Fecha de visita: 27/11/2014.
- 3.8 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-194-98.htm>, Página de la Corte de Constitucionalidad de Colombia con información relativa a la Extinción de Dominio. Fecha de visita: 17/11/2014.
- 3.9 www.portal.sat.gob.gt/sitio/index.php/.../2660-jueces.html, Página de la Superintendencia de Administración Tributaria que contiene presentación de la SAT relativa al Contrabando y la defraudación aduanera. Fecha de visita: 17/11/2014.
- 3.10 <http://dle.rae.es/?w=reexportar&m=form&o=h>, Pagina de la Real Academia Española. Fecha de visita: 26/10/2015.
- 3.11 <http://www.monografias.com/trabajos60/sistema-tributario-elusion-fiscal/sistema-tributario-elusion-fiscal2.shtml>, Página de Monografías, que contiene ensayo relativo a la elusión en el sistema tributario. Fecha de visita: 22/10/2015.

4. OTRAS REFERENCIAS

- 4.1 BARRIOS MAZARIEGOS, Fernando Enrique, “Tesis: Injerencia y constitucionalidad de la Ley de Extinción de Dominio, Decreto Número 55-2010, en la legislación penal vigente en Guatemala”, Guatemala, año 2011, Tesis de Licenciatura, Universidad Francisco Marroquín.
- 4.2 GONZÁLEZ MONZÓN DE CANTÓN, Amanda Sabrina, “Tesis: Análisis jurídico de las causas y efectos que produce la extinción de Dominio en el Derecho Comparado”, Guatemala, año 2011, Tesis de Licenciatura, Universidad Francisco Marroquín.
- 4.3 MOLINA RAMÍREZ, Héctor Enrique; Tesis: “Análisis Jurídico de la Defraudación Aduanera Guatemalteca y los Efectos Legales que se dan en la Economía Nacional”, Universidad San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala Septiembre 2008
- 4.4 PINEDA GARZANO, Hellen Paola, “La extinción de Dominio. Naturaleza, Características y análisis de constitucionalidad”, Guatemala, año 2012, Tesis de Licenciatura, Universidad Rafael Landívar, Guatemala.

ANEXOS

ANEXO I

ENTREVISTA AL JUEZ DE EXTINCIÓN DE DOMINIO – LICENCIADO MARCO ANTONIO VILLEDA SANDOVAL

1. ¿Cuáles son los antecedentes de la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala?

R/ Los antecedentes de la Extinción de Dominio en Guatemala son el Comiso en materia penal, la cual era establecida como pena accesoria, y que es el antecedente más inmediato y conocido.

Guatemala suscribió la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (Convención de Palermo). Asimismo Guatemala Suscribe la Convención contra el Tráfico de Drogas y Sustancias psicotrópicas de las Naciones Unidas y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, lo cual viene a darle un tratamiento especial tanto a aquellos bienes que son producto de la criminalidad organizada y del narcotráfico como aquellos bienes que son producto de actos de corrupción, lo cual hace que Estados como el de Guatemala creen una Ley de Extinción de Dominio que se ocupe jurídica y legislativamente de aquellos bienes que se ocupen del tratamiento ilícito.

El antecedente más cercano es el comiso, pero el problema es que traía varios problemas porque el comiso es una pena accesoria y como tal necesita una pena principal para poder aplicar. Si no existe condena no se puede aplicar el comiso, y en tal sentido la Ley de Extinción de Dominio es una ley autónoma que no depende de la condena penal para poder aplicarse.

2. ¿Ha llevado algún caso en que se extinga el dominio como consecuencia de la defraudación aduanera?

R/ Si, muchísimos, pero sobre todo de vehículos que son utilizados para la defraudación aduanera, pues ellos pueden extinguir por dos razones: A. Porque el bien tiene origen ilícito o B. Porque el bien sin ser ilícito ha sido utilizado para la comisión de un acto ilícito. Entonces tenemos muchos tráileres, camiones, camionetas, etc. que se han extinguido el dominio porque se han utilizado para la comisión de ilícitos tributarios, por ejemplo whiskey o cigarrillos en muchos casos.

3. Si la respuesta es sí, ¿en qué sentido se dictó sentencia en esos casos?

R/ En esos casos se ha extinguido el dominio, no porque el vehículo tenga un origen ilícito, sino porque se han utilizado para la comisión de un delito aduanero en virtud del artículo 4 literal "C" de la Ley de Extinción de Dominio.

4. ¿Ha llevado algún caso en que se extinga el dominio como consecuencia del Contrabando aduanero?

R/ Es complicado encontrar la diferencia respecto a la defraudación aduanera y el contrabando aduanero en relación a la extinción de dominio; si bien es cierto que la diferencia está en que el contrabando se produce por la introducción sin el pago de impuestos de mercancías por las aduanas, o la introducción de mercancías ilícitas y la defraudación aduanera en cambio es la acción u omisión por medio de la cual se evade el pago de tributos, en la aplicación de la extinción de dominio no se toma como factor relevante que sea un bien de origen ilícito o que sea un bien que haya servido para la comisión de un acto ilícito.

Ellos realmente tienen más casos de contrabando que defraudación aduanera, pues generalmente son camiones que se encuentran cerca de las aduanas fronterizas que han ingresado mercaderías evadiendo el paso por las fronteras.

Es complicado, porque por ejemplo los vehículos que han encontrado cerca de la costa sur, en realidad no se tiene claro si es contrabando o defraudación aduanera porque ahí hay un río por donde pasa toda la mercadería sin pagar impuestos y pasar la aduana.

En la extinción de dominio se tiene una ventaja y es que no se tiene que probar exactamente cuál es el delito cometido, sino que se tiene que probar la actividad ilícita de forma general (ejemplo: Se encuentra alguna mercadería sin respaldo de haber pagado impuestos, se presume que vienen de una actividad ilícita y eso es lo que habrá que probar, sin necesidad de encausarlo en una u otra tipificación jurídica). Se tiene que probar el origen ilícito de forma general, por ejemplo se prueba que una persona está vinculada al narcotráfico y que su estado patrimonial no tiene congruencia con la actividad o presión que se desempeña. Como fiscal no se tiene que probar exactamente que delito se cometió, o la negociación que se hizo, o transacción de droga que se realizó, como si se da en el proceso penal, y que como tal esa actividad ilícita existe.

Ejemplo: una persona ha obtenido 15 propiedades en un año y no tiene un trabajo, empresas, pago de impuestos o alguna justificante de la forma en que ha tenido la capacidad económica para obtener esos bienes. Adicionalmente se ha probado que realiza actividades de origen ilícito. Con ello a través de la prueba indiciaria se podría llegar a la consecuencia lógica que la persona ha obtenido esos bienes, procedentes de una actividad ilícita.

En este proceso la mayoría de prueba es indiciaria y uniendo las pruebas es que se puede llegar a razonamientos lógicos.

5. Si la respuesta es sí, ¿en qué sentido se dictó sentencia en esos casos?

R/ Ya lo respondí en la anterior pregunta.

6. ¿Qué parámetros sugeriría usted que se regulen para poder extinguir el dominio cuando existe Defraudación aduanera?

R/ Se han declarado con lugar la extinción de dominio. En este caso le quiero poner dos ejemplos, de distintos supuestos que pueden darse respecto a tercerías de buena fe. Los dos son casos de contrabando aduanero:

Ejemplo 1: En el primer caso se alega tercería de buena fe con respecto a una empresa de transporte que tiene 30 buses y en el cual el dueño de la empresa alega que le es materialmente imposible controlar 30 buses y que están haciendo sus choferes de las camionetas. En este primer caso se le dio la razón al titular de la empresa, pues era materialmente imposible y a la larga él era un tercero de buena fe; Además de ello era la primera vez sucedía esa situación.

Ejemplo 2: En el segundo caso también se trata de una empresa de transporte en la cual existían varios buses y el titular al igual que en el caso anterior alega tercería de buena fe. Sin embargo aquí si se extingue el dominio porque ese mismo autobús que había encontrado 4 veces con el mismo chofer y las cuatro veces se ha solicitado la devolución del bus. No se puede alegar tercería de buena fe, porque no puede alegar que estaba ignorando de las actividades en que se dedicaba su chofer y nunca tomo las medidas necesarias para evitar que el ilícito se siguiera cometiendo, pues en ello consiste la tercería de buena fe, en cumplir con lo que se llama “el deber jurídico de cuidado” evitar que el bien sea utilizado para una actividad ilícita.

7. ¿Qué parámetros sugeriría usted que se regulen para poder extinguir el dominio cuando existe contrabando aduanero?

R/ Esto ya está regulado en la ley en cuanto a que se entiende por defraudación y contrabando aduanero. Sin embargo en estos procesos se utiliza mucho la prueba indiciaria. Algunos parámetros podrían ser:

A. Verificación de la procedencia de la mercadería

B. Verificación del pago de impuestos.

C. En qué lugar se detuvo el vehículo.

Aquí hay una responsabilidad probatoria de parte del dueño. Si él no logra probar eso se procede a la extinción.

8. ¿Qué consecuencias jurídicas creen que existen cuando se extingue el dominio por defraudación o contrabando aduanero a nivel:

a. Societario: La empresa se queda sin parte de su patrimonio.

b. Mercantil: No hay.

c. Tributario, frente a los impuestos vigentes en Guatemala: Lo que hay es una defraudación hacia el Estado.

ANEXO II

ENTREVISTA A LICENCIADA CLAUDIA CHÁVEZ, MIEMBRO DE LA UNIDAD DE DELITOS ADUANEROS DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS PENALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

1. Nombre (opcional)

R/ Si mi nombre es Claudia Chávez y pertenezco a la Unidad de Delitos Aduaneros de la Superintendencia de Administración Tributaria.

2. ¿Qué puesto desempeña actualmente?

R/ Actualmente soy Mandataria Judicial Especial con Representación. Soy profesional jurídico de asuntos penales en la Unidad de Delitos Aduaneros.

3. ¿Hace cuánto tiempo trabaja en la Unidad de Extinción de Dominio del Ministerio Público?

R/ Hace 11 años.

4. ¿Se encarga usted de temas relativos al contrabando y la defraudación aduanera?

R/ Si al encontrarme dentro de la Unidad de Delitos Aduaneros y verifican los asuntos relativos a los Delitos Contra el Régimen Aduanero.

5. En su experiencia ¿qué relevancia tiene el contrabando y la defraudación aduanera en Guatemala?

R/ El contrabando y la defraudación aduanera en Guatemala tiene mucha relevancia en virtud de los últimos acontecimientos que han tenido lugar en nuestro país. La Unidad de Delitos Aduaneros, trabaja en conjunto con la Unidad de Delitos Económicos y con otras unidades que verifican los hechos ilícitos que evaden el control aduanero con el objeto de evadir el pago de impuestos.

Esta clase de ilícitos penales siempre han ocurrido, lo que sucede es que últimamente han tenido más impacto mediático. Es muy común que suceda en el interior del país, y ya se toma como algo normal.

6. ¿Sabía usted que se puede extinguir el dominio de los bienes que se relacionen con los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ Si es de mi conocimiento e incluso hemos recibido capacitaciones al respecto.

7. ¿Ha planteado alguna vez una acción para extinguir el dominio de bienes relacionados con los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ En realidad quien es el encargado de plantear estas acciones es el Ministerio Público. La Unidad de Delitos Aduaneros al percatarse de la comisión de algún acto ilícito manda un oficio a la Unidad de Extinción de Dominio del Ministerio Público.

La Superintendencia de Administración Tributaria no tiene intervención dentro del proceso.

Ella en específico ha llevado un solo caso en el que se procedió a la extinción de dominio y fue por el delito de contrabando con mercaderías percederas, en el cual el procedimiento fue notificar al Ministerio Publico y dicho ente investigó.

8. ¿Qué aspectos o conocimientos consideraría usted importantes incursionar para iniciar una acción de extinción de dominio cuando se cometan los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ Ellos fueron capacitados en relación a los alcances de la Ley de Extinción de Dominio. En este sentido a mí lo que más me impacto fue que no se finalizara el proceso penal y que aun así se extinguiera el dominio.

Hay muchos casos de mercaderías perecederas, por lo cual no considero prudente extinguir el dominio sin saber si la persona es o no culpable de la comisión de un delito.

Normalmente, en el caso de defraudación y contrabando aduanero, lo que normalmente se extingue es el dominio de vehículos, pero no se sabe si el transportista ha actuado con buena o mala fe.

En su personal consideración, lo que debería suceder es que termine primero la fase penal, para determinar si los hechos son constitutivos de delitos, porque actualmente se extingue el dominio solo en base a presunciones.

9. ¿Cuántas sentencias le han declarado con lugar por acciones de extinción de dominio iniciadas por los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ Una nada más y fue a través de una medida desjudicializadora a través de la suspensión condicional de la persecución penal. En ese caso el Ministerio Público le informó que la mercancía se iba poner a disposición del juez de Extinción de Dominio. Dicho proceso no fue declarado con lugar. En realidad yo no he tenido participación directa en un proceso que termine en sentencia de extinción de dominio.

Es importante recordar que nosotros no tenemos participación directa en esos procesos y que hay dos posibles persecuciones que se llevarán a cabo: 1. El proceso penal por el delito de defraudación y contrabando aduanero. 2. El proceso de Extinción de Dominio.

ANEXO III

ENTREVISTA A LICENCIADO MARIO FIGUEROA MIEMBRO DE LA UNIDAD DE DELITOS ADUANEROS DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS PENALES DE LA SUPERINTENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA-

1. Nombre (opcional)

R/ Mario Figueroa

2. ¿Qué puesto desempeña actualmente?

R/ Mandatario Judicial Especial con Representación, y trabaja como asesor jurídico.

3. ¿Hace cuánto tiempo trabaja en la Unidad de Extinción de Dominio del Ministerio Público?

R/ 3 años.

4. ¿Se encarga usted de temas relativos al contrabando y la defraudación aduanera?

R/ Me encuentro en la Unidad de Delitos Aduaneros de la Superintendencia de Administración Tributaria, y veo lo relativo a los Delitos contra el Régimen Aduanero.

5. En su experiencia ¿qué relevancia tiene el contrabando y la defraudación aduanera en Guatemala?

R/El contrabando y la Defraudación Aduanera tienen alta relevancia nacional porque afectan el Régimen Económico y por lo tanto la distribución del gasto público y el consecuente papel del Estado en otorgar garantías de primero orden a la población.

También trascienden porque implican la creación de estructuras del crimen organizado. La falta de control del cumplimiento de requisitos aduanales también repercute en otros ámbitos como por ejemplo la salud, por lo tanto afectan otros bienes jurídicos tutelados distintos a la recaudación.

6. ¿Sabía usted que se puede extinguir el dominio de los bienes que se relacionen con los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ Si.

7. ¿Ha planteado alguna vez una acción para extinguir el dominio de bienes relacionados con los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ En manos de ellos está dirigir la proposición de diligencias al Ministerio Público, dentro de la Unidad de Delitos Aduaneros. Sin embargo no está en sus manos iniciar la acción, pues ésta ya le corresponde a la fiscalía de extinción de dominio del Ministerio Público.

8. ¿Qué aspectos o conocimientos consideraría usted importantes incursionar para iniciar una acción de extinción de dominio cuando se cometan los delitos de contrabando y defraudación aduanera?

R/ Considero que hay varios aspectos importantes:

1. No tergiversas el principio de presunción de inocencia

2. Verificar el grado de responsabilidad penal del titular del bien objeto del procedimiento.
3. Las consideraciones establecidas en la ley contra la defraudación y el contrabando aduanero respecto a las leyes establecidas para la comisión de un ilícito atendiendo a los presupuestos de hecho establecidos en ley.
9. **¿Cuántas sentencias le han declarado con lugar por acciones de extinción de dominio iniciadas por los delitos de contrabando y defraudación aduanera?**

R/ Ninguna, atendiendo al papel que tiene la Superintendencia de Administración Tributaria dentro del proceso penal.

ANEXO IV
CUADRO DE COTEJO DE LAS DIFERENTES LEGISLACIONES
LATINOAMERICANAS ANALIZADAS EN RELACIÓN A LA EXTINCIÓN DE
DOMINIO

| TEMA COTEJADO | GUATEMALA | MÉXICO | HONDURAS | COLOMBIA |
|---|------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|
| 1. ¿Existe una legislación especial para llevar a cabo la extinción de dominio? | Si | Si | Si | Si |
| 2. ¿La legislación surge como consecuencia de la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada en el seno de la Organización de Naciones Unidas? | Si | Si | Si | No |
| 3. ¿Existen jueces especializados para llevar a cabo la extinción de dominio? | Si | Si | Si | Si |
| 4. ¿El proceso de extinción de dominio es independiente del proceso penal? | Si | Si | Si | Si |
| 5. ¿Se contempla el delito de defraudación | Si | No. Se entiende subsumido dentro de | No. Se entiende subsumido dentro de | No. Se entiende subsumido dentro de |

| | | | | | |
|---|----|---|---|---|---|
| tributaria como causal de extinción de dominio? | | | las causales generales de extinción de dominio. | las causales generales de extinción de dominio. | las causales generales de extinción de dominio. |
| 6. ¿Se contempla el delito de contrabando aduanero como casual de extinción de dominio? | Si | No. Se entiende subsumido dentro de las causales generales de extinción de dominio. | No. Se entiende subsumido dentro de las causales generales de extinción de dominio. | No. Se entiende subsumido dentro de las causales generales de extinción de dominio. | |
| 7. ¿La extinción de dominio por los delitos tributarios se considera verdaderamente independiente? | Si | No, porque las autoridades aduaneras federales tienen poder dentro de todo el país, y sobrepasan la autoridad de las sentencias de extinción de dominio de cada Estado. | Si | Si | |
| 8. ¿Existe una entidad que administre los bienes obtenidos como consecuencia de la extinción de dominio? | Si | Si | Si | Si | |
| 9. ¿Existe jurisprudencia respecto a la | Si | No | No | Si | |

| extinción de dominio, específicamente por los delitos de contrabando y defraudación aduanera? | | | | |
|---|----|----|----|----|
| 10. Con respecto a los tributos, ¿se entiende que al extinguir el dominio sobre un bien, también se extingue el dominio de los impuestos pagados por ese bien? | Si | Si | Si | Si |

ANEXO VI

CUADRO DE DIFERENCIAS ENTRE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y EL COMISO

| DIFERENCIAS | COMISO | EXTINCIÓN DE DOMINIO |
|---|---|--|
| 1. ¿Dentro de qué tipo de proceso se da la figura de comiso y de Extinción de Dominio? | El comiso se da dentro de un proceso penal y es una pena accesoria, tal y como lo define el artículo 42 del Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. | La extinción de dominio es un proceso independiente del proceso penal y como tal, la figura de la extinción de dominio se da dentro de un Proceso de Extinción de Dominio. |
| 2. ¿El comiso y la Extinción de Dominio son la consecuencia principal o la accesoria dentro de un proceso? | El comiso se da como consecuencia de una sentencia penal, tal y como lo establece el artículo 392 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, que establece que la sentencia condenatoria decidirá sobre el comiso y destrucción de conformidad con la ley penal, por lo tanto es una cuestión accesoria al proceso penal principal. | La acción de extinción de dominio es la consecuencia principal dentro del Proceso de Extinción de Dominio, pues precisamente el objeto es extinguir el dominio de los bienes generados como consecuencia de la realización de actividades antijurídicas. |
| 3. ¿Cuál es el concepto teórico de la figura de | De conformidad con el artículo 60 del Código | La extinción de dominio es la pérdida o privación |

comiso y de Extinción de Dominio? Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.: “El comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial”.

4. Brevemente: ¿Cuál es el proceso para que opere la figura? Dentro de un proceso penal, cuando se tiene conocimiento de la comisión de un hecho ilícito se inicia la Extinción de Dominio. El Procedimiento inicia con una investigación realizada por la Fiscalía de Extinción de Dominio. Todo el juicio versa sobre

investigación respectiva. probar si con los bienes En dicha investigación, si sobre los cuales se está se determina que los ejerciendo la acción fueron bienes son de comercio adquiridos como ilícito se procederá consecuencia de una inmediatamente al actividad antijurídica. comiso. De lo contrario Posteriormente en solo se decomisarán si se sentencia se decidirá determina que son bienes acerca de la extinción de indispensables para poder dominio sobre el bien, sin realizar la investigación. contraprestación de Posteriormente dentro de ninguna clase, a favor del la sentencia condenatoria Estado. o absolutoria se decidirá en definitiva sobre los bienes decomisados que pasarán dominio del Estado.

5. ¿Existe una ley específica que regule la figura de Comiso o de Extinción de Dominio? No existe una ley específica para el comiso, sin embargo, tanto el Código Penal, como el Código Procesal Penal regulan la figura del comiso y establecen que es una pena accesoria y el proceso para poder decomisar los bienes objeto de delitos. Si existe, es la Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala.

ANEXO VI

DIAGRAMA DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

