Universidad de Costa Rica

Sistemas de Estudios de Posgrado

LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ENTRE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES

Tesis sometida a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho para optar al grado y título de Doctorado Académico en Derecho

LUIS CARLOS ACUÑA JARA

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica
2023

DEDICATORIA

A mi esposa y compañera Alba, por haber permitido hurtar de nuestro tiempo, sobre todo por haber sido un apoyo fundamental e incondicional en este largo y extenuante trajín de la investigación. A la imperecedera fuente de alegría que representa mi familia, tanto biológica, como por afinidad; a mis amistades, por compartir con mi persona los escasos momentos lúdicos que tuve durante este proceso.

AGRADECIMIENTOS

A mi director de tesis, don Enrique, por su tiempo, consejos y recomendaciones. A mis lectores por sus sugerencias, especialmente a Vanessa quien colaboró con el proyecto inicial de esta tesis. A toda la nómina de docentes del doctorado por mejorar mis conocimientos, sobre todo, por sentar las bases que permitieron hacer posible la finalización de esta tesis. A Karen, mi filóloga, por haberme corregido y enseñado a mejorar el arte de la escritura. Al doctor Ricardo Salas, por sus valiosos aportes en la materia penal. Finalmente, agradezco a la Universidad de Costa Rica por haberme formado desde muy joven en las distintas etapas de mi vida, hasta culminar con el doctorado. Para todos y todas, gracias inextinguibles.

HOJA APROBACIÓN

Esta tesis fue aceptada por la Comisión del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, como requisito parcial para optar al grado y título de Doctorado Académico en Derecho.

Dr. Ricardo Salas Porras
Decano o Representante del Decano
Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Enrique Ulate Chacón
Director de Tesis

Dra. Guadalupe Ortiz Mora
Asesora

Dra. Vanessa Fisher González
Asesora

Dr. Haideer Miranda Bonilla
Director (a) Coordinador (a) / Representante
Programa de Posgrado en Derecho

Luis Carlos Acuña Jara
Sustentante

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA ii

AGRADECIMIENTOS iii

HOJA APROBACIÓN iv

TABLA DE CONTENIDO v

RESUMEN EN ESPAÑOL xiv

ABSTRACT xv

LISTA DE ABREVIATURAS xvi

LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ENTRE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES 1

1. Introducción 1

1.1 Justificación, actualidad y novedad 1

1.2. Planteamiento del problema e hipótesis 11

1.3. Objetivos de la investigación 11

1.3.1. Objetivo general 11

1.3.2. Objetivos específicos 11

1.4 Estructura de la investigación 12

1.5. Orientaciones metodológicas 14

1.6. Fuentes o formantes 18

1.7. Delimitación del objeto de estudio 20

CAPÍTULO I: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y PRIVACIÓN DEL DOMINIO SIN INDEMNIZACIÓN 21

1. Evolución constitucional del Derecho de Propiedad en Costa Rica 21

1.1. Cuestiones terminológicas (propiedad, dominio, derecho de propiedad y patrimonio) 22

1.2 Contexto Histórico e Influencia Ideológica 26

1.3. La propiedad en las constituciones relacionadas con el Imperio Mexicano y la Federación Centroamericana, 1821-1848 29

1.4. La Propiedad Constitucional como Estado Autónomo y el Primer Período de la República 1848-1870 34

1.5. La propiedad en las constituciones de finales de siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, 1870-1943 36

2. La propiedad y la constitución de 1943 hasta el presente 39

2.1. Las reformas legales y constitucionales de 1942 y 1943 y su incidencia en el Derecho de Propiedad 39

2.2. La propiedad en el proyecto de Constitución 42

2.3 El texto sobre la propiedad privada aprobado por el constituyente de 1949 . 45

2.4. La interpretación constitucional sobre el derecho de propiedad 48

3. Jurisprudencia Constitucional y Privación de activos 56

3.1. Origen de la consulta del Voto 2015-18946 de la Sala Constitucional 56

3.2. Normas consultadas y posible similitud con la Extinción de Dominio 57

3.3. Consideraciones sobre la aparente violación al derecho de la propiedad constitucional 61

4. Conclusiones del capítulo 62

CAPÍTULO II: LA ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA PROPIEDAD COMO DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN 65

1. Dimensión subjetiva del derecho de propiedad 65

1.1. Alcances del carácter subjetivo del Derecho de Propiedad 66

1.2 Pluralidad de propiedades 69

1.3. La propiedad privada como derecho de defensa 72

1.4. Acciones Positivas del Estado a favor del Derecho de Propiedad 77

1.4.1 El Derecho de Protección 80

1.4.2 La Propiedad como Derecho a los procedimientos y a la organización .. 83

1.4.3. Procedimiento y Organización para la Protección del Derecho de Propiedad 84

2. El objeto sobre el que recae el derecho de Propiedad Privada 87

2.1 Visión Constitucional y visión Civil 87

2.2 El Derecho de Propiedad sobre Situaciones Jurídicas Privadas de contenido patrimonial 92

2.3 Condiciones que debe cumplir el objeto del DP 94

3. La Función Social: modulador de la función económica del derecho de propiedad 96

3.1. El derecho de propiedad y su rol en la economía 96

3.2 ¿'Interés Social' o 'Función Social'? 98

3.3. Alcance técnico-jurídico de la Función Social 101

3.4. Ubicación de la Función Social dentro de la dogmática del Derecho de Propiedad 103

3.5. Desarrollo del concepto en Costa Rica 107

3.6. Importancia de los artículos 46 y 50 de la Constitución en la dinámica del Derecho de Propiedad 109

3.7. Función Social y leyes especiales 114

4. Núcleo esencial del Derecho de Propiedad 116

4.1 ¿Qué significa contenido o el núcleo esencial del derecho de propiedad? .. 116

4.2 Sentido básico de la propiedad y su relación con los límites y limitaciones 123

4.3 El núcleo central de la propiedad, según la jurisprudencia costarricense 128

5. El derecho de Propiedad en la Convención Americana de los Derechos Humanos 133

5.1 Algunos elementos estructurales del Derecho de Propiedad en la CADH ..134

5.2. Protección de los pueblos Indígenas y Tribales 138

6. Conclusiones del capítulo 141

III. CAPÍTULO FACULTAD DE DISPOSICIÓN, LICITUD Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD..... 145

1. Modos de adquisición derivativa del derecho de propiedad 147

1.1. Nudo consenso: eficacia inter-partes 147

1.2 Adquisición de bienes muebles 150

1.3 Importancia de la registración de bienes inmuebles 153

2. Facultad de disposición integrado al derecho subjetivo de la propiedad 157

2.1. Límites intrínsecos o injerencia del Poder Público sobre el derecho de Propiedad 158

2.1.1. Nociones básicas del abuso del derecho y ampliación de la injerencia estatal 158

2.1.2. Su aplicación práctica en Costa Rica 163

3. Transmisión 167

3.1. Inter – vivos, gratuita y onerosa 167

3.2. Mortis causa 169

4. Licitud en la adquisición y la transmisión del Derecho de Propiedad 171

4.1 Precisión en los términos licitud, ilicitud e ilegalidad 171

4.2 Tipos de Ilicitudes en el Negocio Jurídico 173

4.2.1 La Licitud del objeto 175

4.2.1.1. La ilicitud del objeto proveniente del delito 180

4.2.2 Licitud de la Causa 181

4.2.3 Licitud en la explotación del bien 187

4.2.3.1. Legislación urbanística y primeras manifestaciones de ilicitud del cambio en el uso del suelo.....189
4.3 Justo Título.....198
5. Extinción o pérdida del Derecho de Propiedad 199
5.1 Conceptualización.....200
5.2. Transporte Transfronterizo de dinero y valores 202
5.3. Capitales emergentes.....204
5.4. Legitimación de capitales.....205
6. Otras formas Atípicas de Extinción del Derecho de Propiedad.....206
7. Conclusiones de este capítulo.....212
CAPÍTULO IV: ORÍGENES Y CARACTERÍSTICAS SUSTANCIALES DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO 213
1. Antecedentes de la Extinción de Dominio.....213
1.1. La coyuntura actual y la respuesta jurídica a las nuevas ilicitudes 213
1.2 Respuesta de los Organismos Internacionales a las ilicitudes modernas.....216
1.2.1. La Convención de Viena de 1988 218
1.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....219
1.2.3. Convención de las Naciones Unidas contra La Corrupción (Mérida, 2003) 221
1.2.4 Grupo de Acción Financiera [GAFI].....224
1.2.5 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)227
1.3. Legislación regional.....228
1.3.1 Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas 230

1.3.2. Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos 231
2. El Objeto sobre el cual recae la Extinción de Dominio 233
2.1 Instrumentos Internacionales (bienes, productos e instrumentos) 233
2.2 Derecho positivo 236
3. Particularidades de la acción de Extinción de Dominio 239
3.1 Conceptualización 239
3.2 Atributos básicos de la Extinción de Dominio 241
3.2.1. Su carácter real o patrimonial 241
3.2.2. Jurisdiccional y Declarativa 243
3.2.3. Autónoma o independiente 245
3.2.4. Garantía al Tercero de Buena fe 246
3.2.5. Destino de los bienes 248
4. Elementos esenciales de la Extinción de Dominio 250
4.1 Actividad Ilícita 251
4.2. Atribución o imputación Jurídica 255
4.3. Causales de Extinción de dominio 259
4.3.1. Consideraciones generales 259
4.4. Formas de atribución según las distintas causales 262
4.4.1 Atribución en causales por origen 263
4.4.2. Imputación en Causales de Destinación Ilícita 267
5. Evolución y Aspectos Básicos de los Proyectos de Ley en Costa Rica 269
5.1 Panorama General 269
5.2 El objeto 270
5.3 La Ilicitud 272

5.4 Causales de extinción de dominio 275
6. Conclusiones del Capítulo 277
V. CAPÍTULO: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO COMPARADO 281
1. La Extinción de Dominio en la legislación de Colombia 281
1.1 Breve recorrido histórico 282
1.2. Constitucionalidad de la Extinción de Dominio 285
1.3. Causales de extinción 288
1.4. Actividad Ilícita 289
1.5. La registración de bienes muebles e inmuebles en Colombia 291
2. La Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico de Guatemala 292
2.1 Breve evolución histórica 292
2.2 Revisión de constitucionalidad 293
2.3 Causales de extinción 295
2.4 Actividad Ilícita 296
3. La Extinción de Dominio en la legislación de México 297
3.1 Antecedentes históricos 297
3.2 Revisión de constitucionalidad 301
3.3 Elementos básicos para la aplicación de la Extinción de Dominio 302
3.4 Causales establecidas en la Ley Nacional de Extinción de Dominio 306
3.5 El hecho ilícito y la legítima procedencia 308
4. El decomiso de activos ilícitos en la Unión Europea 310
4.1 Propuestas de la Unión Europea sobre recuperación de activos 310
4.2 Reglamento UE 311
4.3 Adopción de la normativa comunitaria sobre el decomiso en España 314
4.4 Aspectos procesales del Decomiso Autónomo 317

5. Conclusiones del capítulo 320

VI CAPÍTULO. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD 322

1. La noción de Buena Fe 323

1.1 Generalidades 323

1.2. Buena fe subjetiva 325

1.3. Buena fe objetiva 325

1.4 La presunción de buena fe y de exactitud de los asientos registrales 326

1.5 El Sistema Registral y el elemento de la buena fe en la adquisición de bienes inscritos 330

2. Alcances del concepto de Buena Fe 'exenta de culpa' en la Extinción de Dominio 333

2.1 Buena fe exenta de culpa en Colombia 334

2.2 Buena fe exenta de culpa en la legislación de Guatemala 338

2.3 La Buena Fe exenta de culpa en la legislación de México 340

2.4 La buena fe en el proyecto de ley en Costa Rica 342

2.5 El nuevo eje dogmático de la buena fe al amparo de la ED 343

2.6 La buena fe en la Extinción de Dominio y los efectos de la falsedad documental del art. 493 del C.P.P. 353

2.7 Corolario 355

3. Nociones sobre el tercero de buena fe y afectado 355

3.1 La noción de 'Tercero' 355

3.2 El tercero o el 'afectado' en la legislación comparada en estudio 357

3.2.1 El tercero o afectado en Colombia 359

3.2.2 El tercero o afectado en Guatemala 359

3.2.3 El tercero en México 360

3.2.4 Proyecto de Ley en Costa Rica 360
3.3 Corolario 360
4. Nulidad de ab initio o de pleno derecho 361
4.1 Conceptualización general 361
4.2 Nulidad Ab initio aplicada a la Extinción de Dominio 363
4.3 La constitucionalización de la Extinción de Dominio: ¿Una necesidad? 365
5. Intemporalidad 367
5.1 Fundamento de la prescripción extintiva 367
5.2 Imprescriptibilidad 369
5.3 Retrospectividad y retroactividad 370
6. El impacto de la ED en la estructura y función del Derecho de Propiedad 372
CONCLUSIONES GENERALES 375
BIBLIOGRAFÍA 389
APÉNDICE I 418
SINOPSIS DE UN CASO DE CAPITALES EMERGENTES EN COSTA RICA 418

RESUMEN EN ESPAÑOL

Esta investigación tiene como eje el estudio de una herramienta jurídica denominada Extinción de Dominio, la cual ha generado un extenso debate en la mayoría de los países latinoamericanos. Con independencia de sus cuestionamientos, esta legislación entraña una forma diversa de extinción del derecho de propiedad sin indemnización; por lo que en principio se cuestiona su adecuación a la Constitución, y si esta altera las características esenciales del derecho de propiedad.

A partir de las interrogantes planteadas, la tesis analiza el régimen de la propiedad privada previsto en el artículo 45 de la Constitución Política, entendiéndolo como la propiedad genérica. Al utilizar un concepto genérico de propiedad privada, y también de hermenéutica material, que realiza la Sala Constitucional, se tiene la ventaja que ambos conceptos son los que orientan las decisiones macro ante los modernos desafíos, es decir, que la propiedad constitucional debe tener la capacidad de responder a las cuestiones fundamentales y novedosas de la colectividad -como serían los procesos de privación del dominio sin indemnización- sin tener que modificar el texto constitucional cada vez que se presenten. La investigación inicia con el derecho de propiedad constitucional, determina que la legislación existente en el país sobre extinción de dominio, y cualquier otra que se promulgue en el futuro, no es contraria al derecho de propiedad. Además, se hace un análisis de la Extinción de Dominio desde la óptica del Derecho Privado. Se indaga sobre la estructura y función del derecho de propiedad y se realiza un examen sobre la facultad de disposición, licitud y extinción, que forman parte de la dinámica que tiene cualquier derecho real durante su existencia. Como producto de esta exploración, se propone un nuevo estadio del derecho de propiedad que esta investigación denomina la 'Propiedad Lícita'.

El estudio profundiza en los elementos estructurales de la Extinción de Dominio que giran en torno lo siguiente: un objeto, una actividad ilícita, una causal y la vinculación entre el objeto y la ilicitud, y la relación entre un titular y una causal. Este análisis no surge de un ejercicio teórico, se cimenta sobre el estudio comparador de tres legislaciones en América Latina, además del último proyecto de ley de Costa Rica. Como derivación de esta comparación, se extrae el nuevo rol de un concepto tradicional e insigne del Derecho Privado: la buena fe. Este concepto sufre una mutación importante con respecto a su papel tradicional, bajo las herramientas de extinción de domino se erige como la única eximente de exclusión de responsabilidad, denominándola buena fe calificada o 'reforzada'. Además, se destacan cambios importantes en cuanto a la noción tradicional del tercero y se aclaran algunos elementos relacionados con la nulidad absoluta. Como resultado de esta exploración civilista, se destaca la necesidad de analizar las herramientas de privación y 'recuperación de activos' desde una óptica integral, utilizando el derecho privado como eje transversal.

ABSTRACT

This investigation focuses on the study of a legal mechanism that has generated extensive debate in most Latin American countries, called 'extinction of dominion.' Regardless of the issues, this figure is a diverse form of extinction of ownership rights without indemnification, and thus first its adaptation to the Constitution is analyzed, and whether this alters the essential characteristics of the right of ownership.

Starting with the issues posed, the Thesis analyzes the private ownership regime foreseen in Article 45 of the Political Constitution, with this being understood as generic ownership. By using a generic concept of private ownership and of material hermeneutics, as the Constitutional Court does, the advantage is that both concepts are those that guide macro decisions in the face of modern challenges. In other words, constitutional ownership should be able to respond to the fundamental and novel issues of the collectivity (such as processes involving the loss of ownership without indemnification) without having to amend the text of the Constitution each time such an issue arises.

The investigation starts with the constitutional right of ownership and the assumption that the current (and future) legislation in the country regarding extinction of dominion is not contrary to the right of ownership. The extinction of dominion is also analyzed from the perspective of private law. The structure and function of the right of ownership is explored in depth, and the power of disposition, the legality, and the extinction of this right are examined, as they form part of the dynamic that characterizes any real right. Based on this exploration, a new phase of the right of ownership is proposed: 'lawful ownership.'

The study explores in depth the structural elements of the extinction of dominion that revolve around the object, an illicit activity, a causal factor, and the link between the object and the legality, and between the owner and the causal factor. This analysis does not stem from a theoretical exercise, but rather is based upon a comparative study of three legal frameworks in Latin America and the most recent legislative proposal in Costa Rica. Derived from this comparison is the new role of a traditional and distinguished concept of private law: good faith. This concept suffers a significant mutation with respect to its traditional role; under the extinction of dominion mechanisms it stands out as the only justification for liability exclusion, being referred to as 'qualified' or 'reinforced' good faith. In addition, important changes regarding the notion of the third party are highlighted, and certain elements related to absolute nullity are clarified. As a result of this civility exploration, the need to analyze privation mechanisms and 'asset recovery' from a comprehensive perspective is highlighted, with private law being used as a cross-cutting theme.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	Asamblea Constituyente
Cc	Código Civil de Costa Rica
CP	Constitución Política de Costa Rica
CADH	Convención Americana de los Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cp	Código Penal de Costa Rica
C.P.P.	Código Procesal Penal de Costa Rica
CW	Consenso de Washington
COT	Crimen Organizado Transnacional (COT)
CEDC	Código de Extinción de Dominio de Colombia
CIADI	Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones
DOT	delincuencia organizada transnacional
DP	Derecho de propiedad
DRA	Diccionario de la Real Academia Española
ELSJ	Espacio de libertad, seguridad y justicia
ED	Extinción de Dominio
FS	Función social
GAFI	Grupo de Acción Financiera
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
INDER	Instituto de Desarrollo Rural
ITCO	Instituto de Tierras y Colonización
LCDO	Ley Contra Delincuencia Organizado
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal de España
LMED	Ley Modelo de Extinción de Dominio
LCDO	Ley Contra la Delincuencia Organizada
LMED	Ley Modelo de Extinción de Dominio
LNED	Ley Nacional de Extinción de Dominio de México
NCB	Decomiso de activos sin condena (basado en no declaración de culpabilidad)
n.	Nota
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SCCR	Sala Constitucional de Costa Rica
SCCR	Sala Constitucional de Costa Rica
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
vid.	Véase
TUE	Tratado de la Unión Europea

> "El primer individuo al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir «Esto es mío» y encontró a gentes lo bastante simples como para hacerle caso, fue el verdadero fundador de la Sociedad Civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores no le hubiera ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o cegando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: «Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que las frutas a todos pertenecen y que la tierra no es de nadie…»". J. J. Rousseau

LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ENTRE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES

1. Introducción

1.1 Justificación, actualidad y novedad

La controversia suscitada por la introducción, en el sigl1o XXI, de nuevos mecanismos legales de privación del derecho de propiedad sin indemnización, creados bajo el concepto de 'recuperación de activos,' y privación de bienes a particulares sin indemnización, en el caso de América Latina se denomina 'Extinción del Dominio' (ED) a favor del Estado[1], en Europa se conoce como 'Decomiso Autónomo' u otras formas análogas[2], representa un tema relevante y de actualidad para cualquier sistema económico; por consiguiente, también encarna la

[1] Existe una corriente ideológica que considera al Estado como el "titular" original de la propiedad. Una muestra de este planteamiento fue el Código Fiscal de 1885 que reguló los terrenos baldíos, considerándolos estatales. En este sentido el artículo 508 disponía: "Son terrenos baldíos todos los comprendidos en los límites de la República, que no pertenezcan, con título legítimo a los particulares. Los terrenos baldíos, ya estén situados en las islas, ya en tierra firme, pertenecen al Estado." Posteriormente, tanto la Ley de Terrenos Baldíos N.º 13 del 10 de enero de 1939, derogada por la Ley de Tierras y Colonización N.º 2825, se pronunciaron en sentido similar. En este sentido véase: Enrique Ulate, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, 2ª Edición. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 139–140. En forma más directa, el primer párrafo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica: "Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada…" Véase: Miguel Carbonell, *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, segunda edición* (Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2023) 55-56.

[2] En el caso de Costa Rica, han existido varios proyectos de ley en la corriente legislativa a fin de contar con una herramienta para la recuperación y privación de activos siguiendo lineamientos internacionales. Para efectos de esta investigación se utilizará el proyecto de ley actual número 19571 Ley Especial de Extinción de Dominio expediente legislativo N.º 20868. En el caso de la legislación en España, desde el año 2015 se promulgó una reforma legislativa pero íntimamente relacionada con el decomiso penal, creándose una acción denominada 'decomiso autónomo'. En el caso de España, la creación del decomiso autónomo se fraguó desde la propuesta que hizo la Comisión de la Unión Europea quien remitió al parlamento europeo una comunicación titulada "Productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso". Posteriormente, la directiva de la Unión Europea número 2014/42/UE dio el impulso final para la creación de la reforma legal en el año 2015. Para una revisión detallada de las reformas relacionadas con el decomiso y recuperación de activos en España puede revisarse: Teresa Aguado-Correa, Cinco años después de las reformas del decomiso: *¿does crime still pay?*, en Ignacio Berdugo y Nicolás Rodríguez, eds, *Decomiso y Recuperación de Activos Crime Doesn't pay* (Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020).

necesidad de hacer ajustes en distintos sectores del ordenamiento jurídico.[3] El objeto de ese tipo de herramientas jurídicas es una nueva modalidad de privación de los derechos de propiedad[4], lo que significa que el foco de esas acciones abarca un amplio espectro de aspectos y situaciones a las cuales se le aplicará la posibilidad de pérdida de bienes o derechos.[5]

El derecho de propiedad y sus diversas manifestaciones han sido una pieza fundamental de la cultura y civilización de la mayoría de los Estados. Su régimen jurídico constituye uno de los elementos arquitectónicos básicos del sistema social, político y económico, así como uno de los núcleos o pilares centrales de los ordenamientos jurídicos. Cualquier acción o cambio sobre su delimitación, contenido esencial o nuevas formas de extinción de ese derecho tendrá un efecto que va más allá de lo estrictamente jurídico, incluso impactaría negativa o positivamente la evolución o 'involución' del propio desarrollo económico de cualquier Estado o Nación.

En el devenir del derecho de propiedad, su sistematización en el Código Napoleónico[6] marcó un hito muy importante para las sociedades occidentales, que, además, sirvió de modelo para muchos códigos, tanto en Europa como en América Latina[7]. Originalmente, la propiedad

---

[3] A menudo se tiene la errónea creencia que algunas reformas legales solo impactan un cierto sector o rama del derecho. Para una reforma que actúa sobre un derecho fundamental como el derecho de propiedad, se requiere de una lectura global del ordenamiento jurídico y en consecuencia de un ajuste en sus distintas áreas.

[4] El proyecto establece: "Artículo 1- Objeto de esta ley esta ley establece y regula la extinción de dominio de bienes o derechos que tengan origen o destinación ilícita a favor del Estado." Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019), art.1.

[5] Según Santaellla, el derecho de propiedad privada, en todos los tiempos y en muchas regiones, se ha discutido sobre su origen, legitimidad y alcances. No en vano, mantiene vigencia la forma como el francés Tocqueville denominó a la propiedad privada: "el gran campo de batalla." Héctor Santaella, *La Propiedad Privada Constitucional: Una Teoría*. (Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2019). "Le grand champ de bataille sera la propriété; et les principales questions de la politique rouleront sur des modifications plus ou moins profondes à apporter au droit des propriétaires" (la propiedad será el gran campo de batalla y los principales problemas políticos girarán en torno a las modificaciones más o menos profundas que los propietarios tendrán que introducir en el derecho de propiedad). Esta afirmación fue realizada por Tocqueville haciendo alusión a la lucha entre tenedores del derecho de propiedad y aquellos que no son poseedores. Alexis de Tocqueville, Études économiques, politiques et littéraires, en Michel Lévy, *Œuvres complètes, vol. IX*, (Paris, 1866),514-519, https://fr.wikisource.org/wiki/%C5%92uvres_compl%C3%A8tes_d%E2%80%99Alexis_de_Tocqueville,_L%C3%A9vy/Note_sur_la_classe_moyenne_et_le_peuple. Esta visión es correcta en cuento al efecto, sin embargo, es parcial al dejar de lado el modelo económico propio del liberalismo francés de la época.

[6] El código francés o también denominado Código Napoleónico fue promulgado en el año de 1804. Código vil Francés: Código Napoleón (San José Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001).

[7] Afirma el maestro Walter Antillón sobre el Código de Napoleón: "El Código Napoleón El Código Civil francés de 1804, también llamado 'Código Napoleón', es sin duda uno de los monumentos legislativos más importantes de todos los tiempos. su influencia no se limitó a la esfera de Occidente (donde fue y aún sigue siendo enorme), sino que se propagó también por otros ámbitos culturales, como Japón, Turquía, Egipto y otros países musulmanes, así como varios estados africanos de la órbita cultural francesa. Y tampoco se limitó al campo

privada de origen decimonónico[8] reclamó un carácter absoluto e inviolable, y ha intentado resistirse, con menor o mayor éxito, a los embates de la intervención estatal. En este sentido, la regulación legal y constitucional original contenía una bien desarrollada garantía de inviolabilidad, que consistía en el requisito de utilidad pública para la expropiación y previo pago de una indemnización.[9] Era, por lo demás, la única garantía necesaria en un tiempo en que las disposiciones legislativas sobre la propiedad no constituían una amenaza para sus dueños.

El otro hito importante fue la introducción del concepto de Función Social[10], más que una evolución, marcó una revolución en la forma entender al derecho de propiedad.[11] Con la

---

legislativo, sino que tuvo una fuerte repercusión en la filosofía, la sistemática y el método jurídicos. En lo que hace a Europa, con excepción de Gran Bretaña y toda que algunos Estados de cultura germánica, se puede decir ella siguió sus lineamientos durante el transcurso del Siglo XIX. E igual destino sufrieron, aunque en medida variable, las nacientes Repúblicas Latinoamericanas, la Provincia de Quebec en Canadá y el Estado de Luisiana en Estados Unidos". Código Civil Francés, Código Napoleón, 23.

[8] Se refiere a la concepción sobre la propiedad en el siglo XIX, a partir de la codificación napoleónica. Desde la codificación francesa, el concepto de propiedad se impregnó de los ideales de la Revolución Francesa, identificándolo como un derecho sagrado e inviolable. El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización." Véase: Asamblea Constituyente Francesa, Declaración de Los Derechos Del Hombre y Del Ciudadano (Francia, 1789), https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf. Sobre las características de derecho inviolable y sagrado, es interesante notar que en la actualidad varias constituciones, además de Costa Rica, mantienen el concepto de inviolabilidad de la propiedad privada, entre ellas: Argentina, Perú, Paraguay y Uruguay.

[9] Así lo dispone el artículo 45 constitucional: "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley…" Elena Fallas Vega, Llihanny Linkimer Bedoya, Marina Ramírez Altamirano, coord., *Constitución Política de la República de Costa Rica (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005), art. 45.*

[10] Tradicionalmente, el concepto de función social se le atribuye al francés Leon Duguit: "El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar…Pero la propiedad no es un derecho; es una función social que cumplir." Véase: León Duguit, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón, 2ª Edición* (Madrid, España: Blass y Cía., 1920), 24–25. En este mismo sentido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: voto No. 479-90; 11 de mayo, 1990 17:00 horas, expediente 89-000059-0007-CO indicó: "El párrafo segundo del actual artículo 45 es el mismo párrafo segundo que se introdujo en los años 1942 y 1943 al artículo 29 de la Constitución de 1871, y se asienta en el social cristianismo del Código Social de proveniente del sociologismo funcionalista de León Duguit, de principios de este siglo".

[11] Como antecedente al concepto de *función social*, si se analiza adecuadamente el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 además de contrastarlo con el artículo 544 del Código Civil Francés de 1804, se notarán diferencias evidentes entre una concepción y la otra en un corto lapso. En forma similar, expone Lasarte: "una concepción absoluta y totalitaria de la propiedad no existió ni siquiera al día siguiente de la revolución liberal, al igual que no existe hoy en día ni ha existido nunca. Incluso en los primeros momentos de vigencia socio-política del individualismo, la llamada teoría de la propiedad soberana comenzó a limar sus aristas más salientes: sintomática, a este respecto, resulta la diferencia entre la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano y las disposiciones legales del Código Civil francés en cuanto a la calificación del derecho de la propiedad. Mientras que en aquélla se afirmaba que la propiedad era sagrada e inviolable, poco tiempo después, en el Código Civil, aparece caracterizada de forma diversa: se mantiene silencio respecto a los caracteres anunciados y, lo que es más importante, se llega incluso a desconocerlos, al preverse en el artículo 545 la

crisis del individualismo liberal[12] de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, y el surgimiento de las teorías marxistas y socialistas en general, se empezó con el cuestionamiento clásico del derecho de propiedad y, con ello, la necesidad de la intervención estatal en la vida económica de las sociedades.[13] En la realidad, fue evidente la agudización de las desigualdades en todos sus ámbitos y la concentración de la riqueza.[14] Ante tales acontecimientos, a partir de la constitución mexicana de 1917,[15] y la Constitución alemana de la República de Weimar de 1919;[16] la concepción clásica del derecho de propiedad sufrió una importante innovación al introducirse el concepto de *función* social de la propiedad, progresivamente, en los distintos ordenamientos jurídicos.[17]

---

posibilidad de expropiación forzosa, previa declaración de pública utilidad y pago de la correspondiente indemnización. La propiedad no es, pues, sagrada ni inviolable, sino sólo absoluta; pero ni siquiera este dato puede ser reconocido plenamente, sino que se introduce una importante reserva: pourvo qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. Es decir, a pesar del clima sociopolítico reinante resultó imposible, técnicamente, configurar la propiedad como sagrado e inviolable, como algo casi sobrenatural e inmodificable". Véase: Carlos Lasarte, *Compendio de Derechos Reales* (Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2012), 2

[12] "Tendencia filosófica que defiende la autonomía y supremacía de los derechos del individuo frente a los de la sociedad y el Estado". Diccionario de la Lengua Española. 23ª edición (2014). s.v. "individualismo". https://dle.rae.es/

[13] Desde el punto de vista de esta investigación, el abandono del individualismo liberal se origina en múltiples causas, principalmente económicas y sociales.

[14] Rafael Colina Garea, *La Función Social de La Propiedad Privada En La Constitución Española de 1978* (Universidad de la Coruña, 1995), 21, https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1164/ColinaGarea_Rafael_TD_1995.pdf.

[15] Véase nota 1, sobre artículo 27 de la Constitución Política de México.

[16] El artículo 153 de la Constitución alemana indica lo siguiente: "Art. 153.- La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y límites resultan de las leyes. Solamente se podrá expropiar para el bien de la comunidad y con fundamento en la ley. La expropiación debe tener siempre una indemnización adecuada, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa, En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta la vía legal de los tribunales competentes en caso de litigio, excepto cuando una ley del Reich determina lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Länder, municipios y asociaciones de uso público, solo podrán efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común." Santaella, *La Propiedad Privada Constitucional: Una Teoría*, 42.

[17] En este sentido, de los Mozos sostiene que: "Esta categoría surge en el juego dialéctico entre la propiedad capitalista y el socialismo. El socialismo niega la propiedad privada, entiende que la propiedad no es un derecho sino una función. El pluralismo occidental y cristiano proclama su respeto como reflejo de la libertad individual pero no deja de reconocer la necesidad de su "socialización", de este modo, la propiedad se instrumenta con su función social. Cuando fracasa la propiedad consagrada en la codificación, con la crisis del individualismo jurídico, hubo de intervenir el Estado en la vida económica, intervencionismo que se ha Intensificado sucesivamente, en los tiempos modernos, esto trajo como consecuencia una serie de limitaciones y de intervenciones en el derecho de propiedad. Pero los códigos seguían proclamando frente a una legislación periférica que cada vez les cercaba un concepto de propiedad ya periclitado. La primera corrección la llevaron a cabo las Constituciones, a partir de la de Weimar de 1919." Véase: José Luis de los Mozos, "Teoría General de La Propiedad," en *Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. La Propiedad: Ensayos* (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983), 31.

Hoy en día las discusiones sobre el derecho de propiedad giran en torno de los distintos grados y sus posibles vías de intervención estatal. En principio, las distintas formas de recuperación y privación de activos son un medio innovador de las potestades estatales sobre la propiedad, en aras de cumplir con los intereses de la colectividad. Con la consolidación del principio de la Función Social, el debate en las últimas décadas gira en torno a qué puede o qué no puede ser objeto de propiedad privada, bajo cuáles condiciones o limitaciones y con cuáles implicaciones se jugará en ese "campo de batalla" que señalaba Tocqueville.

Aunque las características de inviolabilidad del derecho de propiedad han sido abandonadas, no dejan de existir controversias entre quienes ostentan estos derechos y los intereses públicos. La intervención estatal, cimentada sobre el principio de función social para la consecución de variados fines económicos, políticos, ecológicos, o de política criminal, ha terminado por teñir de público una esfera tradicionalmente privada. En la medida en que el contenido y el ejercicio de la propiedad privada no pueda desacatar las exigencias sociales que declare una determinada ley, siempre existirá confrontación al intentar delimitar e interpretar determinadas disposiciones legales que podrían afectar, ya sea al propietario individual, o el interés de la colectividad. En el fondo, se trata de una especie de dialéctica atemporal entre el interés individual versus el interés general.

Aparejado con lo anterior, el fenómeno de la globalización[18] mundial ha llevado a una compleja economía de mercado, con un alto grado de especialización y una variada estructura de división del trabajo. Dichos ingredientes, más la necesidad de los mercados de innovar procesos y productos, crean indirectamente nuevas formas de propiedad, incluso, presionan para dimensionar su contenido. Pero, al igual que se admite la globalización de la economía, también existe la *globalización de la ilicitud*, en el sentido de que la misma es desarrollada por un complejo grupo de personas físicas o jurídicas, actuando a nivel transnacional.

Estos fenómenos, por lo general, no son acompañados en el mismo momento por una especie de *globalización del Derecho* y de sus técnicas de tutela, lo que ha obligado a los

[18] Se utiliza el término partiendo de la definición lingüística, a fin de evitar confusiones: "**1.** f. Acción de globalizar (‖ integrar cosas diversas).**2.** f. Extensión del ámbito propio de instituciones sociale, p olíticas y jurídicas a un planointernacional. *El Tribunal Penal Internacional es un efecto de la globalización*.**3.** f. Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos ycostumbres.**4.** f. Econ. Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de lacomunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que penden cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos." Diccionario de la Lengua Española. 23ª edición (2014). s.v. "globalización". https://dle.rae.es/.

Estados y organismos internacionales a crear legislación, realizar recomendaciones y cambios en los ordenamientos para evitar la desnaturalización de algunos institutos, entre ellos del régimen de propiedad privada.

Al margen de las múltiples transformaciones sufridas por las sociedades y el derecho de propiedad en particular, tampoco puede llegar al extremo de trastocar los cimientos fundamentales de ese derecho. Que el derecho de propiedad privada no pueda reclamar, para sí, los atributos de derecho absoluto, inviolable y sagrado, tampoco debe conducir a la negación de su derecho, ni a la disolución de su garantía o el vaciamiento de su contenido.[19] El respaldo unánime que recibe el derecho de propiedad en importantes instrumentos internacionales,[20] al igual que su categórico reconocimiento en los textos constitucionales, sostienen esta afirmación. [21]

De esta forma, dependiendo del contenido y la delimitación del derecho de propiedad privada[22] que tutela la Constitución Política de cada Estado, se podría conocer si una

[19]En este sentido, la Sala Constitucional ha establecido: "Dichas limitaciones, según la Sala Constitucional, deben ser razonables y no vaciar el contenido del derecho, pues pasaría a ser una privación total del mismo". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de Amparo: voto 5097-93; 15 de octubre, 1993 10:24 horas", expediente 91-002882-0007-CO

[20] Dentro del amplio espectro de instrumentos internacionales de alcance universal o regional que consagran el derecho de propiedad privada, se destacan: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (art. 13), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (art. 15). En los contextos regionales sobresalen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 13, 14 y 21) y el Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1).

[21] Desde 1821 Costa Rica ha consagrado el derecho de propiedad en sus constituciones o cartas fundamentales. El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica en su artículo 2 disponía: "La provincia reconoce y respeta la libertad civil, propiedad y demás derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquier pueblo o nación." La constitución de la República Federal Centroamericana del 22 de noviembre de 1824 también disponía: "Artículo 2: "Es esencialmente soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad." Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825, disponía: "Artículo 4º.- Sus propiedades son inviolables; pero el Estado puede exigir el Sacrificio de alguna por razón de interés público legalmente comprobado indemnizándola previamente."

[22] Desde hace algún tiempo la doctrina, siguiendo al profesor Salvatore Pugliatti, considera que debe entenderse no solo un tipo de propiedad sino diversas tipologías de propiedad. Este concepto se entiende partiendo de la premisa que el texto constitucional reconoce, un único tipo de propiedad como Institución. Desde la óptica del derecho de propiedad como derecho subjetivo actualmente se distinguen "las propiedades", pues sin duda difieren en su función y en su estructura. La función de la propiedad está referida a la utilidad social del bien, a su diversa naturaleza productiva entendido en su sentido amplio: así se podría discutir sobre la naturaleza o función agrícola, ganadera, forestal, urbana, etcétera. Enrique Ulate Chacón, "La función social, económica y ambiental de la propiedad (limitaciones agroambientales a la propiedad)", *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 97, 2002: 70.

determinada acción estatal o la promulgación de un reglamento o ley se adecúa o no a los postulados constitucionales de ese derecho.

Como se indicó al inicio, el objeto de la acción de Extinción de Dominio abarca esencialmente el derecho de propiedad privada, y ello conduce a la necesaria revisión legal, jurisprudencial y doctrinaria de la dinámica del derecho de propiedad, a fin de identificar la posible trascendencia de este tipo de acciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Si la acción en estudio puede llevar a la privación o pérdida del derecho de propiedad, resulta indispensable estudiar su contenido y sistematizar su nacimiento, modificación y, por supuesto, el fenecimiento.

Además, de una revisión del contenido de la ED en América Latina y proyecto de ley en Costa Rica sobre este tema, se identifican varios conceptos que son eminentemente civiles o propios del derecho privado. Los conceptos jurídicos de bien o bienes, propiedad, extinción, dominio, licitud, ilicitud, derecho real, buena fe, causa lícita, y otras categorías similares nacieron y se desarrollaron como categorías clásicas del Derecho Civil. También, estudiar la acción de ED desde una visión civil no es un capricho, ni menos un impulso, al revisar los proyectos de ley en Costa Rica se encuentran disposiciones muy claras que establecen la supletoriedad del Código Civil y Código de Comercio en la aplicación de la acción de ED e incluso en el Derecho Español el instituto conocido como 'Decomiso Autónomo,' utiliza un tipo de proceso civil para su tramitación.[23] Aunque la ED tenga rasgos penales u origen penal, a menudo se pasan por alto sus características y conceptos civiles.

Por otra parte, algunas formas de ilicitudes[24] que nacieron con el fenómeno de la globalización demandan respuestas más allá de las clásicas sanciones personales de naturaleza penal o administrativa. A partir de esa realidad, algunos organismos internacionales acuñaron

[23] Artículo 140- Aplicación supletoria de la ley Para las fases investigativa y de juzgamiento, se acudirá a lo previsto en el Código Procesal Penal y en el Código Procesal Contencioso Administrativo respectivamente, cuando ello sea compatible con la naturaleza de la extinción de dominio. Con respecto al derecho real o personal que se investiga, así como en relación con los derechos de las personas, bienes, obligaciones y contratos civiles, regirá lo previsto en el Código Civil y las leyes especiales. Sobre los bienes, obligaciones y contratos regidos por el derecho comercial se aplicarán las normas del Código de Comercio y leyes complementarias. Todo lo concerniente a los bienes o contratos relacionados con el Estado y la hacienda pública se regularán según las normas del derecho administrativo. Asamblea Legislativa, "No. 19571: Ley de Extinción de Dominio; 10 de diciembre, 2015", http://www.asamblea.go.cr/sd/SiteAssets/Lists/Consultas%20Biblioteca/EditForm/19571%20dictamen%20un%C3%A1nime%20afirmativo%20Comisi%C3%B3n%20Narcotr%C3%A1fico.pdf

[24] Se usa el término en un sentido amplio, no solo refiriéndose al concepto de ilicitud en el sentido penal.

el término de "recuperación de activos,"[25] ante el galopante incremento de ciertos delitos relacionados con el narcotráfico, blanqueo de capitales, terrorismo, crimen organizado en general y la corrupción, emitiendo sugerencias, recomendaciones; además, creando distintos instrumentos legales, para que los estados las adopten.

El impacto de las distintas acciones para la recuperación de activos y privación de bienes de origen o destino ilícito ha sido de tal magnitud que, en el caso de la acción de Extinción de Dominio, se ha convertido en 'necesaria'[26] para cualquier Estado latinoamericano que procure ser calificado positivamente en la lucha contra el narcotráfico, el lavado de activos, corrupción, terrorismo, y la delincuencia organizada, entre otros. Esta afirmación se fundamenta en las recomendaciones formuladas por el organismo internacional denominado Grupo de Acción Financiera [GAFI][27] y que, en el caso latinoamericano, se denomina "GAFILAT"[28], del cual

[25] La Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción fue de los primeros instrumentos internacionales donde se menciona el término de 'recuperación de activos.' Para la Convención el concepto de activos es sinónimo de bienes: "d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. En lo tocante a la palabra 'recuperación' es importante aclarar que este concepto debería aplicarse únicamente a los casos relacionados con la corrupción de funcionarios públicos que han sustraído, desviado y formas similares de ilicitudes, en perjuicio del patrimonio estatal, de ahí la denominación 'recuperación'.

[26] Al aludir que se trata de 'necesaria', se quiere decir que se trata de disposiciones que tienen la connotación de *soft law*, pero que en la práctica se transforman en una clase de vinculatoriedad tácita, mediante el reconocimiento de un sistema sancionador internacional. El concepto de *soft law* (derecho blando) es un vocablo multifacético, que tiene varios significados. Para esta investigación, la noción inglesa de "*Soft law* no es sí en una fuente formal vinculante del derecho internacional, sino una especie de instrumento jurídico intermedio que colabora en el desarrollo y aplicación del derecho internacional general en diversas formas. Por lo tanto, el soft law debe distinguirse del *hard law* en que sólo éste último tiene la capacidad de ser formalmente vinculante." Carlos Expósito, Yuefen Li y José Pablo Bohoslavsky, *Deuda Pública y Derecho Internacional*. (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015), 106

[27] Este aspecto evidencia la importancia del derecho de propiedad dentro de las economías occidentales. La creación del [GAFI] se remonta al año de 1989, en la Cumbre del G-7 en París, como una respuesta de los siete países más industrializados (G-7) ante la preocupación por el lavado de dinero. Según el Instituto Costarricense sobre Drogas: "El mandato de esta organización es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional". Véase: Instituto Costarricense Sobre Drogas, *Instituto Costarricense Sobre Drogas. ¿Qué Es La GAFI?*, última modificación 2019, http://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/inter-uif/gafi. (consultado el 07 de abril, 2020),

[28] El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica [GAFILAT] es una organización intergubernamental regional, derivada del GAFI, que agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica, América de Norte y el Caribe; para prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva". Instituto Costarricense sobre Drogas, 2019.

Costa Rica forma parte, en consecuencia, tiene la obligación de acoger sus recomendaciones de naturaleza *soft law*.[29]

Por consiguiente, la acción de Extinción de Dominio es una forma de privación de activos que deben adoptar los Estados, haciendo los respectivos ajustes a su legislación interna. En consecuencia, se trata de un tema de la máxima actualidad en la producción legislativa internacional y estatal, en un intento por delinear una nueva política legal -no solamente se trata de una política criminal- para la represión y prevención de ciertos ilícitos que también cada país determinará. En suma, la actualidad del tema trasciende las fronteras de Costa Rica, debido a la existencia de proyectos de Extinción de Dominio en curso, en varios países latinoamericanos y discusiones en torno a recuperación de activos en el ámbito de la Unión Europea.[30] Además, por la relativa juventud de la herramienta jurídica, es frecuente que las naciones que ya adoptaron la ED necesiten realizar ajustes para adecuarla a las necesidades prácticas, conforme a los objetivos y resultados previstos en su normativa.[31]

La mayoría de los estudios conocidos sobre la Extinción de Dominio proviene de los propios organismos internacionales o son examinados desde la óptica del Derecho Penal. Con independencia de la naturaleza de la ED, no existe duda de que cualquier herramienta o instituto de privación de activos actúa sobre el derecho de propiedad privada que, en definitiva, es su

[29] En el caso de Costa Rica, su implementación en el derecho interno ha sufrido un importante retraso, a pesar de que nuestro país sería evaluado en el año 2020 para determinar el avance de las recomendaciones de la GAFILAT en general. Según la Presidencia de la República de Costa Rica, esta nación "fue evaluada en el año 2015. Como resultado de ese proceso, el país se ubicó por debajo del umbral de cumplimiento, corriendo el riesgo de ser incluido como un país no cooperante en la llamada "Lista Gris del GAFI". No obstante, gracias al compromiso desde el más alto nivel político, y la atención de un plan de acción interno que fue atendido por los equipos técnicos del país y la Comisión Técnica Interinstitucional "CTI", se ha ido avanzando en cumplir adecuadamente este Estándar Internacional, después de haber afrontado tres reuniones cara a cara con el equipo de evaluadores del GAFI, que estuvo conformado por delegados de países como España, México, Brasil, Francia y Estados Unidos, entre otros." . Gobierno del Bicentenario, "*Comunicados," País se prepara para próxima evaluación del GAFI en el 2020*, https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2019/03/pais-se-prepara-para-proxima-evaluacion-del-gafi-en-el-2020/. (Consultado 6 de abril, 2020)

[30] Además de Costa Rica, existen proyectos de ley en curso en los siguientes países: Ecuador, República Dominicana y Panamá. En los siguientes países existe una ley de Extinción de Dominio: Brasil, México, Honduras, Guatemala, El Salvador, Colombia, Perú, Argentina, Uruguay y Bolivia. En el caso de Nicaragua, no existe ninguna referencia que dé cuenta de alguna ley similar y tampoco de la existencia de algún proyecto de ley.

[31] Este es el caso de las legislaciones de ED en Colombia y México.

objeto. Perseguir bienes a favor del Estado, sin indemnización o sin castigo penal alguno, resulta novedoso[32] e impacta el concepto tradicional de propiedad privada.[33]

En ese sentido, cierta originalidad se asoma cuando, en lugar de investigar la figura de la ED desde la perspectiva del derecho penal, se estudia partiendo desde el derecho constitucional de la propiedad privada, el derecho civil y sus consecuencias sobre la dogmática del derecho de propiedad privada en general.

Las situaciones anteriormente esbozadas provocan un interés académico en cuestionarse sobre asuntos relacionados con la significancia de la intervención del Estado en la esfera privada, la naturaleza actual de la propiedad privada, tanto en la esfera legal como en la constitucional, y su delimitación, entre otros. Ahora, el hacerlo desde el derecho privado permite aclarar el camino que conecta al derecho constitucional de la propiedad privada

[32] Esta herramienta resulta innovadora en Costa Rica, debido a que tiene mayores prerrogativas y un objeto muy amplio, en comparación con algunas leyes similares que le han precedido. Desde el año 2009 se promulgó la Ley contra la delincuencia organizada, que estableció en su artículo 20 un procedimiento autónomo del proceso penal para incautar aquellos bienes que implicaban "incremento de capital sin causa lícita aparente".[32] Este proceso está previsto para tramitarse en los tribunales de Hacienda; sin embargo, en la práctica ha tenido poco o ningún uso, y es un procedimiento que es de naturaleza penal. Esta ley, en su artículo 20, dispone: "La Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el ICD o el Ministerio Público podrán denunciar, ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, acerca del incremento de capital sin causa lícita aparente, con una retrospectiva hasta de diez años, de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, física o jurídica…" Véase: Asamblea Legislativa," No. 8754: Ley Contra La Delincuencia Organizada; 22 de julio de 2009", La Gaceta No. 143 (22 de julio, 2009).

[33] En la legislación de Costa Rica se ha conocido otras acciones tipos similares a la ED. En la ley del Instituto de Tierras y Colonización (ITCO) número 2825 del 14 de octubre de 1961, artículo 30 inciso 20 se disponía: "…b) Si la tierra correspondiente al exceso estuviere inculta, el Instituto dictará resolución ordenando se inscriba a nombre del Instituto de Tierras y Colonización y lo comunicará a la Procuraduría General de la República para que ésta, en un término de quince días, proceda a cumplir con lo resuelto mediante protocolización e inscripción…" Aunque esa disposición fue declarada inconstitucional y el capítulo donde se encontraba fue derogado tácitamente por la Ley del Instituto de Desarrollo Agrario número 6735, actualmente el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Agraria mantiene una disposición casi idéntica: "b*) Si el exceso del terreno localizado se encontrara sin cultivar o no fuera objeto de explotación ganadera, una vez notificada y firme la resolución del instituto, que declare la existencia de las demasías, y una vez localizada el área correspondiente por el propietario, se procederá a levantar e inscribir el plano en la Oficina de Catastro, y a solicitar al Registro Público, por mandamiento, la inscripción respectiva a nombre del instituto…La inscripción a favor del Instituto, de las demasías a que se refiere el presente artículo, se mantendrá hasta tanto no se decida en sentencia definitiva, basada en autoridad de cosa juzgada -en caso de contención- sobre tal inscripción*." También en la Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, número 6735, en su artículo 68 se dispone de una forma de extinción, veamos: "…Con excepción del caso b) y antes de la revocatoria o **extinción** del derecho, debe proceder una amonestación que no haya sido atendida por el adjudicatario…". En la Asamblea Legislativa, "No. 9036: Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (Ida) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER): 11 de mayo, 2012", *La Gaceta* No. 103 (12 de mayo, 2012), en su artículo 40, se indica: "Fondo De Tierras. El Fondo de Tierras será una dependencia técnica del Inder, especializada en la regulación, adquisición, titulación, dotación y control de las tierras adquiridas por el Inder, el uso y la **extinción** de los derechos sobre la tierra." Estas herramientas también se conocen, sobre todo en Europa, con el nombre de 'recuperación de activos', sin embargo, a priori pareciera una denominación equívoca, por cuanto solo en los casos de ilícitos en perjuicio de la hacienda pública se podría definir la acción como 'recuperación'.

(concepto genérico de propiedad) con el derecho de propiedad previsto en el Código Civil y la legislación especial, así como algunos elementos esenciales del negocio jurídico, para evidenciar cómo la ED está encadenada a conceptos también privatistas, como lo son la adquisición, modificación y extinción del derecho de propiedad, el objeto y la causa ilícita, así como la buena fe y sus modalidades.

1.2. Planteamiento del problema e hipótesis

El problema se puede resumir considerando las siguientes interrogantes: ¿Qué efectos tiene la acción de ED sobre el ciclo de vida del derecho de propiedad privada, tutelada en la Constitución? ¿Trascienden tales efectos a la licitud del negocio jurídico? ¿La acción de ED afecta el contenido esencial del derecho de propiedad previsto en la Constitución? ¿Se justifica el traslado de las facultades del dominio o derecho de propiedad al Estado?[34] En forma sintetizada, al problema nuclear consiste en la incertidumbre que provoca si esta acción se adecúa o no al contenido del artículo 45 de la Constitución Política.

La hipótesis de tesis es la siguiente: La Acción de ED, si bien, garantiza el contenido del derecho de propiedad privada tutelada en la Constitución Política, reafirmando la importancia de la licitud de los elementos del negocio jurídico en la adquisición por título traslativo y ejercicio de los derechos reales; también, podría afectar las facultades dominicales y las traslada al Estado, cuando se trate de un negocio ilícito.

Con ello, se busca deslindar los posibles efectos de esta "acción" de naturaleza real de otros distintos, para evitar confundir el instituto con aquellas de naturaleza penal.

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

El objetivo general es investigar y explicar cómo afecta o impacta la acción de ED al derecho de propiedad privada.

1.3.2. Objetivos específicos

Los objetivos específicos planteados obedecen a cada uno de los capítulos que se desarrollarán en el transcurso de la investigación y corresponden a los siguientes:

---

[34] Para esta tesis, cualquier problema de investigación doctoral debe ser un cuestionamiento acerca de un hecho o fenómeno de la realidad jurídica, cuya explicación y solución no está, o es insuficiente en el conocimiento existente hasta ese momento. En ese sentido, Bunge indica: "La mera selección de problemas está ya determinada por el estado del conocimiento – particularmente, por sus lagunas-…" Se trata de un "hueco en el conocimiento que es digno de ser llenado". Mario Bunge, *La Investigación Científica: Su Estrategia y Su Filosofía, segunda ed* (Barcelona, España: Editorial Ariel, 1987), 212.

1- Estudiar la evolución del derecho de propiedad privada tutelada en las distintas constituciones políticas de Costa Rica, en relación con las limitaciones y formas de extinción.
2- Valorar el contenido esencial del derecho de propiedad en referencia a la figura de la Extinción de Dominio.
3- Examinar la importancia del negocio jurídico en la transmisión y el ciclo de vida del derecho de propiedad, a la luz de sus posibles efectos en la Extinción del Dominio.
4- Comparar el Instituto de la ED en Colombia, Guatemala, México y el decomiso en la Unión Europea, a fin de proponer una base conceptual
5- Analizar los presupuestos de la ED y el principio de la buena fe, contraponiéndolos a la teoría del derecho de propiedad estudiada en los capítulos anteriores.
6- Determinar los efectos de la Acción de Extinción de Dominio sobre algunos elementos tradicionales del derecho privado.

1.4 Estructura de la investigación

El desarrollo investigativo se plasma en seis capítulos con sus respectivas secciones. Para el cumplimiento de los objetivos generales, se optó por asignar un capítulo específico a cada uno de los propósitos generales de esta investigación. En el primer capítulo, se revisarán más de doscientos años de historia del derecho de propiedad constitucional a fin de identificar aquellos cambios significativos en su estructura. Se propone explicar el inicio iusnaturalista e individualista de este derecho y su evolución hasta admitir el constitucionalismo social del siglo XX. Se muestra de una forma cronológica la forma en que el otrora derecho inherente al ser humano ha cedido terreno para mostrar otra cara sintetizada en la expresión de la constitución de Weimar: “la propiedad obliga”.

En el capítulo segundo se analiza la estructura del derecho fundamental de la propiedad privada, a partir del precepto constitucional del artículo 45 de la Constitución Política. Se busca identificar sus distintos componentes a fin de brindar una explicación sobre su contenido esencial, fijando sus límites actuales, utilizando su texto, como la interpretación que a la fecha ha realizado la Sala Constitucional y la doctrina costarricense. En este tramo, se tratará de identificar aquella parte esencial del derecho de propiedad que es estrictamente inviolable y que, de afectarse, implica indemnización; constituye un punto muy importante e íntimamente relacionado con el cuestionamiento de si el ED significa una violación al núcleo esencial del

dominio. Adicionalmente, se presta atención a la importancia de los artículos 46 y 50 de la Constitución Política dentro de la dinámica del derecho de propiedad (función ambiental) y los efectos que sobre ella recae.

El tercer capítulo contiene un amplio estudio sobre las facultades de disposición y el concepto de licitud aplicado al derecho de propiedad y sus atributos. Para tales efectos se analizan los modos de adquisición del derecho de propiedad, sus límites y la importancia del concepto del abuso del derecho. Posteriormente, se aplica el concepto de licitud en los momentos de la adquisición y la transmisión del derecho de propiedad. Interesa aquí destacar la licitud del objeto, la causa y la destinación, debido a que la aplicación de la acción de ED actúa y valora esos momentos específicos en la dinámica de cualquier derecho de propiedad. El capítulo finaliza con el análisis de algunas causales clásicas y otras novedosas, sobre el fenecimiento del derecho de propiedad.

El contenido del capítulo cuarto inicia con la explicación sobre los antecedentes de la privación de activos, sus causas y el impulso brindado por los instrumentos internacionales. El punto neurálgico de este capítulo consiste en el estudio y análisis de la acción de ED, sus características, elementos, causales y sus alcances, buscando encontrar algunas conceptualizaciones y explicando su funcionamiento. Para estos efectos, el análisis explora las formas de imputar o atribuir una determinada causal de ED, utilizando como base la legislación latinoamericana y la doctrina existente en la actualidad. Este apartado finaliza con una revisión de los aspectos básicos de los proyectos de ley de ED en Costa Rica y su cotejo con la legislación y doctrina latinoamericana.

El capítulo quinto abraza la comparación de tres legislaciones latinoamericanas sobre ED: Colombia, Guatemala y México. Se |eligió Colombia por ser pionera en la implementación de la ED y con un amplio historial legislativo y jurisprudencial en esta materia. El caso de México también se trata de una legislación promulgada hace varios años, con un historial importante de criminalidad y que, en el año 2019, promulgó una nueva legislación de naturaleza federal, después de considerar la necesidad de simplificar algunos aspectos procesales y reducir el estándar de prueba para la procedencia de la ED. Se analizó la legislación guatemalteca que tiene más dos décadas, con alguna experiencia en su aplicación jurisdiccional. Para finalizar este apartado, se optó por analizar algunos aspectos de la legislación europea sobre recuperación

de activos, y su recepción en el territorio español a través del proceso conocido como decomiso autónomo.

La investigación finaliza con el capítulo sexto que se enfoca en varios temas tradicionales civilistas sobre el derecho de propiedad que, además, son abordados en las legislaciones de ED, donde se le incorporaron nuevos elementos o características con implicaciones en la teoría y práctica de lo que hasta hoy se ha conocido sobre este derecho medular del sistema económico occidental. El capítulo inicia con el principio de buena fe que es de construcción netamente civil, sus alcances, el estudio de la Buena Fe 'exenta de culpa,' la denominación de tercero de buena fe, nulidad de pleno derecho, prescripción y el concepto de retrospectividad. Para analizar estos conceptos civiles, se profundiza y se compara la adopción de estas nociones en cada una de las legislaciones estudiadas en el capítulo anterior, dejando entrever modificaciones importantes en su concepción original.

1.5. Orientaciones metodológicas

Como parte de los requerimientos de cualquier investigación de este tipo, se recurre a un determinado método o métodos que servirán de guía para la comprobación de la hipótesis planteada. Se investiga para conocer algo que no se sabe, o del cual existe alguna controversia importante. En cualquier investigación, por más trivial que parezca, se usa - concienciado o no - unos determinados pasos que llevarán al investigador a cumplir con los objetivos trazados.

Atendiendo a dichos requerimientos metodológicos, se usarán distintos 'métodos'[35] y técnicas[36] de investigación, haciendo la observación de que se deben entender en un sentido amplio, es decir, por tratarse de una disciplina social, sus resultados no brindan la seguridad que arrojan los resultados en las ciencias naturales o de las ciencias formales como las matemáticas y la lógica. En otras palabras, la intersubjetividad -aprobación por los pares de los resultados obtenidos- que existe en el campo matemático, como sería el caso de alguna ecuación o cálculo

[35] Se puede definir el método "como el conjunto de procedimientos y reglas a que debe ajustarse el sujeto cognoscente para desentrañar lo esencial de una cuestión que desconoce, lo que se traducirá en una exposición, demostración y sistematización fundada de hechos probados o razones lógicas." Enrique Herrera, *Práctica método lógica de la investigación jurídica*, segunda reimpresión (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2006,) 4. Desde el punto de vista etimológico la palabra 'método' se "deriva de las raíces griegas meta y odos. Metá (hacia, a lo largo) es una proposición que da idea de movimiento y *odos* significa camino. Ezequiel Ander-egg, *Técnicas de Investigación Social* (Alicante, España: Editorial Hvmanitas, 1983), 41.

[36] Si el método es el "camino", entonces la técnica es el instrumento o los medios utilizados para transitar por ese camino y llegar a la meta. Podría entenderse que la técnica es una herramienta que se usa en la investigación. A menudo ambos conceptos se usan como sinónimos, pero es claro que el método es más general y la técnica (¿esto es suyo o hace falta la referencia?

diferencial, no es posible trasladarla al campo jurídico, o sea que los resultados tendrán una intersubjetividad 'débil.'[37] Pese a esta 'debilidad,' ello no obsta para que en un trabajo de investigación jurídica se obtengan resultados más o menos racionales, útiles y que tengan cierto nivel de intersubjetividad relativamente aceptables entre una comunidad jurídica específica.[38]

En forma concreta, sus conexiones entre sí, permitiendo describir procesos, contextos, instituciones, sistemas y otras particularidades.[39] El propósito de este enfoque es la descripción de los objetos principales de estudio, la interpretación y la comprensión desde una perspectiva teórica. De esta forma, la investigación responde a las preguntas ¿qué es? y ¿cómo es?; tiende a precisar la cualidad, la manera de ser, lo que distingue y caracteriza a estas categorías jurídicas.

Por otra parte, resulta pertinente explicar cómo se desarrolló esta tesis. Con el objetivo de dar respuesta a las interrogantes que requieren una teorización a través de un análisis documental del objeto de estudio, en esta aproximación teórica fue fundamental la búsqueda y selección de documentos o fuentes de información. A partir de lo anterior, se pueden distinguir cinco fases o procedimientos identificables que, además, se presentan como lógicos y necesarios en cualquier trabajo de esta naturaleza,[40] según el siguiente orden:

i.- Revisión de trabajos preparatorios o de exploración. Esta fase consistió en revisar, consultar y leer, para determinar el tema a investigar, su campo de estudio, algunas ideas directrices para, posteriormente, establecer las principales hipótesis de trabajo. En síntesis, un primer momento fue la elección del tema; el segundo, la exploración del terreno que consistió en una investigación preliminar a fin de conocer la factibilidad, los obstáculos y su posible

---

[37] Así lo considera el doctor Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica* (San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2012), 257. Se coincide con este punto y basta observar en la realidad las discusiones existentes sobre la constitucionalidad o no del proyecto de Acción de Extinción de Dominio en Costa Rica.

[38] En cuanto a los métodos tampoco existen procedimientos infalibles o mágicos y dependiendo de cada autor se enumeran distintos tipos. En realidad, cualquier estudioso del ámbito jurídico que persiga una explicación a ciertas interrogantes o cuestionamientos, no debe comportarse ni como un soldado que cumple obedientemente las reglas de la ordenanza militar, ni como los caballeros de Mark Twain, que cabalgaban en cualquier dirección para llegar a Tierra Santa. Sin duda, no hay autopistas construidas en la ciencia ni recetas seguras, pero si existe una especie de brújula para estimar si se está sobre una ruta prometedora. Esta brújula es el método científico aplicado a las ciencias sociales, que, si bien no produce automáticamente el saber, evita la desorientación en el caos aparente de los fenómenos y los conceptos.

[39] El problema de esta investigación gira en torno a una institución novedosa y como tal, existe un orden reciente. Tradicionalmente ante estos fenómenos se usa el método sistemático y el exegético, a fin de indagar los principios de la nueva ley, los valores y los bienes que trata de proteger. Véase: Sandra Luz Hernández Estévez y Rosalío López Durán, *Técnicas de Investigación Jurídica*, Segunda Ed. (Ciudad de México, México: Oxford University Press México, 1998), 38.

[40] Es evidente que existen varias clasificaciones, dependiendo de cada autor; sin embargo, en esta investigación se cumplió con cada una de las etapas enumeradas.

contenido; se elaboraron las primeras fichas bibliográficas, resúmenes y afines, con el propósito de establecer posibles hipótesis y, con ello, se estuvo en condiciones de elaborar un proyecto de investigación.

ii.- La segunda fase se podría denominar estructura o esquema de la investigación. Se trató de la planificación del estudio ajustado a sus designios . Este plan suministró el diseño teórico que permitiría alcanzar los objetivos trazados al inicio. En este punto, se intentó elaborar una estructura que es el resultado de la expresión que el investigador se ha forjado en su mente después de hacer el proyecto, pero que fue previo a la tarea cognoscitiva propiamente dicha. En palabras más comprensibles, se trata de la elaboración de una especie de bosquejo preliminar donde estuvo el título y los temas esenciales que deberían desarrollarse y que sirvió como hoja de ruta para abordar las metas trazadas. Este plan no fue inmutable, por el contrario, requirió ajustes al incluir o excluir algunos temas específicos, a fin de brindar unidad o profundidad a los temas, o incluso se eliminaron temas superfluos o que no contribuían a los objetivos y menos a responder las interrogantes.

iii.- Estudio del material. Básicamente consistió en la investigación bibliográfica y documental, con el objetivo de identificar las fuentes del conocimiento relacionadas con el tema; posteriormente, se hizo el estudio del material para elegirlo y además clasificarlo, conforme a los temas previstos en el esquema.

iv.- La reflexión. Aunque se instale como cuarta fase, en realidad este componente debe estar presente en toda la investigación, pero definitivamente se intensifica cuando se pasa del estudio del material y antes de la etapa siguiente denominada ‘de exposición’. En esta estación se fueron ideando las distintas respuestas, críticas, explicaciones y opiniones sobre el tema en estudio, que son producto de ese proceso del pensamiento que estudia, dedica paciente y detenidamente una idea o un fenómeno. En esta etapa, se fue formando un criterio sobre el tema y muchos aspectos en general, además, se empezó a entender y construir la investigación como una unidad.

v.- Finalmente, se llegó a la etapa de la ‘Exposición’ o redacción. En forma simple, consistió en trasladar las ideas al papel en la redacción y posterior perfeccionamiento.

Ahora bien, la clave de toda la investigación – y esta no es la excepción - es la fase denominada de ‘reflexión,’ también denominada ‘consideraciones críticas,’ que configura la base útil y creativa de todo el documento y sobre los cuales gira todo su proceso. En esta misma

línea, las explicaciones coherentes y racionales que se aporten en el desarrollo de la investigación y sus conclusiones, producto del proceso reflexivo deducido del material estudiado, está contenida la clave de cualquier disertación.

En el ámbito de la reflexión, adquiere notoriedad las explicaciones racionales que puede aportar el investigador sobre el objeto en estudio. Con franqueza, la explicación 'científica' es el motivo esencial -si no el único- de toda investigación de este nivel, que apunta al esclarecimiento de la cuestión controvertida condensado en el problema o los problemas planteados.[41]

Las formas de explicación o técnicas que han servido como instrumentos en esta investigación se sustentan en los siguientes: a.- descriptiva, [42] conceptualización, y ejemplificativa. [43]

Por otra parte, vale la pena resaltar la utilización del instrumento histórico-lógico o histórico-social.[44] Este método se usó sobre todo en el capítulo primero, relacionado con la evolución del derecho constitucional del derecho de propiedad, y el contexto en el cual nacieron los instrumentos legales para la privación de activos, como la extinción de dominio, decomiso autónomo y otros.

Aunque la presente investigación apunta a un estudio normativo o dogmático que describe, analiza e interpreta normas jurídicas, se considera necesario utilizar el método sociológico-jurídica o realista-jurídico, en el sentido de que la disertación también examinó la funcionalidad del derecho objetivo en la realidad social:[45] "antes de las normas, hubo hechos;

---

[41] Enrique Herrera, 204. Adicionalmente, cualquier método que se utilice se constituye sobre la base de las operaciones del pensamiento lógico o intelectual: análisis, síntesis, comparación, abstracción, generalización, concreción y otras formas de razonamiento como la inducción y la deducción. En todo caso se coincide con el autor Ezequiel Ander-egg "Se pueden aprender muchos procedimientos para investigar, pero eso sirve de muy poco si no se ha aprendido a pensar". Ezequiel Ander-egg, 1983, 50.

[42] La descripción sería la forma más elemental de cualquier forma de explicación, pero resulta útil para exponer los elementos exteriores de una institución o herramienta jurídica.

[43] También como instrumentos para la obtención de conclusiones se usaron los siguientes procedimientos propios del intelecto humano: formación de conceptos (abstracción y definición), formación de juicios o enunciados (relación, análisis síntesis, comparación y clasificación) y la construcción de inferencias (deducción-inducción).[43] Enrique Herrera, 2006, 210. En el mismo sentido Restituto Sierra Bravo, *Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica* (Madrid, España: Editorial Paraninfo, 2003),76.

[44] Este tipo de método explicativo responde a la siguiente pregunta: ¿en qué circunstancias? Consiste en explicar y completar un análisis jurídico – doctrinario con los hechos y el contexto socio-económico que provocaron tal o cual solución. En este sentido Enrique Herrera, 2006, 209.

[45] En este sentido existen distintas visiones sobre el método realista. Sin embargo, para esta investigación se utilizarán las precisiones, advertencias y comentarios que utiliza el profesor Haba, cuando describe el método. Enrique Pedro Haba, 2012.

en el origen no estuvo la Palabra, sino un hacer…"[46] Desde este punto de vista, en algunos momentos se contrastó la norma jurídica con la realidad.

Finalmente, debido a que se estudiarán otros ordenamientos jurídicos, en el capítulo IV, se aplicó el método *comparado*[47] al estudio de la Extinción de dominio. Resulta trascendente ordenar y sistematizar los aspectos básicos de la ED en otros ordenamientos jurídicos, a fin de observar sus semejanzas, diferencias y relaciones entre las diferentes legislaciones y jurisprudencia.

1.6. Fuentes o formantes

En cuanto a las fuentes o los formantes,[48] se alude a todas aquellas "cosas" sensorialmente aprehensibles y técnicamente aprovechables que dan información sobre hechos jurídicos relevantes. Para esta investigación únicamente se usaron fuentes gráficas referentes a normas jurídicas de distintos países (legislación), jurisprudencia de Costa Rica, Colombia, México y España, así como doctrina nacional, extranjera, principios generales del derecho y también se recurrió a la fuente denominada 'usos y costumbres'.[49]

Para la obtención de las fuentes se recurrió a la Biblioteca de Derecho, Biblioteca Arturo Agüero Chaves, situada en la Sede de Occidente de la Universidad de Costa Rica, Biblioteca personal del reconocido catedrático Walter Antillón Montealegre, Biblioteca Personal del

---

[46] Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) Del Derecho,* Tomo II (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012), 591. En un sentido semejante: Hernández Estévez y López Durán, T*écnicas de Investigación Jurídica*, 1998, 32–33

[47] El objetivo esencial de la comparación es conocer las diferencias y semejanzas existentes entre modelos jurídicos, contribuyendo de esa forma al conocimiento de los modelos puestos en confrontación. En este caso se utilizó la 'microcomparación', por cuanto se refiere a una comparación específica de legislación relacionada con la Extinción de Dominio y el Decomiso Autónomo. A través de la comparación de diversos sistemas jurídicos se obtiene la oportunidad de obtener 'la mejor solución' a cuestiones o problemas específicos. Sobre este método se afirma lo siguiente: "…el derecho comparado cumple con otras funciones que aquí sólo podemos explicar brevemente: diluye los prejuicios de nacionalidad y nos sirve para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, contribuyendo así a enriquecer el entendimiento entre los países; es de gran utilidad para la reforma de las leyes en los países en desarrollo; y, para el crecimiento del propio sistema, la actitud crítica que engendra aporta más soluciones que las controversias doctrinales." Konrad Zweigert, Hein Kotz, *Introducción al Derecho Comparado,* tercera edición (Ciudad de México, México: Universidad de Oxford, 2002), 17.

[48] La expresión «formantes del ordenamiento», tomada en préstamo de la fonética, es utilizada por R. Sacco para indicar los diversos conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico del grupo. En los ordenamientos contemporáneos, los formantes principales son la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es decir el conjunto de las disposiciones adoptadas por el legislativo; el conjunto de las opiniones expresadas por los doctores de la ley; el conjunto de las decisiones de los jueces: R. Sacco, «Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law», *American Journal of Comparative Law,* no. 39 (1992), 343. Lucio Pegararo, *Glossario di Diritto pubblico comparato* (Roma, Italia: Carocci Editore, 2011), 43, 140.

[49] No se recurre a la tradicional distinción entre fuentes directas e indirectas del derecho, por carecer de importancia para efectos propios de la investigación. Lo relevante es la exposición de cuales fuentes se usaron, con independencia de la clasificación que de cada una de ellas se puede realizar.

Doctor y director de Tesis Enrique Ulate Chacón, así como la utilización de la base de datos suscritas del Sistema de Bibliotecas, Documentación, e Información de la Universidad de Costa Rica, principalmente en la base de datos de libros de la editorial "Tirant lo Blanch" y "Vlex," y algunos libros pertenecientes a este investigador. Adicionalmente, este investigador tuvo acceso a materiales relacionados con un curso de Extinción de Dominio para Juzgadores realizado en San Juan, Puerto Rico en mayo del 2018, facilitado por el doctor y asistente al curso Ricardo Salas Porras. También fueron adquiridos varios libros físicos comprados en Colombia, México y España. En el caso de Colombia fue necesario contactar a una ciudadana colombiana para que adquiriera los libros y, posteriormente, fuesen enviados a Costa Rica. Una situación similar ocurrió con tres libros adquiridos en la ciudad de México. En el caso de España, se visitó Madrid y Barcelona, en la primera ciudad, durante el recorrido de varias librerías jurídicas, se adquirió material relacionado con recuperación de activos. También en Barcelona, la librería de la *Universitat* de Barcelona tenía algunos libros sobre el decomiso autónomo. Finalmente, en una etapa inicial de la investigación, se contó con el material del Master William Serrano Baby, Juez de la República, quien poseía fuentes documentales de relevancia, relacionadas con la Extinción de Dominio.

Sobre la accesibilidad de las fuentes, se debe mencionar que para la selección y búsqueda existió la limitante de la pandemia, que obligó a cerrar el acceso presencial de las bibliotecas de la Universidad de Costa Rica. Además, la bibliografía específica sobre Extinción de Dominio, en su gran mayoría, fue obtenida fuera del país o a través de la base suscrita de la Biblioteca de la Universidad de Costa Rica.

El criterio de estudio de las fuentes mencionadas fue el método hermenéutico[50] sin perjuicio de utilizar otras técnicas dependiendo de las necesidades puntuales de la investigación.

[50] La Hermenéutica: No se trata de una simple técnica de interpretación de textos. Cuando se alude a este método, se hace referencia a una técnica de investigación que busca comunicar, traducir, interpretar y comprender los mensajes y significados no evidentes de los textos y contextos (historia, cultura, política, filosofía, sociología, educación, etc.) La hermenéutica se realiza desde diferentes enfoques, así por ejemplo, el enfoque histórico hermenéutico que no controla las variables ni considera entornos artificiales para la interpretación. El investigador hace una interpretación de los motivos internos de la acción humana, de fenómenos reales. Se trata de una técnica por medio de la cual el investigador busca comprender e interpretar un fenómeno o una realidad en un contexto concreto. Siempre debería de interpretarse cualquier realidad dentro de su contexto histórico y social mediante la actividad deductiva e inductiva (dialéctica). No se comparte la idea de estudiar a los individuos como realidades aisladas; necesitan ser comprendidos en el contexto de sus conexiones con la vida cultural, social y económica. Se intenta comprender las realidades actuales, entidades sociales y percepciones humanas tal como son, sin intrusión alguna o contaminación de medidas formales o problemas preconcebidos. Para un estudio y profundización sobre

A priori, se excluye cualquier método que esté asociado con el iusnaturalismo, sus derivados, e incluso algunas teorías que relacionan las normas con una especie de moral universal.

1.7. Delimitación del objeto de estudio

La investigación tiene contornos y límites claros, proyecta escudriñar el derecho de propiedad constitucional, sus rasgos, características, para luego contraponerlo a la acción de Extinción de Dominio y fijar su adecuación a los perfiles previstos en el artículo 45 de la Constitución Política de Costa Rica. El aspecto constitucional que se estudia no rebasa el ámbito específico de Costa Rica, sin perjuicio de la comparación con doctrina extranjera y algunos aspectos básicos de las constituciones de México y Colombia. La revisión de la dogmática del derecho civil se concentra en la facultad de disposición y sus componentes, a la vez que se incorpora el presupuesto de la licitud, y de cómo este permea aspectos básicos de cualquier derecho de propiedad: objeto, causa y destinación.

Las dinámicas del derecho de propiedad que se estudian son únicamente aquellas que tienen relación con causales de extinción, denominadas causales por origen o causales por destinación. El análisis que se hace de la Extinción de Dominio centra su atención sobre los aspectos sustanciales de este método de privación de activos; en consecuencia, deja de lado los aspectos procesales, centrándose en la legislación de Colombia, Guatemala, México y el último proyecto de ley de Costa Rica. A pesar de la clara delimitación geográfica del objeto de estudio, en la parte comparativa se optó por cotejar algunos aspectos de las directivas europeas sobre recuperación de activos. Se estudiaron algunos aspectos sustanciales del Decomiso Autónomo en España. El estudio realizado en Europa únicamente se basó en algunos lineamientos de la Unión Europea y su recepción en España, sin alcanzar una revisión exhaustiva por cuanto la atención de la investigación era la legislación latinoamericana.

Finalmente, el estudio se completa con la revisión de algunos institutos del Derecho Civil que están íntimamente relacionados con la acción de Extinción de Dominio. Esta parte del estudio se enfoca en instituciones muy específicas que son utilizadas en la doctrina y legislación de la ED, como conceptos sustanciales y además centrales de la aplicación de esta forma de

---

la hermenéutica como técnica de investigación pueden consultarse las obras de Wilhelm Dilthey, Historia de la Filosofía, (México: Fondo de Cultura Económica, 1951) y también en Hans Georg Gadamer, Verdad y Método, 1960.

privación de activos. Los conceptos de buena fe y nulidad *ab initio*, sin duda tienen extrema importancia en la aplicación de la Extinción de Dominio, de ahí la necesidad de verificar y contraponer las nociones clásicas con la conceptualización que se realiza en la ED. Por último, esta investigación no aborda la posible perspectiva penal de los institutos de privación y recuperación de activos.

CAPÍTULO I: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y PRIVACIÓN DEL DOMINIO SIN INDEMNIZACIÓN

1. Evolución constitucional del Derecho de Propiedad en Costa Rica

El objetivo de este capítulo es revisar la evolución histórica del derecho de propiedad en las distintas constituciones de Costa Rica desde su independencia. El análisis no se limita a una visión descriptiva-histórica del derecho de propiedad constitucional, por ende, no se circunscribe a explicar el marco normativo constitucional en el cual se desarrolló este derecho como parcela en el tiempo y en un espacio específico. En este sentido, se busca explicar el sentido de los cambios operados en este importante derecho, el porqué de esos procesos, y todo ello con una finalidad clara: poder entender el Derecho de Propiedad en la actualidad, a partir de lo que ha sido en el tiempo.

Previo a enfrentar la tarea histórica, se harán algunas precisiones sobre algunos conceptos claves de esta investigación, a fin de evitar equívocos terminológicos.

1.1. Cuestiones terminológicas (propiedad, dominio, derecho de propiedad y patrimonio)

En el estudio de este tema, se acude a un concepto central sobre el cual gira la presente investigación: derecho de propiedad privada. Conviene despejar el sentido de las palabras toda vez que el lenguaje es convencional, es decir, tomamos sus sentidos de unos acuerdos implícitos y es, en esa dirección, que el significado de las palabras es arbitrario.[51]

Aclarado lo anterior, la cuestión terminológica no es un asunto menor, de manera que corresponde esclarecer y delimitar aquellos términos que usualmente son utilizados en diversos contextos, con distintos significados.

Dado que en Costa Rica está más extendido el uso del concepto de propiedad, en detrimento del concepto dominio, resulta necesario precisar ambos términos, pues la acción de extinción que se estudia utiliza el concepto 'dominio' en lugar de 'propiedad'. Adicionalmente, es preciso reconocer el valor simbólico y emotivo de las palabras que confieren cierta fuerza o debilidad a los conceptos que con ellas se capturan, además, desarrollan e inciden sobre la actuación de los titulares de derechos y de los sujetos obligados. Con las palabras se contribuye a forjar una cultura, o incluso deformarla. Las diversas denominaciones con que se identifica al derecho de propiedad, o incluso la fuerza que otorga la palabra "dominio" ha sido bandera enarbolada muchas veces por tirios y troyanos y de ahí la necesidad de su claridad.

[51] Se coincide con el punto de vista del Dr. Haba, en el sentido de que el lenguaje tiene una naturaleza arbitraria, no porque se haya escogido como tal, sino porque siempre existe la posibilidad de cancelarla o de reemplazarla por otra definición o significado. Dado que el lenguaje tiene un carácter convencional, sus significados dependen de cierta elección o arbitrio, en el tanto no depende más que de la voluntad humana en forma consciente o no. Es una cuestión de usos y costumbres de hábitos lingüísticos en un círculo dado, países, regiones, localidad, profesión, grupo, disciplina científica. El no entender lo anterior lleva a no pocas personas a vivir en el *naturalismo lingüístico*, que es la ingenua presunción de que existe una conexión natural entre un signo lingüístico y su significado, cuando en la realidad no hay un ligamen necesario entre lenguaje e ideas o entre lengua y realidad. Reconocer ese carácter convencional del lenguaje es la base para el manejo racional del mismo con fines científicos. Muchas discusiones nacen por no tener eso en cuenta y, constantemente, se cae en dos errores comunes: la idea de que las palabras son de algún modo importantes, en sí mismas, con independencia de su función de símbolos y la suposición de que existen distinciones reales allí donde, de hecho, hay solo una diferencia entre dos formas de expresarse en palabras. Enrique Pedro Haba, 2012, 89-92.

La primera distinción necesaria corresponde a los términos *propiedad, patrimonio, derecho de propiedad y dominio;* en una primera aproximación, pareciera que se trata de vocablos equivalentes e intercambiables, en suma: sinónimos.[52]

En términos amplios, el vocablo 'Propiedad' [53] se refiere a cierta relación de las personas con los bienes existentes en el mundo exterior, ya sean materiales o inmateriales.[54] Esta referencia está ligada a la idea económica-sociológica de 'patrimonio' que, sin duda, es un concepto que abarca bienes corporales y cualquier otro tipo de bien que sea susceptible de valoración económica, también contempla las obligaciones. De esta forma, si se desea expresar su valor en una cifra, sería necesario calcular los activos del pasivo, conforme al proverbio *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*.[55] Esta orientación del término es muy amplia, y

[52] Sobre este particular la doctrina generalizada ha indicado: "La terminología sobre el derecho de propiedad tiene etimología latina. Todavía hoy en día se utilizan conceptos del Derecho romano. *Dominium ex iure Quiritium*. Significaba la pertenencia plena y exclusiva de una res privata a un ciudadano romano en virtud del reconocimiento y la tu tela por el ius civile. Las características de este derecho eran la plenitud, la exclusividad y la elasticidad. Al dueño (dominus) le correspondían las facultades de utilizar la cosa ilimitadamente, modificarla o incluso destruirla. Así pues, dominium designaba no sólo el derecho de propiedad, sino también el señorío o poder sobre la cosa. Para la protección de este derecho el propietario tenía a su disposición una acción específica, la rei vindicatio (acción reivindicatoria), que pervive en el Derecho actual aunque con dimensiones diferentes. El término propietas (propiedad) se desarrolló a partir de la época postclásica del Derecho romano y con él se venía a designar lo que pertenecía a una persona. Propiedad y dominio. Hoy en día son términos sinónimos que expresan la misma idea, esto es, un derecho subjetivo con un amplio contenido que atribuye a su titular las facultades inherentes al mismo dentro de los contornos establecidos por el ordena miento jurídico, Propietario, dómino y titular dominical. Son expresiones equivalentes que designan el sujeto que es titular del derecho de propiedad." Leria Reyes Sánchez y María Serrano, ed., *Derecho Civil Patrimonial II 2a* Edición 2016(Valencia, España:Tirant Lo Blanch,2016),25.

[53] De una revisión histórica conviene aclarar que, durante los primeros siglos de la existencia del derecho romano, no se dispuso de una palabra para designar el concepto jurídico abstracto de dominio, la ciudadanía romana se limitaba a utilizar una frase que traducía la idea simple de pertenencia: "*res mea est*" (la cosa es mía). La denominación más antigua que empleó esta sociedad fue la de "*mancipium*" (o "*mancupium*"), derivada de "*manus*" (mano y "*capere*" tomar); ella expresa la idea de adquisición mediante la fuerza, designando más que el derecho, su objeto y modo de adquisición, y guardando relación con la época primitiva en que la fuerza, el poder, eran constitutivos de derecho. No obstante, esa es la denominación técnica del dominio hasta fines de la República, y es también la que utiliza la literatura latina en su edad de oro. En la época de la jurisprudencia clásica, aparece el término más difundido en derecho romano: "*dominium*" (dominio), que denota la idea de poder, de señorío, y que se relaciona con el concepto de soberanía. El término "*propietas*" (propiedad) apunta a la idea de pertenencia, aparece solo en la época romano-helénica, cuando se da la orientalización y decadencia del derecho romano, pero llega a convertirse en el más común. No obstante, esta denominación parece haber surgido para el dominio del usufructo, el propietario del usufructuario, llamados respectivamente "*dominus proprietatis*" y "*dominus usufructus*". Véase: Edmundo Gatti, "Propiedad y Dominio: origen, concepto, caracteres, terminología", *Revista Lecciones y Ensayos* no. 24, (1996): 23-38. . En un sentido semejante se pronuncia José Luis de los Mozos quien hace referencia a que en un principio eran propietarios solo los ciudadanos romanos sui iuris. Por eso se califica al propio derecho de propiedad de "*dominium ex iure Quiritirium*"…En el derecho postclásico se transforma el concepto de propiedad, pasando del dominio (concepto político jurídico) a la *propietas* (categoría económica – jurídica)…" De los Mozos, *Teoría General de La Propiedad*, 1983 21.

[54] Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho de Propiedad Privada* (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1979), 11.

[55] Para Planiol y Ripert, la idea de Patrimonio significa: "Conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, estimables en dinero." Véase: Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho Civil -Parte A*, volumen 3,

rebasa el sentido jurídico del concepto derecho de propiedad. [56] No obstante, algunas veces la noción de 'patrimonio' se utiliza como sinónimo de 'propiedad'. Para esta investigación el concepto de 'patrimonio' corresponde a su sentido usual y económico, como aquella mezcla de derechos, pero también de obligaciones, perteneciente a una misma persona física o jurídica. Desde este punto de vista, el patrimonio sería simultáneamente una "universalidad de derecho" (en cuanto que el concepto proviene del propio sistema jurídico y no de la voluntad concreta de alguna persona de agrupar un conjunto de bienes) y una "universalidad de derechos" subjetivos – más obligaciones - de contenido económico agrupados en atención al titular de todos ellos. En suma, el concepto de patrimonio es un término genérico que engloba al derecho de propiedad, pero además incluye las obligaciones.

En algunas ocasiones el término 'propiedad', no pareciera hacer referencia al derecho real de dominio o propiedad en el lenguaje corriente, sino al objeto sobre el cual se reconoce este derecho. Se considera que la propiedad o **dominio** no es el objeto del **dominio**, sino el derecho mismo, el interés jurídico que se concentra sobre una cosa. De la anterior distinción, se desprende que, en su acepción civil, el dominio es un derecho subjetivo que debe ser diferenciado del objeto sobre el cual recae. [57]

La otra acepción corresponde al derecho de propiedad propiamente dicho, que se denominará restringida[58], se refiere a una categoría específica de la disciplina jurídica y expresa

(Ciudad de México, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A., 1997), 355. El significado del proverbio significa que el "El patrimonio no se aprecia (o no se comprende) sino deducción hecha de las deudas." Por esta razón, se puede afirmar que los elementos de cualquier patrimonio son: el activo y el pasivo. El activo se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero; el pasivo, por el conjunto de obligaciones y cargas también susceptibles de valorización pecuniaria.

[56] Siguiendo esta línea, el tratadista alemán Enneccerus relaciona el concepto amplio de propiedad con el patrimonio, cuando afirma: "En el lenguaje corriente se emplea con frecuencia la expresión "propiedad" cuando se piensa en el patrimonio o en cualquier derecho patrimonial. Todo el que reflexione sobre las ventajas o sobre los inconvenientes de la "propiedad privada" se refiere también a las hipotecas, acciones, créditos pecuniarios…patentes, derechos de autor. En un sentido amplísimo emplean también la palabra varias constituciones alemanas, incluso la Constitución del Reich, de 11 de agosto 1919, al declarar que "la propiedad queda garantizada por la Constitución". Véase: Ludwig Enneccerus et al., *Tratado de Derecho Civil*, segunda edición, tercer tomo, volumen primero, (Barcelona, España: Bosch casa Editorial, 1951), 288.

[57]Eduardo Novoa Monreal,1979, 13.

[58] El tratadista Albaladejo usa la denominación de "impropio" y otro "riguroso" para diferenciar el término, pero, en el fondo, se trata de la misma distinción realizada en este apartado. Manuel Albaladejo, *Derechos Reales: La propiedad II*, primera edición (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2013), 50.

un poder jurídico especial, de muy extendido contenido, que corresponde a un sujeto sobre una cosa[59] del mundo exterior.[60]

El sentido restringido será el utilizado en esta investigación, teniendo las palabras *derecho de propiedad, y dominio*[61] como sinónimas, tal como se desprende de nuestra legislación civil cuyo artículo 264 del Código Civil, que dispone: "El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa comprende los derechos…"[62], admitiendo que el legislador –como se verá más adelante- los utiliza indistintamente junto al concepto de patrimonio. No obstante, como se indicó, la acepción patrimonio corresponde al conjunto de los bienes y obligaciones de una persona considerada como una universalidad y se compone de un patrimonio activo – créditos, bienes y derechos de una persona - y otro pasivo compuesto por las obligaciones, las deudas y las cargas, en consecuencia, en esta investigación se utiliza el concepto genérico de 'patrimonio' como sinónimo de dominio o derecho de propiedad privada.[63]

Cuando se usa el concepto restringido expuesto, el dominio o derecho de propiedad privada consiste en la forma más plena de poder o señorío sobre una cosa, según la tradicional definición derivada del artículo 544 del Código Civil de Francia de 1804.[64] En esta misma dirección, el tratadista Brenes Córdoba considera que es "el más completo que se puede tener

---

[59] Es usual encontrarse en los distintos códigos la definición de bienes como cosas, considerándolo la misma entidad jurídica. A su vez, el artículo 810 del Código Civil italiano dispone: "Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti". (Son bienes las cosas que pueden constituir objetos de derechos., Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercia*l, tomo I (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídico-Europa-América, Chile, 1954) 221.

[60] Novoa Monreal, 1979, 11.

[61] En la época de la jurisprudencia clásica, aparece el término más difundido en derecho romano: "*dominium*" (dominio), que denota la idea de poder, de señorío, y que se relaciona con el concepto de soberanía. En un sentido amplio, el concepto de dominio se aplica en el derecho romano no solo al derecho real de que tratamos, sino también a otras relaciones jurídicas; así, se habla del "*dominus litis*", "*domian negotii*", "*dominus contractus*", *dominus hereditaüs*", pero, más precisa y técnicamente, indica aquel derecho por el que "*dominus*" sin ningún agregado, significa dueño, propietario. Véase: Edmundo Gati, *Propiedad y Dominio*, 1996, 24.

[62] En los comentarios al Código Civil, Picado Vargas presenta dos diferencias entre dominio y propiedad, afirmando que el dominio es un concepto más amplio. La primera distinción consiste en diferenciar el dominio útil del directo, como ocurre en la enfiteusis, siendo solo el segundo el que se identifica con el derecho de propiedad y el segundo consiste en delimitar que el concepto de dominio es exclusivamente jurídico, mientras que la propiedad es un concepto económico – jurídico. Véase: Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos*, tomo I (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2014), 129.

[63] Jean Carbonnier, tomo II, volumen I, 5, 6, 9.. El CC de Costa Rica en el artículo 294 indirectamente lo define como: "El patrimonio o total conjunto de los bienes y derechos de una persona, sólo puede transferirse …" Código Civil.

[64] *Código Civil Francés: Código Napoleón,* 2001, 201.

sobre la cosa."[65] En consecuencia, el dominio o derecho de propiedad es un tipo de derecho real y que, por su contenido, es pleno y absoluto.[66] Esta denominación preserva lo que más importa, en palabras de Bonfante: "el señorío más general sobre las cosas, ya sea en acción, ya sea por lo menos en potencia".[67]

Esta noción está ligada a una definición legal derivada de la codificación civil y período liberal, pero conforme se avanzará en la investigación se irá notando que este concepto se queda corto ante la evolución que ha mostrado el dominio en los distintos ordenamientos que son tributarios del Código Civil Francés.

Esta investigación considerará las palabras propiedad y derecho de propiedad como sinónimos en su sentido restringido y, a su vez, cuando se usa la palabra dominio, se hace referencia al derecho de propiedad.[68] Adicionalmente, la palabra 'patrimonio será usado para hacer alusión a todo tipo de bienes y derechos susceptibles de valoración económica, por lo que tiene un alcance mayor al concepto de derecho de propiedad.

Una última acotación que podría parecer obvia, pero necesaria, es que el estudio se centra en el derecho de propiedad *privada*. En aquellos casos en que la referencia corresponde a otro tipo de propiedad; como la propiedad pública, colectiva o mixta, se hará la respectiva indicación.

1.2 Contexto Histórico e Influencia Ideológica

El nacimiento constitucional de Costa Rica a partir de su independencia tiene un contexto histórico específico, del cual es necesario partir para comprender adecuadamente su evolución constitucional y las instituciones que la conforman.

Por la forma como se dieron los acontecimientos de la independencia – "hasta que se aclaren los nublados del día"[69], es evidente que los pueblos centroamericanos no estaban

---

[65] Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los bienes*, quinta edición (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1981), 27.

[66] Para Albaladejo la propiedad "puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa." Manuel Albaladejo, *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, volumen I (Barcelona, España: Bosch Editor, 1994), 248.

[67] Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, (Madrid, España: Editorial Reus, 1929), 248.

[68] Es importante señalar que, en el proyecto de ley de ED, no existe una definición o conceptualización del concepto "dominio" a pesar de que el objeto de la extinción es precisamente el "dominio". Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019).

[69] Famosa metáfora acuñada en el acta de la Diputación Provincial de León de 28 de septiembre de 1821, que decía: "2º. La independencia del gobierno español, hasta tanto que se aclaren los nublados del día y pueda obrar esta provincia con arreglo a lo que exigen sus empeños religiosos y verdaderos intereses." Acta de Independencia

preparados para asumir sus propios destinos ante el inevitable devenir de la emancipación; a las élites no les quedó otro camino que decantarse por reproducir, con ligeras variantes, la Constitución de Cádiz de 1812[70] que venía rigiendo en las provincias. En todo caso, no podía ser de otra forma por las huellas indelebles que tres siglos de dominación política dejaron en la población americana; lo primordial era establecer un fundamento de organización política del nuevo Estado en gestación. En lo que respecta al derecho de propiedad, el asunto ocupó un segundo orden, o incluso pasó desapercibido el determinar su contenido.

Para ese momento histórico, la influencia ideológica y filosófica del primer intento de 'carta fundamental' (aunque no se indique expresamente que se trata de una constitución, su contenido material no deja duda de ello) denominado 'Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica,' conocida también como 'Pacto de Concordia,' se encuadra dentro de lo que se conoce como Iusnaturalismo clásico, de modo que resulta necesario dimensionar la lectura de cualquier disposición constitucional desde esa corriente ideológica.[71]

Como bien lo indica Sáenz Carbonell, la influencia del Iusnaturalismo clásico fue decisiva en la mentalidad de las élites costarricenses, explicaba el nacimiento del Estado por medio de un 'pacto social'. Para los costarricenses de 1821, este esquema era perfectamente aplicable a sus circunstancias: la Independencia había disuelto "el Pacto Social Fundamental que ataba y constituía a los pueblos... bajo la tutela de las autoridades establecidas en Guatemala y León" (Acta del Ayuntamiento de San José de 30 de octubre de 1821), el territorio de Costa Rica había

---

de Centroamérica, https://bit.ly/30w5LPl. (consultada el 11 de noviembre de 2021). Esta acta conocida como 'acta de los nublados' en ocasiones se utiliza como metáfora para referirse a cierta vacilación política de la cultura del costarricense y cierta recurrencia en postergar las decisiones. Sin embargo, se coincide con Molina Jiménez quien manifiesta que el proceder de sus autores se debió a una "condición geoestratégica rara vez considerada: a diferencia de Guatemala -que tenía poco margen de maniobra debido a su cercanía con México-, Nicaragua, por estar más distante del escenario de los acontecimientos mexicanos, podía permitirse un plazo de espera para resolver. Llamar a mantenerse a la expectativa fue, dada la volatilidad del contexto, el mejor camino que se podía seguir ante fuerzas y procesos que desbordaban ampliamente a la Centroamérica de entonces." Iván Molina Jiménez, *Cortar una espiga más: estudios sobre Costa Rica en la época de la independencia* (San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 2021), prólogo página xvi.

[70] Sobre este punto, se coincide con la siguiente afirmación: "Es la Constitución de Cádiz, pues, la que inicia el proceso de desarrollo del Derecho constitucional en Centro América y en el mundo hispano en el Siglo XIX." Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana [SICA], *Las Cortes de Cádiz y su influencia en Centroamérica Presentaciones para el "Diálogo sobre Integración Centroamericana"* (Ciudad Merliot: El Salvador, 2012).

[71] En este sentido, Jorge Sáenz Carbonell, *El despertar Constitucional de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Libro Libre, 1985), 156.

quedado *en el goce del estado de naturaleza*, resultaba necesario vincularse en un nuevo contrato o pacto social.[72]

En cuanto a la propiedad, su inclusión dentro de las tempranas declaraciones de derechos protegidos constitucionalmente se dio a partir de la preexistencia de una entidad denominada 'propiedad' y caracterizada como un derecho natural; sin embargo, tal concepción se fue transformando ante los distintos embates de origen endógeno o exógeno durante el convulso siglo XIX, propios de la formación del Estado en Costa Rica y del pensamiento político de finales del siglo XIX.

A partir del siglo XX, el derecho de propiedad sufre nuevamente transformaciones a raíz de los distintos escenarios políticos y socio-económicos - tanto domésticos como internacionales-, sobre todo, es impactada con la introducción del concepto denominado 'función social.'

Ante tal proceso histórico de controversias, conflictos y transformaciones, tanto a lo interno de nuestra sociedad como en el contexto internacional, cabe reflexionar sobre el contenido de la protección constitucional del derecho de propiedad a lo largo de más dos siglos de vida independiente.

La cuestión podría tener un interés exclusivamente histórico, de no ser porque este derecho reclama un carácter de 'inviolabilidad' (aún presente en el artículo 45 de la CP y en la memoria de ciertos grupos de interés) que se enfrenta y resiste a cualquier intento de regulación legislativa.

Ningún estudio del derecho de propiedad podría pasar por alto el análisis del concepto constitucional de ese derecho. Esta afirmación gravita sobre el criterio de entender o reivindicar, la independencia conceptual de las instituciones plasmadas en la Constitución. Lo anterior implica que cada concepto, o institución, "cobra un sentido propio, que puede ser distinto (y en el caso de la propiedad, sin duda lo es) del originario de la legalidad infraconstitucional de la que procede".[73] Comprenderlo así posibilita la eventual renovación y avance de ciertas normas y conceptos de la misma Bajo el anterior planteamiento, tener la claridad de encontrar ese concepto 'autónomo' es fundamental para realizar una revisión histórica-evolutiva del concepto de derecho de propiedad, aspecto que se desarrollará en las secciones siguientes.

[72] Jorge Sáenz Carbonell, 1985, 156.
[73] Santaella Quintero, 2019, 33.

1.3. La propiedad en las constituciones relacionadas con el Imperio Mexicano y la Federación Centroamericana, 1821-1848

La Sala Constitucional, desde el voto N° 479-90 de las 16 horas del 11 de mayo de 1990, ha puntualizado la evolución histórica del derecho de propiedad costarricense, admitiendo que el primer párrafo del artículo 45 de la CP, sigue el criterio de la propiedad como un derecho "natural", inherente a toda persona, y que tal concepción aparece desde el "Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica" o "Pacto de Concordia" del 1 de diciembre de 1821 (artículo 2), luego se copia con algunas variantes en la "Ley de Bases y Garantías" del 8 de marzo de 1841, y en las Constituciones del 9 de abril de 1844 (artículos 1, 13 y 14), del 10 de febrero de 1847 (artículo 7), del 27 de diciembre de 1859 (artículo 25), del 15 de abril de 1869 (artículo 24) y del 7 de diciembre de 1871 (artículo 29) que estuvo en vigencia hasta 1943, salvo la breve interrupción que significó aplicar la Constitución del 8 de junio de 1917, derogada el 3 de setiembre de 1919.[74]

Esa breve referencia servirá como introducción de este apartado para estudiar sumariamente a la propiedad constitucional en el siglo XIX, iniciando por el *Pacto de Concordia* que disponía en lo referente a la propiedad: "Art. 2°-La provincia reconoce y respeta la libertad civil propiedad y demás derechos naturales, y legítimos de toda persona, y de cualesquiera pueblo o nación".[75] Según el historiador Hernán Peralta, esta carta constitucional en realidad fue elaborada usando de modelo la Constitución de Cádiz de 1812.[76]

Obsérvese que, de la disposición transcrita, solo la libertad civil y la propiedad eran conceptos suficientemente determinados, se agregó la frase "demás derechos naturales y

---

[74] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de Inconstitucionalidad: resolución 479-90; 11 de mayo, 1990 16 horas", expediente 89-000059-0007-CO.

[75]Clotilde Obregón Quesada, *Costa Rica la Constitución de la Provincia, los textos constitucionales y los proyectos 1812-1823,* volúmenes I-IV (San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2007), 92.

[76] Hernán Peralta, *El Pacto de Concordia: Orígenes del Derecho Constitucional de Costa Rica*, segunda edición (San José, Costa Rica, 1955),13, http://www.asamblea.go.cr/sd/Otras_publicaciones, (consultado el 8 de noviembre de 2020).

El Pacto de Concordia 13. En la Constitución de Cádiz de 1812, el tratamiento de la propiedad estaba previsto en el artículo Art. 4º que disponía: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen." Si se compara con el artículo 2 del Pacto Concordia, se encontrarán algunas diferencias, en cuanto a las palabras utilizadas, pero en el fondo se trata de la misma disposición. Quizás, la única diferencia que se debe resaltar es la circunstancia en la que el Pacto de Concordia introduce la palabra "natural", para referirse a la corriente filosófica del iusnaturalismo.

legítimos",[77] sin precisarse de cuáles otros derechos se tratan. Este método es ilustrativo y permite entender el valor del derecho de propiedad en los albores de la independencia, que está representando un derecho *natural*[78] e inherente a toda persona, incluso de la misma categoría que la libertad. En realidad, esta concepción del derecho de propiedad está inspirada en los artículos 2 y 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecían como fin de toda asociación política "la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión," además, "por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización."[79]

A primera vista, sorprende observar al derecho de propiedad en el mismo nivel que la libertad. No obstante, si se hurga en las concepciones filosóficas de la época (ilustración, iusnaturalismo clásico y fisiocratismo[80]), la libertad impregna todos los campos del quehacer humano y, en consecuencia, el derecho de propiedad es una derivación de aquel. Con la

[77] A propósito del artículo 4 de la Constitución de Cádiz, también se considera que el derecho de propiedad es el único derecho que reconoce la constitución. En este sentido: Bartolomé Clavero, "Propiedad como Libertad: Declaración del derecho de 1812", *Anuario de Historia del Derecho Español*, no. 60, (1990): 29-102.

[78] La tesis sobre el origen divino, sacro o semejantes del derecho de propiedad proviene de la Revolución Francesa, de ahí su carácter de "inviolable". Al respecto, Zeledón expone: "El hombre se encuentra en el centro del sistema, su valor supremo es la libertad que en el plano económico se traduce en la posibilidad de ser propietario lo que obliga a declarar al derecho de propiedad como un derecho del hombre, pues le es consustancial, de ahí que el ordenamiento jurídico debe cumplir la misión de reconocimiento y tutelarlo, nunca someterle limitaciones, en cuanto constituye un derecho natural, es decir un derecho que es sagrado e inviolable." Ricardo Zeledón, *Ensayos La Propiedad* (San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1983), 43. Desde el punto de vista filosófico, la base iusnaturalista de la propiedad se encuentra en John Locke, para quien su origen y justificación se encuentra en la labor del hombre. Dios ha dado el mundo a las personas en común y les dio la razón para utilizar sus recursos en su beneficio. Como la naturaleza le fue entregada para su uso a la humanidad para el aprovechamiento de sus frutos, tiene que haber un medio de apropiación de las cosas que permitan su utilización o beneficio particular y, de esta manera, la supervivencia y el desarrollo de cada persona, cuya capacidad de proyección en las cosas establecería este modo de apropiación.

[79] Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, https://bit.ly/30x39Re, artículos 2 y 17.

[80] Se trata de una escuela de pensamiento económico del Siglo XVIII. En concreto: "Los fisiócratas se posicionan frente a los mercantilistas en debate que todavía hoy sobrevive entre los economistas: librecambio versus proteccionismo. Surgida en Francia a mediados del siglo XVIII, la fisiocracia puede considerarse la primera escuela sistemática de pensamiento económico. Encabezada por François Quesnay y su obra "Tableau Economique," aseguraba que existen una serie de reglas y normas naturales que aseguran el buen funcionamiento del sistema económico. En concreto, estos autores hablan de un "orden natural y esencial" representado en las instituciones conformes con la providencia y que garantizaba la prosperidad. Consecuentemente, la intervención del Estado se hace innecesaria, y el gobernante solo debe: "laisser faire, laisser passer" (dejar hacer, dejar pasar)." David Perales Soler y José Antonio Belso Martínes , *Introducción a la Economía* (España: Tirant lo Blanch, 2018), 353-354.

fisiocracia, la concepción de la propiedad privada se encuentra perfectamente diseñada a nivel teórico: derecho natural, parte de la libertad del ser humano, exclusivo, individual, transmisible (*inter vivos* y también *mortis causa*), especialmente garantizado por el Estado.

En este primer texto constitucional, al reconocerse y respetarse el derecho de propiedad y la libertad, se está planteando el carácter defensivo de ambos derechos cuya protección le corresponde al Estado; a partir de la concepción iusnaturalista, el dominio es 'anterior' a la misma persona y, además, es una especie de libertad-defensa que persigue resguardar al individuo del poder estatal.

Es importante resaltar que, en el Pacto de Concordia, se omitió un aspecto básico para cerrar el círculo de protección sobre el derecho de propiedad liberal y absoluta, y es la prohibición de la confiscación.[81] Sin embargo, de acuerdo con las disposiciones del Pacto, la Constitución de Cádiz tenía aplicación subsidiaria, y en esta se encontraba, expresamente, la prohibición de confiscación. Tal elipsis refleja la poca importancia que el derecho de propiedad tenía para la ciudadanía costarricense, más bien, la atención giraba en torno a definir si Costa Rica se anexaba a otros territorios o estados americanos.

Dicha conceptualización de la propiedad se repite, con algunas variantes, en el Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica de marzo de 1823 que decía: "Art. 6°- La provincia reconoce y respeta la libertad civil, la propiedad y los demás derechos de todos los individuos que la componen"[82]. De una comparación con el anterior texto constitucional, solo sobresale la ausencia del concepto de Derecho Natural.[83]

Posteriormente, el 16 de mayo de 1823, se promulgó el segundo Estatuto Político que copió íntegramente el artículo 6 del primer estatuto. De una comparación de ambos textos con el Pacto de Concordia, sobresale la ausencia del concepto de 'Derecho Natural,' se cambia la frase con la siguiente redacción: "y los demás derechos de todos los individuos."

---

[81] La Constitución de Cádiz sí establecía este concepto en su artículo 304: "Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes." Obregón Quesada, *Volumen I*, 73.

[82] Clotilde Obregón Quesada, *Costa Rica la Constitución de la Provincia, los textos constitucionales y los proyectos 1812-1823* (San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2007), 123.

[83] Como hecho anecdótico o dato adicional de esta Constitución, vale la pena mencionar que sus redactores tuvieron a la vista varios textos constitucionales, y dentro de estos utilizaron la Constitución de los Estados Unidos de América. Sobre el particular refiere Sáenz Carbonell: "El resultado fue una mezcla desastrosa. De todos los modelos constitucionales antes citados, el que más inspiró a los constituyentes fue el de los Estados Unidos de América, el más alejado de las condiciones y necesidades del antiguo de Guatemala." Jorge Sáenz Carbonell, *El despertar Constitucional de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Libro Libre, 1985), 248.

En la Constitución de la República Federal de Centro América del 22 de noviembre de 1824, reincide la tendencia iusnaturalista del derecho de propiedad, elevándolo a la categoría de "principio;" en su preámbulo, se lee la siguiente información: "En el nombre del Ser Supremo, autor de las sociedades y legislador del universo…decretamos la siguiente Constitución **para promover su felicidad**… **afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, seguridad y propiedad**…",[84] también el artículo dos disponía: "Artículo 2°-Es esencialmente soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad."[85]

Esta particularidad de colocar al "Ser Supremo" como hacedor y legislador del universo representa una característica distintiva de algunas de las primeras constituciones americanas, por cuanto la mezcla de religión y Estado no era parte de los ideales liberales que propugnaban por su separación.

Sin embargo, esta es la primera constitución que, además de reconocer el derecho de propiedad, establece palmariamente la negación de privar de la propiedad a una persona ciudadana, salvo previa indemnización: "Articulo 175.-No podrán el Congreso, las Asambleas, ni las demás autoridades: ... Tomar la propiedad de ninguna persona ni turbarle en el libre uso de sus bienes, sino en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada y garantizando previamente la justa indemnización."[86] Para completar la protección al derecho de propiedad de cuño liberal, el mismo artículo 175 citado, pero en su inciso 6, disponía: "…**No podrán** el Congreso, las Asambleas, ni las demás autoridades:… Permitir el uso del tormento y los apremios: **imponer confiscación** de bienes" [resaltado no es del original].

De esta forma, la Constitución Federal de Centroamérica fue la primera legislación que protegió al derecho de propiedad liberal con una fórmula defensiva completa: su reconocimiento y protección del prohibir la privación de la propiedad salvo grave urgencia

[84] Los pensadores de la Ilustración, que se suponía eran 'racionalistas,' sustituyeron la religión católica o cristiana por la idea de una religión natural, el Deísmo, que se basaba en la creencia de un 'Ser Supremo,' creador y organizador del Universo [Resaltado no es del original].

[85] Obregón Quesada, *Volumen II*, 35.

[86] Estos cuatro valores o derechos fueron copiados textualmente del art. 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del Año I, emitida el 26 de junio de 1793, en Francia (salvo la referencia al orden público y la perfecta federación) durante la fase más exaltada de la revolución francesa.

comprobada, pero con el deber de indemnización previa; finalmente, imposibilitar la confiscación.

Debido a que Costa Rica participó en la Federación Centroamericana, fue necesaria una ley que rigiera los destinos del incipiente Estado y acatara las bases de la Constitución Federal, promulgándose la "Ley Fundamental del Estado de Costa Rica," del 25 de abril de 1825.

En esta constitución aparece el calificativo de inviolabilidad de la propiedad privada, salvo la concurrencia de un interés público legalmente comprobado: "Art. 4°-Sus propiedades son inviolables; pero el Estado puede exigir el Sacrificio de alguna por razón de interés público legalmente comprobado [sic] indemnizándola [sic] previamente [sic]."[87] Esta es la génesis de un adjetivo que califica con fuerza el sustantivo 'propiedad', a su vez, se mantiene vigente en el artículo 45 constitucional; cabe observar que pocas constituciones lo conservan aun en Latinoamérica.[88]

Finalizada la Federación, se emitió la Ley de Bases y Garantías de 1841, creación de Braulio Carrillo, también existe un reconocimiento a la propiedad con una redacción muy diferente a sus antecesoras, según lo dispuesto en el artículo ___ : "Tienen derecho: … 2° para que su propiedad no sea tomada aun para usos públicos sin que previamente se justifique necesidad o motivo de provecho común; y en este caso se les indemnice su valor…"[89] En realidad, se trata de una redacción muy original que se aleja de la conceptualización utilizada para el derecho de propiedad en las anteriores constituciones, haciendo una tenue defensa de ese derecho, fundamentado en la frase "para que su propiedad no sea tomada".

Posterior al derrocamiento de Carrillo, se emitió la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica (1844), restaurando el derecho de la ciudadanía costarricense a la propiedad como un derecho *inalienable* e *imprescriptible*; además se impide "turbar" al

---

[87] Clotilde Obregón Quesada, *Costa Rica la Constitución*, 68.

[88] Entre ellas está la Constitución Argentina, que dice en su artículo 17: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada." En sentido similar, las constituciones de Uruguay, Perú y Paraguay, en sus artículos 32, 70 y 109 respectivamente.

[89] Se afirma sobre esta ley: "Es así como Carrillo emitió por sí y ante sí, con fecha 8 de marzo de 1841, la Carta que la constituyente de 1838 no dictó. Esta curiosa Carta que se llamó ley de Bases y Garantías, es, en todo en nuestra colección de constituciones, el documento del absolutismo." Véase: Mario Alberto Jiménez Quesada, *Desarrollo Constitucional de Costa Rica*, cuarta edición, (San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992), 94. Esta ley fue anulada inmediatamente después que Braulio Carrillo fue derrocado por el General Francisco Morazán.

propietario el libre uso de sus bienes, sino es por una necesidad pública y previa indemnización.[90]

Esta constitución muestra una mejor técnica que sus predecesoras: estructurada en varios títulos y fijando "Los Derechos de los Costarricenses" en el primer título, incluyendo el derecho de propiedad al cual declara en el mismo nivel que la libertad e igualdad, así retoma los ideales liberales. Como novedad, se introduce la forma de ejecutar la indemnización, estableciendo el concepto de "precio razonable convenido," o a tasación de peritos nombrados por las partes, aspectos básicos de cualquier expropiación hoy en día, con la diferencia de que, en la actualidad, los peritos no se nombran de esa forma.

En la Constitución de 1847, se copian, casi en su totalidad, las disposiciones sobre la propiedad de la constitución anterior, se ubica el derecho de la propiedad dentro de la sección de los *derechos naturales y civiles de los costarricenses*, considerándola como un derecho preexistente a toda ley, y se permite la expropiación por razones de utilidad pública.[91] Por otra parte, restauró la prohibición de confiscación de bienes, fue la primera constitución de huella nacional que estableció ese principio.[92]

1.4. La Propiedad Constitucional como Estado Autónomo y el Primer Período de la República 1848-1870

La Constitución de 1847 sobrevivió solamente un año y fue reemplazada por la carta de 1848 que, en cuanto al derecho de Propiedad establecía: "Artículo 112.-A excepción de las contribuciones establecidas por la ley, ningún costarricense será privado de su propiedad sin su libre consentimiento: a menos que la necesidad pública, calificada tal con arreglo a la ley, así lo exija, previa indemnización de su justo valor determinado por peritos." Se trata de una

---

[90] "Art. 1°. Todos los costarricenses nacen libres e independientes, y tienen ciertos derechos inalienables e imprescriptibles, y entre estos se enumeran con más especialidad el de defender la vida y la reputación, el de propiedad, igualdad y libertad, y el de procurarse por cualquier media honesto su bienestar." "Art. 13. Ningún poder podrá tomar la propiedad particular ni turbar absolutamente al propietario en el libre uso de sus bienes; sino es por una necesidad publica acreditada, y previa indemnización por un precio razonable convenido, o a tasación de peritos nombrados por las partes." Asamblea Constituyente, "*Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica*; 10 de abril, 1844": art.1 y art. 13, https://bit.ly/3wa9axj.

[91] "Art. 7. Ninguna autoridad podrá tomar la propiedad particular, ni turbar absolutamente al propietario en el libre uso de sus bienes, sino es por una necesidad publica acreditada, y previa indemnización, por un precio razonable convenido, o a tasacion (sic) de peritos nombrados par las partes." Asamblea Constituyente, "*Constitución Política 1847*; 10 de febrero, 1847": art. 7. https://bit.ly/3tWsoF3 .

[92] Con anterioridad, la prohibición de confiscación había sido plasmada en la Constitución de Cádiz y en la Constitución de la Federación.

redacción más simple, con respecto al derecho de propiedad de su predecesora; estaba reforzada por el artículo 14 del texto constitucional que obligaba al Estado a proteger la libertad, propiedad,[93] además, esta disposición ya no se ubicaba dentro de los derechos 'naturales'.

La constitución de 1848 se mantuvo vigente por once años y fue reemplazada por la constitución de 1859, con una notable particularidad, la mención de que la propiedad pertenece o perteneció al Estado originalmente, en su artículo 12: "Solamente el Poder Lejislativo [sic] tiene la facultad de decretar la enajenación de los bienes de propiedad nacional"[94]. De esta disposición, se interpreta que el principio de apropiación original (*homestead principle* en idioma inglés) o ley del primer ocupante, parte esencial de la ética liberal clásica;[95] establece que la colonización y transformación pacífica es la condición para que un recurso, en este caso la propiedad que no tiene dueño, o que son "baldíos," se convierta en propiedad privada legítima.[96]

---

[93] Obregón Quesada, *Volumen III*, 66.

[94] Obregón Quesada, *Volumen III*, 87.

[95] A este principio de apropiación original también se le conoce como 'dominio eminente'. El liberalismo clásico es un concepto amplio, usado para englobar las ideas políticas que suceden durante los siglos XVII y XVIII, contrarias al poder absoluto o intervención del monarca o el Estado en asuntos civiles con el objetivo de que el individuo pueda desarrollar sus capacidades individuales y su libertad en el ámbito político, religioso y económico. Es una corriente originaria del liberalismo que aboga por las libertades civiles bajo el imperio de la ley, y por una economía de mercado. Una mejor aproximación a esta teoría se encuentra en el siguiente comentario del autor Andrew Heywood: "El liberalismo clásico fue la primera tradición liberal. Las ideas liberales surgen del hundimiento del feudalismo en Europa y su sustitución por una sociedad de capitalismo de mercado. En su forma primitiva, el liberalismo era una doctrina política que se enfrentaba al absolutismo y a los privilegios feudales abogando en su lugar por un Estado constitucional y, posteriormente, representativo. En el siglo XIX, se había impuesto un credo político específicamente liberal que exaltaba las virtudes del capitalismo de *laissez faire* y condenaba todas las formas de intervención económica y social... El liberalismo clásico reviste una diversidad de formas, pero tiene también una serie de rasgos comunes: En primer lugar, refleja un compromiso con el individualismo egoísta, enraizado bien en la teoría de los derechos naturales, bien en el utilitarismo. La perspectiva liberal clásica considera los seres humanos como criaturas egoístas racionales que tienen una pronunciada capacidad para la autosuficiencia. Esta idea de la naturaleza humana presupone que la sociedad es algo atomizado por cuanto equivale a un conjunto de individuos esencialmente autosuficientes. En segundo lugar, los liberales clásicos creen en la libertad "negativa;" En consecuencia, el individuo es libre en la medida en que se le deja a sus propias fuerzas y otros no interfieren en sus actividades ni lo coaccionan, un punto de vista que tiene implicaciones importantes en cuanto al alcance adecuado de la autoridad pública. En tercer lugar, los liberales clásicos consideran el Estado como un "mal necesario," en palabras de Thomas Paine. Es necesario por cuanto, en último término establece los cimientos de una existencia ordenada, pero es malo porque impone una voluntad colectiva sobre la sociedad, imponiendo así límites a la libertad y la responsabilidad del individuo. En cuarto lugar, el liberalismo clásico está estrechamente unido a la idea de la economía capitalista autorregulada y enaltece las virtudes del libre mercado y el libre comercio... La gran virtud del liberalismo clásico es su incansable compromiso con la libertad individual. Aboga por un orden político escueto o "mínimo" dentro del cual los individuos disfrutan de las posibilidades máximas de alcanzar sus intereses y ambiciones propios..." Andrew Heywood, *Introducción a la Teoría Política* (Ciudad de México, México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017), 27, https://bit.ly/3qGhWDY.

[96] No hay que olvidar el ascenso de la clase cafetalera y las hondas transformaciones que ello produjo en la sociedad costarricense (oligarquía cafetalera, peón sin tierra, entre otros); lo que, de una forma u otra, se refleja en

En lo que respecta al derecho de propiedad, en la constitución de 1859 y 1869, sus textos son casi idénticos,[97] pero lo interesante es la primera parte de los artículos 24 y 25 respectivamente, en el tanto son muy similares con la redacción del primer párrafo del artículo 45 de la Constitución de Costa Rica actual: "La propiedad es inviolable: á [sic] ninguno puede privarse de la suya sino es por interés [sic] público legalmente comprobado y previa indemnización…"[98]

Estas disposiciones se alejan de aquellos preceptos constitucionales estudiados que definían al derecho de propiedad como un derecho natural e inherente a toda persona; definitivamente, el origen del actual párrafo primero del artículo 45 se encuentra en la constitución de 1859. En adición, se plasmó la prohibición de confiscación en ambas constituciones, concepto que se mantendrá en las restantes constituciones hasta nuestros días.

A partir del derrocamiento de Carrillo, y con el surgimiento del texto constitucional de 1842 hasta la génesis de la constitución de 1871, termina un período agitado de la vida constitucional costarricense. En un lapso de veintinueve años, se sucedieron seis constituciones, inestabilidad que se sosiega con el nacimiento de la denominada 'Carta del 71'.

1.5. La propiedad en las constituciones de finales de siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, 1870-1943

La 'Carta del 71' tuvo la virtud de mantenerse milagrosamente vigente desde 1871 hasta 1948, con excepción del corto período de 1917-1919.[99] Contrario a lo ocurrido en el período estudiado anteriormente, el final del siglo XIX y siglo XX fue menos convulsos.

---

la legislación de la época. En este mismo sentido, se pronuncia Sáenz Carbonell, en su libro *Despertar Constitucional*, página 469.

[97] La única diferencia consiste en que se le agregó lo siguiente a la constitución de 1869: "…En caso de guerra no es indispensable que la indemnización sea previa." Obsérvese que es muy similar a la disposición actual del artículo 45 que dice "guerra o conmoción interior," o sea, al texto actual se le agregó el evento "conmoción interior."

[98] El artículo 25 de la constitución de 1859 establecía lo siguiente: "La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya sino es por interés [sic] público legalmente comprobado y previa indemnización a justa tasación [sic] de perito nombrado por las partes, quienes no solo deben legitimar el valor de la cosa que se tome, sino también [sic] el de los daños consiguientes que se acrediten." Véase: Obregón Quesada, *Volumen III*, 88.

[99] Según cuenta el historiador Jiménez Quesada, don Cleto González dijo de ella que "había demostrado tener vida de gato". Mario Alberto Jiménez Quesada, *Desarrollo Constitucional. Soberanía externa y relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo en nuestra evolución constitucional*, cuarta edición (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992), 186.

La estabilidad política y económica, del período de 1871 hasta 1949, inicia con el ascenso al poder del General Guardia. La longevidad de la carta del 71 se explica por la consolidación de un Estado Nacional, con una clase hegemónica floreciente[100], amparada en el cultivo y venta del café como principal producto de exportación y, posteriormente, reforzado con la producción y venta de banano. [101]

En lo tocante al derecho de propiedad, se trata exactamente del mismo texto de la Constitución de 1869, que reprodujo, casi fielmente, el texto constitucional de 1859. [102] La razón de mantener el texto de la constitución de 1859 obedece a que quienes la redactaron lo hicieron con base en esa Constitución.[103] El artículo 29 indicaba:

> "La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya, si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no solo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten. En caso de guerra o conmoción interior no es indispensable que la indemnización sea previa." [104]

---

[100] Esa clase estaba constituida por la "oligarquía cafetalera", como así lo afirma José Luis Vega Carballo: "A su vez, se observó como ya lo dijimos, el creciente dominio social y económico de la nueva burguesía agraria costarricense, que genéricamente se ha denominado "oligarquía cafetalera", cuya vinculación con el medio urbano josefino por supuesto es digna de destacarse porque se dio desde un principio, casi paralelamente con el proceso afirmador de la nacionalidad y la estaticidad." José Luis Vega Carballo, *Orden y progreso*: *La Formación del Estado Nacional* (San José, Costa Rica: Instituto Centroamericano de Administración Pública, 1981), 162.

[101] Una visión diferente se encuentra en las palabras del Mario Alberto Jiménez: "Pero también la Carta del 71 puede explicar por si misma su longevidad, si se toma en cuenta que no era una Constitución que se la habían sacado de la cabeza, como diría un español, sino que era el producto de una lenta elaboración nacional. De la concordia a la expectativa, de la expectativa al plagio de federación, de aquí al absolutismo, del absolutismo allento acomodamiento de nuestras instituciones realizado por derrumbes como en los terrenos de formación, para llegar a un presidencialismo muy acentuado, cada una de las constituciones anteriores es un escalón que conduce al rellano de la Carta del 71, la cual resulto [sic] así una síntesis sobria y depurada de diversas experiencias nacionales." Mario Alberto Jiménez Quesada, *Desarrollo Constitucional de Costa Rica,* (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992) 187. Tampoco debe creerse que esta estabilidad fue algo absoluto, por cuanto existió una especie de usurpación del poder constituyente por parte del poder Legislativo. De una revisión de la Constitución en estudio, se puede comprobar su accidentada biografía de muertes y resurrecciones mediante simples decretos del Poder Ejecutivo. Primero, se deroga en 1876; luego, se puso en vigencia en 1882, derogada en 1892 y resucitada en 1894; nuevamente acabada en 1917, y su última resurrección ocurrió en 1919; en todos esos actos fueron posibles mediante decretos del Poder Ejecutivo. Los criterios de Mario Alberto Jiménez evitan analizar el tema socio económico de Costa Rica en la Colonia. Para un análisis distinto y basado en las relaciones económicas y sociales de tal contexto; sobre el tema de la formación del Estado Nacional en Costa Rica puede estudiarse: José Luis Vega Carballo, *Orden y Progreso: La Formación del Estado Nacional en Costa Rica,* 1981, 16.

[102] Véase nota 25.

[103] Clotilde Obregón Quesada, *Volumen IV,* 6.

[104] Clotilde Obregón Quesada, *Volumen IV,* 26

En cuanto al derecho de propiedad, el texto constitucional, no sufrió ningún cambio hasta las reformas de 1943. Ello refleja la inamovilidad de la concepción clásica y liberal del concepto del derecho de propiedad privada durante un largo período. Además, si aún ese texto constitucional está presente en la actualidad, ello es un indicio claro de la inercia de la tradición constitucional del derecho a la propiedad privada como derecho absoluto, revelando su interés en perpetuarse, intentando destruir todo lo nuevo que lo contraría.[105]

Este período finaliza con la constitución de 1917 que no tuvo mayores variaciones con respecto al derecho de Propiedad contemplado en el artículo 29 de la Constitución de 1971, manteniendo los conceptos de inviolabilidad de la propiedad, posibilidad de privación originado en utilidad pública, previo pago, de acuerdo con el dictamen de peritos, con excepción de los supuestos de guerra o revolución.[106] Agregó la posibilidad de ocupación temporal por parte de militares, además impedía que el Estado se apropiara de aquella propiedad a cuya persona propietaria le hubiese declarado un valor inexacto para efectos tributarios.

La principal novedad de esta constitución fue introducir la posibilidad de explotar yacimientos mineros en terrenos particulares, previo pago del terreno y de los daños y perjuicios a favor de la persona dueña de la superficie.[107]

En el fondo, la constitución de 1917 es una versión más del estado liberal, que establece límites precisos y legalmente determinados para proteger ante el poder estatal en el plano del derecho privado y constitucional: la libertad individual, la propiedad privada y la seguridad

---

[105] La concepción clásica liberal presente en la constitución de 1871 coincide con la existencia de un Estado Liberal, se asienta en el terreno de la economía exportadora, en su consolidación y mayor inserción en el mercado Mundial, entre los años de 1890 hasta 1930, y la manera peculiar cómo ejercía las *funciones* propias de la dominación en los niveles superestructurales (institucionales, jurídicos e ideológicos). José Luis Vega Carballo, "El pensamiento económico – social de Rodrigo Facio", *Revista De Ciencias Sociales*, no. 138 , (2012): 283.

[106] "Artículo 15. La propiedad es inviolable y nadie podrá ser privado de la suya sino en virtud de sentencia judicial, y por causa de utilidad pública legalmente declarada, previa pago del precio actual y de los daños y perjuicios consiguientes que se acrediten, todo según dictamen de peritos. En caso de guerra o de revolución intestina y nada más que para atender a la defensa nacional o al restablecimiento del orden público, podrá la autoridad administrativa decretar la necesidad de la expropiación sin indemnización previa. En estos casos la propiedad inmueble podrá ser temporalmente ocupada solo por necesidades militares o para destinar sus productos al ejército. El estado es siempre responsable por las expropiaciones que practique el Ejecutivo por si o por media de agentes suyos. Ninguna ley podrá disponer que la propiedad particular pase a ser del Estado, en caso de que se le atribuya por su dueño un valor inexacto para efectos de tributación y de que el Estado, por sí o por medio de tercero, ofrezca tomarla por el avalúo y una bonificación cualquiera. Las minas podrán denunciarse aun en terrenos de particulares pero no podrán explotarse. ni se adjudicarán, sin haber sido pagado antes al dueño de la superficie el valor del terreno que hubiere de ser ocupado los daños y perjuicios que se le ocasione, todo según disponga la autoridad y valoren peritos." Clotilde Obregón Quesada, Volumen IV, 198.

[107] Rodolfo Piza Rocafor, *Ensayos. La Propiedad* (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983), 43.

jurídica.[108] La anterior explicación no es otra cosa que la representación de lo que se conoce hoy en día como 'Estado de Derecho', aunque fuese en el papel, debido a la represión y control militar policiaco existente, la censura y el cierre de periódicos, ocurrido donde el breve período que gobernó Tinoco.

La renuncia de Federico Tinoco en 1919 terminó también la corta vida de la constitución de 1917, para darle paso nuevamente a la constitución de 1871.

2. La propiedad y la constitución de 1943 hasta el presente

2.1. Las reformas legales y constitucionales de 1942 y 1943 y su incidencia en el Derecho de Propiedad

Las reformas legales y constitucionales de 1942 y 1943[109] representaron una modificación sustancial de la función del Estado en Costa Rica, y el derecho de propiedad fue uno de los objetivos de dichas transformaciones, agregándose un párrafo segundo al artículo 29 de la constitución de ver, el cual que corresponde al texto que se mantiene en la actualidad.[110]

Históricamente, esas reformas se reconocen por el nacimiento de las garantías sociales, el Código de Trabajo, la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social y la Universidad de Costa Rica.[111] Debido a la dimensión de los cambios anteriores, la reforma y adición del artículo 45 constitucional se vio opacada por las innovaciones citadas.

Tanto el Ejecutivo, como las fuerzas sociales que le apoyaban tenían claro interés en la necesidad de las reformas sociales e inclusión de las garantías sociales; sin embargo, sobre la reforma del derecho de propiedad de 1943 no existe mucha claridad acerca de sus orígenes y

---

[108] José Luis Vega Carballo, *Orden y Progreso,* 1981.

[109] Históricamente, la reforma al artículo 29 de la constitución de 1871 se adoptó en el año de 1942 y, al siguiente año, existió una segunda reforma que acogió el mismo texto, de modo que, si bien las *Garantías Sociales* nacieron en 1943, la reforma del artículo 29 se gestó un año antes.

[110] "…Por motivos de necesidad pública podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponerle a la propiedad limitaciones de interés social." Clotilde Obregón Quesada, volumen IV, 2007, 68.

[111] Bajo la mirada de los Derechos Humanos, es factible afirmar que la reforma de 1943 significó el surgimiento de los derechos humanos de segunda generación, referidos a los derechos económicos, sociales y culturales. La clasificación doctrinaria sobre "generaciones de derechos" coloca los derechos civiles y políticos como integrantes de la primera generación y, de segunda generación, a los derechos económicos, sociales y culturales. "La clasificación de los derechos humanos en "generaciones" abarca fundamentalmente la temática en línea con el supuesto desarrollo histórico de los mismos, y el tipo de obligaciones internacionales que dicho régimen establece para los Estados." Para una crítica sobre esta clasificación del tipo "historicista" puede verse: Fabián Salvioli, *Introducción a los Derechos Humanos* (Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020), 147.

objetivos.[112] La atención de los primeros años de la década de 1940 estuvo marcada por el conflicto bélico de la segunda guerra mundial y sus consecuencias económicas a nivel nacional e, internamente, se discutía sobre el futuro candidato del partido oficialista para las elecciones de 1944.

En la adición comentada, se muestra cierta timidez y una falta de conexión directa con el primer párrafo del citado numeral constitucional[113], cuya estructura se puede desmenuzar de la siguiente forma: a- inviolabilidad de la propiedad; b- expropiación por interés público legalmente comprobado, previa indemnización a justa tasación; c- en caso de guerra o conmoción interna no es necesaria la indemnización previa. Y con la adición, el congreso, mediante mayoría calificada, podrá por motivos de necesidad pública, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Ciertamente, la base ideológica de la adición del segundo párrafo se aleja de los fundamentos liberales del primer párrafo del artículo 29 de la constitución de 1871 y, por ello, se percibe cierta desconexión entre uno y otro párrafo. Además, la base de este segundo párrafo se asienta en dos conceptos jurídicos indeterminados, lo que permite diversas interpretaciones y, en consecuencia, dependiente de las personas intérpretes autorizadas.[114] Para efectos de aplicación legal, conceptos como: *necesidad pública* o *interés social*, solo se explican a través de la necesaria praxis judicial.

Sobre el origen de la reforma, una tesis considera que la misma tuvo su origen de dos ideas básicas de la doctrina social de la Iglesia Católica, plasmadas en las encíclicas *Rerum*

[112] Existe discusión sobre el autor intelectual de las reformas sociales: Iglesia Católica o el Partido Comunista. También se discute sobre quien propuso la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social. Ver: Iván Molina-Jiménez, *Los pasados de la memoria. El origen de la reforma social en Costa Rica (1938-1943)* (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Nacional de Costa Rica, 2008)

[113] Juan Luis Arias, "Las Limitaciones a la Propiedad en nuestra historia constitucional", *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 15, (1970): 346.

[114] Según Haba, el intérprete juega dentro de uniformidades lingüísticas y es quien escoge entre sentidos normativos opcionales cuando existen conceptos jurídicos indeterminados. La persona intérprete trata de hacer determinado lo relativamente indeterminado de un cierto texto jurídico. Se entiende que intérpretes autorizados serán aquellos jueces, juezas o autoridades administrativas que son una especie de eslabón indispensable entre la semántica y la pragmática. Sobre el carácter "no exacto" del lenguaje, véase: Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho...*, 2012, 142.

Novarum de 1891[115] y *Quadragésimo Anno* de 1931[116]: derecho a la propiedad privada de los medios de producción y la función social inherente a ese derecho. La otra fuente de la reforma es la influencia del denominado "Código Social de Malinas"[117], conocido por el presidente Calderón Guardia debido a los estudios que este había realizado en la Universidad de Lovaine, Bélgica. La tercera tesis y sobre la que se inclina esta investigación, considera la génesis de la reforma en el 'constitucionalismo social' de la época que, básicamente se oponía a la visión individualista del derecho y, en consecuencia, al constitucionalismo liberal que se positiviza en la Constitución de México de 1917, y la de Weimar de 1919.[118] Básicamente, este último criterio lo que hace es aglutinar las distintas posiciones de la época sin importar el origen, ya sea la doctrina social de la Iglesia, las tesis marxistas, los pensamientos de la social democracia,

[115] "El que Dios haya dado la tierra para usufructuarla y disfrutarla a la totalidad del género humano no puede oponerse en modo alguno a la propiedad privada. Pues se dice que Dios dio la tierra en común al género humano no porque quisiera que su posesión fuera indivisa para todos, sino porque no asignó a nadie la parte que habría de poseer, dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos. Por lo demás, a pesar de que se halle repartida entre los particulares, no deja por ello de servir a la común utilidad de todos, ya que no hay mortal alguno que no se alimente con lo que los campos producen. Los que carecen de propiedad, lo suplen con el trabajo; de modo que cabe afirmar con verdad que el medio universal de procurarse la comida y el vestido está en el trabajo, el cual, rendido en el fundo propio o en un oficio mecánico, recibe, finalmente, como merced no otra cosa que los múltiples frutos de la tierra o algo que se cambia por ellos. 7. "Con lo que de nuevo viene a demostrarse que las posesiones privadas son conforme a la naturaleza." *Encíclica Rerum Novarum*, http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

[116] Carta Encíclica Quadragesimo Anno de su Santidad Pío XI, http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html

[117] A raíz de la publicación de la Encíclica Rerum Novarum, se despertó gran interés por los estudios de doctrina social cristiana en todos los medios católicos; en este ambiente se organizó, en 1920, la Unión Internacional de Estudios Sociales, con sede en Malinas, Bélgica, y dirigida por el Cardenal Mercier. La Unión se proponía estudiar los problemas sociales a la luz de la *moral católica*; publicar sus conclusiones para que los católicos las llevaran a cabo y crear un órgano consultivo para responder a los problemas concretos que se les planteasen. El resultado de su actividad fue la elaboración de una especie de código social publicado en 1927. Consta de una introducción y siete capítulos: familia, vida cívica, profesión, vida económica, asociaciones privadas, vida internacional y, finalmente, vida sobrenatural como coronación de la vida terrena. Su influencia fue considerable entre los estudiosos de los temas sociales desde el momento de su aparición. Como complemento, y bajo el título La Hiérarchie catholique et la probléme social (París 1931), se publicó una colección de cerca de l.500 documentos pontificios y episcopales a partir de 189l. Más adelante, se publicaron nuevos códigos que vinieron a ampliar algunos aspectos ya contenidos en el primero: Código de moral internacional (1937); Código de la familia (1951); Código de moral y política (1957).

[118]. El artículo 153 de la Constitución de Weimar (1919) indica: "La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes… La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general." Si se revisan las actas del proyecto, se notará que la reforma pretendía la introducción clara y precisa del concepto de 'Función Social,' concepto que al final no logró introducirse.

Específicamente sobre la reforma al derecho de propiedad del artículo 29, de la Constitución de 1871, el mensaje presidencial del 16 de mayo de 1942 propuso modificar el citado numeral con el siguiente texto:

> "El estado reconoce la propiedad privada, sin más limitaciones que las impuestas por el superior interés de la colectividad, las cuales serán establecidas por la ley. Esta determinará la inviolabilidad de la propiedad privada en el concepto dicho: a ninguno puede privarse de la suya sino es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no solo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa."

A pesar del cambio sustancial del texto propuesto con respecto al vigente en la época, no resultó aprobado. El proyecto de reforma era innovador ya que, por primera vez en la historia del país, se intentó que la inviolabilidad de la propiedad privada pasara a un segundo plano, aunque en la explicación de motivos del proyecto se advierte que la reforma, lejos de debilitar al derecho de propiedad privada, la robustece en el tanto el concepto que se introduce constituya una "sana limitación al poder abusivo que se haga del derecho de propiedad"[119]. Al margen de los motivos escritos o no del proyecto, el intento de reforma significaba un alejamiento del concepto liberal sobre el derecho de propiedad, que no encabezaba el numeral con la fórmula sacramental: "La propiedad es inviolable".[120]

Pese a lo anterior, la reforma operada significó un paso hacia la flexibilización del derecho de propiedad, atenuando su aparente 'inviolabilidad' con la posibilidad de establecer limitaciones de interés social.

2.2. La propiedad en el proyecto de Constitución

[119] Juan Luis Arias Arias, "Las Limitaciones a la Propiedad en nuestra historia constitucional", *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 15, (1970): 352.

[120] Según el exmagistrado de la Sala Constitucional Juan Luis Arias Arias, las razones por las que no se acogió el texto propuesto continúan siendo un misterio, de acuerdo con este autor no es posible deducir, de una revisión del expediente original de la reforma legal, las razones que tuvo la comisión para apartarse del texto propuesto. Ver Arias, "Las Limitaciones a la Propiedad...", 354 - 355.

Una vez finalizado el conflicto armado de 1948, asumió el poder una Junta de Gobierno de facto[121] denominada "Junta Fundadora de la Segunda República",[122] conformada por el bando ganador y encabezado por José Figueres Ferrer. Comprometiéndose, desde el inicio, a instaurar un nuevo orden institucional elaborado sobre la base de un supuesto *Acuerdo Nacional*.[123] Fue la propia Junta de Gobierno la que dictó un decreto convocando a elecciones constituyentes para el 3 de septiembre de 1948,[124] a fin de materializar jurídicamente, el nuevo orden institucional que perseguía la mencionada Junta.

En el mes de febrero de 1949, la Junta entregó un proyecto de constitución[125] a la Asamblea Constituyente y disponía con respecto al derecho de propiedad: "Artículo 54. La República reconoce y garantiza la propiedad privada, sin perjuicio del *dominio eminente* del Estado sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional".[126]

Adicionalmente, contenía un capítulo denominado "La Economía y la Propiedad del Estado" y, en el artículo 67 de ese capítulo, desarrollaba el principio del artículo 54 referente al "dominio eminente del Estado", al reconocer que, de acuerdo con su derecho de dominio eminente sobre los bienes, todos situados en el territorio nacional, el Estado puede, entre otras

---

[121] La naturaleza de la Junta de Gobierno instaurada en 1948 fue la de un gobierno *de facto* o de hecho, y como suele ocurrir en este tipo de gobierno, hubo persecución y represión hacia los perdedores. Dicha represión tuvo, como resultado, el encarcelamiento de algunos opositores y el exilio forzado de otros. En palabras de Hauriou, gobierno de facto significa: "existe un poder cuyo origen no es legítimo y que se llama poder de hecho cuan-do no se han observado las reglas establecidas para la transmisión, lo que casi siempre se deriva de una revolución o golpe de Estado".

[122] El ostentoso y retórico nombre de "Segunda República" parece haber sido sugerido por el economista de la Junta de Gobierno que se instauró de nombre Alberto Martén Chavarría, quien vivió en Francia durante su niñez y ese país será su referente. Con ese antecedente se quiso emular los hechos de 1848 en Francia, donde se instauró la "Segunda República". Otro referente sería la "Segunda República" española, cuyo período comprende del año 1931 al año 1939. Sobre la paternidad del nombre "Segunda República" véase: Manuel Antonio Solís Avendaño, *La Institucionalidad Ajena: los años cuarenta y el fin de siglo* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2006), 368.

[123] Resulta difícil asimilar que un gobierno de facto, en la práctica, pretenda una especie de consenso nacional para construir una nueva institucionalidad. Acudiendo a la historia latinoamericana, cuando los gobiernos de facto mencionan las palabras "acuerdos" o "consensos nacionales", se trata de un recurso retórico para instaurar las modificaciones que interesan a las personas vencedoras o quienes detentan el poder, ya sea en forma transitoria, o para constituirse en una dictadura.

[124] Mediante decreto número uno del ocho de mayo de 1948, la Junta asumió los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado y de ahí sus facultades para realizar la convocatoria.

[125] De acuerdo con el recuento histórico, la comisión nombrada por la Junta para la elaboración de un proyecto de constitución, efectivamente, hizo su trabajo y entregó el respectivo producto a la Junta; sin embargo, este documento que la Junta entregó a la Asamblea Constituyente tiene muchas modificaciones con respecto a lo que originalmente elaboró la comisión. El texto del proyecto de la Comisión y el texto que presentó la Junta a la Asamblea pueden consultarse en Obregón Quesada, volumen V, 2007.

[126] Obregón Quesada, Volumen V, 2007, 94.

atribuciones: imponer limitaciones a la propiedad privada para que esta cumpla su función social (inciso 1º); decretar la expropiación de bienes por causa de utilidad pública o de necesidad social, previa indemnización pericial (inciso 8º); dictar leyes que preserven la pequeña propiedad y que eviten el mantenimiento de fundos ociosos cuando puedan ser explotados o cultivados (inciso 11); y limitar el ejercicio del dominio cuando sea indispensable hacerlo por motivos de defensa nacional (inciso 12).[127]

A pesar de la existencia del proyecto, la Asamblea Constituyente que había iniciado labores en enero de 1949 se enfrentó a una importante discusión sobre la base que se utilizaría para la nueva constitución: el proyecto de constitución enviado por la Junta Fundadora de la Segunda República[128] o la constitución de 1871. Para comprender la decisión adoptada, es necesario destacar que la AC estaba conformada en su mayoría por personas afines al Partido Unión Nacional liderado por el expresidente Otilio Ulate Blanco, y una pequeña minoría del Partido Social Demócrata afín al jefe de la Junta, José Figueres Ferrer.

Como era de esperar, privó el criterio de los "conservadores" y partidarios de Ulate Blanco, estimando que la constitución de 1871 contenía los elementos necesarios para la construcción de una nueva constitución y que, por el contrario, el proyecto enviado por la Junta "inquietaba", en cierta forma, a ciertos grupos oligárquicos o de poder, por cuanto, la Junta había decretado, previamente, la nacionalización bancaria y un impuesto del diez por ciento al capital.[129] Incluso, al proyecto se le acusó de contener elementos de una especie de "socialismo de estado".[130]

---

[127] Obregón Quesada, Volumen V, 2007, 94-95.

[128] La Junta Fundadora desde un inició nombró una comisión de nueve miembros para que elaboraran un proyecto de Constitución. La Comisión quedó integrada por los abogados Víctor Guardia Quirós, Ernesto Martén Carranza, Fernando Volio Sancho, Fernando Baudrit Solera, Rodrigo Facio Brenes, Fernando Fournier Acuña, Eloy Morúa Carrillo, Fernando Lara Bustamante y don Abelardo Bonilla. Poco después, los señores Víctor Guardia y Ernesto Martén fueron sustituidos por los licenciados Rafael Carrillo Echeverría y Manuel Antonio González Herrán. Estos nombres dan un panorama de la situación política y del esfuerzo de la Junta por tener la cooperación de Otilio Ulate y su Partido Unión Nacional, del cual eran miembros los licenciados Baudrit Solera, González Herrán, Lara Bustamante, Volio Sancho y Bonilla Baldares.

[129] Estas medidas se concretaron a través de los decretos promulgados el veintiuno de junio de 1948. Se coincide con Rojas Bolaños en el sentido de que Figueres buscaba una nueva orientación de la economía hacia la industrialización, y la explotación de los recursos naturales; para ello, era necesario el control de la política crediticia. Manuel Rojas Bolaños, *Lucha Social y Guerra Civil en Costa Rica 1940-1948* (San José, Costa Rica: Editorial Porvenir, 1979), 153.

[130] Actas Asamblea Constituyente, acta 45. En una intervención del diputado Volio Sancho, miembro de la comisión que redactó el proyecto de Constitución, refuta a quienes tildan el proyecto de "socialismo de estado", debido al capítulo relacionado con el derecho de propiedad. Obsérvese la resistencia histórica de aquellos grupos de poder económico por evitar modificaciones al derecho de propiedad en su versión clásica, evitando, a toda

A pesar del fracaso del proyecto, diputados minoritarios optaron por utilizar la estrategia de presentar mociones durante la discusión, intentando incluir algunos de los principios y propuestas innovadoras que tenía el proyecto excluido.

En consonancia con lo anterior, la fracción de la Social Democracia presentó la respectiva moción para modificar la redacción del artículo 29 de la Constitución de 1871, reformado en 1943, cuya estructura resumida sería la siguiente: a.- la República reconoce y garantiza la propiedad privada; b.- se puede imponer limitaciones para que se cumpla la función social con los votos de dos terceras partes de la totalidad de la Asamblea Legislativa; puede decretarse la expropiación por causa de utilidad pública o de necesidad social, previa indemnización realizada por peritos; d.- se establece un régimen de excepción para la expropiación por causa de guerra o estado de emergencia, pudiendo no ser previa.[131]

A pesar de la argumentación favorable a la moción expuesta, por parte del constituyente Rodrigo Facio Brenes, el resultado era el esperable y, nuevamente, fue derrotado el intento de incluir expresamente, la función social dentro del derecho constitucional a la propiedad privada.

2.3 El texto sobre la propiedad privada aprobado por el constituyente de 1949

Al no prosperar la moción planteada en el aparte anterior, se mantuvo la redacción del texto del artículo 29 de la Constitución de 1871 con la reforma de 1943, y que corresponde al texto actual del artículo 45 de la CP.

Si bien se aduce que se trató de una *discusión ideológica* entre quienes seguían pensando en la concepción clásica del derecho de propiedad y quienes defendían la necesidad de que la

costa, la intervención estatal, incluso, oponiéndose al concepto de función social de la propiedad, que ya había sido adoptado por varios estados de la época. Merece la pena transcribir parte de la intervención del diputado Volio: "El Diputado Volio Sancho, miembro que fue de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución Política inició la defensa del dictamen de minoría. Se refirió concretamente a uno de los puntos que más se ha criticado al Proyecto, acusándolo de propiciar en Costa Rica el socialismo de Estado: el capítulo referente a la propiedad. En este particular, la Constitución del 71 es el fiel reflejo del liberalismo clásico, tal y como se expresa en el artículo 29, antes de la reforma de 1943 que textualmente dice: "La propiedad es inviolable, a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización conforme a la ley; en caso de guerra o conmoción interior no es indispensable que la indemnización sea previa". Este principio de la inviolabilidad de la propiedad se conforma con los principios básicos de la escuela individualista caracterizada por el lema de "dejar hacer", "dejar pasar". La intervención del Estado se limitaba a dejar en amplia libertad la iniciativa privada, sin preocuparse por la suerte de las grandes mayorías. Pero nuevos problemas, mayores necesidades trajo el siglo actual. Los problemas entre el capital y el trabajo se agravaron. Los conflictos socia-les hicieron necesaria la revisión del principio de la inviolabilidad de la propiedad, limitándola para que llene la función social que le está encomendada…". Asamblea Nacional Constituyente de la República de Costa Rica, *Actas de la Asamblea Constituyente*, tomo I, 1949, acta 45, 444.

[131] Asamblea de la República de Costa Rica, *Actas*, 1949 acta 104, 474.

propiedad cumpliera con una función social[132], la realidad era que los constituyentes del partido Unión Nacional controlaban la AC, y el debate de ideas pasaba a un segundo plano. Adicionalmente, el resquemor hacia el partido comunista que luchó en el bando perdedor, más el contexto internacional de repulsión a cualquier idea, propuesta o política relacionada con la doctrina del socialismo, eran razones suficientes para oponerse a cualquier intento de incluir, expresamente en la constitución, el concepto de función social.

En consecuencia, los cimientos del derecho de propiedad no fueron trastocados, y se mantuvieron los cuatro supuestos de antigua data, más la Reforma de 1943, todos sintetizados así: a- la propiedad es inviolable. b- expropiación por interés público. c- En supuestos de guerra o conmoción interna no es necesario el pago previo. d.- por causa de necesidad pública se pueden imponer limitaciones de interés social.

No obstante, lo acaecido, lo rescatable de la Constituyente de 1949, con respecto al derecho de propiedad, fueron las intervenciones de los constituyentes Rodrigo Facio Brenes y Volio Sancho quienes realizaron una férrea y bien fundamentada defensa a la necesidad de incluir el concepto de función social.[133] En el caso de Facio Brenes, sus argumentaciones también incluyeron el criterio de que, en la reforma de 1943, ya se había incluido el principio de la función social de la propiedad.[134]

---

[132] Un defensor de tal debate ideológico fue planteado por el exmagistrado de la Sala Constitucional Eduardo Sancho, quien afirma: "Se planteó así una discusión ideológica: por un lado, la tesis de mayoría en el sentido de sostener el concepto jurídico clásico, para declarar que la propiedad es inviolable, por el otro lado, la calificada oposición "socializante", que se pronuncia en el reconocimiento y la garantía de la propiedad por parte del Estado, con lo cual se sustituía el concepto secular del Derecho Constitucional costarricense." Eduardo Sancho González, et al., *Temas Claves de la Constitución Política* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999), 452. Es interesante destacar que un debate similar ocurrió en Colombia con ocasión de la reforma constitucional de 1936. En esa reforma, el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Colombiana indicaba, expresamente, que "la propiedad es una función social que implica obligaciones." Santaella Quintero, 2019, 50 - 51.

[133] Revisadas las intervenciones de los constituyentes que abogaban por incluir el concepto de "función social", se desprende la existencia de una clara noción sobre dicho concepto, en el sentido de entender que "la propiedad privada no puede considerarse como algo que interese solo a su titular, desconociendo las consecuencias que en la sociedad pueda producir el desordenado o arbitrario ejercicio del respectivo derecho; este se reconoce y se garantiza, porque se sabe útil y conveniente su existencia para el desarrollo de la economía nacional, pero se garantiza dentro de las limitaciones lógicas que le impone el hecho de su función social; que no puede ser por tanto un concepto absoluto e inviolable". Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica, Actas de la Asamblea Constituyente, 1949, acta 104, 480.

[134] "El Representante FACIO se refirió a la moción por ellos presentada. Primeramente, advirtió que el artículo 29 de la Carta del 71, introducía, en cierta forma el concepto de la función social de la propiedad, mediante la reforma del año 43. Si se admitió en ese entonces que a la propiedad se le pueden imponer limitaciones por interés social, explícitamente se admitió que en Costa Rica ya no se tenía de la propiedad el concepto cerrado que proclamó el liberalismo económico en el siglo pasado. De ahí que nuestra moción no viene prácticamente a establecer nada

Como se verá, la tesis de Facio Brenes ha tenido un enorme peso, debido a que se ha utilizado como base para interpretar, a nivel constitucional, la inclusión tácita[135] del concepto de función social[136] en el artículo 45 de la CP.

En definitiva, la negativa al cambio constitucional sobre el derecho de propiedad no tenía el clima político necesario para acoger, en términos palmarios, la inclusión del concepto de 'función social'. Ciertamente, siembra duda la exposición del constituyente Facio Brenes, en el tanto de si las modificaciones constitucionales de 1943 ya habían incluido la noción de 'función social', entonces: ¿por qué persistir en la reforma?

Si se repasan con detalle los argumentos de Facio y su insistencia sobre la inclusión del concepto de función social en otros códigos latinoamericanos, todo apunta a la creencia en la necesidad de aclarar y mejorar la redacción del artículo constitucional sobre la propiedad, ajustándolo a las nuevas tendencias internacionales; además, tenía el objetivo de eliminar el concepto de "inviolabilidad". Si bien era importante la inclusión expresa de la "función social"; igual o mayor, era eliminar la principal característica liberal sobre el derecho a la propiedad privada: su inviolabilidad. [137]

---

nuevo. No tratamos de implantar una tesis revolucionaria ni novedosa, como algunos afirman. Se trata de un principio cierto, admitido por la mayoría de las Constituciones de América y de los otros países civilizados. En nuestra moción, a la propiedad se la garantiza y reconoce, dada su importancia para el desarrollo económico de un país como Costa Rica, de división acentuada de la propiedad, pero con ciertas limitaciones para que cumpla la función social que le está encomendada." Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica, *Actas...*, 1949 acta 104, 474.

[135] Al no indicarse, expresamente en el texto constitucional, el uso de los vocablos "función social", se hace la referencia a que su incorporación fue tácita, criterio que, en cierta forma, aceptó el propio constituyente Facio, cuando expresó en su alocución: "Se admitió así que a la propiedad se le pueden imponer limitaciones por causas de interés social, y al hacerlo, implícitamente quedó establecido también que en Costa Rica la propiedad había perdido constitucionalmente, desde ese momento, el carácter absoluto, cerrado que tubo [sic] en épocas anteriores, cuando el liberalismo económico y el individualismo manchesteriano estaban en su apogeo." Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica, *Actas...*, 1949 acta 104, 9.

[136] En este sentido, puede revisarse el voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Resolución: voto 2012-16629, 28 de noviembre de 2012, 16:31 horas", expediente 12-012513-0007-CO.

[137] Al margen de la anterior interpretación, es interesante destacar que Facio fue también economista y creía en una especie de socialismo "moderado", a fin de disminuir las injusticias del capitalismo. De acuerdo con lo que apunta el sociólogo Vega Carballo, se le podía encasillar como un "reformista progresista": "Por todo lo antedicho, Facio fue y sigue siendo hasta hoy, la máxima figura intelectual y política del reformismo progresista, una corriente político-ideológica que gusta de jugar en el *medio campo* y que aún intenta —quizás en vano— darle "rostro humano" al capitalismo para avanzar hacia un socialismo moderado, liberal y de mercado "a la tica". Más adelante, Vega Carballo asegura: "Para Facio, lo más importante para el país era avanzar hacia el establecimiento de la "función social" de la propiedad privada (afirmado en el plano constitucional en 1949) junto a una redistribución progresiva del ingreso (función de "justicia social"), con lo cual se podría estimular la formación de una extensa nueva clase media urbana que, unida a la rural desarrollada por el café, viniera a fortalecer el régimen democrático y la redistribución del ingreso y el poder." José Luis Vega Carballo, "El pensamiento económico – social de Rodrigo Facio", 43. Para un mejor entendimiento del pensamiento de Rodrigo Facio, también puede consultarse

2.4. La interpretación constitucional sobre el derecho de propiedad

A partir de la promulgación de la CP del año 1949, interesa conocer el recorrido de las interpretaciones del artículo 45 de la CP hasta el presente, en aspectos relacionados con los objetivos de esta investigación. Sobre todo, interesa vislumbrar si, en definitiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido expresamente la inclusión del concepto de función social, en el párrafo segundo del artículo 45 de la CP.

Conviene aclarar que, antes del año 1989, los recursos de inconstitucionalidad eran conocidos y resueltos por la Corte Plena del Poder Judicial que, por ley, era la competente para resolver este tipo de recursos.

Del examen de los precedentes constitucionales relacionados con el derecho de propiedad en el período de 1949 hasta 1989, merecen algunos comentarios las siguientes resoluciones:[138]

a.- Sentencia del 25 de enero de 1956, en asunto relacionado con expropiación por parte del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y, en lo que interesa, dispuso:

> El interés privado inmediato se resuelve en concordancia con el general, público y mediato. De lo expuesto, no se vislumbra, haberse vulnerado el artículo 45 de la Constitución, pues las leyes que se indican como incididas, simplemente ejercitan la función social a que está destinada la propiedad en general.[139]

Además de la expresa mención al concepto de función social, de lo transcrito se infiere la prevalencia del interés público sobre el interés particular o privado. De un modo patente, la orientación de la resolución pretende privilegiar el interés público, aunque no se trate de un beneficio inmediato a favor del Estado, o este sea el destinatario final. Se aclara lo anterior, por cuanto el argumento del recurrente fue que los terrenos que pretendía el Instituto Nacional de

---

la siguiente obra: Alex Solís Fallas, *El Pensamiento Jurídico de Rodrigo Facio* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2017).

[138] Para este análisis se identificarán algunas sentencias "fundadoras" de una "línea" jurisprudencial, en relación con el derecho a la propiedad privada. Se buscarán sentencias confirmatorias o sentencias "hito" en la línea jurisprudencial de la o las sentencias fundadoras de línea, luego se identificarán las sentencias "hitos", y confirmadoras del precedente constitucional. Una vez identificada la línea jurisprudencial, se hará una breve reseña del contenido de cada sentencia que interesa en relación con el tema objeto de estudio. En la conceptualización realizada por López Medina, las sentencias "hito" "…son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea, buscan construir balances constitucionales más maduros y estables entre intereses contrapuestos. Diego López Medina, *El derecho de los Jueces en América Latina: historia, usos y técnicas*, (Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Uniandes, 2000), 164.

[139] Universidad Estatal a Distancia y Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Constitucional, *Recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena*, Tomo II, (San José, Costa Rica: Editorial EUNED, Costa Rica, 2000), 291.

Vivienda y Urbanismo serían, posteriormente, destinados a viviendas de particulares, y según el interesado, ello significaba que no cumplía un interés público inmediato.

b- Sentencia del 2 de julio de 1963. Esta resolución resolvió un recurso sobre una ley que declaraba la caducidad y prescripción de acciones reivindicatorias contra el Instituto Costarricense de Tierras y Colonización, cuando este último titulaba terrenos baldíos que, en algunos casos, pertenecían a particulares.

> …Las prescripciones y caducidades no constituyen expropiación ni contravienen la garantía constitucional de que la propiedad es inviolable, garantía que ha sido establecida para proteger a los gobernados en- frente del Estado. Esos modos de extinguirse un derecho no se basan en un acto de poder sobre un individuo, ni simplemente legalizan un despojo realizado por un tercero, sino que tienen como razón de ser, por una parte, la inercia del titular del derecho, y por otra, un alto fin de convivencia social que aconseja regularizar situaciones que no deben quedar pendientes en forma indefinida

c- Resolución número 82-000047, de la sesión de las nueve horas del 25 de marzo de 1983. El objeto del recurso fue atacar el artículo 3 de la ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico, y otros artículos de dicha ley, en el tanto se daba un efecto retroactivo; sin embargo, el voto abordó el tema del derecho de propiedad, e hizo una interpretación del párrafo segundo del artículo 45 de la CP; reafirmando la posibilidad de imponer limitaciones, para protección de intereses de carácter social o incluso para solucionar conflictos de esa naturaleza, o en su lugar para evitar que se produzcan.

Adicionalmente, interpreta el término *social* del artículo 45 de la CP, asignándole un sentido vinculado con los conflictos entre clases, con énfasis en la protección que se le debe asignar a los grupos menos favorecidos; haciendo alusión, expresamente, al concepto de "función social de la propiedad". y considerando a la propiedad no sólo como un derecho individual sino también como un deber. [140]

La interpretación que realiza la resolución bajo examen la derivan del mensaje presidencial, brindado por el expresidente Rafael Ángel Calderón Guardia, el 16 de mayo de

[140] En esta resolución, textualmente, se lee lo siguiente: "El vocablo "social" es de un amplio significado, pues se emplea para referirse a todo lo que concierne a la sociedad. Pero también tiene una acepción más restringida, …" SOCIAL.- Perteneciente o relativo a la sociedad o a las contiendas entre unas y otras clases". Esa acepción que habla de "las contiendas entre clases" es la que interesa en el presente caso, y es la misma que se usa para aludir a la llamada "cuestión social", a la justicia social, a la doctrina social de la Iglesia, a los problemas sociales, con especial referencia a la necesidad de proteger a las clases de menores recursos económicos; y de allí proviene también el concepto de "función social de la propiedad", que considera a la propiedad no sólo como un derecho sino también como un deber."

1942; momento que aprovechó para enviar el proyecto de ley que reformaba el artículo 29 de la CP de 1871. Sin embargo, conforme a lo revisado el proyecto que envió Calderón Guardia en realidad no fue acogido en su texto inicial, de ahí que la argumentación resulta relativamente débil. Adicionalmente, la resolución afirma que dicha reforma fue contemporánea a la promulgación de las Garantías Sociales, cuando en realidad la reforma del artículo 29 de la constitución de ver fue efectuada un año antes, y no propiamente en el momento que se promulgaron las Garantías Sociales.

A pesar de lo expuesto, es de las primeras resoluciones que identifica el párrafo segundo del artículo 45 de la CP, con el concepto de *función social*, utilizando una interpretación de tipo histórica o incluso evolutiva[141] a través del mensaje presidencial citado.

d .- Expediente número 0238¬-83, que corresponde a resolución de las 09:00 horas del 05 de junio de 1984, sesión:15:30 horas del 17 de mayo de 1984. En esta decisión, se discutió la constitucionalidad de algunas normas de la ley Forestal por considerarlas contrarias al artículo 45 constitucional y, en lo que interesa, dispuso:

> A lo anterior es de señalar que ningún choque se produce entre el artículo 30 de la Ley Forestal y el artículo 45…pues el derecho de propiedad no es absoluto. En efecto, si bien el constituyente declaró categóricamente que la propiedad es inviolable, de seguido estableció restricciones a ese principio…El concepto clásico de propiedad que la tenía como absoluta y sin límites, ha variado notablemente, permitiendo ahora que se impongan "limitaciones de interés social", conforme lo

[141] Se considera que la interpretación de las normas constitucionales requiere de un método distinto a los métodos tradicionales de interpretación de la ley ordinaria. El método de interpretación evolutiva intenta adecuar el concepto objeto de interpretación a las coordenadas de tiempo y espacio. En este sentido, véase: Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas SA, 2017), 284. Uno de los retos del constitucionalismo de las sociedades que se autoafirman como democráticas es la aplicación efectiva de sus preceptos, aunque se trate de normativa programática. En esta tarea, la interpretación de las normas constitucionales ha sido una labor relegada a un segundo plano. Por lo general, los derechos constitucionales suelen estar formulados como principios y, por su naturaleza abierta, la ciencia del derecho constitucional sigue preguntándose cuál es la mejor forma de garantizar su aplicación y su correcta interpretación. La interpretación evolutiva, sugiere a las personas intérpretes no practicar una interpretación fija sino, por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias y a la luz de sus sentimientos de justicia. Ello deviene en una especie de interprete creativo, y no simplemente un imitador que repite la voluntad del legislador. Sobre la interpretación evolutiva, además, véase: Rubén Martínez Dalmau, "Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos", *Revista IUS*, Vol. 10 no. 37 (2016).., refiriéndose a la interpretación evolutiva, este autor afirma: "Las doctrinas de la interpretación evolutiva cuentan con un denominador común basado en tres premisas: 1) en la Constitución cabe más de una interpretación posible, a causa de la *textura abierta* de los postulados constitucionales; 2) la rigidez constitucional paraliza la evolución del ordenamiento constitucional; 3) corresponde al juez romper con esta esclerosis del texto constitucional a través del descubrimiento de nuevos significados en el marco de la textura abierta de la Constitución. Este *activismo judicial* se traduciría siempre en una interpretación evolutiva que acercaría la relación entre norma constitucional y realidad social"

> autoriza el párrafo segundo del artículo 45, con lo cual ha sido posible que el legislador estableciera, como función esencial del Estado, la de "velar por la protección, aprovechamiento, conservación y fomento de los recursos forestales del país (artículo 1° de la Ley Forestal), función que se cumple con la serie de restricciones que la citada Ley impone a la explotación de los bosques. De la misma norma constitucional se concluye que esos límites no son un desconocimiento del derecho de propiedad, como lo alega el recurrente, sino una limitante para lograr el cumplimiento de fines superiores, más importantes que los estrictamente individuales en favor del propietario, sean los de la comunidad y de las futuras generaciones que deben contar con recursos forestales, incluso en protección del ambiente y la sanidad.

En forma abierta, la sala reafirma dos aspectos básicos sobre el derecho de propiedad: su inviolabilidad es relativa, en el tanto admite restricciones; existen fines superiores más importantes que los estrictamente individuales. En suma, la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares.[142]

Adicionalmente, la resolución esboza el siguiente criterio general que sirve de principio ante controversias, donde está en juego la restricción de un derecho individual: “VIII. Ya en forma reiterada esta Corte ha dicho que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto, y que pueden ser objeto de reglamentación y aun de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores”.

Y para finalizar el repaso de esta decisión, se cita nuevamente la prevalencia del concepto de *función social* cuando se trata de la protección del Régimen Forestal los bosques y terrenos de propiedad privada con aptitud forestal, en perjuicio del derecho de propiedad individual.

e- Voto número 4205-96, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis. En los considerandos IV del fallo, se hace un análisis sobre la evolución del concepto de limitación a la propiedad privada; en su apartado V, se hace un desarrollo sobre la función social y limitaciones a ese derecho, en relación directa al artículo 45 de la Constitución Política.

No se trata de un voto innovador, sino que confirma la línea jurisprudencial, entendiendo que la propiedad ya no tiene un carácter absoluto o ilimitado, sino que admite expropiación por

[142] Se podría cuestionar la existencia de una contradicción cuando se afirma, por un lado, el derecho individual y subjetivo de la propiedad privada y, por otro, una utilidad o función social, que está por encima del interés individual. Sin embargo, al igual que ocurrió en Colombia desde hace varios años, debe entenderse que la norma constitucional no repudia el Derecho Subjetivo a la propiedad privada, erigiendo exclusivamente la función social en su lugar; se trata de agregar un sentido funcional de carácter social a ese derecho, no es contraponer sino sumar otra función. En este sentido, Santaella Quintero, 2019, 51.

causa de utilidad pública, además de limitaciones; a su vez, al tratarse de un derecho subjetivo, conlleva deberes y obligaciones.

Sobre el concepto de función social, se contrasta el cambio entre una concepción del derecho de propiedad privada en términos absolutos, y un derecho de propiedad asentado en la armonía social. Se muda, así, la base jurídica sobre la que descansa la protección de la propiedad, y de un derecho netamente individual, se pasa a una obligación en pro de la armónica convivencia de todas las personas; tal variación coincide con la idea de la "función social".

Es destacable que esta resolución es de las primeras que utiliza el concepto de "propiedad-función"[143]:

> El contenido de esta "propiedad – función", consiste en que el propietario tiene el poder de emplear el bien objeto del dominio en la satisfacción de sus propias necesidades, pero correspondiéndole el deber de ponerla también al servicio de las necesidades sociales cuando tal comportamiento sea imprescindible.

f- Resolución número 16629 del año 2012, del 28 de noviembre del 2012. El objeto del recurso fue una consulta sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Informaciones Posesoria y Ley de Caminos Públicos. Esta resolución es relevante por su profundización en las distintas propiedades, su función y su estructura.

Según lo resuelto, la función y la estructura de los derechos reales son comunes, ya sea en materia agraria o civil, pero su contenido es diverso. La función de cualquier tipo de propiedad es la utilidad económica o social para la cual fue diseñado un derecho real en especial, y la misma dependerá de la naturaleza civil, agraria, ecológica o ambiental del bien sobre el cual recae tal derecho. La estructura se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real en específico, determinados por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial. Como consecuencia de lo anterior, la diversa estructura y función de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, conduce a hablar de diversos tipos de propiedad: la civil, la urbana, la agraria, la forestal, la horizontal, la intelectual, y así sucesivamente.

El otro aspecto destacable de la resolución es la interpretación que brinda del artículo 45, la cual advirtió que el primer párrafo establece la obligación del Estado de indemnizar a la persona propietaria, previamente, cuando deba expropiarla por razones de "interés público legalmente comprobado". El párrafo segundo expresa la posibilidad de establecer limitaciones de interés

[143] Véase n. 539.

social a la propiedad, mediante ley aprobada por votación calificada. De esta forma, el deber de indemnizar, por parte del Estado, está constitucionalmente prevista cuando se trata de expropiación, y no aplica para las limitaciones de interés social que se constituyan mediante ley aprobada por votación calificada.

G.- Sentencia 2015-98 del 07 de enero del 2015. El origen de este recurso se debió a una consulta judicial sobre la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley Nº 5064, denominada Ley de Titulación de Tierras, derogada para esa fecha. El Tribunal consultante, argumentó que el artículo 14, de la citada ley, al establecer un plazo de prescripción de tres años para reivindicar el dominio de un inmueble, es inconstitucional al violentar el derecho de propiedad y la garantía de acceso a la justicia, derechos protegidos en los artículos 45 y 41 de la Constitución Política. y 21 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.[144] El asunto judicial se refería a una contienda judicial entre el Banco Nacional de Costa Rica, parte actora, y el Instituto de Desarrollo Agrario, parte demandada. La ley cuestionada buscaba la creación de programas múltiples de titulación en zonas del país determinadas por la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Agrario, que fueran parte de las reservas nacionales. Para cumplir ese objetivo, el Poder Ejecutivo le transmitió al Instituto de Desarrollo Agrario la propiedad de las tierras previamente determinadas y se inscribieron en el Registro Público, emitiéndose, además, un decreto que declaraba el área sujeta al programa. Posteriormente, se procedió a la titulación de tierras mediante el traspaso e inscripción a nombre de los poseedores, previa demostración de haberlas explotado en forma permanente, pública y a título de dueño durante un lapso no menor de tres años. No se requería que la posesión fuera pacífica, como lo exigen los artículos 856 y 857 del Código Civil y la demostración de la posesión se efectuaba mediante un procedimiento sumarísimo a cargo de funcionarios del Instituto de Desarrollo Agrario. Debido a las deficiencias catastrales de esa época, era frecuente que se titularan terrenos previamente inscritos, como acaeció en este asunto, 'afectando' la inscripción previa de un terreno perteneciente al Banco Nacional de Costa Rica.

[144] El artículo 14 de la ley de Titulación Múltiple de Tierras, dispone: "El dominio de las tierras objeto de los programas a que se refiere la presente ley será inscrito a favor de los beneficiarios de esos programas, sin perjuicio de tercero de mejor derecho y quedará consolidado después de tres años contados a partir del día de la inscripción del respectivo título en el Registro Público, limitándose a ese plazo la prescripción negativa del tercero a quien esto pueda afectar." Ricardo Zeledón, *Código Agrario, quinta edición* (San José: Editorial Porvenir S.A., 1992), 309

Para efectos de esta investigación, esta sentencia es relevante en lo que atañe al desarrollo legal e histórico que la resolución realiza con respecto a las reservas nacionales, anteriormente denominado como 'terrenos baldíos', según lo dispuso el Código Fiscal de 1885 y la Ley de Terrenos Baldíos, número 13 del 10 de enero de 1939 y su identificación con la doctrina que asigna la propiedad originaria al Estado. De acuerdo con esa normativa base, los terrenos que forman parte de las reservas nacionales, como terrenos de vocación agrícola, ganadera o forestal, poseídos por los particulares durante más de diez años y que no formen parte del Patrimonio agrícola del Estado, eran susceptibles de reconocimiento jurídico para su apropiación particular, a través delos procesos de Información Posesoria, o bien, mediante el instrumento que se creó a través de la Titulación Múltiple de Tierras, posteriormente denominada "Titulación de Tierras Ubicadas en las Reservas Nacionales". Las disposiciones legales relacionadas con las reservas nacionales como propiedad estatal permiten identificar este concepto con la concepción sobre la propiedad originaria del Estado (se trata de aquel dominio que pertenece desde su origen al Estado y no reconoce titular anterior).[145] Esta tesis implica el dominio 'eminente' que tiene el Estado sobre su propio territorio, como consecuencia del poder público de imperio; significa la pertenencia del territorio nacional a la entidad como elemento consustancial e inseparable de la naturaleza de ésta. La propiedad originaria es, en amplio sentido, la composición de bienes que son atribuibles al estado desde su fundación o a lo largo de esta y que atienden a un dominio total sobre dichos territorios, que nacen a consecuencia de una soberanía y poder estatal. Entonces, esta doctrina establece que dicha

[145] La concepción que atribuye la propiedad originaria al Estado tiene como antecedente legal el artículo 27 de la CP de México, cuyo primer párrafo establece: "la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación…". De cualquier forma, el planteamiento de la propiedad originaria tiene varios antecedentes ideológicos. En primer lugar, están los preceptos iusnaturalistas de la propiedad individual como el fundamento de cualquier apropiación. La propiedad de las personas se presentaba, incluso desde Locke, Rousseau, Kant, etc., como algo 'presocial', es decir, anterior al reconocimiento que las constituciones hacían. También la Sala Constitucional se ha referido a la propiedad originaria al revisar el tema de las reservas nacionales. En este sentido, mediante el voto número 2015-0098, de las 9 horas del 7 de enero del 2015, al responder una consulta judicial de constitucionalidad, relacionada con la titulación en las reservas nacionales, indicó: "VI. La Titulación de Tierras en las Reservas Nacionales, El Patrimonio Natural del Estado, los terceros con mejor derecho y La Propiedad Privada. Este Tribunal Constitucional, a propósito de la consulta sometida a conocimiento, considera necesario hacer la distinción clara entre el concepto de Reservas Nacionales, y aquél de Patrimonio Natural del Estado, antes denominado Patrimonio Agrícola del Estado. La Ley de Tierras y Colonización, No. 2825 del 14 de octubre de 1961, en su artículo 7, estableció el llamado Patrimonio Agrícola del Estado, partiendo de una concepción de la propiedad agraria como originaria de la Nación…" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Consulta judicial de constitucionalidad: resolución 2015-0098; 7 de enero, 2015 09:45 horas", expediente 4-003285-0007-CO.

propiedad originaria podrá ser gobernada, usada o regulada por el estado con fines sociales, de preservación y de aprovechamiento en aras de un interés común.[146] Las reservas nacionales son parte del concepto de propiedad originaria del Estado y que viene desde el Código Fiscal.

De la revisión y análisis efectuado al derecho de propiedad constitucional desde los albores de la independencia hasta el esbozo de algunas interpretaciones constitucionales importantes para esta investigación, queda en evidencia la evolución de un concepto genérico sobre el derecho de propiedad privada. Es a partir de este entendimiento que es factible organizar, unificar y orientar toda la materia dominical, dispersa en cánones civil, mercantil, familia, administrativo, penal y otros, posibilitando construir o incluso reconstruir un concepto genérico de propiedad privada.

El otro aspecto relevante de la exploración efectuada es la impresión de que la constitucionalización de cualquier derecho – con mayor razón la propiedad privada - requiere de algo más que un texto escrito y rígido. Por oposición a las constituciones meramente formales, el carácter 'material' de la constitución significa la presencia de un denso, exuberante y heterogéneo contenido sustancial, compuesto de normas de diferente naturaleza, que van desde valores, principios, tradiciones, leyes, reglas, etc,[147] pero con algo en común: asegurarle a los poderes públicos cómo debe organizarse y adoptar sus decisiones básicas.[148] Además, si se aplica la idea de un concepto genérico de propiedad privada, este debe ser capaz de guiar las decisiones ante los modernos desafíos, es decir, tener la capacidad de responder a las cuestiones fundamentales y novedosas de la colectividad, sin tener que modificar el texto constitucional cada vez que se presenten.

Bajo la anterior tesitura, en la sección siguiente se analizará ese contenido material de la constitucionalización del derecho de propiedad a la luz de la interpretación constitucional y su valor genérico, aplicado a un tema íntimamente relacionado con la privación de bienes sin indemnización o también conocido en instrumentos internacionales como: 'recuperación de activos'.

---

[146] Considerados IV y VI. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Consulta judicial de constitucionalidad: resolución 2015-0098; 7 de enero, 2015 09:45 horas", expediente 4-003285-0007-CO. Esta resolución promulga con la teoría del 'dominio eminente', sin embargo, existen otras teorías sociológicas y filosóficas que se alejan de esta posición, véase cap. IV, p. 257.

[147] Se podría identificar esa sustancia como especie de mescolanza de muy diversas fuentes y que, pese a lo heterogéneo, forma una nueva categoría reconocible por los operados jurídicos.

[148] L. Pietro Sanchís, citado por Héctor Santaella Quintero, 2019, 56

3. Jurisprudencia Constitucional y Privación de activos

3.1. Origen de la consulta del Voto 2015-18946 de la Sala Constitucional.[149]

A nivel global, desde finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, las distintas modalidades de privación y recuperación de activos han tomado un papel preponderante en los distintos ordenamientos jurídicos, con el fin de lograr un objetivo básico: recuperar o privar el patrimonio ilícito a favor del Estado. Bajo la premisa de evitar que el delito resulte provechoso o *crime doesn't pay*',[150] se ha creado y ejecutado una política criminal novedosa, que, de una forma u otra, remueve las mansas aguas de antiguas instituciones jurídicas.

En el caso de Costa Rica, desde el mes de julio de 2009, fue promulgada la Ley Contra la Delincuencia Organizada número 8754. En sus motivos, se expuso que era una herramienta para atacar la delincuencia organizada, afectando directamente su patrimonio sin necesidad de tener que instaurar un proceso penal. Dentro de su normativa, regula una especie de extinción o privación del dominio, definiendo las actividades ilícitas que pueden dar origen a su aplicación, y sus respectivas causales.[151]

La legislación estaba orientada hacia los capitales ilícitamente obtenidos mediante la *macro-criminalidad*, o que son utilizados por ella, y se plantea como una forma de afectarla y limitar su ámbito de acción.[152]

De acuerdo con el artículo 20 de la mencionada ley, se podrá denunciar, ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, el incremento de capital sin causa lícita aparente, con una retrospectiva hasta de diez años,[153] de cualquier persona funcionaria pública o persona de derecho privado, física o jurídica. Se podrá ordenar como medida cautelar, el secuestro de bienes, su inmovilización registral y de toda clase de productos financieros.

---

[149] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Consulta Judicial: voto 18946-2015; 02 de diciembre, 2015 11:02 horas", expediente 13-007644-0007-CO.

[150] Para una explicación más amplia sobre los orígenes, fuentes y otros antecedentes de esta política criminal, véase el capítulo IV, sección 1.

[151] Véase exposición de motivos de Ley de la Extinción de Dominio. Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019).

[152] De acuerdo con el Ministerio Público, "La ley Contra la Delincuencia Organizada (Ley 8754), ha provisto como herramienta no penal para combatir el crimen organizado, un mecanismo establecido en el capítulo IV denominado "Capitales Emergentes". Circular Administrativa, 2 de febrero de 2018, 01-ADM-2018, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/circulares-administrativas/category/75-ano-2018

[153] Sobre el concepto de 'retrospectividad' puede revisarse el capítulo VI, sección 5.1.

Para los efectos de esta investigación, reviste interés el artículo 22 de la citada normativa. La norma establece sanción para aquellas personas físicas o jurídicas que no puedan justificar su **patrimonio** o los incrementos emergentes, castigándoles con la pérdida del patrimonio dudoso.[154]

El caso objeto del recurso, inició en el año 2013, cuando el Ministerio Público envió al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda una denuncia por legitimación de capitales, solicitándose aplicar el artículo 20 de la citada ley. Además, se pretendía una medida cautelar que consistía en mantener el decomiso del dinero secuestrado a la persona denunciada, así como efectuar las respectivas anotaciones de bienes que pertenecían a la persona investigada, ante los registros respectivos.

3.2. Normas consultadas y posible similitud con la Extinción de Dominio

En esa oportunidad, la jueza de la jurisdicción Contenciosa Administrativa que conoció el asunto decidió hacer la consulta de constitucionalidad sobre los artículos 20, 21 y 22 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.[155] Dentro de sus diversos cuestionamientos, consideró que la normativa violaba el artículo 45 de la Constitución Política. En concreto, argumentó que la normativa al nombrar a *la propiedad*, no solo se refiere a los bienes inmuebles sino, en general, a todo tipo de bienes de los particulares.

Al mismo tiempo, arguyó que es garantía constitucional la inviolabilidad de la propiedad y, solamente por interés público legalmente comprobado y previa indemnización, se puede privar a alguien de la suya. Según la jueza, si un bien deriva de la comisión de un hecho delictivo debidamente comprobado, se puede confiscar; pero en el caso de la normativa cuestionada, ello no está previsto de esa manera.

Como se esbozó anteriormente, en el artículo 22 de la citada ley se considera que existe una especie de extinción de dominio o privación del derecho de propiedad, obligando a la persona investigada a justificar el origen lícito de su patrimonio, así como cualquier incremento

---

[154] En este caso, se trata de una forma de privación de dominio que se puede identificar como *Capitales Emergentes.* Este artículo 22 de la ley bajo estudio separa en dos supuestos los motivos por los cuales la autoridad jurisdiccional puede ordenar la pérdida, a favor del Estado, del patrimonio sometido a justificación: patrimonio sin causa lícita aparente o aquellos incrementos emergentes, igual sin causa lícita aparente.

[155] En esta ley, se previó una especie de extinción o privación del dominio en el artículo 22 que dice: "Artículo 22. Sanciones. La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investigación…"

emergente[156] de forma satisfactoria; de lo contrario, se expone a la inevitable pérdida de su **patrimonio** sin ningún tipo de indemnización.

En apariencia, esta disposición prevé la inversión de la carga de la prueba,[157] y el titular del patrimonio cuestionado tiene que demostrar el origen lícito de sus bienes. Cuando la prueba aportada por la persona propietaria-investigada no acredite el comiso de estos bienes o, en el evento de que no ofrezca ninguna prueba o justificación, se aplicaría la privación del dominio a favor del Estado, sin ningún tipo de indemnización.

Si bien es controvertida la consideración y calificación de *inversión probatoria* del artículo 22 de la citada ley, la Sala Constitucional, mediante voto de mayoría número 640-17, descartó violación al principio de inocencia. En ese voto, se argumentó que no existía una presunción de la procedencia ilícita de los bienes, sino una distribución de las cargas probatorias.[158]

Siguiendo con el numeral 22 de la LCDO, y su contenido relacionado con la carga dinámica de la prueba, el Estado debe recabar los elementos probatorios que le permitan, razonablemente, concluir que determinado **patrimonio** carece de la justificación necesaria para

---

[156] Esta disposición legal tiene la particularidad de calificar al **patrimonio** obtenido sin justa causa como *incremento emergente*. Esta denominación es propia de Costa Rica, y para su identificación, el Ministerio Público define el ilícito como *Capitales Emergentes*, haciendo alusión no solo a la disposición del numeral 22, sino más bien al título del capítulo IV de la ley citada que así lo nombra. No pareciera una designación afortunada, toda vez que no todo patrimonio o capital emergente no es, por sí mismo, ilícito; además, el significado de la palabra "emergente" tampoco es sinónimo de ilicitud, delito, ilegal o palabras similares. Esta palabra hace alusión a una cosa que nace, surge, asciende o emerge. En realidad, la ilicitud de un patrimonio o su incremento se encuentra en la causa que podría ser injusta o ilícita. Su antecedente es el "enriquecimiento sin causa", utilizado desde antaño en el Derecho Civil. Sobre el tema del enriquecimiento sin causa, puede consultarse el siguiente voto: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia: resolución No. 837-2004; 1 de octubre, 2004, 10:10 horas.. El principio del enriquecimiento sin causa no tiene consagración en una norma expresa del Código Civil costarricense. También se le denomina "enriquecimiento injusto". En el mismo sentido, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece disposiciones derivadas de la doctrina del enriquecimiento ilícito. Tradicionalmente, el enriquecimiento sin causa se ubica dentro de la doctrina de los "cuasicontratos"; en nuestro ordenamiento jurídico, es fuente de una determinada obligación: la de restituir o indemnizar lo que se ha adquirido sin causa bastante o suficiente que justifique tal adquisición. Francisco de P. Blasco Gascó, *Manuales de Derecho Civil y Mercantil,1ª edición*, (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2016).

[157] El origen de esta disposición guarda relación con lo dispuesto en la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre Estupefacientes, Drogas y Sustancias Psicotrópicas de 1988, conocida también como Convención de Viena de 1988. El artículo 5.7 de este cuerpo normativo establece que: "Cada una de las Partes considerara la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen licito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos".

[158] Aunque el voto de mayoría no lo indique expresamente, pareciera referirse a la teoría de la carga dinámica de la prueba, tal y como se reconoce hoy en día en el Código Procesal Civil o en la Ley Modelo de Extinción de Dominio. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, "Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, abril 2011,", https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf .

sustentar que está relacionado con actividades lícitas; por otro lado, la persona investigada tiene derecho a presentar los elementos de prueba que considere convenientes para acreditar el carácter lícito de sus bienes.

En forma similar, lo dispuesto por el artículo 17 inciso 7 del Proyecto de Ley de Extinción de Dominio, guarda relación con la disposición sobre capitales emergentes de la Ley contra la Delincuencia Organizada, al disponer: "La extinción de dominio procederá cuando se acrediten una o varias de las siguientes causales (…) 7) Bienes que constituyan un incremento de capital sin causa lícita aparente." [159]

De una comparación entre el artículo 22 de LCDO, y el citado artículo 17 inciso 7 del proyecto de ED, se obtiene una aparente diferencia entre una y otra disposición. Mientras que, en el numeral 22, se determinó la sanción, a la vez que se aludía a la necesidad de "justificar su patrimonio o los incrementos emergentes", en general, en el proyecto de ED se requiere probar que ese incremento se hubiese obtenido "sin causa lícita aparente", sin embargo, es necesario complementar la comparación con el artículo 20 de la LCDO que si utiliza el concepto de "sin causa lícita aparente".

Sin perjuicio de otras diferencias que se pudiesen detectar, se concluye que existen semejanzas entre una y otra disposición que, si bien no son idénticas, al menos tienen un parecido de familia, o ambas pretenden escrudiñar en las formas y causas de obtención de ciertos patrimonios de nebuloso origen, tanto de personas físicas o jurídicas.

Es razonable que, frente a una criminalidad cuyo propósito fundamental es el lucro de origen ilícito, debe disponerse de herramientas jurídicas destinadas a la extirpación de aquellos beneficios económicos que ha obtenido la empresa criminal. Con ello, se pretende perseguir dos objetivos muy comprensibles: el primero y más inmediato, limitar e incapacitar económicamente al grupo criminal, para dificultar con ello el desarrollo de sus actividades ilícitas; el segundo y más amplio, impedir que estas organizaciones se infiltren en la economía lícita.

Este segundo propósito puede entenderse, incluso, desde la perspectiva de la seguridad y el orden público de un Estado, pues en la medida en que la criminalidad organizada se infiltra en la economía lícita, adquiere poder y promueve la corrupción, con lo que podría alterar las

[159] Asamblea Legislativa, "No. 8774: Ley Contra la Delincuencia Organizada; 22 de julio, 2009.

reglas del mercado y generar inestabilidad en la convivencia social, económica y política, tal como ocurrió en Colombia.

Si la criminalidad organizada trabaja con la lógica empresarial, y disfruta del sistema capitalista, es elemental pensar que una de las herramientas a emplear en su contra debe tener un carácter patrimonial.

Pues bien, dentro de este marco tan amplio se encuentra la ausencia de justificación del patrimonio y sus incrementos emergentes, como también aquellos patrimonios sin causa lícita aparente. Ambas herramientas son claros ejemplos de medidas que buscan un mismo objetivo: el desarme patrimonial de aquellos capitales adquiridos a contrapelo de las formas lícitas de adquisición de bienes.

El paso de un derecho de propiedad liberal e individualista a uno que mantiene algunas características de antaño, pero con un nuevo componente que busca favorecer los intereses sociales, ha provocado que en algunos sectores se mencione al derecho de propiedad como un derecho subjetivo 'debilitado'. [160] No se comparte la anterior afirmación, contemporáneamente se considera que cualquier derecho subjetivo no es absoluto y tampoco ilimitado -en realidad nunca lo ha sido-. Como se estudiará, el contenido de cualquier derecho subjetivo está integrado de diversas situaciones jurídicas pasivas (legitimadas por el principio de la función social y función ecológica), como lo serían los deberes de soportar actuaciones de un tercero -obligación-, en interés propio – carga- o en interés colectivo (deber público).[161]

En consonancia con lo anterior, y por los objetivos de la presente investigación, es oportuno traer a la memoria lo manifestado por algunos grupos opositores a la creación de instrumentos para la privación de activos como la ED, quienes argumentan que de admitirse en la legislación costarricense la ED se estaría 'debilitando' el derecho a la propiedad, dejándolo a la merced del Estado[162]. Como ocurrió en el pasado, cualquier intento de intervenir y permitir nuevas formas de privación del dominio sin ningún tipo de indemnización, provocan diversas reacciones en contra que abogan por mantener el *status* quo del derecho de propiedad.

---

[160] Según Fernando Rey Martínez, la teoría del 'derecho debilitado' es de origen italiana y es conocida como *diritto affievolito* y proviene de la obra de Oreste Raneletti, titulada *Le guarantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*. Fernando Rey Martínez, *La Propiedad Privada en la Constitución Española* (Madrid, España: Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Constitucionales, 1994), 199

[161] Fernando Rey Martínez, 1994, 213.

[162] Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica, *Actas*, 1949, Acta 104, 477.

Sobre los argumentos anteriores y a propósito de las críticas sobre nuevas formas de privación del dominio, en la sección siguiente se tomarán algunos aspectos de la resolución de la Sala Constitucional del voto 2015-18946, mencionada anteriormente, con el objetivo de valorar los argumentos brindados para sostener que no existía violación alguna al derecho de propiedad.

3.3. Consideraciones sobre la aparente violación al derecho de la propiedad constitucional

Regresando a la consulta constitucional sobre la LCDO, la Sala Constitucional respondió en forma precisa que no resultaba afectado el derecho de propiedad, indicando, lo siguiente:

> …porque quien adquiere bienes ilícitamente o derivados de actividades ilícitas, no tiene la protección y reconocimiento del Estado, de manera que no consolida su derecho de propiedad, siendo el dominio que ejerce solo es aparente, por tener un vicio originario que no es susceptible de convalidación y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.

Como respaldo de la anterior fundamentación, la Sala transcribió el artículo 835 del Código Civil, que se refiere a los presupuestos de la nulidad absoluta en los actos o contratos,[163] que considera que uno de los requisitos esenciales para la celebración de cualquier acto o contrato, es *la causa justa o lícita*[164].

Propiamente, sobre la privación de bienes, la Sala reafirmó la aplicación y reconocimiento del derecho de propiedad, en el entendido de que los bienes adquiridos mediante actividades ilícitas no adquieren legitimidad, ni pueden gozar de protección legal. Por el contrario, la propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental con protección legal y el derecho internacional.

Dentro de su reflexión, también realizó la siguiente afirmación:

> …su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser

[163] "1.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. 2.- Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige que en ellos interviene (sic). […]." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos, tomo I* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2014).

[164] Sobre la licitud de la causa véase capítulo III, sección 4, pág.191.

> reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas y en consecuencia se estima que no existe una vulneración a lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política.

De esta forma, La Sala Constitucional reitera la línea jurisprudencial que reconoce, dentro del artículo 45 constitucional, el concepto de la función social en el derecho de la propiedad privada, aplicado a una forma de privación de bienes sin indemnización.

Finalmente, resulta necesario destacar que para la fundamentación de esta resolución, la SC utilizó varios votos del Tribunal Constitucional Colombiano[165] y además fue enfático en afirmar el compromiso que adquirió Costa Rica cuando firmó varias Convenciones Internacionales: Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988)[166], la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000)[167] y la Convención contra la corrupción (Mérida, 2003), todas ratificadas por Costa Rica. La relevancia de esas convenciones es la directriz para los estados miembros, sobre la creación de herramientas jurídicas donde se establezca la posibilidad del "comiso sin delito", "decomiso civil", "decomiso in rem", "decomiso objetivo' o 'decomiso autónomo', como también se le conoce en la doctrina y en otras legislaciones en Europa y los sistemas del *common law*.[168]

4. Conclusiones del capítulo

A la luz de su evolución histórica del derecho de propiedad revisada en este capítulo, queda en evidencia la comprensión del modelo de derecho de propiedad que subyace más allá del texto del artículo 45 de la Constitución Política.

Sin duda, los inicios constitucionales del derecho de propiedad en Costa Rica se asentaron sobre bases preconstituidas en otras leyes fundamentales, lo que implica su 'no originalidad'. Del estudio realizado para cada una de las constituciones anteriores a la reforma de 1943, se

---

[165] Corte Constitucional República de Colombia, "Control de Constitucionalidad: sentencia C-740 de 2003", acceso el 28 de noviembre 2020. http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm y también Corte Constitucional República de Colombia, "Control de Constitucionalidad: sentencia C-1007 de 2002", acceso el 28 de noviembre 2020. http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-1007-02.htm Corte Constitucional de Colombia

[166] Asamblea Legislativa, **"**Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, N.º 7198" (25 de setiembre, 1990).

[167] Asamblea Legislativa, "Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional: N.º 8302" (01 de julio, 2003).

[168] Por tener relación directa con el objeto de estudio, el tema del Decomiso sin Condena se estudiará en el capítulo IV. La propia Sala Constitucional en este voto del 2015 admite que las normas sobre capitales emergentes e incluso la ED, se asemejan al decomiso sin condena, ampliamente conocido en la Unión Europea.

evidencia la inexistencia de verdaderas discusiones sobre el contenido del derecho de propiedad. Las variaciones en los distintos textos constitucionales se debieron a decisiones subjetivas de sus redactores, quienes se apoyaron en otras disposiciones fundamentales de la época y en la constitución predecesora o sustituida, iniciando con la Constitución de Cádiz. Durante los primeros treinta años de vida independiente, las constituciones que acogieron a la propiedad privada como un derecho fundamental son tributarios de la influencia 'iusnaturalista' y liberal, clasificándose dentro de la concepción denominada 'clásica–liberal.' La mayoría de estas primeras constituciones tuvo, como ingrediente común, la relación expresa entre derecho natural y propiedad, situación que cambia con la constitución de 1848 al eliminar el título dedicado a "Derechos Naturales" de sus predecesoras.

De una revisión cuidadosa de textos, se arriba a la conclusión de que, en la Constitución de 1859, se encuentra el origen del actual párrafo primero del artículo 45 y esta, a su vez, no hace alusión en forma expresa a concepciones iusnaturalistas o propias de un derecho natural. En retrospectiva, la evolución constitucional del derecho estudiado, se nota la tendencia a privilegiar, en forma ascendente, el interés público sobre el interés particular. En este sentido, el artículo 45 constitucional se ha mostrado estático en su letra durante casi ochenta años, pero vivo y flexible en sus distintas interpretaciones jurisdiccionales. La hermenéutica constitucional ha sabido ponderar el sentido 'formal' y el sentido 'material' del artículo 45 de la Constitución Política. Por otra parte, las constituciones anteriores a las reformas de 1943 fueron el reflejo de la mentalidad política y económica de la época, comprometida en salvaguardar la libertad de los individuos y la autonomía de la sociedad frente al Estado. Se concebía al Estado como garante de las libertades individuales y el papel de la Constitución era fijar los límites a la acción estatal que aseguren que ésta no obstruirá ni amenazará la realización de dicho fin. La definición de límites y restricciones a las actuaciones del Estado de cara a precaver sus abusos supondrá así la principal garantía de los derechos de los ciudadanos, no en balde el artículo 45 está en el capítulo que se denomina "Derechos y Garantías individuales".

Por otra parte, al aplicar la idea de un concepto genérico de propiedad privada y también de interpretación material, se tiene la ventaja que ambos conceptos podría guiar las decisiones macro ante los modernos desafíos, es decir, que la propiedad constitucional tiene la capacidad de responder a las cuestiones fundamentales y novedosas de la colectividad, como los instrumentos de privación y recuperación de activos, sin tener que modificar el texto

constitucional cada vez que se presenten. En esta misma línea, la interpretación constitucional mostrada en las secciones precedentes muestra un fortalecimiento del papel de la Función Social dentro del contenido del derecho de propiedad, acercándolo al concepto de 'propiedad – deber'. Adicionalmente, se interpreta el concepto de inviolabilidad como relativo y en forma más amplia se aclara que ningún derecho individual constitucional es absoluto.

Finalmente, en lo que atañe a la revisión constitucional de disposiciones legales relacionadas con la pérdida o extinción del dominio el examen constitucional no ha encontrado algún vicio de inconstitucionalidad en instrumentos semejantes a la ED, lo cual contrasta con el criterio de que las herramientas de privación y recuperación de activos debilitan del derecho de propiedad.

De este primer acercamiento con la evolución e interpretación del derecho de privada, surge la necesidad de revisar a profundidad la estructura del derecho de propiedad constitucional como derecho fundamental, conocer sus características esenciales, dimensiones y alcances, tiene el acierto de que podría despejar el camino para encontrar el acoplamiento con los instrumentos legales sobre la privación y recuperación de activos. Para esta investigación, partiendo del concepto genérico de la disciplina constitucional del derecho de propiedad, se debe emprender el análisis jurídico que, desde diversos ángulos en método e ideología, tienden a descubrir la figura actual de la propiedad: la propiedad civil, la administrativa y la constitucional; la propiedad y las propiedades; la propiedad de las empresas; la propiedad personal y la de los medios de producción; las distintas propiedades relacionadas con las autorizaciones aseguradas por el derecho público, entre otras; conformando una masa muy heterogénea de relaciones entre los individuos y ciertos tipos de objetos susceptibles de valoración económica. Adicionalmente, ese concepto genérico debe permitir determinar los límites o fronteras de su contenido, a fin de reconocer o prohibir algunas herramientas novedosas que podrían provocar la pérdida o extinción de ese derecho en perjuicio de sus titulares.

CAPÍTULO II: LA ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA PROPIEDAD COMO DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN

1. Dimensión subjetiva del derecho de propiedad

La constitución política garantiza la propiedad privada (DP) en el artículo 45 tantas veces citado (*lato sensu*). Aun cuando ese derecho hunde sus raíces históricas en el liberalismo surgido a partir de la revolución francesa, como ha sido expuesto, no pocos cambios han ocurrido desde el momento que Costa Rica adquirió su independencia.

En el largo camino de dos siglos de historia constitucional costarricense, se han introducido distintas variantes a la forma (jurídica, económica y social) como se concibe, interpreta y aplica el derecho de propiedad privada en la actualidad.

Al margen de lo que se puede entender o interpretar como derecho fundamental,[169] la existencia del derecho de propiedad privada en los textos constitucionales significa la seguridad de evitar que su contenido sea fuente de disputa y decisión arbitraria por parte de los poderes políticos.[170]

Por tanto, surgen múltiples implicaciones a partir de la ubicación del derecho de propiedad privada como un derecho fundamental, pero además se entiende como el género de todas las demás propiedades. Sin embargo, en este capítulo se estudiarán solamente las consecuencias más relevantes para la dogmática del derecho de propiedad que se compone de los siguientes aspectos: dimensión de derecho subjetivo, objetivo, el núcleo esencial y la

---

[169] En esta misma línea, la Sala Constitucional ha dispuesto: "En relación con el fundamento y primacía de estos derechos, la Sala Constitucional costarricense ha señalado que: El Estado de Derecho nació, de acuerdo a la historia y a la doctrina jurídica occidental, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar un amplio grupo de derechos fundamentales con una serie de garantías formales y materiales, todo ello dentro de una Constitución que consagrara la división de poderes y los principios de legitimidad y legalidad. Tendente, esta suma de ideas, a evitar las arbitrariedades eventualmente provenientes de las instituciones estatales. Es así que la primacía de un grupo central de normas que caracterizan a la Constitución como ordenamiento superior descansa en (i) su carácter de expresión directa de la voluntad general y (ii) en su enunciación de los derechos humanos fundamentales y de las libertades ciudadanas. (...) Ejemplos de derechos fundamentales, son aquellos propios del ciudadano -ciudadanía, nacionalidad-; la libertad de las personas -libertad personal, de religión y conciencia, de residencia, de contratación, de elección de actividad económica, entre otros- ; la igualdad jurídica entre las personas; el derecho de propiedad privada; y aquellos que permiten el acceso de las personas al control jurisdiccional." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Hábeas Corpus: resolución. 02771, 4 de abril, 2003 11:40 horas",, expediente 02-005494-0007-co. Al respecto, véase Enrique Ulate Chacón, Manual de Derecho Agrario, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 138.

[170] Ferrajoli señala, en referencia a este tema: "Este derecho sobre el derecho, este sistema de normas metalegales destinadas a los poderes públicos y ante todo al legislador, es precisamente la Constitución, esto es, la convención democrática en torno a lo que es indecidible por cualquier mayoría, sea porque no puede ser decidido, sea porque no puede dejar de ser decidido." Luigi Ferrajoli, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho* (Bogotá, Colombia: Uexternado, 2010), 167.

función social (FS); cuya comprensión de las anteriores cuestiones abre el camino para analizar las condiciones y presupuestos que el Estado debería de cumplir, a fin de intervenir legítimamente dentro del ámbito del derecho de propiedad, habida cuenta de su rango *ius* fundamental.

Bajo la anterior premisa, resulta evidente que cualquier propuesta jurídica que intente imponer limitaciones, e incluso la privación al derecho de propiedad de los particulares, debe estudiarse bajo los presupuestos que se describen en las secciones siguientes. Esta afirmación se sustenta en el imperioso conocimiento de la fórmula constitucional para su adecuada operatividad, partiendo de que no se trata de un derecho sagrado ni absolutamente inviolable,[171] sino que encuentra sus propios límites y presupuestos ante la necesaria injerencia estatal, conforme al criterio modulador de la función social.[172]

1.1. Alcances del carácter subjetivo del Derecho de Propiedad

En la mayoría de las constituciones de los Estados democráticos, es inherente que todo derecho constitucional posea una dimensión subjetiva,[173] también denominada de 'libertad', que puede entenderse como 'libertad' del propietario para hacer, o no, algo.[174]

---

[171] En realidad, el DP nunca ha sido 'absolutamente inviolable', ni siquiera desde el momento de su promulgación en el Código Civil Francés, motivo por el cual siempre ha estado presente la potestad de expropiar. Es más, desde la propia Declaración Universal de los Derechos de Hombre y el Ciudadano de 1789, y todas las constituciones de Costa Rica desde su independencia, revisadas en el capítulo uno, permiten sostener esta premisa. El artículo 17 de dicha declaración indica: "Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización."

[172] Se coincide de acuerdo con Santaella, en el sentido de que esa delimitación es con arreglo a la función social; sin embargo, este autor agrega los conceptos de expropiación y extinción de dominio como adicionales parámetros de delimitación. Héctor Santaella, 2019, 110.

[173] En términos generales, el concepto de derecho subjetivo proviene del Derecho Civil, y se emplea para denominar "la facultad o poder de un sujeto de exigir algo a otro, o eventualmente una abstención a todos, bajo coacción jurídica." José Luis Lacruz Berdejo, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho* (Madrid, España: Dykinson sexta edición, 2008), 51.

[174] Sobre los alcances del término libertad en el derecho de propiedad, Montes señala: "Propiedad como señorío, libertad o libre albedrío. Esta idea, que se desarrolla a partir de una connotación de soberanía, tiene un claro predominio en la mayor parte de las fórmulas legislativas del Derecho Común, y se conecta con la concepción del derecho subjetivo, asimismo predominante…En el sistema de Derecho codificado, por otra parte, persona y propiedad forman un binomio inescindible. La propiedad es la persona humana que se exterioriza, la libertad que se expresa e integra en el mundo de las cosas, persona y propiedad son conceptos presociales, certezas originarias que los poderes públicos tiene el oficio de reconocer y de proteger de atentados externos…el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual". Vicente L. Montes, *La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo* (Madrid, España: Editorial Civitas S.A, 1980), 52-54.

Es admisible sostener que esta dimensión de libertad, como rasgo inherente a cualquier derecho fundamental, guarda ciertas semejanzas con la concepción originaria y liberal del derecho de propiedad.[175] En forma más específica, esta característica se asocia con el párrafo primero del numeral 45 de la CP: "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley…" En virtud de este componente subjetivo, se ha de reconocer, como contenido constitucional de cualquier derecho fundamental, todo un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular. Desde esta perspectiva, se puede obtener el reconocimiento pleno del derecho de propiedad solamente a través de su ejercicio.

En clara referencia a esta dimensión subjetiva, la mayoría de las legislaciones definen el derecho de propiedad como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer, y reivindicar o defender un determinado bien.[176] Dichas facultades descienden del derecho romano que, originalmente, enumeraba los siguientes atributos: *ius fruendi, ius utendi et ius abutendi*; es decir, derecho de usufructuar, derecho de usar y derecho de transformar, consumir o enajenar. [177]

De esta forma, el propietario podrá aprovecharse directamente de su bien, recolectar sus frutos y productos, transmitirlo y darle el destino o condición que convenga a sus intereses, e incluso, podrá defenderlo o recuperarlo si alguien se ha apoderado ilegítimamente de él. En

[175] La concepción liberal del derecho de propiedad está basada en el principio de la inviolabilidad de la propiedad, se conforma con los principios básicos de la escuela individualista, caracterizada por el lema "dejar hacer", "dejar pasar". La intervención estatal se limitaba a dejar la iniciativa privada en amplia libertad, sin preocuparse por la suerte de las grandes mayorías. En forma más precisa Novoa indica: "La doctrina liberal del siglo XIX, caracterizó al derecho de propiedad…como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo." Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho de la Propiedad Privada*, (Bogotá, Colombia: TEMIS, 1979), 23.

[176] El artículo 264 del Código Civil costarricense indica, acerca de los atributos del dominio: "El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa comprende los derechos: **1.** De posesión. **2.** De usufructo. **3.** De transformación y enajenación. **4.** De defensa y exclusión; y **5.** De restitución e indemnización. En el caso del Código Civil colombiano, en referencia al derecho de propiedad establece: ARTICULO 669. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce del bien se llama mera o nuda propiedad. Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos, tomo I* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2014).

[177] Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los bienes*, quinta edición, (San José, Costa Rica, Editorial Juricentro,1981), 35.

consecuencia, se trata del atributo más completo que se puede tener sobre una cosa, como usualmente se afirma.[178]

Lo expuesto configura la noción típica sobre el derecho subjetivo de la propiedad; sin embargo, con el advenimiento del Estado Social y, concretamente, con la entrada en vigor del concepto de función social dentro de los textos constitucionales, de una forma u otra, el criterio clásico atribuido a la dimensión subjetiva del derecho de propiedad sufrió mutaciones importantes.[179]

Definitivamente, el componente subjetivo del DP ha sido un instrumento clave para el funcionamiento del Estado liberal[180] que 'debió' realizar 'ajustes' para la sobrevivencia del sistema mediante cambios económicos, políticos y sociales que marcaron el tránsito al Estado Social de Derecho.[181]

Si bien es cierto, la tendencia de los últimos años ha consistido en privilegiar los aspectos sociales sobre los individuales, la concepción tradicional de los derechos subjetivos, en general, tienen la referencia expresa a su dimensión social en su misma impronta

---

[178] Alberto Brenes Córdoba asevera: "El derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa. Es el derecho real por excelencia: todos los otros no son más que emanaciones de él, formas parciales del dominio, incapaces por sí solas de dar la plenitud del goce." Brenes Córdoba, 1981, 27.

[179] Es conveniente explicar que el advenimiento del "Estado de Derecho", "Estado Democrático", y fórmulas análogas son el resultado de la crisis propia del modelo de estado liberal. Las secuelas negativas de la revolución industrial, la crisis periódica del capitalismo, las guerras, y otras circunstancias locales de cada región o país provocaron que apareciera legislación especial separada de los códigos civiles que, de una forma u otra, iban quebrando o modificando el concepto individualista de la propiedad y, por ende, afectando el concepto civilista del derecho de propiedad. En Costa Rica, un ejemplo de ello fue la promulgación de la Ley de Terrenos Baldíos N.º 13 del 10 de enero de 1939 y, posteriormente, la Ley de Tierras y Colonización N.º 2825; ambas establecían la obligación del uso racional de los recursos naturales para su conservación. En términos generales, esa legislación impuso una serie de limitaciones a la propiedad agraria, dirigidas a cumplir su función económica y social. En esta línea, véase: Enrique Ulate Chacón, 2012, 141. Sobre los cambios jurídicos y su relación con las transformaciones sociales, puede consultarse a Vicente Montes, quien asegura que las modernas posiciones doctrinales que trasladan la orientación del derecho hacia una perspectiva social se deben al impulso ideológico de las Ciencias Sociales. Vicente Montes, 1980, 87-88.

[180] En forma concreta el derecho de propiedad asentado en cualquier constitución, "se halla, en efecto en el mismo sistema nervioso de la entera constitución económica. Representa un sensible punto de equilibrio del Estado Social de Derecho; el eterno dilema, o mejor, la sabia conjunción o síntesis superadora entre la libertad y la igualdad, la seguridad jurídica y la transformación económica-social…" Javier Barnes Vázquez, *La propiedad Constitucional El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario,* (Madrid, España: Editorial Civitas, 1988), 140. Para este autor, no existe oposición entre los intereses individuales y los intereses de la colectividad, lo que ha ocurrido es una especie de "equilibrio que se ha traducido en una perfecta fusión de intereses" entre lo individual y lo colectivo. Véase: Barnes Vázquez, 1988, 141.

[181] Para Antonio Enrique Pérez, la función social podría ser un elemento de ruptura, o también un elemento complementario al derecho subjetivo; sin embargo, cumplió un rol en las "necesidades" de la nueva estructura económica neocapitalista en su conjunto. Antonio Enrique Pérez, *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y de la Teoría del Derecho,* (Sevilla, España: Innovación Editorial Lagares, 2003).

constitucional, situación de la que no escapa el derecho de propiedad. A tal respecto, se afirma que el más importante derecho subjetivo de carácter patrimonial, el de mayor poder sobre los bienes que reconocen las legislaciones occidentales, está dirigido, e incluso condicionado, a satisfacer la "función social."[182]

Con independencia de una u otra posición, la dimensión subjetiva del derecho de propiedad, plasmado como derecho fundamental, reclama la garantía estatal de su ejercicio, protección y por tal razón, posibilita al titular para recurrir a la acción judicial en caso de violación. Al igual que la vinculación social de la propiedad -párrafo segundo del 45 de la CP- excluye una concepción absoluta de la propiedad privada, el reconocimiento de su contenido y carácter subjetivo descarta igualmente una noción absoluta de la función social.[183]

1.2 Pluralidad de propiedades

Estrechamente relacionado con la dimensión subjetiva del derecho de propiedad, y siguiendo tendencias europeas posteriores a la primera guerra mundial, sobre todo a raíz de la

[182] Barnes Vásquez, *Trayectorias*, 108-111. No obstante lo afirmado por este autor, existe otra posición moderada citada por el propio Barnes, en referencia a una sentencia del ponente y renombrado tratadista Diez Picasso que indica: "…en general no puede sostenerse que el fin social sea, sin mayores matizaciones, superior a los derechos y libertades constitucionales reconocidos. Pues, de lo contrario -afirma- ello conduciría ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos…" (Barnes Vázquez, 1988, 111). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia "Acción de inconstitucionalidad: res. Mediante 1997-04350; 24 de julio, 1997 14:54 horas" indicó que "la propiedad privada en su concepción de derecho individual debe complementarse con su función social, que no es sino en el interés social."**[182]** Se trata de una posición también moderada, donde más bien pareciera que el interés individual está por encima del interés general. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 7137-2007; 23 de mayo, 2007 16:47 horas.

[183] Santaella, 2019, 111. Este balance se pone a prueba cuando ciertas disposiciones legales son atacadas como inconstitucionales por representar un 'vaciamiento' de este carácter subjetivo del DP, y que han generado fuertes debates. Sobre el particular, la Sala Constitucional ha dictaminado: *Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserve para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función afectada por la limitación impuesta por el Estado. Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de uno o de algunos únicamente, debe ser indemnizado, lo mismo que ocurre cuando el sacrificio que se impone al propietario es de tal identidad, que lo hace perder en su totalidad el bien. Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien".* En ese sentido véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de amparo: resolución 2007- 005598; 25 de abril, 2007 15:47 horas. "La obligación de indemnizar por parte del Estado está constitucionalmente prevista única y exclusivamente, cuando se trata de restricciones a la propiedad que vacían el contenido esencial del derecho, y que por lo tanto, exijan la previa expropiación del bien." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: resolución N.º 2345-96; 17 de mayo, 1996 9:24 horas".

famosa obra de Salvatore Pugliatti,[184] surgió la doctrina de la pluralidad de propiedades.[185] De esta forma, el derecho de propiedad en su extensión subjetiva reconoce "las propiedades" y no simplemente una categoría de *propiedad.*[186]

Si bien el derecho a la propiedad privada sigue siendo un derecho subjetivo, pero, como resultado de haber introducido la función social dentro de la doctrina y textos constitucionales, ocurre que la propia categoría de ese derecho subjetivo ha sufrido profundas transformaciones producto de dicha mutación; ha existido una especie de *disolución* del concepto unitario de propiedad, prevalente en la dogmática *iusprivatista* decimonónica, y su reemplazo por una pluralidad de "propiedades."[187]

Esta transformación no elimina la subsistencia del derecho subjetivo que sigue designando un conjunto de facultades o poderes del titular, pero cuyo ejercicio se condiciona al control de legitimidad impuesto por los intereses generales de los Estados sociales de derecho. Si los bienes, en general, tienen una distinta naturaleza y función en la realidad económica y social, resulta innegable que existan diversos tipos o pluralidad de "propiedades"[188]: la propiedad agraria, urbanística, forestal, etcétera.

Esta diversa naturaleza siempre ha existido y quizás nunca se había colocado a las cosas antes que al sujeto. De una atenta mirada desde las cosas (legislación especial, por ejemplo), estas han revelado que eran estructuras no genéricas sino específicas, con instrucciones y regulaciones definidas que requieren diversas y particulares construcciones jurídicas.[189]

---

[184] Salvatore Pugliatti, *La proprietá nel nuovo Diritto* (Milano, Italia: Editores Giuffré, 1964).

[185] Luis Diez Picazo, *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen III, (Madrid, España: Editorial Civitas, 1995), 49.

[186] Enrique Ulate Chacón, 2012, 139. Zeledón afirma en forma categórica: "La propiedad privada no tiene más el carácter de derecho fundamental según se ha demostrado desde principios de siglo, cuando se afirmó que no hay una sola propiedad, antes bien existen las propiedades, pues su esquema se desintegra en una gran variedad de tipos que se conservan los caracteres de la propiedad, únicamente por aproximación pues la afirmación correcta es la existencia de las propiedades". Ricardo Zeledón Zeledón, *Ensayos La Propiedad*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro,1983), 45.

[187] Para Rodotá: "Con la introducción en los textos constitucionales del concepto de función social en el derecho de propiedad, este ha incidido directamente en el significado y alcance del derecho de propiedad, comportando ineludiblemente: una disminución de las facultades del propietario (con respecto al derecho de propiedad tradicional o liberal), un conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades subsistentes y una obligación de ejercitar determinadas facultades inherentes al derecho. Stefano Rodatá, *El terrible Derecho, estudios sobre la Propiedad Privada* (Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2019)

[188] Sobre el particular, véase: Ulate Chacón, 2012, 39.

[189] Eduardo Cordero Quinzacara, "De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, núm. 31, (2008): 505.

En esta misma línea, la propia Sala Primera acogió la doctrina italiana, encabezada por Pugliatti, desde hace varios años afirmando: "Desde esta perspectiva la propiedad agraria es una *species* del *genus* propiedad, por ello en el planteamiento de Pugliatti de la "Propiedad y las propiedades," la agraria coincide -como todas la demás- con la general en cuanto a la estructura, pero tiene diferencias sustanciales en cuanto a su función."[190]

Esta multiplicidad de propiedades se asienta en el diverso contenido de la función y la estructura de las distintas 'propiedades'. La función es la utilidad económica o social para la cual fue diseñada una determinada categoría de propiedad, y la misma dependerá de la naturaleza (civil, agraria, ecológica, ambiental u otra) del bien sobre el cual recae tal derecho. La estructura, está relacionada con el conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho, asignados por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial en cada caso, para responder a ciertas necesidades de cada momento histórico.[191]

De la propiedad que regula el Código Civil de 1889, se transita a la propiedad urbana, la propiedad agraria, forestal y otras más que se comprenden y construyen fuera del Código Civil[192]. Esta diversificación ha provocado no solo la fragmentación del concepto unitario -si es que alguna vez existió- del derecho de propiedad; sino que la propiedad tiene deberes y obligaciones. Esta anexión de características sugiere la existencia de una situación jurídica compleja[193]; por ello se trata de una especie de *derecho-deber* de propiedad más que *derecho de propiedad*, donde el otrora derecho subjetivo absoluto, con el poder más amplio, pierde terreno ante los deberes y obligaciones que ahora encierra.[194]

---

[190] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Proceso ordinario civil: resolución N.ª 00230-1990, 20 de julio, 1990 16:00 horas", expediente 90-000230-0004-AG.

[191] En este sentido, Enrique Ulate Chacón, "Bicentenario del Código Civil Francés", *Revista Judicial de Costa Rica*, (29 y 30 de noviembre, 2004), https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_88/002-bicentenaroicodigofrances.htm ; Enrique Ulate Chacón "Código Civil: Evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones", *Revista de Ciencias Jurídicas,* No. 115 (enero-abril, 2008).

[192] Se trata de la legislación especial que fue una tendencia observada en la mayoría de los países que construyeron el Derecho Civil a partir del Código Francés. Cuando se alude a "legislación especial", pareciera significar excepcional; sin embargo, ha sido tan variada y estable que, por su número, ha llegado a ser la parte más abultada del ordenamiento jurídico y, desde el punto de vista cualitativo, ha perdido su carácter jurídico excepcional, pues dejan de ser una "legislación de coyuntura", así, se transforma en normas habituales y permanentes. Eduardo Cordero Quinzacara, De la Propiedad a las Propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 31* (segundo semestre, 2008): 504.

[193]Vicente Montes, 1980, 103.

[194] Para Zeledón Zeledón, "el esquema tradicional de la propiedad del código ha dado paso a una creciente socialización o publicización del derecho privado en general, a través de la normativa especial, durante todo el

Para los objetivos de esta investigación, comprender ese proceso evolutivo prepara el terreno para enfrentar el análisis de las distintas críticas sobre la posibilidad de extinguir el dominio. Precisamente, el camino que ha recorrido el derecho de propiedad hacia la amplitud de sus deberes, y disminución de los poderes de su titular ha provocado un verdadero sisma hasta el extremo de considerar que la propiedad ha sufrido un cerco, e incluso un 'asalto '[195].

Además, comprender la fragmentación del derecho de propiedad dependiendo de su función posibilita el análisis de los criterios de licitud o ilicitud en relación con la naturaleza de la función de esa propiedad en particular. [196]

1.3. La propiedad privada como derecho de defensa

Dentro de la dimensión subjetiva del derecho de propiedad, la posibilidad de su defensa reviste especial atención. El tipo de amparo que interesa en este apartado no corresponde a los tradicionales derechos de defensa relacionados con la protección legal que se ubica en el Código Civil, como la reivindicación, la acción interdictal y acciones semejantes.[197]

Ciertamente, el propietario tiene el derecho de defender su propiedad incluso empleando la fuerza, conforme lo establece la mayoría de los códigos civiles de herencia napoleónica.[198] Cualquier derecho dejaría de serlo si no permite a su titular ejercer su defensa, aunque se afirme que tiene cargas, deberes u obligaciones; en el fondo, aunque relativizada, sigue manteniendo la posibilidad de exigir las facultades y poderes que abriga.[199]

No obstante, el carácter defensivo que interesa corresponde a la protección que tiene el derecho de propiedad sobre las actuaciones ilegítimas de origen estatal. En su vertiente

---

siglo anterior y el presente, ocasionando un resquebrajamiento en el esquema que imposibilita un tratamiento único para todas las formas y que esta se manifiesta. Conviene, pues, estudiar separadamente la propiedad industrial, la propiedad agraria, la propiedad intelectual, la propiedad urbana, como único medio de profundizar el estudio científico." Zeledón Zeledón, 1983, 56.

[195] Esta afirmación la realiza Montes, refiriéndose a quienes critican el cúmulo de deberes que hoy en día enfrenta el Derecho de Propiedad. Montes, 1980, 106.

[196] Ver cap. III, sección IV.

[197] En el caso de Costa Rica, estas acciones se encuentran a partir del capítulo V del Código Civil, denominado "De los Derechos de Exclusión y Defensa".

198 El artículo 305 del Código Civil indica: "Artículo 305. El propietario y el poseedor de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo a la autoridad competente.". Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil...*, 204-206.

[199] No parece plausible que las facultades y poderes del derecho de propiedad desaparezcan en el corto plazo. Una razón para afirmar esto estriba en que la garantía constitucional del derecho de propiedad establecido en el numeral 45 de la CP perpetúa, en realidad, el sistema económico capitalista basado en la propiedad privada de los medios de producción y sugiere que, para el futuro, tal régimen de propiedad será un componente cardinal del actual sistema económico. En similar sentido, véase: Montes,1980,168; y Javier Barnes Vásquez, 1988, 295. Este último autor utiliza el concepto de "La propiedad como elemento arquitectural de la constitución económica".

constitucional, la defensa básica de los particulares en resguardo de su propiedad se encuentra en el propio texto del artículo 45 constitucional, al disponerse expresamente el principio -aunque devaluado- de la "inviolabilidad de la propiedad privada,"[200] con las gradaciones y evoluciones expuestas.

La presencia de este derecho dentro del Título IV de los "Derechos y Garantías Individuales" le asegura a cualquier titular su acceso a la justicia constitucional, especialmente por la vía del recurso de amparo,[201] a través del cual, las personas pueden tutelar su derecho de propiedad privada frente a actos ilegítimos de la Administración, o frente a omisiones que redunden en su menoscabo.

Por otro lado, también es posible interponer una acción de inconstitucionalidad, o consulta de constitucionalidad por parte del juez ordinario, por violación al artículo 45 de la CP, contra las leyes y otras disposiciones generales que infrinjan por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, entre otras razones.[202]

Al margen de su ineludible origen liberal, el artículo 45 de la CP resguarda varios conceptos que son necesarios resaltar para efectos de este apartado: inviolabilidad, no privación salvo interés público comprobado, previa indemnización e imposición de limitaciones por vía legislativa de mayoría calificada.

Este cúmulo de protecciones del derecho de propiedad sugiere que, en general, ni el legislador ni la administración pueden ignorar su existencia, ni tampoco quebrantar su contenido o, incluso, perjudicarla. Es más, la ubicación del concepto de "inviolabilidad" como

---

[200] El concepto de inviolabilidad es utilizado en la CP también para referirse a la vida humana (art. 21), la inviolabilidad del domicilio (art. 23) y la inviolabilidad de los documentos privados (art. 24). Sin embargo, en lo que se refiere al derecho de propiedad, la denominación de 'inviolable' proviene del artículo 17 de La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, que decía: "17. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa."

[201] Artículo 29.- El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.

Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10."

[202] Asamblea Legislativa, "No. 7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional, 11 de octubre de 1989":, art. 73.

aspecto inicial de la norma constitucional demuestra el carácter *ab-initio* defensivo del derecho.[203]

En consecuencia, el propietario tiene el derecho a impedir una acción negativa proveniente de algún acto de las autoridades públicas que amenacen su derecho. Como derivación de cualquier actuación administrativa contraria al contenido esencial del derecho de propiedad,[204] debe permitir al titular ejercer una acción de alcance restitutorio que visibiliza dos supuestos: por un lado, la anulación de la intervención contraria al derecho (*actio negatoria*); por otro, la enmienda de los resultados derivados de dicha actuación ilegítima a fin de restablecer el estado anterior al acto (*actio restitutoria*).[205]

Un ejemplo palpable de actuación estatal arbitraria en Costa Rica consiste en la declaratoria de una determinada Reserva Indígena sobre bienes inscritos a favor de particulares, sin que se hubiese indemnizado previamente a sus titulares, o cuya indemnización no ocurre a pesar de que hubiesen transcurrido muchos años de tal declaratoria.[206]

---

[203] Sobre el concepto de Inviolabilidad se coincide con la siguiente interpretación que, si bien se refiere a la Constitución Política de Argentina, es uno de los pocos países que, al igual que Costa Rica, mantiene el concepto de 'Inviolable' en lo que se refiere al Derecho de Propiedad Privada: "Tampoco significa que sea absoluta, ni exenta de función social, sino que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla, ya que esto configuraría una anulación o alteración del derecho en cuestión, prohibida por el artículo 28 C.N. La inviolabilidad se garantiza a través de una serie de prohibiciones: A) Nadie puede ser privado de su propiedad sino mediante sentencia fundada en la ley; B) La confiscación de bienes queda borrada por siempre del Código Penal; C) Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilio de ninguna especie." Mariana Verónica Sconda," Principio de la inviolabilidad de la propiedad, Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina", *Revista de Derecho Privado*, no. 24 (enero-junio, 2013): 62.

[204] Véase capítulo dos, sección cuarta sobre el contenido esencial del derecho de propiedad.

[205] Héctor Santaella, 2019, 113. Sobre este tema, Alexy considera que pueden identificarse tres subespecies de ese tipo de acción a favor del titular y en contra del Estado: "Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades* o *situaciones* del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho". Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, España: CEC, 1993), 189.

[206] Una sentencia que ilustra lo anterior es la siguiente: "Se encuentra plena e idóneamente demostrado que los fundos de los amparados, inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble, bajo el sistema de Folio Real del Partido de Guanacaste matrículas 0050031-000 y 028005-002, se encuentran dentro de la Reserva Indígena Matambú (hecho incontrovertido). También, consta que más de treinta y cuatro años después que se creó esa Reserva -Decreto Ejecutivo N.º 6036-G de 26 de mayo de 1976, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N.º 113 de 12 de junio de ese mismo año-, el Instituto de Desarrollo Agrario no ha iniciado procedimiento alguno para reubicar a los propietarios o expropiarlos ni ha tomado ninguna previsión presupuestaria para hacerle frente a esas u otras expropiaciones (informe). En este particular, aprecia la Sala que la falta de definición del ente recurrido congela de hecho el inmueble, lo que procede una expropiación de hecho por el vaciamiento del contenido esencial del Derecho de propiedad. Bajo esta inteligencia, estima la Sala que se produjo el agravio reclamado. V.- CONCLUSIÓN. Como corolario de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso y ordenar al Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario, disponer que en un plazo razonable se inicien los procedimientos de

Como se advertirá,[207] en casos como los señalados o similares, la Sala Constitucional ha estimado que la actuación estatal provocó una especie de 'vaciamiento' del contenido esencial del derecho de propiedad y, en consecuencia, procede restituir, indemnizar, anular u otra forma de enmienda de la conducta ilegítima estatal.

Al igual que cualquier derecho fundamental, el derecho de propiedad lleva implícita la posibilidad de prevención y acción sobre intromisiones estatales que rozan la esfera subjetiva del derecho. En ello estriba su habitual función de defensa, permitiendo excluir toda clase de intervención estatal calificada como ilegítima o injustificada[208], independientemente de que provengan del Poder Ejecutivo o Legislativo.

Como se vislumbra, resultan básicos la comprensión y alcances del derecho de defensa de la propiedad privada, máxime si se trata de modificaciones legislativas que algunos (o muchos) consideran ilegítimas, confiscatorias u otros calificativos. Es, precisamente, ante modificaciones legales aprobadas, o en proceso de aprobación como ocurre con la ED, que el derecho de defensa debe mostrar su eficacia o, por el contrario, su debilidad; dependiendo de su resultado favorable o adverso.

La gran interrogante es: ¿de qué depende el resultado? La respuesta estribará en buena parte, de la fijación de un contenido esencial o núcleo del derecho de propiedad. Si la acción estatal infringe o transgrede ese núcleo, vaciando su contenido, se está ante una violación del derecho de propiedad, como tal, corresponde aplicar los mecanismos restitutorios e indemnizatorios mencionados. Sin embargo, la determinación y fijación de las fronteras entre el núcleo del derecho subjetivo, y la zona de penumbra que estaría representada por el interés

expropiación de los inmuebles de los amparados, inscritos en el Registro Público bajo el sistema de Folio Real del Partido de Guanacaste matrículas 0050031-000 y 028005B002." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de amparo: resolución 2011-02097; 23 de febrero, 2011 14:52 horas.

[207] Véase sección 4, del capítulo II, "Núcleo esencial del Derecho de Propiedad".

[208] En términos generales, se entiende actuación legítima o injustificada como aquella alejada del principio de legalidad que permea todo el actuar administrativo contenido en los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública. En este sentido, la Administración se encuentra sujeta a todo el ordenamiento jurídico, y sus funcionarios públicos no pueden arrogarse facultades que la Ley no les concede. La Constitución Política señala en el artículo 11: "los funcionarios públicos son simples depositarios de la ley", igual disposición normativa establece el artículo 11 de la Ley General de Administración Pública. Ambas disposiciones exigen que las actuaciones públicas se fundamenten en una norma expresa que habilite la actuación del funcionario, prohibiéndole realizar todos aquellos actos que no estén expresamente autorizados, lo que involucra, desde luego, el principio de interdicción de la arbitrariedad." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de Hábeas Corpus: resolución 3887-94; 3 de agosto, 1994 15:m3 horas", expediente 94-003887-0007-CO

público basado en el principio de función social no resultan sencillos de precisar; además, es parte de los objetivos de esta investigación como se vio desde un inicio.[209]

Por ahora, interesa destacar que será el derecho objetivo del derecho de propiedad el que delimitará, con arreglo al criterio de , la intensidad y extensión del núcleo que protege el derecho subjetivo.[210]

Aunque aparenta contradicción, la esencial característica defensiva de la propiedad no puede restringir la potestad del legislador para modificar las leyes sobre las distintas propiedades, atendiendo a razones económicas o sociales de diversa índole en un determinado momento histórico. El balance entre una u otra posición requiere entender el derecho de propiedad de cada estado desde su estructura, núcleo y su función, lo cual no es tarea sencilla; por el contrario, se tropezarán con posiciones encontradas e incluso extremas. En este caso, la complejidad es tal que, en ocasiones, la disputa se resuelve con un criterio político y no necesariamente jurídico.[211]

Aclarada la posibilidad de reformas, modificaciones o actualizaciones legales sobre el derecho de propiedad, resulta oportuno y necesario señalar que cualquier reforma debe respetar las situaciones jurídicas consolidadas y amparadas por normas previas. Como derivación del carácter defensivo de la propiedad, el legislador tiene la obligación de prever los efectos de su regulación sobre los derechos adquiridos por los particulares, en vigencia de una normativa que intente reformar.

---

[209] A propósito de este tema, Domenech Pascual explica, refiriéndose a España: "La distinción entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables constituye un relevante y difícil problema. Relevante porque los perjudicados por estas medidas tienen un derecho, reconocido en normas constitucionales, comunitarias e internacionales, a obtener una indemnización sólo en el primer caso, no en el segundo. Difícil porque ni la Constitución española ni otros textos jurídicos análogos definen ambas figuras, y ni la jurisprudencia ni la doctrina han sabido elaborar criterios claros, justificados y racionalmente articulados en virtud de los cuales se pueda determinar cuándo nos encontramos ante una expropiación y cuándo ante una delimitación de la propiedad no indemnizable". Gabriel Doménech Pascual, "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable", *Revista para el Análisis del Derecho: Indret*, No. 1 (enero 2012): 2.

[210] Santaella, 2019,117.

[211] Se alude al papel que juega la sociedad civil o los distintos grupos de poder en cualquier Estado occidental, que tienen una u otra concepción en la práctica sobre la posible afectación o limitación del derecho de propiedad. El proyecto de Extinción de Dominio es, precisamente, un ejemplo de posiciones totalmente enfrentadas por distintos grupos de presión, poder o intereses. Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019).

El principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 34 de la Constitución Política[212], ampara la posición del titular que es afectado por una ley posterior y limita la acción del legislador que no puede desconocer ni vulnerar situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una regulación precedente.[213]

En línea con lo anterior, conciliar las posiciones en disputa, o arribar a una solución entre privación del derecho de propiedad sin indemnización[214], violación al derecho de propiedad *latu sensu* o privación indemnizable, constituyen cuestiones debatidas y de difícil solución en cualquier ordenamiento jurídico.

1.4. Acciones Positivas del Estado a favor del Derecho de Propiedad

En términos generales, cualquier derecho fundamental está destinado a garantizar la esfera de libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público y, en este sentido, los derechos de defensa del titular frente al Estado se erigen como derechos a acciones negativas, las cuales se traducen en abstenciones u omisiones de los poderes públicos según lo esbozado en la sección anterior. Su opuesto son los derechos a acciones estatales positivas que

[212] Reza el artículo 34 de la Constitución Política: "Artículo 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas." *Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada… art.34, 261.*

[213] A propósito de este tema, es frecuente la existencia de reformas a través de los distintos planes reguladores en la legislación urbanística, que inciden de una u otra forma sobre las distintas propiedades. Sobre irretroactividad y planes reguladores, puede revisarse el siguiente voto de la Sala constitucional que consideró constitucional la promulgación de un plan regulador que estableció los distintos usos del derecho de propiedad, autorizando o prohibiendo un determinado uso en zonas específicas del cantón. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: voto 13330 – 2006; 6 de setiembre, 2006 17:33 horas", expediente 05-013228-0007-CO.

[214] También se le denomina "expropiación indirecta" o "expropiación de hecho". Sobre esta forma de expropiación, la Sala Constitucional ha considerado: "Sobre La Expropiación De Hecho. En su contenido, el derecho de propiedad se caracteriza por la posibilidad que tiene el propietario de gozar de un bien y disponer del mismo sin más limitaciones que las establecidas en la ley o por su propia voluntad. La legislación costarricense establece la posibilidad que la propiedad privada pueda ser limitada mediante planes reguladores por razones de interés social. No obstante, en términos generales, es jurídicamente imposible despojar a una persona de su título de propiedad, sin cumplir, de previo, con el deber de indemnizar su valor, tal y como lo indica el artículo 45 constitucional. En ese sentido, la Sala ha conocido procesos en los cuales se ha dado una expropiación de hecho porque un órgano o ente público ha establecido limitaciones de tal magnitud, especialmente, por interés social de la propiedad, que impiden a su titular la libre y plena disposición del bien, sin que haya mediado una indemnización previa." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: resolución 3150-2006; 10 de marzo, 2006 10:57 horas", expediente 03-009216-0007-CO.

deberían de ser incluidas dentro de la dimensión que algunos denominan *prestacional*[215] que no es otra cosa que el derecho a recibir determinadas prestaciones[216] por parte del Estado.

Cualquier derecho fundamental requiere su protección evitando que sea vulnerado, también requiere de la colaboración estatal activa; de lo contrario, es probable que se comprometa su sobrevivencia. Por un lado, dependiendo del tipo de derecho fundamental el Estado deberá de brindar prestaciones materiales y fácticas (subsidios, autorizaciones, etc.), pero como sus amenazas también provienen de otros sujetos privados, el Estado debe brindar prestaciones de tipo normativas propiamente dichas, articulando normas de procedimiento y organización que aseguren la efectividad del derecho fundamental, lo cual conlleva a una comprensión amplia del término prestacional[217].

---

[215] Siguiendo esta línea, véase: Santaella, 2019, 136. El uso del concepto "prestacional" no es ajeno a la jurisprudencia constitucional costarricense. "…La obligación objetiva del Estado en materia de protección ambiental no apareja, ineludiblemente, un derecho subjetivo de las personas a exigir, a través de los organismos judiciales, que se tome una medida determinada, pero sí a que se adopten las que sean idóneas en tutela de ese derecho, ante actitudes abiertamente negligentes de las autoridades públicas, o bien, de personas físicas y jurídicas. De este modo, el Estado adquiere la obligación de regular las áreas de la vida social de las cuales puedan surgir peligros para la existencia física de los habitantes de su territorio, así como también aquellas que vulneren el ambiente, lo cual puede hacer a través de leyes, reglamentos, acuerdos u otras medidas relacionadas con la organización y los procedimientos administrativos. En consecuencia, la posibilidad de exigir judicialmente, a través del recurso de amparo, un tipo específico de actividad prestacional por parte del Estado en cumplimiento de su deber de protección a la vida, salud o derecho al ambiente en beneficio de sus habitantes, está restringida a la clara verificación de un peligro inminente contra esos derechos de las personas…" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de amparo: resolución 2019-012776; 12 de julio, 2019 9:30 horas", https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/search?q=anno:(2019)%20%20numeroDocumento:%5B12776%20TO%2012776%5D%20&advanced=true

[216] La real Academia define el término "prestación" con las siguientes acepciones: 1. f. Acción y efecto de prestar. 2. f. Cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto. 3. f. Renta, tributo o servicio pagadero al señor, al propietario o a alguna entidad corporativa. Prestaciones jurisdiccionales, territoriales, enfitéuticas. 4. f. Servicio o comodidad que ofrece algo. U. m. en pl. Ese automóvil tiene buenas prestaciones. 5. f. prestación social. 6. f. Der. Cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal. Por prestación se reseña a aquel servicio o bien que una autoridad pública, o en su caso, un contratante sirve o le pide a otro. Uno de los términos más conocidos corresponde a lo que se entiende por prestaciones sociales o prestaciones en materia laboral. Una prestación es aquel servicio que el Estado o una empresa privada están obligados a brindar por medio de sus empleados, y que garantizan bienes o servicios para mejorar la calidad de vida, como es el cuidado de la salud. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [consulta 10 de mayo del 2021].

[217] En este sentido, véase: Santaella, 2019, 137. La Sala Constitucional también se ha pronunciado de forma similar haciendo referencia a "conductas positivas" del Estado. V.- Sobre la obligación objetiva del Estado de tutelar la Vida Humana… "Ha sido usual que el derecho a la vida, frecuentemente analizado conjuntamente con el derecho a la integridad física, haya sido entendido como un derecho de contenido negativo, es decir, su objeto se limitaba a la pretensión contra el Estado que se abstuviera de realizar acciones dirigidas a eliminar la existencia física de las personas, por ejemplo la tortura o la pena de muerte, o bien que castigara a las personas, públicas y privadas, que atentaran contra la vida e integridad de los otros, a través del sistema penal; sin embargo, la tendencia actual es imponer al Estado diversas conductas positivas, en el sentido que más allá de perturbar la existencia física de las personas, debe actuar en tutela de su protección, ante los múltiples peligros que la acechan, bien sea que

Contrario a los derechos de primera generación -como el derecho de propiedad-, los derechos denominados de segunda generación tienen como particularidad la prescripción de un 'deber-hacer' por parte de los órganos públicos encargados al efecto, y la ineludible obligación del Estado de gestar prestaciones positivas a favor de sus gobernados. En estos supuestos, el Estado se obliga a proporcionar las condiciones materiales para la realización de los fines sociales de la población, en sus manifestaciones concretas de educación, salud, vivienda, trabajo, entre otros.[218]

En esencia, los derechos sociales o de segunda generación cumplen con el objetivo de satisfacer determinadas necesidades básicas del ser humano y, por ende, cada individuo tiene el legítimo derecho de exigir salud, trabajo, educación, vivienda, etc.

Ahora bien, tratándose del derecho de propiedad, la situación es diferente a los derechos de segunda generación, en el tanto el alcance del artículo 45 de la CP no debe interpretarse como un derecho "a la propiedad privada," por parte de todas las personas de una nación.[219] En

---

ellos provengan de acciones del Estado mismo o de otras personas, e inclusive, de la misma naturaleza. De ahí que, por ejemplo, los temas ambientales han pasado a ser, al menos en nuestro país, un asunto de índole constitucional, puesto que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado fue elevado a rango de derecho fundamental…" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: resolución No. 18065 – 2006; 27 de noviembre, 2009 09:56 horas", expediente 08-015052-0007-CO

[218] En el mismo sentido se ha indicado: "Por el contrario, los DESC, para ser satisfechos, requerirían solo de obligaciones de hacer a cargo de los Estados: proveer servicios médicos para satisfacer el derecho a la salud, financiar la ejecución de planes de vivienda para cumplir el derecho a la vivienda, etc." Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008), 128-129. Las siglas DESC significa derechos económicos, sociales y culturales.

[219] No obstante, lo expuesto, en algunos instrumentos internacionales se plasmó como derecho "a la propiedad": Artículo 17.1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente." 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad." (Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución c. 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948). "Artículo XXIII.- Derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades *esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar."* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948. Este derecho se reafirma en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los campesinos y otros trabajadores de la tierra – claramente se trata de buscar una forma de equilibrio en la distribución de la propiedad agraria en las zonas rurales. Consejo de Derechos Humanos. 39º período de sesiones, 10 a 28 de septiembre de 2018, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 28 de septiembre de 2018, 39/12. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales. Sobre este punto el tratadista Barnes Vázquez considera que las expresiones el 'derecho de propiedad' y el 'derecho a la propiedad', son en realidad dos caras de la una misma moneda, que constituyen una especie de "síntesis de intereses". El derecho de propiedad es el instrumento idóneo para que todos tengan el efectivo acceso al disfrute de los bienes. En consecuencia, el 'derecho a la propiedad' es el derecho más originario de todos para servirse de los bienes -en especial de los productivos-, por cuanto constituyen su patrimonio común. Por otro lado, este derecho 'a la propiedad' exige, la existencia del derecho de propiedad, a fin de culminar y asegurar el objetivo del acceso 'a la propiedad', mediante la protección que otorga el derecho de subjetivo propiamente dicho. Barnes, 303 y 304.

la mayoría de los estados democráticos occidentales, el derecho de propiedad privada protege lo adquirido, y no un hipotético derecho 'a la propiedad' para todos los habitantes en general,[220] como lo sería el derecho a la educación.[221]

Desde una acepción amplia, existe, en el derecho de propiedad, una vertiente prestacional en dos sentidos: derecho de protección y el derecho a la organización y al procedimiento. Resulta inherente a cualquier derecho fundamental exigir del Estado la protección de ese derecho frente a terceros, o sea que se trataría de una protección destinada a las relaciones horizontales. Adicionalmente, esta dimensión requiere y demanda, que se implementen los procedimientos y la estructura organizativa necesaria para asegurar el disfrute efectivo del derecho.[222]

1.4.1 El Derecho de Protección

Mientras que la barda de la característica defensiva del derecho de propiedad se dirige a excluir toda acción estatal que amenace injustificadamente el disfrute del derecho; el derecho de protección consiste en un amplio abanico de posibilidades a favor de su titular, que va desde la tipificación penal del hurto y la usurpación, pasando por las reglas de vecindad (para el caso de la propiedad inmueble)[223] o la implementación de un sistema de responsabilidad patrimonial, hasta el refuerzo de medidas de seguridad en los distintos ámbitos de la vida socioeconómica de una sociedad.

---

[220] Ciertamente, el tema es polémico; Barnes Vázquez considera que el derecho 'de' propiedad privada y el derecho 'a la' propiedad privada "son dos caras de una misma moneda", Barnes, 1988, 303.

[221] En este punto, es necesario hacer una distinción con respecto a América Latina, donde se ha reconocido una especie de derecho y acceso a la propiedad de la tierra a los campesinos y grupos étnicos originarios. Sin embargo, debe reconocerse que ese proceso ha sido impulsado por los propios grupos afectados, y no como derivación de políticas públicas. En el caso del campesinado costarricense con el cierre de la frontera agrícola, el Instituto de Tierras y Colonización fue creado desde los años sesenta, a su vez, ha pasado por diversas etapas y nombres, intentando paliar la suerte del campesinado sin tierra. En el caso de los territorios indígenas, desde que la Ley General de Terrenos Baldíos en 1939 dispuso, en su numeral 8, el derecho de las comunidades indígenas a los territorios que los asientan, se fundamentó un sistema jurídico de tutela territorial que implicaba a su vez la de otros derechos, como el de la justicia propia. En el año 1977, se emite la "Ley Indígena de Costa Rica" (Nº 6172), que hace una amplia regulación (aunque imprecisa o al menos insuficiente) de temas que abarcan la identidad, la organización y el territorio de los pueblos indígenas. Tampoco debe dejarse de lado la ley 7316 del 3 de noviembre de 1992, que aprobó la adopción del Convenio Nº 169 del 27 de junio de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, donde se establece el deber de consulta a los pueblos indígenas.

[222] Santaella, 2019, 140.

[223] En este aspecto, a partir del artículo 401 del Código Civil de Costa Rica, se regulan algunas relaciones de vecindad que cualquier titular puede ejercer en contra de su par, si está en algunos de los presupuestos que dichas normas establecen. Picado Vargas, *Código Civil*...,321-322.

Las distintas medidas de protección varían en cada ordenamiento, pero es patente que, con la globalización, los avances de la tecnología y la ciencia, y otros factores propios de las sociedades modernas; entran en escena actores no estatales que provocan una clara amenaza a los derechos de propiedad.

Una muestra de ello, son las continuas afectaciones al medio ambiente por agentes particulares que, en forma directa o indirecta, afectan a la propiedad inmueble (destrucción de bosques, movimientos de tierra o contaminación debido al uso de agroquímicos, por ejemplo). Todas esas circunstancias ameritan una actuación estatal a distintos niveles: promulgación o reforma de normativa, incluso reformas constitucionales.[224]

Dentro de esta gama de afectaciones no estatales, la acción de grupos criminales que intentan ingresar a la economía formal a fin de legitimar sus activos forma parte de los enormes desafíos de las sociedades actuales y, a tal respecto, están sobradamente documentados los efectos nocivos del lavado de activos en el sistema económico de cualquier país.[225]

También resulta entendible que el Estado tome distintas acciones ante la voracidad de los grupos criminales que buscan como norte 'limpiar' sus ganancias en la economía lícita. Una forma frecuente que la criminalidad utiliza para insertarse en la economía formal pasa por la adquisición de bienes al amparo del derecho de propiedad: edificios, proyectos inmobiliarios, vehículos, joyas, obras de arte, haciendas, entre otros; son parte de la amplia gama de bienes que, con frecuencia, adquiere el crimen organizado.[226]

---

[224] En el caso particular del medio ambiente, se hizo una reforma constitucional para establecer el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado "Artículo 50 de la CP: "…Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado… *Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada, concordada, y con jurisprudencia constitucional* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 2005).

[225] "Los procesos analizados provocan profundas distorsiones en la economía nacional e internacional. Estas singularidades del fenómeno obligan a intervenir no solamente en virtud de una exigencia ética y moral sino por estrictas razones de contenido macroeconómico, ya que estamos ante conductas susceptibles de minar las reglas de funcionamiento monetario y financiero de la economía." Raúl Cervini, "El Lavado De Activos Como Proceso Desestabilizador De La Economía", (VI Encuentro Nacional Sobre Prevención Del Lavado De Activos Y Financiación Del Terrorismo. Buenos Aires, Argentina, 29 de abril de 2010). https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/63/83

[226] Carvenali apunta un efecto nocivo importante que provoca el crimen organizado: "Este segundo propósito puede entenderse, incluso, desde la perspectiva de la seguridad y el orden público de un Estado, pues en la medida en que la criminalidad organizada se infiltra en la economía lícita, adquiriendo poder, puede alterar las reglas del mercado y generar inestabilidad en la convivencia democrática. Supra se destacó los evidentes riesgos de corrupción que se pueden presentar y con ello resquebrajar las bases de un Estado de Derecho." Raul Carnevali, "La Criminalidad Organizada", *Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, vol. 16, no. 2, (2010): 15.

Si el Estado tiene un deber de protección y la ciudadanía un derecho a la protección de sus bienes, es evidente la necesidad de que implemente nuevas formas de control, defensa y protección ante el peligro que provoca la legitimación de capitales de origen ilícito en distintos ámbitos.

En consecuencia, la utilización de nuevas herramientas jurídicas como la Extinción de Dominio, lejos de ser contrarias al derecho de propiedad, son recursos o medidas que el Estado tiene la obligación de implementar como un remedio de protección ante las consecuencias provocadas por la economía ilegal.[227]

Se coincide con la afirmación de que, ni la ausencia de medidas legales o administrativas que satisfagan el deber de protección por parte del Estado, ni su defectuosa configuración, ni mucho menos la tradicional textura abierta de la normativa constitucional, pueden suponer el desamparo de las personas ante las agresiones provenientes de sujetos particulares, ante sus posiciones *ius fundamentales*.[228]

La forma de protección ante la horizontalidad de las agresiones se asienta en el Recurso de Amparo contra particulares. En el caso de Costa Rica, la posibilidad de instaurar una acción de amparo contra sujetos de derecho privado fue una verdadera revolución jurídica, que nació de la Ley de la Jurisdicción Constitucional [229] y que ha desarrollado la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Es ineludible que los derechos fundamentales, rigen también en las relaciones entre particulares. Ello es así, porque de poco vale ser libre frente al Estado, si no se es libre frente a los particulares. De esta forma, en las sociedades contemporáneas la opresión social, las violaciones legales y la restricción en algunas situaciones específicas que puedan ejercer algunos individuos, o grupos sociales en una situación de poder, sobre otros seres humanos o

---

[227] Recuérdese que la economía de mercado se basa en el principio de la libre competencia, en la confianza en que todos están sometidos por igual a las normas legales reguladoras del mercado. Este equilibrio se quiebra en el momento en el que uno de los competidores, dispone de un inagotable capital de origen ilícito. Además, los costes de los recursos conseguidos de forma delictiva son notablemente inferiores respecto de los derivados para la obtención de fondos lícitos, quedando el camino está preparado para que esos competidores alcancen posiciones monopolísticas a través de la supresión de sus rivales económicos. Liosdays Landaburo," Crimen organizado y economía ilegal Entrevista a Daniel Sansó-Rubert Pascual",, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, no. 18, (2016). https://www.redalyc.org/jatsRepo/5526/552656690009/html/index.html

228 Santaella, 2019, 146-147

[229] Christian Hess Araya, Ana Lorena Brenes Esquivel, comp., *Ley de la Jurisdicción Constitucional, anotada, concordada, y con jurisprudencia procesal* (San José, C.R.: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1997) art. 57, p. 174.

grupos, puede ser tan peligrosa como la que ejerce el propio Estado y sus instituciones y que, en tales circunstancias, se hace necesario buscar mecanismos efectivos de protección.[230]

1.4.2 La Propiedad como Derecho a los procedimientos y a la organización

La línea tradicional de entender el rol del Estado como defensor de los derechos fundamentales ya no es suficiente en un Estado de Derecho del siglo XXI. Proclamar la neutralidad o no intervención estatal en los derechos fundamentales es una fórmula típicamente liberal, y ciertamente necesaria; pero hoy en día resulta exigua ante los desafíos y riesgos de las sociedades actuales.

En forma concreta, el derecho a 'la organización y el procedimiento'[231] impone al Estado el deber de promulgar normas jurídicas -legislativas y/o administrativas-, con el propósito de crear estructuras organizacionales y procedimentales que faciliten el ejercicio efectivo los derechos fundamentales. Se parte de la premisa de que ciertos derechos fundamentales no serían efectivos si no se acompañan de ciertas prestaciones estatales en la esfera organizacional y procedimental. [232]

En esta misma línea de pensamiento, emergen dos derechos básicos en un Estado de Derecho que son pilares de la tarea procedimental: debido proceso y acceso a la Administración de Justicia. Nótese que si bien ambos derechos son típicos derechos fundamentales, tienen características de naturaleza procesal.

En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional ha considerado que el principio constitucional del debido proceso, está contenido en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, entre otros, [233] En cuanto al derecho de acceso a la justicia, también ha existido un

---

[230] Rodolfo Piza Rocafort et al., Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares, el Amparo Contra Particulares como un Instrumento Procesal para la Defensa de esos Derechos (La Experiencia Costarricense), (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Volumen II, 1998) 1275. Los casos que ha resuelto la sala son múltiples. Se ha establecido que una Cooperativa, un Partido Político, un equipo de fútbol, una Asociación, una Escuela, un sindicato o una empresa no pueden expulsar a un miembro sin un debido proceso o sea sin audiencia o defensa.

[231] Esta línea de pensamiento tiene un desarrollo importante en el derecho constitucional alemán a través de autores como Alexy, K, Hesse. Ver Santaella, 2019, 152.

[232] Es el caso del derecho fundamental al sufragio universal y al voto directo y secreto: no se puede ejercitar el derecho de votar previsto por el art. 93 de la Constitución costarricense si el Estado no propicia la previsión normativa de la organización y del procedimiento electoral. "Artículo 93.- (*) El sufragio es función cívica primordial y obligatoria y se ejerce ante las Juntas Electorales en votación directa y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil."

[233] Desde los inicios de la creación de la Sala Constitucional de Costa Rica, se ha delineado y definido el derecho fundamental al debido proceso. Es así como la Sala dispuso, en recurso de Amparo N.º 1980-C-91, mediante resolución N.º 2387-C-91 de las 14:39 horas del 13 de noviembre de 1991 lo siguiente: "(...) EL DEBIDO

amplio desarrollo en el ámbito de instrumentos internacionales[234], también a nivel de jurisprudencia constitucional, interpretándose que su competencia no se limita al ámbito jurisdiccional, sino que también abriga el ámbito administrativo. [235]

De esta forma, para determinar la extinción de cualquier derecho subjetivo, le antecede un debido proceso que garantizará una adecuada defensa, siguiendo un procedimiento judicial o administrativo, tendiente a la demostración del motivo del acto final.

1.4.3. Procedimiento y Organización para la Protección del Derecho de Propiedad

Las consideraciones generales esbozadas anteriormente también aplican para el derecho de propiedad y, como cualquier otro derecho fundamental, demandan crear y articular estructuras de procedimiento y organización para su protección y efectividad.

PROCESO, como garantía innominada de la libertad y como derecho subjetivo público de todo ciudadano, con raigambre en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, exige que exista cierta sustancial y razonable relación entre el acto y la Constitución, la ley y los principios constitucionales de igualdad, seguridad, moralidad, razonabilidad y bienestar, es decir constituye un verdadero ideal de justicia, es parte del derecho constitucional natural, al cual se encuentra ligada toda sociedad, llevando consigo –como bien lo ha señalado esta Sala- el derecho de defensa, el derecho de ser oído, el derecho que se abra un expediente administrativo en el cual pueda ofrecer las pruebas de cargo o de descargo, derecho a la notificación con el plazo necesario para impugnar los actos que se den contrarios a sus derechos.(...)". Sobre el particular, se pueden ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Recurso de amparo: res.1990-1275; 10 de octubre, 1990 15:45 horas"; y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Recurso de amparo: res.1990-1243; 3 de octubre, 1990 15:35 horas".

[234] Acceso a la Justicia en Instrumentos Internacionales: Declaración Universal de los DDHH Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Convención Americana de DDHH, Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para cualquier determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

[235] El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita al ámbito jurisdiccional en el Derecho Administrativo, esto es a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza; también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, prontos, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de amparo: resolución. 2004-02166; 27 de febrero, 2004 12:26 horas".

El alcance y contenido de esas estructuras procedimentales se bifurca en dos vertientes bien definidas. Por una parte, se encuentra la necesidad de encauzar las potestades públicas a rumbos que aseguren su objetividad, racionalidad, legalidad, prontitud y, en definitiva, su compatibilidad con la garantía constitucional del art. 45 de la CP, como ocurre en los casos de expropiación, limitaciones, planes reguladores o incluso la 'Extinción del Dominio', entre otras.[236]

Por otro lado, está la posibilidad de promover y formalizar la relación de los propietarios (lato sensu) con la Administración en todos sus ámbitos, de cara a resolver cualquier requerimiento que pueda surgir frente a ella, con ocasión del ejercicio del derecho[237] (e. g. solicitud de un permiso de construcción, traspaso de un inmueble, revisión de un avalúo para el cobro de impuestos, renovación de una concesión, etc.). [238]

Así, con independencia del tipo de propiedad de que se trate, este derecho debería tener siempre una garantía procedimental que asegure una protección eficaz frente a las intervenciones estatales concretas que pudiesen incidir sobre él. En el fondo, esta garantía asegura a sus titulares la oportunidad de defensa *ex ante*; y a los poderes públicos, un insumo para una mejor fundamentación y preparación de sus decisiones, bajo sanción de nulidad y de responsabilidad civil, entre otras consecuencias.

También se puede advertir que los procedimientos y la organización referida al derecho de propiedad resultan clave para las relaciones entre sus titulares. Cada vez son más frecuentes las disputas entre particulares, originadas en las facultades de uso que el derecho de propiedad le confieren.

En la actualidad, la creciente necesidad de regulación, ordenación y control de la realidad social a cargo de la Administración dejan entrever la importancia de los procedimientos. Como se evidencia en ámbitos como el urbanismo y el medio ambiente, entre otros; el titular de un derecho de propiedad requiere de previa autorización para ejercer determinados atributos del dominio. La complejidad de la sociedad actual enfrenta los intereses

---

[236] En estos casos, tanto el proceso previsto para el caso de la expropiación (Asamblea Legislativa, "No. 7495: Ley De Expropiaciones; 3 de mayo de 1995, (Master Lex), como los requisitos para la imposición de limitaciones que pueden revisarse a nivel jurisdiccional, o el debido proceso en general, son los mecanismos que aseguran la protección del derecho de propiedad, de una forma u otra.

[237] Para estos supuestos, los fines y principios del Derecho Administrativo en general y, especialmente, la Ley General de la Administración Pública, son los pilares en los que asienta el derecho al procedimiento.

[238] Santaella, 2019, 155.

de unos con los derechos de otros de manera cotidiana. En el caso específico del derecho de propiedad, esa contraposición de intereses nace de la propia estructura dual del derecho que integra los conceptos de función social e interés privado.

Bajo este escenario, las normas de procedimiento y organización germinan, en general, como un instrumento adecuado para valorar y ponderar posiciones constitucionales enfrentadas.[239] De esta forma, el procedimiento aplicado al derecho de propiedad se traduce no solo en la oportunidad de encontrar un balance entre los diferentes intereses privados en juego; sino en la posibilidad de hacer valer los intereses públicos, y armonizarlos con los intereses personales del propietario, acortando así los riesgos de una decisión sesgada o de favorecimiento de alguno de los intereses enfrentados sobre el (los) otro(s), por falta de información o de ponderación. No en balde, los procedimientos para la autorización de ciertos proyectos, tanto privados como estatales, se han abierto al escrutinio de los vecinos y terceros interesados.[240]

La protección bajo estudio opera en distintos supuestos o escenarios: por inaplicación de los procedimientos existentes, deficiente configuración, o indebida interpretación de los procedimientos existentes, también ante casos de ausencia de un procedimiento legalmente definido. Por ejemplo, la apertura de caminos o servidumbres, dentro de propiedades privadas, en casos de emergencia derivada del cambio climático.[241]

Sin embargo, debe quedar claro que esa garantía de procedimiento del derecho de propiedad no quiere decir que tenga un carácter de absoluto. En otras palabras, el reconocimiento de la garantía procedimental del derecho de propiedad no resulta incompatible con las distintas formas de materialización de esa garantía, según lo disponga el legislador.[242] De una lectura meditada del 45 constitucional, no es posible derivar algún modelo específico de procedimiento como garantía del derecho de propiedad. En definitiva, el legislador tiene

[239] Hesse citado por Santaella, 2019, 156.

[240] Un ejemplo de esta tendencia en Costa Rica se encuentra en la obligatoriedad de consulta pública en el caso del Proyecto Hidroeléctrico Diquís, en el cual se obligó al Estado a consultar al pueblo indígena Teribe, directamente afectado con el proyecto hidroeléctrico que se pretendía construir. Posteriormente, el Poder Ejecutivo promulgó en el año 2018, un decreto ejecutivo para implementar la consulta. Ministerio de la Presidencia y Ministerio de Justicia y Paz, "Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas, N.º 40932- MP-MJP"; 6 de marzo, 2018.

[241] Ver sentencia de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: resolución 5052-2011; 15 de abril, 2011; 11:21 horas", expediente 10-016575-0007-CO.

[242] Al respecto, Santaella, 2019, 162.

amplia libertad de configuración para estructurar procedimientos en materia sensible a los derechos subjetivos del derecho de propiedad.[243] Un claro ejemplo de eso es la amplia regulación del derecho registral patrimonial, con miras a garantizar la seguridad jurídica y la fe pública registral, y los mecanismos de seguridad jurídica preventiva.

Una consecuencia de lo anterior es que el legislador tiene amplio margen para establecer y configurar el procedimiento requerido para el caso de cualquier acción relacionada con la privación del dominio. Por supuesto, deberá existir un mínimo de respeto al debido proceso, que haga posible el derecho de defensa, así como la adecuada garantía de valorar las distintas posiciones enfrentadas en torno al derecho de protección y, finalmente, siempre deberá de permitirse el respectivo recurso o el derecho a recurrir ante una segunda instancia. [244]

2. El objeto sobre el que recae el derecho de Propiedad Privada

2.1 Visión Constitucional y visión Civil

El estudio del Derecho de Propiedad no podría estar completo si no se clarifica el objeto sobre el cual recae. Tal orientación no tiene una intencionalidad estrictamente dogmática, sino más bien pragmática. De esta forma, cualquier normativa sobre privación de la propiedad debe coincidir con los distintos tipos de bienes que abarca ese derecho. Incluso si la clasificación de los objetos de esa normativa es disímil a la clasificación tradicional,[245] corresponde contrastarla

[243]Algunos de esos procedimientos que el legislador ha configurado se encuentran en procedimientos expropiatorios o imposición de limitaciones al derecho de propiedad, un ejemplo de ello sería la Ley de Expropiaciones, número 7495, vigente desde el ocho de junio de 1995 que regula todo lo atinente a un procedimiento expropiatorio con las debidas garantías para la parte expropiada.

[244] En el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, se encuentra una referencia clara sobre el derecho a la segunda instancia. También en los Casos Castillo Petruzzi y otros contra el Estado de Perú: derecho al juez natural durante todo el proceso, 30 de mayo de 1999, y caso Herrera Ulloa contra Costa Rica: los estándares de revisión íntegra del fallo y de eficacia del recurso, 2 de julio de 2004. Sobre la libertad de configuración y debido proceso, se puede revisar el siguiente voto: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de amparo, resolución Nº 1369 – 2002; 08 de febrero, 2002 10:53 horas, expediente: 01-010054-0007-CO. Se trata de un recurso de amparo con el Instituto de Desarrollo Agrario debido a la revocatoria de adjudicación de una parcela. La Sala consideró que no había afectación alguna y que se había cumplido con el debido proceso. Por el contrario, cuando no se ha seguido el procedimiento o el debido proceso, la Sala Constitucional así lo dispuesto. Para ilustrar esta situación puede revisarse: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo, resolución número 8624 – 2008; 21de mayo, 2008 17:15 horas, expediente: 07-009967-0007-CO. En este caso, la Sala Constitucional determinó que se reabrió un supuesto camino público sin que se hubiese cumplido el debido proceso establecido en la Ley de Caminos.

[245] Se refiere a la clasificación prevista en el Derecho Civil y en relación con las cosas y los bienes, tal como lo expresa el libro II del Código Civil, a partir del artículo 253 que dice: "Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos,* tomo I, (2014) 111.

y determinar si ese 'inédito' objeto se adecúa al contenido constitucional del artículo 45 de la CP, o a las previsiones de las convenciones internacionales que se estudiarán en el capítulo IV. Como es usual, ninguna de las constituciones occidentales enumera los tipos de bienes o cosas que abarca el Derecho de Propiedad Privada, a pesar de que se garantiza su existencia.[246]

En la actualidad, resulta indiscutible que el objeto de la propiedad presenta contornos muy amplios que dimanan de la cambiante realidad fáctica. La visión clásica de la propiedad limitada al Código Civil resulta muy estrecha frente a las exigencias actuales del tráfico jurídico-económico,[247] debido a que tiene la tierra como principal referente patrimonial, cuya finalidad última es la apropiación material inmediata y directa de una cosa.

Desde el punto de vista constitucional, el artículo 45 de la CP debería de interpretarse a la luz de esos desafíos, y tener la elasticidad necesaria para defender las nuevas creaciones o instituciones autorizadas por el Derecho.[248] Adicionalmente, tampoco el Código Civil establece una delimitación detallada y precisa acerca de las distintas clases de bienes que abarca el

[246] En el lenguaje corriente, se emplea la expresión "propiedad" a menudo, cuando se piensa en el patrimonio o en cualquier derecho patrimonial. Sobre el concepto de patrimonio, puede verse Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los bienes*, p. 15. También véase la sección 1 del cap.I.

[247] Básicamente, la tradición clásica alude a la propiedad sobre cosas materiales. En este sentido, Diez Picazo indica: "El objeto del dominio son siempre cosas materiales. Sólo por vía de la analogía puede hablarse de dominio sobre bienes inmateriales, que las leyes regulan como una de las llamadas "propiedades especiales" (propiedad literaria, artística, científica, industrial). Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, tomo III, sexta edición (Madrid, España: Editorial Tecnos, 1997) Albaladejo también admite que "objeto de propiedad pueden serlo solo las cosas corporales (sean inmuebles o muebles) específicamente determinadas" Albaladejo, Derechos Reales, Tomo II, 91. También el Código Civil de Costa Rica, en los artículos 275 y 276, mencionan a la propiedad intelectual, las aguas y las minas como "propiedades" que se regirán por leyes especiales. Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado,…156-157.*

[248] Una posibilidad para encontrar esa flexibilidad o adaptación es realizar las interpretaciones constitucionales bajo el método evolutivo. Sobre el particular se ha afirmado: "Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas". Rosa Elena Di Martino Ortiz, Marcos C. Villamayor Huerta, Gustavo Sánchez Paniagua, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Asunción, Paraguay: Testanova, 2012): 276. Sobre la textura abierta, propio de los textos constitucionales, puede consultarse la obra de Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*, 104-105. En este particular explica Haba: "además, incluso para los términos que no son vagos actualmente, es decir, aquellos que usamos cotidianamente de un modo tal que no nos provocan dudas, esto no excluye que ellos sean vagos al menos en potencia: siempre pueden llegar a darse, o por lo menos se puede imaginar. Ibid., 104.

Derecho de Propiedad Privada, salvo que se trata de cosas materiales y que, tratándose de bienes inmateriales, se regirán por leyes especiales.[249]

No debería sorprender la plasticidad del Derecho de Propiedad si, desde la propia formulación del artículo 544 del Código Civil Francés[250], se concibió ese derecho de una forma general, elemental, teniendo por objeto "las cosas." A partir de la definición de la propiedad en el Código Civil Francés y todos los demás códigos que se derivan de este, el concepto de propiedad privada se puede aplicar a prácticamente cualquier objeto existente o por existir.[251] Sin embargo, a pesar de la amplitud del objeto de la propiedad prevista en la legislación civil, el derecho de propiedad constitucional, entendida como género, es el que ofrece mayor posibilidad de adaptarse a las novedosas relaciones existentes en las sociedades actuales. Esta afirmación se sustenta en el hecho indubitable de la indeterminación sobre los tipos de bienes a que se refiere el artículo 45 constitucional; además, no carga con la limitación de ajustarse solamente a cosas materiales.

Negar lo anterior implicaría una grave limitación y desprotección legal a las múltiples posibilidades que el mundo económico ofrece en la creación de novedosas posiciones jurídicas patrimoniales.[252] Además, restringir el objeto del derecho de propiedad desde el punto de vista constitucional provocaría una seria afectación a los distintos institutos creados por el Estado,

---

[249] El artículo 275 y 276 del Código Civil disponen: **Artículo 275.** Las producciones del talento son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales**. Artículo 276** La propiedad de las aguas y de las minas y los derechos que con ellas se relacionan, sólo se regirán por las leyes comunes en cuanto éstas no se opongan a las leyes especiales sobre aguas y minas." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil...*, 156-160.

[250] "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos". *Código Civil Francés: Código Napoleón,* (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001): 201.

[251] Para un estudio pormenorizado sobre el objeto del Derecho de Propiedad en Europa, véase: Elena Lauroba Lacasa, *El derecho de Propiedad en la Construcción del Derecho Privado Europeo,* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2018).

[252] Una explicación de este fenómeno creativo de cosas se puede entender a partir del concepto denominado "sociedad post industrial", que se entiende de la siguiente forma: "A) La sociedad industrial, producto de la Revolución Industrial clásica inglesa de los siglos XVIII y XIX, se caracterizó por la producción masiva de bienes materiales de consumo…B) Por su parte, la sociedad postindustrial, denominación amorfa en lo teórico y esquiva en lo político, recibe su partida de bautizo a finales de la década de los años 60´s del siglo XX. Mientras la sociedad industrial producía bienes materiales, esta nueva forma de sociedad producirá bienes inmateriales. Su naturaleza, la de la sociedad postindustrial, será producir servicios. Si se sigue la clásica taxonomía productiva encontramos que, mientras la sociedad industrial se caracterizaba por fundar su economía en el sector primario, la postindustrial lo hace desde el terciario. Luis Alberto Carmona Sánchez, "Convergencias y Divergencias entre la Sociedad Industrial y La Sociedad Postindustrial", *NOVUM, revista de Ciencias Sociales Aplicadas, No. 2(10), (2020): 152.* https://revistas.unal.edu.co/index.php/novum/article/view/89650/75827 . No en balde la sociedad actual se le denomina "sociedad de la información" o "sociedad del conocimiento", véase n. 256 infra.

para ser aplicados en la esfera del derecho de propiedad. Instituciones antiguas (como la expropiación) y novedosas (como la Extinción del Dominio) resultarían vacías, desaprovechadas o inoperantes, debido a que los objetos sobre los que recae el DP serían muy limitados.[253]

El auge del capitalismo post-industrial[254] ha provocado el desplazamiento de buena parte de la atención de los agentes económicos a la generación, procesamiento y distribución de información y el conocimiento.[255] Sectores como la internet o las nuevas tecnologías se enmarcan en esta línea y, con ello, deviene la necesaria adaptabilidad del derecho de propiedad

[253] Santaella Quintero, "*La propiedad privada constitucional"*, 258.

[254] La sociedad postindustrial es aquella donde la economía se basa en la producción de servicios, y no en la industria o en la manufactura. Es decir, una sociedad se puede considerar postindustrial cuando la mayor parte de la riqueza la aporta el sector terciario (servicios) y cuaternario (investigación y desarrollo). Asimismo, las actividades del sector primario (actividades extractivas) y secundario (transformación de materias primas en bienes de consumo) se vuelven menos relevantes para la economía. Visto de otro modo, las sociedades postindustriales se caracterizan por orientarse a los servicios y al conocimiento más que a la transformación de materia prima. Las sociedades post-industriales se reconocen, según Bell (1993: 43-44), por dos rasgos: "El primero es el paso de una economía de mercancías a una economía de los servicios", especialmente de servicios de educación, salud y seguridad social, así como de análisis de sistemas, desarrollo e investigación. "La segunda característica...es mucho más importante: por primera vez la innovación y el cambio provienen de la codificación del saber teórico". Daniel Bell, *El Advenimiento de la Sociedad post-industrial (*Madrid, España: Alianza Editorial, 1976), 7.

[255] Debido a estas características, es que se utilizan los vocablos de 'Sociedad del conocimiento' y 'Sociedad de la Información'. Es muy interesante lo que plantea esta autora a propósito de estos conceptos: "El modelo jurídico multidimensional analiza la cultura en el marco de la relación hombre-**sociedad**-cultura-derecho -ya presentada- y hoy vivimos lo que podría denominarse una cibercultura, por la evolución tecnológica que aparece como el principal motor en el ámbito exclusivo de la hipermedia, cuyo centro neurálgico es Internet. Al presente es necesario un replanteo de lo local y lo universal, porque se relacionan mucho más con los problemas de las identidades culturales, que con los de la cultura en cuanto tal y permite la apertura del derecho a lo cognitivo y al lenguaje en relación con la **sociedad**. Conforme a lo señalado, este nuevo modelo de interacción social que vivimos genera un desafío para quienes se desempeñan en el área del conocimiento, ya que es preciso estar informado, ser creativo y tener la capacidad de estructurar constantemente nuevas propuestas a partir de la información que circula. Pero información no es sinónimo de conocimiento, mientras la primera se compone de datos, sucesos, hechos, acontecimientos, entre otros, el conocimiento es la comprensión y uso reflexivo-contextualizado que podemos hacer de la información17. Es por esto por lo que la sociedad del conocimiento se apoya en la sociedad de la información y toma de ella lo que necesita para transformarse. Mariángel Rodríguez Rosario, "La justicia en la sociedad del conocimiento y la información", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, A, Núm. XI-2, (2020), 110-111. https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/content_type:4/sociedad+del+conocimiento/WW/vid/853616509

a los nuevos contenidos patrimoniales.[256] Desde este punto de vista, conviene acoger una posición dilatada del objeto de este derecho.[257]

Esta concepción amplia del derecho de la propiedad tampoco es nueva. A partir de que se promulgó la constitución de Weimar de 1919, y la jurisprudencia del *Reichsgericht* (Tribunal Constitucional Alemán), la noción de propiedad, antes que contraerse, sufrió una especial expansión determinante de sus desarrollos posteriores. Su objeto pasó de cubrir únicamente la propiedad fundiaria y de las cosas –sentido originario de este derecho según las codificaciones civiles–[258] a abarcar otros derechos patrimoniales de los ciudadanos.[259]

La trascendencia de acoger una posición extensa del objeto sobre el cual recae el derecho de Propiedad Privada estriba en su autonomía conceptual, al desligar esta del concepto civil. Omitir esta distinción supondría la notable contracción que sufriría la esfera de protección de la garantía constitucional de este derecho, ante una concepción jurídica–civil, *stricto sensu*, de su significado.[260]

---

[256] En esta misma línea, la amplitud de contenidos del derecho de propiedad el proyecto de ley de ED, con respecto a la definición de bienes, indica: "2) Bienes: Los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, corporales o incorporales o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial, títulos valores, los documentos o instrumentos legales, dinero y todos los activos e instrumentos financieros que sean sujetos de medidas directas e inmediatas de congelamiento, inmovilización o custodia, capital de una sociedad o persona jurídica, acciones y cuotas sociales; así como cualquier derecho de propiedad sobre bienes y activos, en los términos establecidos en esta ley."

[257] Esta posición también es compartida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sobre el particular también admite un concepto amplio de propiedad: "La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los "bienes", definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor". Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005, https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/palamarairibarne.pdf

[258] El artículo 153 de la Constitución de Weimar de 1919 indicaba: "Artículo 153. La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del Imperio disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, salo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en favor del Imperio se realice con respecto a Países, Municipios y establecimientos de utilidad pública sólo podrá efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general." Revista de la Universidad de la Universidad Nacional de Córdoba, La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919, año 8 MP., E. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=la+constituci%C3%B3n+de+alemania+1919&btnG=

[259] Santaella Quintero, "*La propiedad privada constitucional"*, 43.

[260] Santaella. También se coincide con este autor cuando afirma refiriéndose a la constitución colombiana: "Ello equivaldría a dejar fuera de su cobertura a un número importante de posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales que a pesar de no recaer sobre una cosa ni conceder a su titular las facultades tradicionales de goce y disposición, en consideración a su naturaleza, sentido y finalidad, lo mismo que al papel que les corresponde dentro del sistema

Desde este punto de vista, el contenido de la propiedad, en su sentido amplio, no se reduce a la concepción tradicional que se utiliza en los derechos reales. Su mayor amplitud desborda la categoría del Derecho Civil para ofrecer cobertura a la realidad patrimonial de la sociedad actual. En consecuencia, la protección que proporciona la propiedad contiene sin duda a los derechos reales, pero no se limita a ellos.[261]

2.2 El Derecho de Propiedad sobre Situaciones Jurídicas Privadas de contenido patrimonial

Dada la amplitud y diversidad del DP, resulta más apropiado utilizar un concepto genérico para afirmar que este derecho ampara diversas situaciones jurídicas privadas de naturaleza patrimonial.[262]

Bajo el abrigo del derecho fundamental de la propiedad privada del artículo 45 de la CP, en su fórmula "la propiedad es inviolable," se hallan derechos de contenido patrimonial[263] de muy diversa índole. Su espectro abarca tanto situaciones originadas en títulos jurídico-privados (la propiedad fundaría), como jurídico-públicos (v. gr. concesiones, aprovechamientos mineros,

económico, representan valores dignos del amparo que brinda esta garantía y de estar sujetos a las afectaciones e incursiones jurídico-públicas que se derivan de ella. Los derechos de crédito, las acciones, la propiedad intelectual, la propiedad industrial, la propiedad mercantil, al igual que las licencias, concesiones u otros derechos jurídico-públicos de contenido económico, entre otras muchas posiciones jurídicas de significado patrimonial articuladas por el legislador fuera del apretado molde del derecho real de dominio quedarían desprovistas tanto de la protección que mana del artículo 58". Santaella, "*La propiedad privada constitucional"*, 717.

[261] Este particular divorcio entre el Código Civil y la realidad económica fue advertida desde hace varios años por el connotado agrarista Ricardo Zeledón, en su libro: Ricardo Zeledón, *Código Civil y Realidad*. (San José, Costa Rica: Alma Mater, 1987).

[262] Podemos resumir lo expuesto diciendo que la 'relación', en general, puede ser una conexión entre dos cosas, o entre una cosa y un sujeto, o entre dos sujetos; las conexiones entre sujetos reguladas por el derecho son llamadas 'relaciones jurídicas'. Según Osorio "Con más sencillez, y sin reiterar el adjetivo definido, el Diccionario de Derecho Usual la enfoca como "todo vínculo de Derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporal, con trascendencia en el ordenamiento vigente". Manuel Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, II* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Ruy Diaz S.A. 1984), 659. Es más preciso hablar de situaciones jurídicas subjetivas, que se definen como aquellas posiciones que ocupan los sujetos que participan en una relación jurídica. A partir de ahí, ha sido tradicional distinguir entre situaciones jurídicas de poder (o activas) y situaciones jurídicas de deber (o pasivas). Juan Manuel Herreros López, *"*La relación jurídica y la Situación Jurídica*"*, *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, 2003, 6, http://hdl.handle.net/11268/4910. En el mismo sentido Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar y Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*. 15° ed. (Madrid, España: Editorial Tecnos S.A., 2010), 532-533.

[263] Desde el punto de vista conceptual, no es equiparable propiedad con patrimonio. El primero alude a una relación jurídica activa del sujeto, la segunda se refiere a una universalidad o al conjunto de bienes y deudas de un sujeto determinado. En referencia al concepto de patrimonio, el CC sigue esta línea en sus artículos 294, 716, 842, 848 y 981 del CC. Para mayor explicación véase cap. I, sección I.

contratos públicos y otros) y reviste de las mismas implicaciones que cualquier derecho de propiedad (limitaciones, reserva de ley, garantía expropiatoria y eventualmente su extinción), sean bienes materiales o inmateriales, también muebles o inmuebles.[264]

En un sentido también amplio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el alcance que debe atribuirse a la expresión 'bienes', empleada por el artículo 21.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos al proclamar la garantía de la Propiedad Privada;[265] los define de la siguiente forma: "como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor." [266]

De esta forma, la cobertura del artículo 45 CP se ensancha sobre todo tipo de 'bien' o 'bienes' adquiridos por los sujetos particulares en ejercicio del tráfico jurídico-privado. En consecuencia, el derecho de propiedad constitucional arropa tanto la propiedad inmobiliaria (en todas sus variantes), como la propiedad sobre bienes muebles materiales, acciones, derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial, derechos de crédito, y otros activos tangibles e intangibles –como las patentes, marcas, derechos de autor, dominios de internet, franquicias, el *good will* y el *know how*–, la propiedad dineraria, los títulos valores, y otra amplia gama de derechos.[267]

Ante la diversidad y extensión de posibilidades del objeto que distingue al Derecho de Propiedad, es factible afirmar que este comprende cualquier posición jurídico-privada de contenido patrimonial vinculado con un titular de derecho, para su exclusivo uso. Esta afirmación encuentra su límite o condición en el entendido de que gozarán del resguardo que

---

[264] Santaella Quintero, *La propiedad privada constitucional*, 260.

[265] "Artículo 21 Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Organización de los Estados Americanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969).

[266] Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein v. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (reparaciones y costas), párr. 122, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. En el mismo sentido, caso Granier y otros Radio Caracas Televisión) v. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015 (excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 334 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf; o también el caso Mémoli v. Argentina, Sentencia de 22 de agosto de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 170, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

[267] Esta amplitud de derechos se observa con nitidez en la definición de bien que realiza el proyecto de ley de ED, ver nota 78 infra.

ofrece la garantía constitucional del DP, aquellos derechos de contenido patrimonial legítimamente adquiridos conforme a las distintas formas de adquisición previstas en la legislación civil. En este punto interesa destacar la posibilidad de evaluar la legitimidad o licitud del título por el cual aquel fue adquirido.[268]

2.3 Condiciones que debe cumplir el objeto del DP

Una vez abordado el carácter objetivo sobre el cual recae materialmente el derecho de propiedad, resulta pertinente efectuar una delimitación jurídica del concepto. Si bien se ha identificado el objeto del derecho de propiedad, resulta entendible que, por lo extenso de esa definición, se requiera señalar algunas condiciones para que una determinada posición jurídica-privada esté protegida por el artículo 45 de la CP.

En primer lugar, se requiere de una relación jurídica concreta de donde nazca un ámbito de aprovechamiento privado en manos de un titular específico, con carácter exclusivo y excluyente.[269] Cualquier DP atribuido a un sujeto en particular debe servir de base para los fines económicos del sistema de producción imperante (‘iniciativa privada’). Además, está libre iniciativa debe ofrecer el espacio necesario para el provecho o lucro personal del individuo en términos económicos.[270]

El segundo elemento requiere que la posición jurídica hubiese ingresado efectivamente al patrimonio del sujeto o titular. No debe tratarse de una mera expectativa, sino de una posición jurídica consolidada.[271]

---

[268] Ver infra cap. III, sección 4.

[269] Santaella Quintero, *La propiedad privada constitucional*, 331.

[270] En términos del sistema económico actual en los países occidentales (economía de mercado), la iniciativa privada y el provecho que ello representa son los incentivos capitales para el uso eficiente de los recursos y la maximización de la riqueza de la sociedad en general. Es evidente que, de no asegurarse a los individuos que su esfuerzo personal se encuentra garantizado, la libre iniciativa se vería seriamente disminuida. En principio, los costos y dificultades que supone la producción de un determinado bien o servicio deben de tener no solamente una determinada compensación, sino la garantía de que ese bien o servicio no le será arrebatado ni disputado por otros sujetos o el propio Estado. El anterior comentario está íntimamente relacionado con el derecho a la libertad de empresa. En este sentido, la Sala Constitucional ha indicado: “La Libertad de Empresa: Esta libertad contenida en el artículo 46 en relación con el 28, ambos de la Constitución Política, garantiza a toda persona el derecho a emprender cualquier actividad económica, siempre y cuando ésta no atente contra el orden público, las buenas costumbres o perjudique a terceros... En una democracia como la costarricense, en la que se adoptó una economía de mercado, el Estado debe hacer uso de una buena planificación, para inducir a que determinados individuos desarrollen una actividad económica que considere beneficiosa y conveniente para el desarrollo del país”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo: res. 0311-97; 15 de enero, 1997 16:12 horas” (Master Lex, 2023).

[271] Existe abundante jurisprudencia constitucional sobre este aspecto. Concretamente, la Sala Constitucional precisó los alcances de lo que debe entenderse por derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, indicando que los primeros denotan: *"... aquella circunstancia consumada en la que una cosa -material o*

El tercer y último componente se trata de la licitud de la posición jurídica o de la licitud del objeto mismo.[272] Desde el voto del 2015 ya citado, la Sala Constitucional aclaró los alcances del derecho de propiedad tratándose de bienes de procedencia ilícita, afirmando lo siguiente: "…quien adquiere bienes ilícitamente o derivados de actividades ilícitas, no tiene la protección y reconocimiento del Estado, de manera que no consolida su derecho de propiedad, siendo el dominio que ejerce solo es aparente, por tener un vicio originario que no es susceptible de convalidación y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento."[273] Además, el artículo 835 del Código Civil señala que hay nulidad absoluta en los actos o contratos[274] cuando no exista causa justa o lícita.[275]

La propiedad privada adquirida legítima o lícitamente es un derecho fundamental protegido por el artículo 45 de la CP.[276] Para el tribunal constitucional costarricense, la

inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: voto N.º 2765-97; 20 de mayo, 1997 15:03 horas", expediente 95-004527-0007-CO.

[272] De acuerdo con el 631 del C.C., existe imposibilidad legal respecto de los actos ilícitos contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este elemento se abordará con mayor profundidad y análisis en el capítulo tercero.

[273] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Consulta judicial facultativa: voto 2015-18946; 02 de diciembre, 2015, 11:02 horas".

[274] "**1.-** Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. **.-** Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige que en ellos interviene (*...)"*: Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil, Concordado, con anotaciones de acciones de inconstitucionalidad, y espacios para anotaciones en cada artículo* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2002), art.835, p.181.

[275] El artículo 627 del Código Civil establece que para la validez de las obligaciones es indispensable: " (…) Causa Justa". Ibid., art. 627.

[276] En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal constitucional colombiano en el voto En la sentencia C-740/03 del veintiocho de agosto del dos mil tres, que en lo que interesa dispuso: "Los derechos solo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y solo a estos se extiende la protección que aquel brinda. Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan solo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado. Luego, no concurren argumentos para exigir que la garantía constitucional de los derechos adquiridos se extienda a los bienes adquiridos ilegítimamente. 7. En relación con la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad privada, hay que decir que el punto de partida para la acción estatal no está determinado por la adquisición solo aparente del derecho en razón de la ilegitimidad implícita en el título, pues se está ante un derecho legítimamente adquirido y por lo mismo protegido por la Constitución y la ley. Lo que ocurre en este caso es que el derecho de propiedad, en el contexto primero de un Estado social y luego de un Estado constitucional, impone obligaciones al propietario. Éste tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la Constitución misma, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no solo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad de la que hace parte y a que ese proyecto se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto función social y ecológica. De allí que cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de

extinción de dominio no contradice ese derecho, por el contrario, reafirma el reconocimiento de ese derecho en el entendido de que los bienes adquiridos por actividades ilícitas no adquieren legitimidad ni deben gozar de protección legal. [277]

3. La Función Social: modulador de la función económica del derecho de propiedad

3.1. El derecho de propiedad y su rol en la economía

Cualquier sistema de normas fundamentales responden a un tipo de organización política determinado y dentro de este sistema, el modelo económico tiene implicaciones sustanciales en la elaboración de normas constitucionales. En consecuencia, aunque no exista un capítulo o sección en la Constitución Política (CP) de Costa Rica -y de la mayoría de los países - dedicado a la economía, si es posible configurar un marco básico de principios de los cuales derivar y permitir el funcionamiento de una ordenación económica en particular. [278]

En el caso de Costa Rica y la mayoría de los países occidentales, por tratarse de sistemas económicos de corte capitalista o de mercado,[279] se establece el marco jurídico básico de los sujetos privados en tanto agentes económicos, regulando sus actividades mediante la configuración de los derechos de propiedad privada y de empresa como derechos individuales, en los artículos 45 y 46 constitucionales. En el caso del 46 de la CP, se afirma que se trata de

---

preservar y restaurar los recursos naturales renovables, incumpla una carga legítima impuesta por el Estado y que éste, de manera justificada, opte por declarar la extinción de ese derecho".

[277] Sobre la ilicitud, se ahondará en el capítulo siguiente. Véase Infra cap. III, sección 4 "Licitud en la adquisición y la transmisión del Derecho de Propiedad."

[278] En esta dirección, Barnes Vázquez citando a Muñoz Machado asevera: "no suele ser común en las Constituciones occidentales modernas la incorporación de definiciones que supongan la adhesión a un sistema económico determinado, sino que es más corriente el reconocimiento de algunos principios propios de las economías liberales, corrigiéndolos con otros que permiten la conducción del sistema hacia esquemas más propios del socialismo democrático" Barnes Vázquez, 134. En la doctrina, a este grupo de principios se suele denominar 'Constitución Económica'. La Sala Constitucional ha utilizado ese concepto en diversos fallos, entre ellos se encuentra el siguiente: "El párrafo 4° dispone que "Para establecer nuevos monopolios a favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa", con lo cual se enfatiza la regla contenida en la "constitución económica" -esto es, el conjunto de valores, principios y preceptos que regulan la economía y el mercado en el texto fundamental- de la libertad de empresa y la libre competencia y, por consiguiente, la excepción calificada del monopolio -incluso los públicos-, dado que, se precisa de una ley reforzada y, por consiguiente, de un considerable consenso de las fuerzas políticas representadas en la Asamblea Legislativa para establecer un monopolio público de derecho. "Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Consulta legislativa: res. 2008-4569; 16 de marzo, 2008 14:30 horas".

[279] Se denomina 'capitalismo' "a uno de los sistemas que la humanidad ha adoptado a lo largo de su historia, en la búsqueda de mecanismos para resolver de la manera más eficaz posible sus problemas económicos, dentro de unos valores políticos, sociales y culturales determinados", que implica un mundo de acción, comprensión e interpretación de la vida según las circunstancias, contexto e intereses de cada cual…El capitalismo se caracteriza, por la combinación de dos instituciones que le definen claramente: la propiedad privada y el mercado, que sustentan el papel de la iniciativa individual y el afán de lucro." Ramón Casilda Béjar, *Capitalismo Crisis y reinvención,* (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2019), 100

una de las disposiciones más radicales de libertad de empresa que se puede encontrar en las constituciones occidentales, al disponerse que se prohíbe "cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria".[280] El artículo 28 de la CP, que consagra el principio de libertad de actuación traducible en la libertad de contratación como derecho fundamental de naturaleza individual. Además, en el artículo 47 de la CP se configura el derecho de propiedad intelectual como un derecho fundamental de carácter individual.

Para coronar con los principios que directa o indirectamente influyen en el modelo económico costarricense, el artículo 50 constitucional juega un papel importante, legitimando la intervención pública en la economía como medio para alcanzar los fines que el estado social supone.[281]

Bajo el anterior panorama, sin duda, el derecho de propiedad está en el centro del sistema económico y cumple, antes que nada, una función económica que será distinta dependiendo del tipo de propiedad que se trata. Para una mejor ilustración de esta afirmación, valórese el supuesto de la propiedad agraria, en la que se suele explicar que su función económica inicia con su deber de cultivar la tierra para que sea productiva, pero también existe la obligación de mejorarla con el objeto de que aumente su productividad, siempre y cuando sea en equilibrio con un ambiente ecológicamente equilibrado y tratándose de algunas propiedades especiales cumplir con la normativa especial le impone.[282] Este ejemplo demuestra una vez más el criterio esbozado anteriormente, sobre el hecho inevitable que hoy en día la propiedad privada es un 'derecho-deber de propiedad'.

En la mayoría de los sistemas económicos cuyos medios de producción pertenecen a los titulares privados, la función económica exige la necesidad de transformarla, disponerla y de

---

[280] Eduardo Ortiz, *Ensayos La Propiedad,* 410. Este artículo en lo que interesa dispone: "**Artículo 46.- (*)** Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria…" *Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada, concordada,* 2005, 459.

[281] Para Eduardo Ortiz, esta disposición y algunas otras, dejan entrever que la constitución costarricense establece una propiedad de naturaleza mixta. "En efecto: si un régimen jurídico de la propiedad, para ser tal, ha de tener un núcleo uniforme y único, ese núcleo viene impuesto por la conciencia colectiva… Y no hay la menor duda de cuál es la nuestra: es una preferencia por un sistema flexible de propiedad mixta, pública y privada…" Eduardo Ortíz, *Ensayos La Propiedad,* 410.

[282] En este sentido Enrique Ulate, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, 150-151.

usarla conforme a su destino, porque es por la transformación y cambio de las cosas que es posible obtener un lucro o una ganancia económica.

De lo analizado hasta este punto, queda establecido que la constitución garantiza una economía de mercado, pero dentro de un estado social. En una economía de esta naturaleza, el papel del estado no se limita a garantizar el funcionamiento del mercado (libre y 'concurrido', evocando la imagen de un mercado físico) como corresponde en la concepción liberal del mismo; se busca la intervención del estado para resolver los llamados 'fallos de mercado'.[283] Es precisamente bajo la concepción constitucional de la economía que resulta necesario analizar las formas y medios que utiliza el sistema constitucional y legal para intervenir en una economía de mercado, iniciando con el concepto de 'interés social'.

3.2 ¿'Interés Social' o 'Función Social'?

El párrafo segundo del artículo 45 de la CP establece la posibilidad de imponer limitaciones de "interés social" al Derecho de Propiedad. Así como fue adelantado en el capítulo primero, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el concepto 'interés social' es sinónimo de 'función social'[284]. No obstante, lo anterior, y ante la relevancia del concepto 'interés social', parece necesario analizar este extremo a fin de encontrar coincidencia o disidencia en la visión constitucional.[285]

---

[283] Julio Jurado Fernández, La Jurisprudencia Constitucional y la Regulación del Mercado, *Revista ciencias jurídicas*, no. 110 (2006):48. En las siguientes sentencias la Sala Constitucional ha admitido y calificado el sistema económico de Costa Rica como de mercado en un contexto social. En este sentido se han expresado las siguientes sentencias: sentencia 550-95 de la Sala Constitucional, 9 de enero, 1996, expediente No. 0142-V-93 y en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: sentencia 2001-01391; 14 de febrero, 2001 14:52 horas", expediente 99-007599-0007-CO.

[284] Se trata de acepciones denominadas 'indeterminadas' o "conceptos jurídicos indeterminados". En ese sentido véase Enrique Pedro Haba Muller, *Metodología (Realista) del Derecho*, 47,107, 115.

[285] La revisión propuesta obedece a tres causas: a.- Que el artículo 45 de la CP no utiliza el término 'función social'; b.- Que los constituyentes de 1949 intentaron, sin éxito, incluir la acepción y c.- Que años más tarde, cuando se presentó el proyecto de ley de Tierras y Colonizaciones de 1961, existió un gran revuelo por la introducción del concepto 'función social', lo cual provocó que se le eliminara en varios artículos de la ley. Este aspecto lo señalan Salas Marrero y Barahona Israel: "La Constitución no asigna a la propiedad su función social en forma explícita y directa, optando más bien por facultar a la Asamblea Legislativa para que le imponga las limitaciones que considere convenientes. Esta ausencia de definición clara suscitó, durante el proceso de aprobación de la Ley de Tierras y Colonización (52), una polémica en torno a los posibles alcances de la locución "limitaciones de interés social" Al ser. enviada al Poder Ejecutivo para la sanción correspondiente, este Poder ejercitó su derecho de veto, alegando la inconstitucionalidad de la ley. El Ejecutivo fundó su criterio en el hecho de que varios de los artículos de la ley hacían referencia expresa a la función social que debe cumplir la propiedad inmueble rural, función social que a juicio del Ejecutivo resultaba contraria a la norma constitucional del artículo 45. Según la interpretación presidencial, este artículo consagra el derecho de propiedad como una garantía individual, a la que no cabe adscribirle ninguna función social." Oscar Salas Marrero, Rodrigo Barahona Israel, *Derecho Agrario* (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1980), 70.

Para la mayoría de los constituyentes de 1949, era incuestionable que la denominación de 'interés social' y 'función social' no eran sinónimos. En el caso de los diputados constituyentes que propusieron la inclusión del concepto en disputa, tampoco consideraban ambas acepciones equivalentes, de lo contrario no hubiesen presentado la reforma (o en su defecto, lo que pretendían era precisar el texto constitucional y adecuarlo a las tendencias del momento)[286].

Alejándose de ambas posiciones, el diputado Rodrigo Facio planteó el argumento de que el vocablo 'función social' ya estaba implícito en las reformas de 1943; en consecuencia, no hacía ningún daño la inclusión del concepto en el tanto 'interés social' y 'función social' eran términos equivalentes.[287]

De una revisión exhaustiva de la Constitución Política, conviene subrayar que el término "función social" no está contemplado, en su lugar se encuentran expresiones como "interés público," "necesidad pública"[288] e "interés social," los cuales no son exactamente sinónimos desde el punto de vista gramatical, aunque tienen cierto parecido. [289]

---

[286] En este punto, se alude al 'constitucionalismo social' que, básicamente, se oponía a la visión individualista del derecho y, en consecuencia, al constitucionalismo liberal que se positiviza en la Constitución de México de 1917, y la de Weimar de 1919. Véase cap. I

[287] En consonancia con lo anterior, el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, don Edgar Cervantes Villalta, indicó expresamente: "Yo soy del criterio que expresaron los ilustres constituyentes del 49 que defendían la tesis de que ya este concepto se había incluido en la reforma del 43. Porque creo que no es cuestión de nombres, es cuestión de contenidos, y ustedes saben bien el principio *iura novit curia*, que exponen los hechos, pero es el funcionario el que debe darle la calificación que corresponda en derecho. Recuerdo también cuando en aquellos tiempos en que comenzaba el gobierno de don Fidel Castro y que todavía en cierta forma como que no admitía su ideología, ya hoy día ampliamente conocida, en un artículo en que se daba cuenta de una opinión del Cardenal Spellman, de Nueva York, éste dijo: "Pues si yo veo un animal que tiene plumaje de pato, hace ruido como un pato, tiene figura de pato, pues es un pato".

[288] Por 'necesidad pública' se entiende: "Término inherente a la existencia misma del Estado ya que éste, como creación humana, precisa proveerse de organismos basados en el trabajo humano y en el acopio de bienes que le permitan su existencia con prescindencia de las necesidades propuestas. Son los fines determinados por factores religiosos, étnicos, económicos, sociales, culturales, geográficos, que el Estado persigue en virtud de las decisiones adoptadas por las fuerzas políticas predominantes, las que motivan las necesidades públicas. Atendiendo a estos factores, es posible precisar ciertas necesidades públicas, como: la defensa de la Nación, la seguridad interna, higiene y salud de los habitantes, educación, esparcimiento, administración de Justicia, protección social de menores y ancianos, promoción de las ciencias y las artes, …las inclemencias..."

[289] Este aspecto lo señalan Salas Marrero y Barahona Israel: "La Constitución no asigna a la propiedad su función social en forma explícita y directa, optando más bien por facultar a la Asamblea Legislativa para que le imponga las limitaciones que considere convenientes. Esta ausencia de definición clara suscitó durante el proceso de aprobación de la Ley de Tierras y Colonización (52), una polémica en torno a los posibles alcances de la locución "limitaciones de interés social" Al ser. enviada al Poder Ejecutivo para la sanción correspondiente, este Poder ejercitó su derecho de veto, alegando la inconstitucionalidad de la ley. El Ejecutivo fundó su criterio en el hecho de que varios de los artículos de la ley hacían referencia expresa a la función social que debe cumplir la propiedad inmueble rural, función social que a juicio del Ejecutivo resultaba contraria a la norma constitucional del artículo 45. Según la interpretación presidencial, este artículo consagra el derecho de propiedad como una

Con independencia de las objeciones puramente lingüísticas, este estudio se decanta por seguir el criterio constitucional esbozado, pero acogiendo la tesis de que 'interés social' es un concepto más amplio que 'función social'. [290]

Para reforzar este punto sobre la similitud de los conceptos "función social" e "interés social," nótese que el artículo 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos al reconocer el derecho a la propiedad privada indica: "(…) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce **al interés social**." Sin duda, la convención entiende como equivalentes ambos conceptos, y así también lo ha dispuesto en su jurisprudencia.[291]

---

garantía individual, a la que no cabe adscribirle ninguna función social." Oscar Salas Marrero, Rodrigo Barahona Israel, *Derecho Agrario*, 1980, 70.

[290] El conocido académico y agrarista Meza Lazarus, fundamenta la similitud de términos de la siguiente forma: "(…) pero más interesante aún resulta el alcance dado el término "interés social" en un voto de minoría de la Corte Plena, firmados por los magistrados Cervantes, Fernández, Cob y Carvajal, quienes consideraron que la Constitución vigente no usa la expresión "función social" sino "interés social", la cual, a juicio de estos respetados juristas, es una expresión más amplia, más comprensible que aquella; por lo que, interés social es una expresión genérica, mientras que función social es específica, dicho con sus propias palabras, "la primera es el género, la segunda es la especie dentro de ese género, de modo que todo lo que es función social es de interés social, pero no a la inversa, porque pueden haber aspectos que siendo de interés social, no son función social". Memorias del II Congreso de Derecho Agrario costarricense (Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado: Uruk Editores, 1984) 101. La resolución a la que se refería Meza Lazarus correspondía a la siguiente: resolución número 82-000047, dictada en la sesión de corte plena de la Corte Suprema de Justicia de las 9:00 horas del 25 de marzo de 1983, según voto de minoría de los magistrados Cervantes, Fernández, Cob y Carvajal, que sobre lo que interesa indicaron: "Nótese que no se usa la expresión "función social" sino la de "interés social", que en realidad es más amplia, más comprensiva que aquélla, por lo que bien puede decirse que "interés social" es una expresión genérica, mientras que la de "función social" es específica: dicho de otro modo, la primera es el género, la segunda es la especie dentro de ese género. De acuerdo con lo anterior, todo lo que es "función social" es de "interés social", pero no a la inversa, porque puede haber aspectos que siendo de "interés social" no son "función social. Así es como el artículo 29 de la Constitución Política de 1871, y ahora el 45 de la Constitución Política vigente, se refieren tanto a las limitaciones a la propiedad por su función social, como a otras que, sin serlo, sí son de interés social, en las que quedan comprendidas, entre otras, las que se impongan a la propiedad de los bienes arqueológicos. Esto asi porque si el Estado es la sociedad políticamente organizada, y al Estado, a ese grupo social así organizado, le interesa conservar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio arqueológico, y si para lograr esa finalidad debe imponer limitaciones límites más correctamente a esa propiedad, es obvio que esos límites son de interés social, por lo que requieren entonces el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa"

[291] "En cuanto a la propiedad privada, el Tribunal ha señalado que[e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional." Christian Steiner y Patricia Uribe, coord," Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada "(Distrito Federal, México: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014): 976.

En consecuencia, al igual que lo ha establecido acertadamente la jurisprudencia constitucional, los conceptos de "interés social" y "función social" deben interpretarse en forma análoga; por tal razón, se concluye que el artículo 45 de la CP no solamente contiene el concepto de función social, sino que la acepción 'interés social' es mucho más amplia que aquel.

Adicionalmente, la Constitución no puede ser interpretada únicamente desde una óptica formal, restringida a la mecánica jurídica de la producción normativo-positiva. Por el contrario, la carta fundamental contiene numerosos componentes axiológicos 'supremos' implícitos, que son pauta hermenéutica para interpretar de manera sistémica la Constitución, considerándola en su conjunto y no en forma aislada. [292]

De lo anterior se deriva que cualquier procedimiento de hermenéutica constitucional, deber ponderar el sentido 'formal' y el sentido "material" de la Constitución Política. Y es labor de cualquier tribunal constitucional darle vida a ese contenido que está más allá de la palabra, como expresión implícita de una realidad social, política y económica, en un momento determinado. En consecuencia, al margen de la discusión sobre los alcances propiamente lingüísticos del vocablo 'interés social', sin duda, el tribunal costarricense ha ejercido acertadamente su labor de intérprete conforme al sentido material de la Constitución Política.
Despejado lo anterior, queda un tema por disipar y es el alcance técnico-jurídico de la acepción 'función social' o 'interés social'.

3.3. Alcance técnico-jurídico de la Función Social

Como suele ocurrir con muchos conceptos utilizados en la disciplina jurídica, los alcances, delimitación y significado de la acepción 'función social' no son tarea sencilla. Partiendo de la premisa de que el lenguaje es convencional, es necesario comprender que no

[292] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de Inconstitucionalidad; resolución Nº 13270 – 2019; 17 de julio,2019 16:50 horas"; expediente 17-003086-0007-CO, razones separadas del Magistrado Rueda Leal, En un sentido similar se encuentra la siguiente resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Consulta legislativa preceptiva: res.1991-0720; 16 de abril, 1991 15:00 horas", expediente 91-000577-0007-CO: "La Constitución, como norma fundamental de un Estado de Derecho, y como reflejo del modelo ideológico de vida, posee las convicciones y valores comúnmente compartidas y reconocidas que representan los principios sobre los que se basará todo el ordenamiento jurídico y la vida en sociedad misma y sus valores, y por ello, se previó para su adaptación un procedimiento de reforma, para irla ajustando a estas exigencias. Es también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio. Por eso la reforma constitucional debe utilizarse sólo en aquellos casos en que se produzca un desfase profundo entre los valores subyacentes de la sociedad y los recogidos en el texto constitucional. o bien cuando aparezcan nuevas circunstancias que hagan necesaria la regulación en determinadas materias no contempladas expresamente por el constituyente y que no pueden derivarse de sus principios".

hay significados intrínsecos, verdaderos o reales. De ahí la ilusión de creer que un término como 'función social' tiene un único significado y, además, correcto o 'verdadero'.[293]

Tampoco se puede caer en el extremo opuesto y considerar que, debido a esa indeterminación y vaguedad de algunos términos jurídicos, se puede asignar cualquier interpretación o significado.[294]

De hecho, si se revisan los significados del concepto 'función social' y propiedad privada en la doctrina, las respuestas serían muy variadas; pero se podría resumir en la idea de cierta subordinación o carácter del derecho de propiedad, relacionado con intereses más arriba de los individuales o incluso contrapuestos a estos. En otras palabras, se tiene la percepción de que el ejercicio del derecho de propiedad también cumple un interés colectivo, en suma, un interés social.[295]

---

[293] Haba Muller, *Metodología (Realista) del Derecho, 107.*

[294] "En todo lenguaje, se trata de una cuestión de grados, entre luminosidad y oscuridad hay una zona de penumbra. Hay términos muy precisos para los usuarios de ese lenguaje y otros donde reina la vaguedad. ¿Cómo se resuelve?: con el criterio de intersubjetividad." Haba Muller, *Metodología (Realista) del Derecho*, tomo I, 115. Algunos autores logran captar esa realidad, afirmando: "La expresión 'social' -tanto lingüísticamente como por el uso generalizado e indiferenciado - resulta por demás vaga y amorfa." Antonio Hernández Gil, *La Función Social de la Posesión*, (Madrid, España: Alianza Editorial S.A., 1969), 71. En esta misma línea, Caperochipi acierta afirmando: "Sobre la generalidad se asienta el consenso universal que la teoría tiene entre autores pertenecientes a las escuelas ideológicas más diversas. La teoría de la función social de la propiedad es el punto de encuentro de los socialistas utópicos, de los marxistas revolucionarios, de la doctrina social católica, del social *gospel* protestante, del institucionalismo jurídico y de las teorías fascista y corporativas italianas y alemanas." José Álvarez Caperochipi, *Curso de Derechos Reales, Propiedad y Posesión*, (Madrid, España: Civitas, 1986), 40-41.

[44] Una muestra de la falta de intersubjetividad sobre el significado 'función social' se puede notar en las siguientes definiciones. 1.- Para Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón "Por función social debe entenderse, con fundamento en el artículo 128.1 de aquel texto, que se encuentra subordinada al interés general, o con palabras más clásicas, al bien común." Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, (Madrid, España: Editorial Tecnos, 2005,), 142. Algunos documentos de la Iglesia Católica recogen el principio de 'función social' sin ahondar en su significado, aludiendo al hecho de que la propiedad privada no es absoluta y tiene como misión el bien común. Román Arrieta Villalobos, et al., Constitución Política y Propiedad, *Memorias del II Congreso de Derecho Agrario Costarricense (San José: URUK Editores*, 1984), 89. En este sentido, afirma Juan Pablo II en su siguiente encíclica social, *Sollicitudo rei Socialis* (1987): "Es necesario recordar una vez más aquel principio peculiar de la doctrina cristiana: los bienes de este mundo están originariamente destinados a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el valor de tal principio. En efecto, sobre ella grava 'una hipoteca social', es decir, posee, como cualidad intrínseca, una función social fundada y justificada precisamente sobre el principio del destino universal de los bienes" (*SRS* 42). Sobre la posición de la Iglesia Católica en el tema del Derecho de Propiedad y su influencia en las reformas de 1943, Para Novoa Monreal, "…la función social es una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. Se funden en ella la obligación de hacer uso de ellas de manera conveniente al interés social, absteniéndose de lo que perjudica a éste y cumpliendo las actividades que él reclama. En consecuencia, la función social puede limitar a la propiedad, pero también puede determinarla activamente." Novoa Monreal, *El Derecho de Propiedad Privada*, 61.

Sin embargo, este estudio no pretende acercar el concepto de función social a su significado usual, abstracto o incluso político. Por el contrario, se intentará ofrecer una enunciación que se adecúe a su uso mayoritario en la doctrina y jurisprudencia; pero siempre tomando como referencia el artículo 45 de la CP.[296]

3.4. Ubicación de la Función Social dentro de la dogmática del Derecho de Propiedad

En la doctrina se distinguen tres posiciones sobre el concepto de 'Función Social': una concepción clásica que defiende al derecho subjetivo de la Propiedad Privada, afirmando que la 'Función Social' es una simple indicación adjetiva, programática[297] u orientadora; otra corriente que la entiende como límite externo, sin alterar los rasgos básicos del derecho de propiedad, restringiendo el ámbito de facultades del propietario para dar paso a los intereses colectivos y una última corriente que ubica el concepto dentro de sus propias características internas o intrínsecas.[298]

La primera posición no se comparte por cuanto son tangibles los cambios experimentados por el derecho de propiedad, desde la revolución francesa hasta nuestros días. En esta evolución, tanto los textos constitucionales, la legislación especial como la jurisprudencia, han

[296] Conforme a lo estudiado en el capítulo I, desde el momento que se intentó introducir el concepto de 'función social', tanto en las reformas de 1943, como en la constituyente de 1949, el concepto encontró múltiples resistencias.

[297] Sobre normas programáticas la Sala Constitucional se ha pronunciado reiteradamente. En el voto 9084-02 se afirmó: "El artículo 50 párrafo primero de la Constitución Política refiere que el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Se trata de una norma de orden programático, de realización progresiva de metas que se le fijan al Estado para que éste las cumpla, según las necesidades y recursos con que cuente. Pretende orientar la política social y económica del país, propia de un Estado Social de Derecho. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: sentencia 9084-02; 18 de setiembre, 2002 15:06 horas ", expediente 02-006365-0007-CO

[298] Pérez Luño citado por Barnes Vázquez, 61-62. La última tesis es defendida por Barnes Vázquez. En el caso del artículo 58 de la Constitución Política colombiana se afirma que "…La propiedad es una función social que implica obligaciones…". Nótese que en este caso se llega al extremo de definir a la Propiedad Privada con la característica de 'Función Social'. Esta última tesis se contrapone a la segunda y ambas se resumen en lo siguiente: la segunda considera que la propiedad 'TIENE' una función social y la tercera afirma que la propiedad 'ES' una función social. Sin embargo, un autor como Vicente Montes afirma que se trata de un falso dilema, explicando que la FS es una forma de solucionar los conflictos entre el interés individual y los colectivos, cuestión que no se presenta en términos estructurales, sino funcionales. Vicente Montes, 93. Sin embargo, lleva razón Santaella cuando afirma que la contraposición de interpretaciones en la doctrina colombiana se trató de una discusión estéril, y que en todo caso la jurisprudencia constitucional zanjó la discrepancia al admitir que si bien el derecho de propiedad fue en algún momento absoluto, hoy, aunque restringida, no ha llegado al extremo de abolir el derecho de propiedad. Santaella Quintero, 51-52. Este mismo autor citando a la Sala Constitucional menciona sobre el particular: "la función social creada por la Carta no repudia el Derecho Subjetivo (sic) erigiendo en su lugar exclusivamente la función…se circunscribe a agregar al Derecho un sentido funcional de carácter social." 51. De una revisión histórica, fue Duguit quien afirmó que la propiedad ha dejado de ser un derecho subjetivo para convertirse en una función social." Leon Duguit, *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado*), 240.

dejado efectos prácticos importantes en la forma de entender la dinámica del derecho de propiedad en un Estado de derecho. Desde el simple hecho de advertir al titular con la expropiación, por no cultivar la tierra,[299] hasta ordenar el tipo de uso que se le dará a un determinado terreno, demuestran cambios evidentes, en los atributos del dominio.

La discusión fértil se plantea a nivel de la segunda y tercera de las posiciones doctrinales y la interrogante es: ¿La función social está en el seno mismo del derecho de propiedad o se trata de un límite externo que restringe las facultades del propietario?

La respuesta a la interrogante planteada tiene implicaciones trascendentales para el titular del derecho, en el tanto, si la FS forma parte del propio núcleo (estructura) del derecho de propiedad, siéndole inherente; como tesis de principio, todas aquellas intervenciones que realice el legislador para la consecución de objetivos sociales no requieren indemnización alguna, por cuanto la intervención sobre el derecho de propiedad no es un fenómeno inusitado, ni tampoco proviene de su *mundo externo*, sino que proviene de sus propias características intrínsecas.

En sentido contrario, si la Función Social se concibe como una simple frontera externa (cualidad adherente), cualquier intervención legislativa sería indemnizable, en términos semejantes a la expropiación, en el tanto se trata de una situación atípica y ajena a las características sustanciales del derecho de propiedad y bajo tal supuesto, el propietario no tiene porqué soportar una intervención que disminuya las facultades de su derecho subjetivo. [300]

Adicionalmente, al visualizarse la función social como un extraño, implícitamente se está admitiendo la existencia de una contraposición entre interés individual versus interés social. En este sentido, el objetivo de la Función Social sería atemperar o corregir la extensión del derecho subjetivo, a través de la imposición de un límite externo.

Anteriormente se había adelantado que todo derecho real, en general, tiene una estructura y una función específica, según la naturaleza o utilidad concreta del tipo de propiedad.[301] Bajo

---

[299] El artículo 144 de la ley de Tierras y Colonización en lo que interesa dispone: "La expropiación se realizará en primer lugar sobre aquellas tierras que no cumplan su función social…Las incultas, y, entre ellas de mayor extensión…" Ricardo Zeledón Zeledón, comp., *Código Agrario*: segunda edición, (San José, Costa Rica: Editorial Porvenir, 1985), 93. Véase también cita 11, cap. II, sección I.

[300] Esta posición es similar a la concepción liberal del derecho de propiedad, por cuanto se entendía que las limitaciones permanecen en el marco externo de la propiedad privada sin alterar su estructura. Se consideraba que eran restricciones que comprimían el ejercicio del derecho, sin afectar su contenido sustancial que permanece incólume. En este sentido Barnes Vázquez que afirma: "El contenido del derecho de propiedad liberal es absoluto y libre, eventualmente limitable ab externo por expresas previsiones legales." Barnes Vázquez, 87.

[301] "La función es la utilidad económica o social para el cual fue diseñado un derecho real particular, y la misma dependerá de la naturaleza (civil, agraria, ecológica, ambiental) del bien sobre el cual recae tal derecho. La

la anterior perspectiva, el legislador puede actuar a nivel de la dimensión subjetiva del derecho de propiedad -estructura-, con el mandato de armonizar los posibles intereses en juego y eventualmente modificar o restringir las facultades de su titular. Sin embargo, esa actuación tiene sus propios límites, de esta forma, no resultaría admisible que el legislador pueda actuar a nivel de la naturaleza misma del bien sobre el cual recae el derecho; si se trata de una propiedad de naturaleza urbana, no sería factible convertirla, mediante una ley, en un bien de naturaleza ecológica o viceversa.

Partiendo de la posibilidad de intervención a nivel de la estructura del derecho de propiedad, la mayoría de la doctrina civilista se inclina por ubicar la FS dentro del núcleo mismo del derecho de propiedad.[302] Si bien la doctrina mayoritaria llega a esta conclusión, en algunos casos la vía para hacerlo resulta discutible, desde la óptica de esta investigación. Las objeciones gravitan en torno a las tesis que ubican a la FS en la 'naturaleza' o 'esencia' misma del Derecho de Propiedad; afirmaciones que tienen un tinte iusnaturalista, partiendo de una premisa muy discutible que no interesa abordar en esta investigación.[303]

También resulta admisible destacar que, a propósito de la actividad regulatoria del Estado, la doctrina administrativa confirma la tesis que ubica la FS en la estructura de la Derecho de Propiedad. Según esta doctrina, la creación legislativa de delimitación de los derechos en general radica en la determinación del contenido normal del mismo. Esta labor se podría decir que es doble, por un lado, la determinación de las facultades y derechos que corresponden a su titular y por otro las limitaciones, deberes y obligaciones que inciden sobre el ejercicio de ese

---

estructura, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real, impuestos por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial, en cada caso concreto, para responder a las necesidades de cada momento histórico. Enrique Ulate Chacón," Las acciones protectoras de la propiedad privada y otros derechos reales en materia agraria" *Revista Judicial de Costa Rica, no. 91 (abril, 2009).*

[302] Barnes Vázquez, 56. Este autor también afirma que en la misma línea se encuentran los siguientes autores italianos: Barassi, La proprieta nel nuovo Codice Civil; Rodotá, El Terrible Derecho, Estudios sobre la Propiedad Privada. Sin embargo, después de una lectura atenta de este último autor, no se le debe considerar como partidario de la concepción iusnaturalista, o sea, la de considerar a la FS como "inherente" o que está en la misma "naturaleza" del Derecho de Propiedad o posiciones similares. En este sentido afirma Rodotá, comentando una sentencia de la Corte Constitucional italiana: "Esta inversión se aprehende sobre todo en el resurgimiento del argumento iusnaturalista, visible en la sentencia número 6 de 1966, en la que implícitamente se habla de incisiones en el goce del bien tan profundas que "lo hacen inutilizable en relación con el destino inherente a la naturaleza del bien mismo." De este modo, los jueces constitucionales demuestran no haber querido ni siquiera darse cuenta del trabajo de depuración de los elementos iusnaturalistas, a que la norma de base había sido sometida durante los trabajos de la Asamblea Constituyente." Stefano Rodotá, *El terrible Derecho, estudios sobre la Propiedad Privada*, traducción de Luis Diez Picazo, (Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2019) 287.

[303] Para una explicación más amplia sobre estas concepciones, véase Pedro Haba, 2012.

derecho en particular. Esta tarea legislativa delineadora de contenidos no implica que a sus titulares se les deba indemnizar, ya que las restricciones o limitaciones que se establecen forman parte del contenido normal del derecho.[304]

Es indiscutible que el derecho de propiedad, en el sentido liberal, ha sido profundamente alterado por la introducción del concepto denominado función social, teniendo como consecuencia, la transformación de elementos clave del contenido estructural de la propiedad, procurando moldear los derechos y deberes de los propietarios y orientando el papel que el otrora derecho absoluto, debe desempeñar en el desarrollo de las sociedades democráticas. Bajo este contexto, parece inevitable decantarse por admitir que la FS forma parte integral de la estructura de la propiedad, pero sin caer en tesis relacionadas con 'naturalezas', 'esencias', o similares explicaciones de corte iusnaturalistas o metafísicas.

Para cerrar este apartado, resulta necesario hacer una observación acerca del tipo de objeto o bienes sobre el cual recae normalmente la Función Social, para ello es necesario distinguir entre bienes de consumo y bienes productivos. Los primeros serían aquellos sobre los que el propietario sigue teniendo una amplia libertad de acción, mientras que, en los segundos, la vinculación con las exigencias sociales de la colectividad limita las posibilidades de actuación del titular dominical.

Sin embargo, con admitir la inserción de la FS en la estructura de la propiedad, únicamente se está estamos resolviendo una parte de la interrogante: su ubicación, sin descifrar ¿qué es, o en qué consiste la Función Social? Para responder esta interrogante de previo, se hará un esbozo de la noción de Función Social a nivel de la doctrina costarricense y la jurisprudencia, a fin de arribar a una conclusión sobre la precisión del concepto, atendiendo a los distintos formantes estudiados.

---

[304] Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIV, La Actividad Regulatoria de la Administración, 192-193. En un sentido similar la jurisprudencia constitucional de Costa Rica ha esbozado: "En virtud del proceso urbanístico y la planificación urbana, la ordenación urbana ha de traducirse en un régimen regulador del derecho de propiedad, en cuanto el contenido propio del derecho de propiedad es definido a través de las diversas disposiciones que componen el derecho urbanístico, esto es, los planes reguladores y los reglamentos dictados por los gobiernos municipales, y en su defecto (...), por las normas dictadas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. De esta manera, las limitaciones y deberes que se imponen a la propiedad privada son las que definen el contenido normal de la propiedad; y la ordenación urbana establece los límites de las facultades del derecho de propiedad, pero no constriñe o reduce o condiciona el ejercicio del derecho, sino que más bien define el contenido normal de la propiedad en la función que cumple". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: voto nº 4205-96; 20 de agosto, 1996 14:33 horas ", expediente 92-000282-0007-CO.

3.5. Desarrollo del concepto en Costa Rica

En el caso de Costa Rica, el desarrollo del concepto 'función social' ha tenido una importante producción a nivel de la 'cuestión agraria'; con posterioridad, a la promulgación de la constitución de 1949, los primeros autores costarricenses que se ocuparon de dicho término fueron los agraristas Salas Marrero y Barahona Israel, identificándolo con el artículo 153 de la constitución de Weimar, afirmando que la propiedad "es, además de un derecho, un deber" y que en consecuencia la propiedad también obliga."[305]

El apogeo del Derecho Agrario se hizo notar, sobre todo en las décadas de 1980, 1990 e inicios del siglo XXI.[306] Este auge implicó una significativa producción legislativa, la creación de tribunales agrarios, y significativos aportes de varios juristas costarricenses que se especializaron en esa materia, contribuyendo en el desarrollo detallado del tema de la 'función social' aplicado a los distintos tipos de propiedad en ese campo (propiedad agraria, forestal y la ecológica).[307]

---

[305] Oscar Salas Marrero y Rodrigo Barahona Israel, *Derecho Agrario* (Universidad de Costa Rica, 1980), 70. En el mismo sentido, se pronuncia Enrique Ulate Chacón. *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 20.

[306] Se requiere fundamentar este período desde el punto de vista económico-social, para darle una explicación a esa producción legislativa y al modelo socioeconómico de Costa Rica. (Sustitución de importaciones, inserción en la economía global, etc.)

[307] En este campo, agraristas como Zeledón y Meza Lazarus establecen el concepto de función social a partir de un perfil subjetivo y otro objetivo. Para Zeledón, el perfil objetivo consiste en el derecho que, supuestamente, tienen todos a que el Estado lo suministre, o sea, una especie de derecho a la propiedad privada. Ricardo Zeledón, *Código Civil y realidad*, 209. El agrarista, Meza Lazarus, matiza la definición anterior afirmando que implica una cierta distribución de la propiedad de un modo justo y razonable, lo cual conlleva a una transformación o reforma agraria. (Álvaro Meza Lazarus et al., Constitución Política y Propiedad…, 100). Según Zeledón, en el aspecto subjetivo, el concepto de 'función social' significa la obligación del propietario de preparar la propiedad en "condiciones de producción". En el caso Meza Lazarus, identifica el perfil subjetivo con las distintas limitaciones y deberes a cargo del propietario, transformándose de un derecho subjetivo a un poder deber que no se extingue con el cumplimiento momentáneo del fin, sino con la desaparición de este. Meza Lazarus, *Constitución Política y Propiedad…*, 100. Esta enunciación se aproxima a la idea planteada por Salas Marrero y Barahona Israel. A nivel jurisprudencial, también la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia especificó el significado de la función social en la propiedad agraria: "Se trata de un derecho de actividad, y no solo de un derecho de propiedad (porque derecho de propiedad es el civil). En el agrario la propiedad asume un carácter dinámico, y no meramente estático, como en materia civil. No importa solo la titularidad, sino fundamentalmente su ejercicio. De ahí es que nació la existencia del principio clásico de la función social de la propiedad. Hoy este principio ha evolucionado y se le identifica como el principio económico social de la propiedad, en cuanto el mismo se desdobla en dos: 1) Por una parte -que es el que más interesa para los efectos de la solución de este caso- denominado función subjetiva, y se refiere a las obligaciones del propietario con la propiedad, las cuales podrían sintetizarse en su deber de cultivar el bien productivo de que es propietario, cumpliendo así con el fin económico del bien: de ser productivo o de aptitud productiva; también tiene la obligación de mejorar su propiedad con el objeto de que se aumente la producción y la productividad, debe respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado y, tratándose de algunas propiedades particulares, cumplir con todas las obligaciones que la normativa especial le impone; 2) La función objetiva es la obligación del Estado de dotar

En el campo de la propiedad urbana, también se han suscitado cambios sustanciales a través de la introducción del concepto de función social, provocando una multiplicidad de 'limitaciones urbanísticas;'[308] ciertamente, el titular posee una serie de facultades en el derecho Urbanístico que surge de su derecho subjetivo; sin embargo, este tipo de propiedad está esencialmente limitada en la práctica.[309] y soporta múltiples deberes.[310]

En los últimos años, le ha correspondido el turno a la propiedad ecológica, que ha sido objeto de regulación de una gran cantidad de leyes agroambientales, con lo cual se consolida

---

a todos los sujetos que no tengan bienes productivos, o los tengan en forma insuficiente, y ellos tengan capacidad para desarrollar una actividad empresarial, con esos bienes para que puedan los sujetos incorporarse al proceso productivo, desarrollándose humanamente en los planos social y económico. La primera es una función básicamente económica, la segunda es sobre todo social. Esta nueva concepción se ha comenzado a perfilar, y sobre todo a asumir con características más profundas, a partir del momento en que se ha señalado la estrecha vinculación entre el Derecho Agrario y los deberes humanos, y más concretamente con los derechos humanos económicos y sociales, sosteniéndose hoy día que el fundamento del Derecho Agrario es económico y social, donde no solo la propiedad comparte este basamento sino todos los demás institutos de disciplina." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: res.230-1990; 20 de julio 1990, 04:00 horas (Master Lex 2023), considerando XIII, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=39141&Tipo=3.

[308] Sobre diferencia entre limitaciones y límite, véase sección 4 de este mismo capítulo, "Sentido básico de la propiedad y su relación con los límites y limitaciones".

[309] Una de las primeras sentencias relevantes en materia urbanística fue la resolución número 4205-9634, emitida por la Sala al cuestionarse la constitucionalidad de los artículos II. 3 y II. 3. 2. del Capítulo II del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones, por estimar que resultan contrarios al artículo 45 de la Constitución Política que, en lo que interesa, dispuso: "Así, la propiedad urbana está sujeta a una serie de características, por ejemplo: 1.- es una propiedad delimitada (linderos, medianería, propiedad volumétrica -tercera dimensión-); 2.- está sometida a un destino determinado, definido en un plan regulador o reglamento de zonificación, fin que no es cambiable por el propietario, sino que es limitable y regulado por las autoridades respectivas -gobiernos locales, en primera instancia-; 3.- el uso de la propiedad es restrictivo y a veces obligatorio; 4.- la propiedad desempeña un rol particular, inclusive de carácter temporal, por cuanto se mueve dentro de la vigencia de un plan regulador, por lo que siendo el plan modificable por la autoridad, los usos de la propiedad podrían también ser cambiados; 5.- en este sentido, las limitaciones impuestas a la propiedad por un plan regulador deben entenderse como limitaciones lícitas; 6.- la afectación a la propiedad tiene el carácter de "limitación", es decir, la propiedad sometida a una serie de restricciones y obligaciones (parcelar, reparcelar, vender, edificar, conservar, cercar, permisos de construcción, altura de fachadas, retiros, estacionamiento de vehículos, permisos de habitabilidad, áreas de parcelas, etc.), cuyo fin es el de contribuir al bienestar colectivo, y por ende, a su propio provecho." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de inconstitucionalidad: resolución 4205-96; 20 de agosto, 1996 14:33 horas, expediente 92-000282-0007-CO.

[310] A modo de ejemplo, pueden señalarse algunos de esos deberes: el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana dispone que puede obligarse a ceder gratuitamente hasta un 45% total de la superficie urbanizada, refiriéndose a las áreas destinadas a parques, vías públicas y facilidades comunales. "Artículo 40.- Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades y todo urbanizador cederá gratuitamente al uso público tanto las áreas destinadas a vías como las correspondientes a parques y facilidades comunales; lo que cederá por los dos conceptos últimos se determinará en el respectivo reglamento, mediante la fijación de porcentajes del área total a fraccionar o urbanizar, que podrán fluctuar entre un cinco por ciento a un veinte por ciento, según el tamaño promedio de los lotes, el uso que se pretenda dar al terreno y las normas al respecto. No obstante, lo anterior, la suma de los terrenos que deben cederse para vías públicas, parques y facilidades comunales no excederá de un cuarenta y cinco por ciento de la superficie total del terreno a fraccionar o urbanizar…" Asamblea Legislativa," No. 4240: Ley de Planificación Urbana, 15 de noviembre, 1968.

un modelo de desarrollo sostenible, adicionalmente, ha impuesto una serie de limitaciones agroambientales a la propiedad, estableciendo la cultura agraria y ambiental que distingue hoy en día a nuestro país,[311] aspecto que se tratará en la sección siguiente.[312]

3.6. Importancia de los artículos 46 y 50 de la Constitución en la dinámica del Derecho de Propiedad

Más allá de las regulaciones normativas, se entiende que la función ecológica surge ante la observación sobre el nivel de uso de la naturaleza y sus bienes, territorio, espacio, población., además de que la interrelación entre ellos está en un punto de crisis debido a la sobreexplotación. Ello impone, la necesidad de reconocer que dichos bienes que están a disposición de la humanidad, que no deben ser usados contraviniendo su capacidad de carga o poniendo en crisis el equilibrio de los factores, bienes y condiciones que se integran en la persecución de un equilibrio evolutivo en el ecosistema tierra.[313] En otras palabras, la humanidad ha llegado a la siguiente conclusión: la naturaleza es muy débil, se trata de un bien escaso; en consecuencia, requiere una protección especial.[314]

En el caso de Costa Rica, la reforma a la constitución de 1994 que introdujo la cláusula ambiental en el artículo 50 de la Constitución Política, dio un paso significativo para la

---

[311] No es conveniente caer en la trampa de considerar a nuestro país como un país 'verde' y ejemplar en gestión de materia ambiental; como todo mito, muchas veces hay una mezcla de verdad y ficción. La existencia de una gran parte de nuestro territorio protegido a través de las distintas propiedades forestales, variedad de leyes que protegen al ambiente y penalizan su infracción, políticas públicas enfocadas a la protección del ambiente, y otras acciones que van desde lo institucional hasta lo privado son ingredientes tangibles, comprobables que son signos positivos en el concepto de desarrollo sustentable y protección del ambiente. Sin embargo, también es cierto que el 'excepcionalismo verde' se presenta como un discurso en alguna medida distorsionado. En este sentido, se pronuncia Gutiérrez cuando afirma: "El excepcionalismo verde, por su parte, nos muestra una imagen distorsionada y selectiva de la realidad socioambiental del país. Por detrás del "mito verde" se esconden una serie de crímenes ambientales, tales como la deforestación y contaminación de agua, suelo y aire producida por la expansión de monocultivos –principalmente de piña–, el represamiento –y acaparamiento– de los ríos para producir "energía limpia", la pesca de arrastre, la importación y utilización masiva de agrotóxicos, el mal manejo de residuos sólidos, la contaminación sistemática de los ríos por la urbanización, entre tantos otros problemas que diariamente atentan contra la calidad de vida de la población y los ecosistemas. Resulta muy contradictorio el hecho que a partir de los años 1990 –momento de consolidación del excepcionalismo verde– es que se registra un mayor aumento en la ocurrencia de conflictos socioambientales en el país." Alberto Gutiérrez y Carlos Granados, "Nacionalismo, Frontera y Excepcionalismo Verde en Costa Rica", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 46 (2020): 22.

[312] Enrique Ulate Chacón, "El uso del suelo y nuevas formas de usucapión en la propiedad agraria y forestal en Costa Rica", *L'accès à la terre et ses usages: variations internationales*, no. 8-9 (junio, 2009).

[313] Leonardo Fabio Pastorino, *De la concepción liberal de la propiedad privada inmueble, a la función social y a la función ecológica* (Buenos Aires, Argentina: UNLP, 2018).

[314] Ricardo Luis Lorenzetti y Pablo Lorenzatti, *Derecho ambiental* (Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2020), 22.

consagración del derecho ambiental como disciplina autónoma.[315] Ello significó, además del reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, el deber de todos de preservarlo.

Si bien la función ecológica se deriva de la función social, no se identifica con esta última, incluso podría contraponerse cuando existan diversos intereses en juego.[316] Este tipo de función surge del impacto contra el medio ambiente, y se considera como un Derecho

[315] "Artículo 50.- (*) El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes." La jurisprudencia constitucional ha entendido que esta norma se complementa con lo establecido en el numeral 11 del "Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" en su artículo …. Para derivar el principio precautorio. En este sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de amparo: sentencia No. 3705-93; 30 de julio, 1993 15:30 horas", expediente 92-001754-0007-CO; reiterada en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de amparo: sentencia No. 2006-018065-CO"; 15 de diciembre, 2006 09:05 horas", expediente 09-004274-0007-CO.

[316] En este aspecto, se coincide con Ulate cuando afirma: "La función social es insuficiente para lograr los propósitos de los nuevos valores que impregnan la sociedad. No solamente se requiere cumplir con el destino económico de los bienes. Es necesario proteger los intereses ecológicos y ambientales." Ulate Chacón, *Manual de Derecho Agrario...* 158. Desde hace algunos años hay una tendencia por considerar la necesidad de una especie de ´economía ambiental' y más recientemente existe una disciplina denominada 'economía ecológica'. Sobre la economía ambiental se menciona que es la integración de costes ambientales "en el circuito de la economía productiva tradicional. Es decir, integrar el coste que representa la prevención, mantenimiento o regeneración ambiental, en los sistemas de fabricación de productos o de prestación de servicios que inciden en el medio ambiente. Antonio Villanueva Cuevas, Patricia Domínguez Alonso, Encarna Cordero Lobato, Francisco Sánchez Rodríguez, Luis F. Maeso Seco, Eva Nieto Garrido, Francisco Delgado Piqueras, et al. "Tratado de Derecho Ambiental", (Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013) 39, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788490047880. De una lectura de varios artículos sobre este tópico se extrae que este tipo de economía consiste en el estudio de la gestión de los recursos ambientales, intenta examinar desde la óptica del análisis económico los impactos ambientales adversos de los procesos de producción y consumo de bienes y servicios, por lo general instrumentos económicos para la prevención y tratamiento de esos impactos ambientales. Se alimenta de la macroeconomía y de la microeconomía, para combatir las causas y las consecuencias de la degradación del entorno natural originado en las actividades humanas. L A ECONOMÍA ecológica es una corriente del pensamiento económico con importante influencia teórica en nuestros días. 1 La principal característica es su carácter transdisciplinario, derivado de la necesidad de estudiar la relación entre los ecosistemas naturales y el sistema económico, lo que demanda la participación no sólo de economistas, sino también de cientistas naturales y otras disciplinas. De manera que, a diferencia de la teoría económica neoclásica-keynesiana, o su expresión en lo que se conoce como economía ambiental, que parte de su propio instrumental económico para analizar los problemas ambientales de origen antrópico, la teoría económica-ecológica pretende "abrirse" para incorporar otras disciplinas, lo que correspondería más fielmente con el carácter multidisciplinar que la problemática ambiental exige". Red Internacional de Migración y Desarrollo, Guillermo Foladori, *La economía ecológica*, 2001, 189, http://visitas.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/sustentabilidad/Sustentabilidad10.pdf

Humano[317] que protege la salud, a su vez, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado;[318] es un complemento a la función social del derecho de propiedad que le impone nuevas obligaciones en beneficio de la colectividad.[319]

Esta tendencia fue acogida por la jurisprudencia costarricense desde 1990, admitiendo la existencia de un deber de "respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado."[320] De acuerdo con Ulate , la función ecológica ha tenido un mayor desarrollo en la propiedad forestal, con el impacto significativo de una sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual declaró la improcedencia de indemnizar una finca conocida como 'El Rodeo' a raíz de la declaratoria de zona protectora, la Sala aclaró [321]. Incluso, esta sentencia admitió que existía una nueva rama de las ciencias jurídicas, el 'Derecho Ecológico,' también clarificó su objeto: la protección de los recursos naturales. En esta sentencia se estableció el criterio de que la propiedad forestal es limitada y, en el caso de la creación de una Zona Protectora determinada, no era procedente la indemnización a favor de su titular, debido a que este podía continuar con el ejercicio de una actividad agroforestal, conservando y protegiendo el recurso boscoso.[322]

---

[317] En la mayoría de los autores, incluyendo a Ulate Chacón, se le define como un derecho humano de tercera generación; sin embargo, se coincide con un sector de la doctrina que critica la clasificación de "tercera generación", considerando lo siguiente: "Como se sabe, nosotros hemos elegido transitar por otro sendero, es decir, partimos de la premisa de que todos los derechos humanos (incluidos los que se consideran parte de la tercera generación), se derivan del derecho humano a la vida digna, esto es, se trata de sus dimensiones o, si se quiere, de derechos consustanciales, pero no de nuevos derechos. Así, es apropiado hablar de una tercera dimensión de los derechos humanos y no de una generación de éstos." Juan Manuel Romero Martínez. *Contribuciones para una teoría de los derechos humanos* (Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2020).

[318] Ulate Chacón, *Manual de Derecho Agrario*..., 158.

[319]Se entiende que la función ecológica de la propiedad deriva del concepto de función social la cual se ensancha para acoger en sus efectos, no solo a los puramente económicos derivados del carácter productivo de un determinado bien al que se aplica, sino también los efectos ambientales que surgen de la necesidad de mantener el medio ambiente, proteger y conservar la naturaleza. El autor Delgado de Miguel, por medio de sinónimos procedentes de las ciencias experimentales, define esta función ecológica como "el catalizador que transforma el régimen normal del dominio en algo distinto que llega a configurarlo y darle una forma bien precisa: no la que proyecta el titular sobre su cosa, sino la forma que esta adquiere por el uso de ella más adecuado al medio ambiente, uso que incluye la propia actividad productiva del agricultor." Citado por Ulate Chacón, *Manual de Derecho Agrario* …158.

[320] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: res.230-1990; 20 de julio 1990, 04:00 horas (Master Lex 2023), considerando XIII, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=39141&Tipo=3

[321] Ulate, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, 151 –152.

[322] Ulate, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, 152, Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente," celebrada en Estocolmo en junio de l972, y la "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo," aprobado por la Asamblea General en su resolución 41-128 del 4 de diciembre de l986.

Es relevante agregar que, en el caso de la constitución colombiana, el artículo 58 reconoce expresamente la función ecológica al indicarse textualmente lo siguiente: "…La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica..."[323] En Costa Rica, la Ley de Biodiversidad lo establece en el artículo 8, indicando lo siguiente: "Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental." [324] En fecha más reciente, la ley que transformó el Instituto de Desarrollo Agrario en el "INDER," se menciona en el artículo 15 como parte de las obligaciones del Instituto de Desarrollo Rural (INDER). [325]

La otra reforma importante, que además tiene estrecha relación con el mantenimiento de un ambiente sano y equilibrado, corresponde al artículo 46 constitucional que fue reformado en el año de 1996 para adicionarle un quinto párrafo que contempla la necesidad de proteger

[323] Además, en la legislación colombiana existen varias leyes derivadas de la norma constitucional, que establecen determinados presupuestos en los que procede la extinción de dominio, incluso en sede administrativa. Un ejemplo es el decreto ejecutivo 1465 de 2013, que reglamenta los Capítulos X, XI y XII de la Ley 160 de 1994, relacionados con los procedimientos administrativos especiales agrarios dentro de los que destaca la extinción del derecho de dominio. El artículo 27 y 28 disponen: Artículo 27. Objeto. El objeto de este procedimiento es extinguir en favor de la Nación el derecho de dominio de los predios rurales, en donde se acredite el incumplimiento de la función social y/o ecológica de la propiedad. Artículo 28. Causales. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 160 de 1994, será procedente la declaración administrativa de extinción del derecho de dominio, cuando se verifique alguna de las siguientes causales: 1. El incumplimiento de la función social de la propiedad, por inexplotación del predio. Esta causal opera respecto de los predios rurales, en los cuales se dejare de ejercer posesión y explotación económica en los términos previstos en el artículo 1° de la Ley 200 de 1936, durante 3 años continuos. 2. El incumplimiento de la función ecológica de la propiedad, por violación de las normas ambientales en la explotación del predio. Esta causal opera cuando el titular del predio viola las normas sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y/o las normas sobre preservación y restauración del ambiente.". Poder Ejecutivo, Colombia," Decreto No. 1465; 10 de julio 2013", *Diario Oficial,* No. 48847 (10 de julio, 2013).

[324]Asamblea Legislativa," No. 7788: Ley de la Biodiversidad; 30 de abril, 1998", *La Gaceta,* No. 101 (27 mayo, 1998). Para efectos de esta investigación, se considera como sinónimos los conceptos de función ecológica y función ambiental. A nivel centroamericano, se cuenta con el convenio denominado 'Alianza para el desarrollo sostenible de Centro América', el cual hace un desarrollo importante sobre el concepto de desarrollo sostenible y la necesidad de implementar acciones concretas para buscar esa sostenibilidad "por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo y que se sustenta en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región.". Alianza para el desarrollo sostenible de Centro América (Managua, Nicaragua, 1994)

[325] "Administrar las tierras que sean parte de su patrimonio y las que adquiera o le traspasen, para la ejecución de planes de desarrollo de los territorios rurales, en cumplimiento de la función social, económica y ambiental de la propiedad, dentro de los conceptos de multifuncionalidad y desarrollo sostenible. Asamblea Legislativa," No. 9036: Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER); 11 de mayo de 2012", *La Gaceta,* No. 102 (29 de mayo, 2012).

los derechos e intereses de los consumidores,[326] incluyendo el derecho a la protección del ambiente.

Como se ha explicado, ha sido la jurisprudencia de los tribunales costarricenses los que han delineado el contenido de la función Social y Ecológica de la propiedad, derivándolo de los artículos 45 y 50 de la CP, a pesar de la ausencia de texto expreso. No obstante, existen distintas leyes donde se plasman, en forma clara, la función social y ecológica del derecho de propiedad, lo cual se estudiará en el punto siguiente.

A partir de lo expuesto, es evidente la continua evolución que el derecho de propiedad ha sufrido, pasando de un derecho casi absoluto y natural, hasta ir reconociendo las distintas funciones que tiene, más allá de la propiamente económica, a fin de garantizar la preservación del medio ambiente, y de la raza humana en general.

Este cambio no es menor, por el contrario, representa la transición filosófica de considerar a la sociedad y el Estado como única razón de ser – pacto social al estilo de Rousseau –, la defensa del derecho de propiedad del individuo, a considerarla y entenderla, no desde el ámbito de libertad propia del ser humano y de sus derechos propiamente, sino con el norte en los intereses y necesidades de la sociedad y del medio ambiente en el que vivimos. La inclusión de la función ecológica en el derecho de propiedad, además de complementar la 'función social,' garantiza y promueve la preservación del planeta mismo.

En definitiva, se trata de un paso muy importante –no el último- en la búsqueda de la sostenibilidad y la protección del medio ambiente; sin embargo, hay una tendencia a ir más allá y desarrollar la noción de que la naturaleza posea derechos, lo cual conllevaría, en teoría, a considerar que ciertos bienes poseen derechos por sí mismos en una especie de paralelismo con la persona, pasando de una visión antropocéntrica del planeta a una visión 'ecocéntrica.'[327]

---

[326] "Artículo 46… Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias. (*) El presente artículo ha sido reformado por Asamblea Legislativa," No. 7607: Reforma constitucional (Arts. 24 y 26); 29 de mayo, 1996", *La Gaceta*, No. 115 (18 de junio, 1996). Elena Fallas Vega; Llihanny Linkimer Bedoya, Marina Ramírez Altamirano comp., *Constitución Política de la República de Costa Rica*, 459.

[327] Sobre esta visión, escribe Sagot: "Por lo anterior, se entiende que si el mismo derecho está diseñado y redactado para tener que pensar que lo más importante en el planeta es la humanidad, esto debería cambiar, dado que esa visión es reconocidamente antropocéntrica, así como economicista y transgrede toda lógica, proporcionalidad y razonabilidad en un mundo que enfrenta extinción acelerada de especies o daños ambientales irreversibles. Precisamente sobre estos puntos pretendemos exponer algunas ideas básicas con abordaje desde lo doctrinario y lo jurídico, respecto a los derechos que la naturaleza podría tener en nuestro Estado, los cuales nos

En esta evolución del otrora derecho de propiedad absoluto, se percibe cierto despertar en la conciencia mundial sobre el derecho de la naturaleza a exigir y a ser protegida, lo cual ofrece un camino esperanzador para esta y las próximas generaciones. A pesar de esta importancia, se advierte una omisión en el proyecto de ley de ED de Costa Rica, debido a que no se incluyó alguna conducta relacionada con delitos forestales o ambientales en general, dentro de las actividades ilícitas previstas en el artículo 3.

3.7. Función Social y leyes especiales

Es cristalino que, en la Constitución Política costarricense, los conceptos de "función social" y 'función ecológica' o 'función ambiental,' no están plasmados en forma expresa en los artículos 45 y 50 de la constitución; es a través de la interpretación de los tribunales constitucionales que se han identificado tales conceptos dentro del contenido del Derecho de Propiedad.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que aclarar que el concepto de "función social" sí está plasmado en algunas leyes especiales. Se retoma el hecho de que la ley de Tierras y Colonización[328] contiene varias disposiciones que se refieren en forma expresa a la función social de la propiedad; el artículo 6 de la citada ley le otorga derecho a cualquier persona para denunciar o informar sobre la explotación de tierra que no cumpla con la función social de la propiedad;[329] en otra disposición legal, se establece la potestad de declarar inexpropiables

---

ayuden a avanzar en el cambio paradigma, hacia un mundo de pensamiento ecocéntrico." Álvaro Sagot Rodríguez, "Los Derechos de la Naturaleza, una visión jurídica de un problema paradigmático", *Revista Judicial*, Poder Judicial de Costa Rica, No. 125, (diciembre 2018):.66. Además, Ecuador así lo ha considerado en su Constitución; Bolivia lo contempla en su legislación el "principio del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra," y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha equiparado los derechos de la Amazonía a los de las personas.

[328] Desde el punto de vista socio económico, la promulgación de esta ley obedeció a una razón muy clara: el agotamiento del espacio rural o el fin de la frontera rural que años atrás el estado había propiciado entregar terrenos baldíos (en realidad nunca fueron baldíos, sino que simplemente ocurrió un despojo en perjuicio de los indígenas). Uno de los síntomas más claros del fin de la frontera fue la creación del Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), fundado en 1961. La solución de entregar tierras baldías no era más una posibilidad; por lo tanto, al ITCO le fue asignada la misión de administrar las tierras estatales para compensar la desigualdad, mediante el desarrollo de proyectos de colonización agrícola planificados. El ITCO, fue *la* forma estatal de intervención y ordenamiento de la frontera, frente a su inminente agotamiento. En este sentido, se pronuncia Alberto Gutiérrez y Carlos Granados," Nacionalismo, Frontera y Excepcionalismo Verde en Costa Rica," *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 46 (2020): 10.

[329] "Artículo 6. Toda persona tiene derecho de denunciar o informar ante el organismo correspondiente, la existencia de tierra en cuya explotación no se cumple con la función social de la propiedad." Carlos Bolaños Céspedes, *Ley de Tierras y Colonización, con jurisprudencia constitucional, agraria, administrativa, comentada y concordada*, (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2007), art.6.

aquellos predios rústicos que son explotados al cumplir la función social[330] también se establece la posibilidad de declarar la expropiación sobre tierras que no cumplan la función social, como las incultas, las no explotadas o tierras de agricultura dedicadas a la ganadería[331] el art. 150 menciona la aplicación de las reglas referentes a la función social.[332]

En la ley Orgánica del Ambiente, también se utilizan disposiciones normativas relacionadas con la función social y ambiental. El artículo 2 establece varios principios, pero interesan destacar los siguientes: "a) El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad pública e interés social," y el inciso "e) El daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras."[333]

En forma expresa, el artículo 8 de la Ley de Biodiversidad No. 7788 establece la obligación de cumplir con la función ambiental. Lo relevante es la delimitación y precisión del objeto de aplicación de la función ambiental: la propiedad inmueble;[334] en este punto, no está por demás afirmar que el objeto de la función ambiental, por lo general, está dirigido a este tipo de bienes.

---

[330] Artículo 142. Son inexpropiables los predios rústicos en cuya explotación se cumple con la función social de la propiedad, de conformidad con lo estipulado en esta ley. Carlos Bolaños Céspedes, *Ley de Tierras y Colonización…* art. 142

[331] "Artículo 144.- (*) La expropiación se realizará en primer lugar sobre aquellas tierras que no cumplan su función social, en el siguiente orden de prelación: 1) Las incultas, y, entre ellas, las de mayor extensión; las explotadas indirectamente por medio de arrendatarios, medianeros, colonos y ocupantes, y las no explotadas durante los últimos cinco años anteriores al proceso de expropiación. 2) Las que, destinadas a parcelamientos rurales privados, colonias o asociaciones formadas con base en leyes específicas, no hayan desarrollado dichos o no estén cumpliendo fielmente con los fines prescritos en tales leyes. En estos casos, el Instituto debe salvar los derechos de los parceleros ya establecidos; y 3) Las tierras de agricultura dedicadas a la ganadería." Carlos Bolaños Céspedes, *Ley de Tierras y Colonización, art.144.*

[332] "Artículo 150.- Al ocupante de tierras baldías se le aplicarán las mismas reglas relativas a la función social de la propiedad. En el juicio de expropiación que correspondiera, siempre se le han de pagar las mejoras y obras que tenga." Carlos Bolaños Céspedes, *Ley de Tierras y Colonización, art.150*.

[333] Asamblea Legislativa," No. 7554: Ley Orgánica del Ambiente; 4 de octubre de 1995, https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27738&nValor3=93505&strTipM=TC. Álvaro Sagot Rodríguez, Código de Legislación Ambiental Costarricense, Ley Orgánica del Ambiente (San José: Vequi del Norte S.A. 2009), 15

[334] "Artículo 8. Función ambiental de la propiedad inmueble. Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental." Álvaro Sagot Rodríguez, Código de Legislación Ambiental Costarricense, Ley de la Biodiversidad (San José: Vequi del Norte S.A. 2009) 56.

Como anteriormente se indicó, pese a la importancia de la función ambiental y que incluso forma parte de la carta de presentación del país a nivel internacional, los delitos ambientales o la actividad ilícita ambiental; estos temas no fueron tomados en cuenta en el proyecto de extinción de dominio. Esta omisión injustificada, deja cierta duda sobre la imagen 'verde' de Costa Rica, en el tanto de que parecería congruente haber incluido como actividad ilícita los delitos ambientales, si efectivamente se considerara un país excepcional en materia de protección socioambiental.

En la sección siguiente y para finalizar este capítulo, resulta de capital importancia analizar el núcleo esencial del derecho de propiedad, y su importancia dentro de la dinámica del dominio.

4. Núcleo esencial del Derecho de Propiedad

A través de la noción del derecho de propiedad constitucional, se ha resaltado la amplitud de su cobertura y la indeterminación de su contenido y objeto, remitiendo a la ley ordinaria la delimitación específica del contenido de cada forma propietaria, con arreglo a los parámetros de la función social y la función ecológica o ambiental. Lo anterior pone de manifiesto la necesaria intervención del legislador y de la jurisprudencia constitucional en la definición de los distintos regímenes dominicales específicos. Tampoco se pretende sostener que exista una especie de libertad irrestricta en la función legislativa, o en la dinámica de la hermenéutica judicial, para delinear los distintos contenidos. La precisa delimitación de cualquier derecho fundamental supone, ineludiblemente, su conformidad y observancia de los distintos elementos, conceptos o normas programáticas plasmados en la Constitución.

Dentro de los principios y reglas que la doctrina menciona para definir los contornos de cualquier derecho fundamental,[335] se encuentra la noción de contenido esencial del derecho, aspecto que se examinará en la sección siguiente.

4.1 ¿Qué significa contenido o el núcleo esencial del derecho de propiedad?

A nivel doctrinal, se parte de la premisa de que la función legislativa de regular el ejercicio de los derechos fundamentales está cercada por una frontera: la prohibición de lesionar

[335] Siguiendo a Santaella Quintero, este menciona los siguientes parámetros: "Junto con la garantía expropiatoria, el mandato de ponderación, el principio de proporcionalidad, el principio de protección de la confianza legítima, el principio de igualdad y las reglas de competencia, uno de los límites más connotados – el más conocido y recurrentemente invocado, sin duda – es el contenido esencial del derecho." Santaella Quintero, 184.

el contenido esencial de los derechos. En este sentido, corresponde buscar una respuesta a la interrogante formulada en este apartado, a partir de la Constitución costarricense y la jurisprudencia constitucional.

El origen de este concepto se remonta a la constitución alemana del año 1949, que establece en su artículo 19.2 la siguiente disposición: "en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial."[336] Es evidente que, al margen de las razones históricas que pudieron haber motivado el precepto constitucional, la norma referida pretendía asegurar la eficacia jurídica de aquellas ordenanzas constitucionales que, por remitir al legislador ordinario, corrían el riesgo de quedar reducidas a simples normas programáticas, sin ninguna eficacia práctica.[337]

El propósito fundamental del contenido esencial es fijar un contrapeso a la reserva de ley,[338] limitar el abuso abusivo y, lo más importante, evitar una situación de inutilidad práctica o de 'vaciamiento' del contenido de los derechos fundamentales por parte de la actividad legislativa.[339]

La delimitación de los derechos fundamentales por parte de la legislación ordinaria se califica como 'derechos de configuración legal.'[340] De esta forma, el derecho a la propiedad

---

[336] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, traducción publicada por el Departamento de Prensa e Información del gobierno federal, Bonn, Alemania, por Industriedruck, 1981, página 15. La disposición textual en el idioma alemán indica lo siguiente: "…(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werde." Portal Europeo de e-Justicia, "Ley Fundamental de la República Federal de Alemania", https://e-justice.europa.eu/6/ES/national_legislation?GERMANY&member=1.

[337] Santaella Quintero, *La propiedad privada constitucional: una teoría...*, 184.

[338] De acuerdo con el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública: "1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia." Jorge Córdoba Ortega, Ley General de la Administración Pública, con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, agraria y contencioso administrativo (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2016) 191-192.

[339] Santaella Quintero, 183-185. Como se verá, el concepto de 'vaciamiento' es acogido por la jurisprudencia constitucional costarricense. En el caso de la Unión Europea, la generalización de la garantía del contenido esencial se ha plasmado en la formulación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 52.1 dispone: "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás." Parlamento Europeo, "*La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea"*, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

[340] En cuanto a la noción de derecho de configuración legal, "debe entenderse que se trata de una categoría que se puede aplicar a todos los derechos siempre y cuando convengamos en las siguientes estipulaciones: a) Todos los derechos son derechos de configuración legal en la medida que pueden ser objeto de "regulación" por parte del legislador. Esto se aplica incluso en el caso de aquellos derechos que aparentemente solo requieren de abstenciones por parte del Estado (inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, libertad de tránsito, etc.). b) La

privada es un derecho "delimitable" o "definible" por las leyes. En consecuencia, la propiedad constitucional no tiene existencia propia o independiente de la regulación legal de la propiedad; para su aplicación práctica, requiere de la formulación legal a través de normas operativas. Esto no quiere decir que la voluntad del legislador sea ilimitada, por el contrario, debe siempre respetar y ser compatible con el "contenido esencial" del derecho que configura.

En una forma más sintetizada, el contenido esencial de un derecho fundamental es aquella parte que resulta reveladora del significado que un derecho tiene en una determinada cultura jurídica, y cuyo sacrificio o agresión lo transformaría, a tal grado que lo haría irreconocible. En esta misma línea, el "contenido esencial" de un derecho fundamental, en cualquier sociedad democrática, se identifica como su 'núcleo duro'[341] o sector infranqueable, el cual no puede ser restringido, perjudicado o alterado, ni aún en el caso de que el legislador lo considere justificado.[342]

---

configuración legal puede incidir en las "modalidades de ejercicio del derecho", siempre y cuando no afecte el contenido esencial. La ley sería una especie de instrumento potenciador y garante del ejercicio del derecho. c) La configuración legal será más amplia en el caso de que la Constitución haya hecho una remisión expresa al legislador en alguno de sus preceptos." Miguel Carbonell, *Introducción al Derecho Constitucional* (México: Editorial: Tirant Lo Blanch, 2015), 79, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/show/9788490864050.

[341] La noción de 'núcleo duro' se empezó a utilizar en la Constitución de Weimar. Sobre el particular, la doctrina ha indicado lo siguiente: "La teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada a partir de la Constitución de Weimar por Gerhard Anschutz y Richard Thoma… arrancan afirmando la posición nuclear que contiene cada uno de ellos, tales derechos se describen como una esfera, cuya periferia es afectable por la interferencias del poder, mientras que su núcleo duro es refractario a cualquier embate del poder, por estar constituido de elementos esenciales, sin los cuales perdería su identidad; así el núcleo esencial garantiza el objeto del derecho, impidiendo su desaparición, anulación, destrucción o desnaturalización (Gavara de Cara, 1994, 226, citado Cristhian Alexander Pereira Otero, "Aproximación Jurídica al Contenido y Alcance, Del Núcleo Esencial del Derecho Fundamental a la Libertad Individual en el Constitucionalismo Colombiano," *Revista Temas Socio Jurídicos*, volumen 33, No. 67 (Julio-Diciembre 2014): 71-85, https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/download/2102/1880. "En razón de lo anterior, todo derecho fundamental se compone de una zona blanda y una zona dura, la primera susceptible de afectación o limitación y la segunda intocable e irreductible, prohibida de afectarse en todo Estado constitucional de naturaleza garantista de derechos; el núcleo irreductible de los derechos fundamentales se constituye sin duda en una fatigante y ardua tarea en su intelección; dilucidar el contenido esencial, frente al cual todos los poderes del Estado debe limitar su accionar, es una tarea que han emprendido los tribunales constitucionales, en la era del neo constitucionalismo de Europa y América." Pereira Otero, 72.

[342] Carbonell, *Introducción al...*, 78. Este mismo autor reafirma el criterio expuesto, afirmando lo siguiente: "Esto implica entre otras cuestiones que ni siquiera haciendo una interpretación basada en la "ponderación" de bienes constitucionales puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial." Miguel Carbonell, p. 79. Al igual que la constitución alemana, la constitución española establece en el artículo 53.1: "Artículo 53. 1.- Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)." (el resaltado no es de su original).

No obstante lo indicado, definir ese 'núcleo duro' no es tarea fácil, en el tanto se debe identificar y definir qué elementos o qué facultades forman parte de ese "contenido esencial," convirtiéndolo en indisponible para el legislador, y cual o cuales consecuencias se desprenden de su inobservancia, que se podría traducir en la posibilidad de considerarla una especie de expropiación indemnizable (expropiación indirecta), o la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma violatoria.[343]

En el caso del derecho de propiedad, el *quid* para la aproximación a su núcleo duro e inviolable, en el caso costarricense, está íntimamente relacionado con las facultades del propietario o propiamente su componente subjetivo, y la Función Social. De esta forma, la supresión de la facultad de aprovechamiento de los bienes o de la facultad de disposición que corresponde a cualquier titular del derecho de propiedad, definitivamente, son puntos de aproximación para identificar el núcleo duro de este derecho.

Bajo el anterior acercamiento, el nivel irreductible de ese derecho está intrínsecamente vinculado con su dimensión de libertad, materializado en las facultades de goce, uso -que incluye la transformación- y disposición.[344] Sin embargo, las dificultades residen en determinar el grado de afectación o disminución que esos poderes podrían sufrir mediante la aplicación del interés social. Es evidente que existen numerosas leyes que, de una forma u otra, restringen las

---

[343] Como ejemplos de medidas que atentarían contra el contenido esencial de un derecho fundamental, se podrían mencionar los siguientes: la tortura (violación al artículo 40 CP); la experimentación científica sobre seres humanos a cambio de ofrecer un pago o remuneración (afectación al derecho a la vida, dignidad, principio de no comercialización del cuerpo humano, en este sentido la sentencia de la Sala Constitucional número 2014-003969 y 21 CP, la instauración de penas vitalicias, en la esfera del derecho a la libertad personal, entre otros.

[344] Santaella, *2*019, 214. Este autor se basa en una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia," sentencia C-006/93; 18 de enero, 1993. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-006-93.htm. En el caso del constitucionalismo alemán se afirma que ese "…núcleo absoluto y sustancial, intangible e inexcusable para el legislador, envuelve el aprovechamiento privado (Privat-nutzigkeit) de la propiedad y la facultad básica de disposición sobre el objeto del derecho." Santaella Quintero, 2019., 189. En el caso español, según varios votos del Tribunal Constitucional y citado por Santaella Quintero "la recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deben ir más allá de lo razonable". Santaella Quintero, 194. A propósito del derecho español y sobre el contenido esencial, se le tilda de seguir un criterio indeterminado y abstracto. Adicionalmente, se le endilga confundir el contenido esencial del derecho de propiedad al introducir la función social dentro del núcleo de este derecho. En este sentido se expresa Santaella Quintero cuando afirma: "Por ende, en rigor, el contenido esencial no puede incluir a la función social. Que en un Estado social de Derecho la función social de la propiedad sea parte esencia de la estructura del derecho y transforme radicalmente su fisonomía y fisiología jurídico constitucional, no puede significar que ella integre además su contenido esencial. Este debe recaer únicamente sobre un mínimo de utilidad individual del propietario.", citado por Santaella, 2019, 202.

potestades aludidas, sin que ello implique una afectación al núcleo esencial del DP; cabe preguntarse ¿cuándo se está ante una violación del núcleo del derecho de propiedad?[345]

Siguiendo la ruta trazada en el párrafo anterior, la vertiente subjetiva está referida a la existencia innegable de un aprovechamiento o beneficio individual[346] que, conforme a lo expuesto, estaría abierto a cierta 'graduación,' en este punto está la dificultad para fijar o precisar una frontera entre el núcleo y el contenido general -periferia- del derecho de propiedad. Adicionalmente, cuando se usa el concepto de un 'mínimo' o de una mayor o menor 'graduación,' pareciera que se hace referencia a una cuestión cuantitativa, aspecto que esta investigación niega.

Un criterio contrario es el que esboza Barnes, argumentando que cuando la constitución le impone al legislador que obedezca el núcleo o contenido esencial de un derecho fundamental, no le está sugiriendo que existe una especie de indisponibilidad sobre una mayor o menor 'cantidad' de derecho. El contenido nuclear de cualquier derecho fundamental no es un *quantum*, no es un número que le permite al legislador decir que el núcleo de un derecho en particular equivale al cincuenta por ciento de la posibilidad de usar, gozar o disponer el bien. En realidad, el núcleo de cualquier derecho fundamental o del derecho de propiedad en particular se compone de una parte sustantiva o esencial[347] que no es susceptible de medición cuantitativa.[348]

En el caso específico del derecho de propiedad sobre bienes productivos, un criterio que arroja luz a la zona gris entre núcleo y periferia está relacionado con el hecho ineludible de que, dentro del núcleo compuesto por las facultades de goce y disposición, existe la búsqueda o

---

[345] El cuestionamiento no es novedoso ni mucho menos, pero sigue generando múltiples consultas cada vez que una determinada normativa restringe los atributos del dominio. Desde el año de 1983 el connotado jurista Eduardo Ortíz Ortíz, se preguntaba: "Es, entonces, perfectamente lógico y conforme, no ya con la letra del art. 45, sino con su espíritu y misión, el concluir en que el mismo petrifica un contenido mínimo del derecho de propiedad privada, que la legislación n puede cercenar o disminuir por debajo de un haz de poderes (en sentido genérico), sin ignorar la inviolabilidad del derecho de propiedad privada. ¿Cuál es, entonces, ese contenido mínimo? Ortíz Ortíz, *Ensayos La Propiedad*, 406.

[346] Barnes Vázquez utiliza el concepto de aprovechamiento y también usa el concepto de 'explotación,' sobre este particular indica: "… parece que el sentido o finalidad para el que se otorga el derecho no es otro que el de la productividad o aprovechamiento que se deriva de la utilización, sin necesidad de intermediarios, de los bienes sobre los que recaiga la propiedad constitucional." Barnes Vázquez, La propiedad constitucional..., 292.

[347] De acuerdo con el DRA, uno de significados de la palabra esencial es: "2. adj. Sustancial, principal, notable." Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española (Colombia: Printer Colombiana S.A., vigésima segunda edición, tomo 5, 2001) 655.

[348] Barnes Vázquez, *La propiedad constitucional*..., 111.

necesidad de un interés económico. Si el derecho de propiedad es la base del sistema económico, es evidente que el ejercicio de las facultades del titular es la obtención de una utilidad económica. En su génesis, tanto el derecho de propiedad como el comercio posibilitaron el comienzo de las operaciones de intercambio a fin de obtener una ganancia o utilidad económica para su titular. Tratándose de bienes productivos, las facultades de goce y disposición son las que permiten obtener esa utilidad económica.[349]

Además de permitir integrar un elemento dentro de los criterios para definir el contenido nuclear del DP, el concepto de "utilidad económica" en los bienes de naturaleza productiva evidencia una distinción importante entre el derecho de propiedad modelada en el Código Civil, versus el derecho de propiedad que pregona la Constitución. Mientras que las facultades de goce, uso y disposición están en relación directa con los artículos 264 y siguientes del Código Civil, la referencia al interés particular en la utilidad económica encaja en lo que se ha denominado 'Constitución Económica'; consecuentemente, su referencia directa es el derecho de propiedad constitucional del artículo 45 de la CP.[350]

Siguiendo el ejemplo de los bienes productivos, los atributos esenciales, principales o sustantivos del derecho de propiedad serán aquellos necesarios para cumplir con la naturaleza propia del bien objeto del derecho de ese derecho.[351] Si se revisa la propiedad urbana, sería un contrasentido prohibir el derecho a edificar, pero sí resulta admisible regular lo que se ha de construir y sus dimensiones.

En el caso de la propiedad agraria, se podría regular el uso de la tierra, e incluso prohibir sembrar en ciertas zonas, pero implicaría violación al contenido esencial, el impedir el cultivo

---

[349] Vicente Montes utiliza un concepto semejante: "…habría que precisar que la ablación de facultades, o la imposición de vínculos, incluso en favor de la comunidad, desembocarían en una verdadera expropiación por "disminución de sustancia" de la propiedad cuando se impida la utilización económica fundamental de un bien.". Vicente Montes, *La propiedad...*, 226-227.

[350] En un sentido similar, se pronuncia Santaella Quintero, 214. Este autor utiliza este criterio basado en una resolución del Tribunal constitucional que en lo que interesa dispuso: "Ese núcleo irreductible de poder, garantizado por la Constitución, se refiere al nivel mínimo que pueden objetivamente tener las facultades de goce y disposición del bien para permitir a su titular extraer su utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que, en la conciencia social, alcancen a justificar la presencia de un interés privado y a reconocer como subsistentes los rasgos que distinguen un cierto tipo de propiedad. Indudablemente, aquélla y éstos se esfumarían si las limitaciones y obligaciones sociales impuestas al propietario son irrazonables y coartan toda posibilidad efectiva de utilidad puramente individual del derecho." Corte Constitucional de Colombia," sentencia C-006/93; 18 de enero, 1993, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-006-93.htm.

[351] Ortíz, *Ensayos*, 408.

en general o restringirlo a tal grado que las especies vegetales que se aprueben cultivar no genere una utilidad económica.

De los ejemplos transcritos, se deja en evidencia que el derecho de propiedad, además de una dimensión subjetiva, también conlleva una serie de derechos y deberes que pueden ir o no en consonancia con sus intereses individuales, a su vez, el interés social está ubicado en la estructura de la propiedad, según se ha expuesto;[352] por tal razón, tanto el derecho subjetivo como el interés social forman un núcleo inescindible. En consecuencia, el núcleo del derecho de propiedad no puede entenderse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho, debería de incluir la necesaria referencia a la función social, entendida como parte integrante del derecho mismo, más que como un simple límite externo.[353]

Bajo esta línea de pensamiento, el concepto de función social también se encuentra en el centro neurálgico de la estructura propietaria, demandando de cualquier titular un aprovechamiento que, sin impedir beneficiarle, también permita la participación social en el disfrute de ese bien en particular o, como mínimo, que no lo contraríe. Según Barnes, esa amalgama entre interés individual e interés social forman una fusión que se puede calificar como aprovechamiento difusivo,[354] reconociéndose un doble aspecto: de libertad (derecho subjetivo), y de funcionalidad social. [355]

---

[352] Véase pág. 110, sección 3.3., denominado "Ubicación de la Función Social dentro de la Dogmática del Derecho de propiedad".

[353] Lo ha señalado el Tribunal Constitucional español mediante sentencia 37/1987 de 26 de marzo. "En efecto, la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes." Tribunal Constitucional de España," Recurso de inconstitucionalidad: sentencia 37/1987; 26 de marzo, 1987, expediente ECLI:ES:TC:1987:37, https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/769

[354] Barnes Vázquez, *La propiedad constitucional..., 306.*,

[355] Según Barnes Vázquez, el autor Pérez Luño se decanta por un criterio similar: "la constitución, en suma, reconoce a la propiedad privada como un derecho fundamental, lo que implica que no extiende su protección a la libertad individual de apropiación exclusiva, excluyente e ilimitada de bienes, sino al derecho de participación en

De esta forma, el núcleo esencial del derecho se alude a aquella parte de la estructura propietaria que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles – aprovechamiento privado - resulten protegidos real, concreta y efectivamente, de modo que permitan su ejecución práctica. En consecuencia, se infringe el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a determinadas restricciones al ejercicio para el cual está diseñado, que lo hacen impracticable o lo entorpecen más allá de lo razonable.[356] En otros términos, ese núcleo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, a fin de que produzca utilidad económica o un aprovechamiento a favor de su titular.[357] Sin embargo, en armonía con la codificación civil y la jurisprudencia nacional, también se entienden como atributos básicos del derecho de propiedad los siguientes: la posesión, uso y goce, tenencia, transformación y defensa.

En esta sección se ha mencionado la indisoluble convivencia entre el derecho subjetivo y la función social, como aspectos esenciales en la estructura propietaria. Esta forma de visualizar la parte nuclear del derecho de propiedad posibilita la aplicación de algunas restricciones en el ejercicio del derecho subjetivo, que suelen materializarse en las nociones de límites y limitaciones, aspectos que se estudiarán en la sección siguiente.

4.2 Sentido básico de la propiedad y su relación con los límites y limitaciones

El ejercicio de los atributos del derecho de propiedad privada, en cualquier ordenamiento jurídico, encuentra límites y matices dependiendo de su naturaleza y la legislación que lo regula. El artículo 266 del código civil costarricense establece que "la propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley."[358]

De otro lado, también en la Constitución costarricense se encuentran preceptos de los que derivan restricciones directa o indirectamente al derecho de propiedad que, de alguna forma, marcan una frontera al ejercicio de los distintos atributos del derecho de propiedad, distintos a

---

los frutos del proceso económico que garantice a todos el pleno desarrollo de sus capacidades…" Barnes Vázquez, 307.

[356] Tribunal Constitucional de España, "Recurso de inconstitucionalidad: sentencia 11/1981; 25 de abril, 1981", expediente ECLI:ES:TC:1981:11, https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/11

[357] Este concepto lo utiliza Santaella refiriéndose a una resolución de la Corte Constitucional de Colombia, 217. La resolución de la corte de Colombia es la siguiente: Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad: No. C-189, 15 de marzo, 2006", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm.

[358] Picado Vargas, *Código Civil...*, artículo 226.

la posibilidad de imponer limitaciones de interés social, según lo dispone el artículo 45 de la CP.[359]

El concepto de 'límites' en el derecho de propiedad alude, como es conocido, a los bordes -fronteras- que definen jurídicamente el contenido de ese derecho, estableciendo hasta donde llegan las facultades y poderes del propietario sobre el objeto del derecho de propiedad.[360] Así, los límites configuran el contenido habitual del dominio y se fundamentan, mayoritariamente, en criterios de interés público, lo cual está íntimamente ligado con la función social y función ambiental,[361] como ocurre en los casos del medio ambiente, urbanismo, legislación agraria, suelo, zona marítimo terrestre, y otros más. En menor escala, existen límites por razones de un interés privado,[362] intentando establecer un equilibrio y ponderación de intereses entre los distintos propietarios cuyas heredades son vecinas.[363]

El límite no implica una reducción de las facultades que el derecho de propiedad le ofrece al titular, por el contrario, establece el marco dentro del cual los distintos titulares podrán ejercer

[359] Como ejemplo de lo anterior, se encuentran las siguientes: el art. 50 establece el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado, así como el deber de todos de preservarlo; este mismo artículo establece el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida y que pertenece al Estado, teniendo prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones; el artículo 89 garantiza algunos fines culturales, que incluye la protección de las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la nación. No es necesario un profundo análisis para entender que estas y otras normas constitucionales inciden necesariamente en la dinámica del derecho de propiedad.

[360] Acerca de los límites del derecho de propiedad – dice Albaladejo- "entiendo por límites del derecho de propiedad las fronteras, el punto normal hasta dónde llega el poder del dueño, o sea el régimen ordinario de restricciones a que (comparándolo con el supuesto de que fuese omnímodo) está sometido tal poder." Manuel Albaladejo, *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes, Volumen I*, octava edición (Barcelona, España: Bosch Editor, 1994), 261. Es necesario aclarar que la doctrina española se inclina por considerar que los límites están relacionados con la necesidad de delimitar el derecho de propiedad. Tal criterio tiene estrecha relación con el artículo 33 punto 2 de la Constitución Española, que dice: "*…2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.* En realidad, el concepto proviene de la doctrina alemana, "desde Gierke que distinguió entre limitaciones impuestas a la propiedad a partir de un contenido moral y preexistente y aquellas otras que constituyen más bien el trazado de sus confines y la precisión de su concepto describiendo las coordenadas dentro de las cuales se mueven los derechos dominicales." Manuel Albaladejo García, Francisco Alonso Espinosa, *Homenaje al profesor Juan Roca Juan* (Murcia, España: Universidad: Secretariado de Publicaciones, 1989), 448.

[361] El propio Manuel Albaladejo admite que los límites del derecho de propiedad proceden por lo general del régimen administrativo de la propiedad, debido a ello, su estudio corresponde al Derecho Administrativo. Manuel Albaladejo, Derecho *Civil III, I*, 260.

[362] Algunos casos de límites en interés privado serían: 1.º) las relaciones de vecindad y 2.º) la medianería, según los disponen los artículos 383 al 394 y artículo 403 del Código Civil de Costa Rica, entre otros.

[363] En este sentido: Ulate, *Manual de Derecho Agrario*, 144.

sus facultades, tal como sucede en cualquier otro tipo de derecho real.[364] La consecuencia práctica de esta distinción estriba en que cualquier límite, al fijar simplemente una frontera al ejercicio del derecho, no resulta indemnizable por cuanto no afecta el núcleo duro del derecho de propiedad.[365] Además, son generales e iguales para todo titular que posea una misma clase de derecho de propiedad.[366] Se imponen por disposición legal, no precisan inscripción registral, ni prueba de su existencia.[367]

Para los efectos de esta investigación, interesa una clase de límites en particular, denominados 'institucionales' o 'intrínsecos',[368] dentro de los que se encuentra el concepto que, en doctrina, las distintas legislaciones, e incluso Convenciones Internacionales, denominan 'abuso del derecho.'[369] Aunque se volverá sobre este concepto en el capítulo III, es importante

---

[364] Incluso, podría agregarse que una cuestión similar ocurre con la autonomía de la voluntad en materia contractual, o con cualquier derecho subjetivo, en el tanto hay límites que configuran el poder autónomo, demarcándolo como poder dentro de un espacio donde actuarán las potestades autónomas de la voluntad.

[365] Sobre la no indemnización, la jurisprudencia costarricense lo ha entendido así desde vieja data, aunque en un inicio no existía una clara distinción entre límite y limitaciones: "En el caso específico del derecho de propiedad, el sistema de limitaciones intrínsecas o internas se refiere al contenido propio o esencial del derecho de propiedad, contenido mínimo que ha sido definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal en el caso de la propiedad privada, o para utilidad social en el caso de la propiedad pública; y el sistema de limitaciones externas de la propiedad lo conforman las limitaciones de interés social, que son de origen legislativo y de máxima importancia institucional, al requerir para su imposición la aprobación legislativa con mayoría reforzada. Como queda dicho, en principio, por sí mismas y por definición, las limitaciones de interés social impuestas a la propiedad no son indemnizables, por no implicar expropiación, es decir, cuando la propiedad no sufre desmembraciones que hagan desaparecer el derecho." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de amparo: sentencia 01551; 6 de marzo, 1998", expediente 17-001110-0007-CO.

[366] A pesar de que no distingue entre límites y limitaciones, señala Luis Diez Picasso: "En cambio, las limitaciones del dominio afectan a todas las propiedades por igual, que se colocan así en un mismo plano de igualdad." Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, tomo III, sexta edición (Madrid, España: Editorial Tecnos,1997),164.

[367] En este sentido, se pronuncia Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III, I*, 262.

[368] Sobre esta categoría, el autor Peña Quiñones las denomina intrínsecas o internas: "La limitación tiene su fundamento en la misma finalidad del derecho, puesto que la propiedad cumple tanto fines individuales como sociales, luego no requiere consagración legal. En nuestro medio tenemos un ejemplo clásico de estas limitaciones internas basadas en el propio concepto de propiedad y sin necesidad de acudir a la consagración legal; tal fue el caso del abuso del derecho…". Ernesto Peña Quiñones, *El derecho de Bienes* (Bogotá, Colombia: Librería Jurídicas Wilches, 1995), 586. En la doctrina costarricense también se ha identificado el abuso del derecho con límites al derecho de propiedad, y sobre este particular Ulate Chacón menciona: "Las actividades privadas, ejercidas dentro del ámbito de ejercicio del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, deben respetar los límites agroambientales, y particularmente el interés colectivo. Esa situación es aplicable a las actividades agrarias productivas de cría de animales o cultivo de vegetales, pues no puede ejercitarse en daño a la salud o al medio ambiente. Ello sería permitir el abuso del derecho." Ulate Chacón, Enrique. La función económica-social y ambiental de la propiedad. En *Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano: las nuevas limitaciones agroambientales en la legislación y en la jurisprudencia*. Coordinadores Alfredo Massart y Ángel Sánchez Hernández, 297-323. (Pisa, Italia: Edizioni Ets, 2001): 307.

[369] El artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece: "Prohibición del abuso de derecho Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción

dejar establecido que el artículo 22 del Código Civil establece que "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste." En definitiva, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se exige que el derecho de propiedad sea ejercitado conforme a su propia función y atributos, impidiendo su ejercicio de manera desorbitada (fuera de sus límites o fronteras), o contraria a los parámetros de conducta socialmente asumidos en un tiempo y un espacio.

Como contrapartida a la noción de límites, las 'limitaciones' al derecho de propiedad son excepcionales, no delimitan el derecho de propiedad; en consecuencia, son extrínsecas. El propio artículo 45 de la CP establece la posibilidad de "imponer a la propiedad limitaciones de interés social." Según la doctrina administrativa, las limitaciones se refieren a las restricciones que sufren los atributos del dominio en aras del interés público.[370]

Adicionalmente, disminuyen el poder que normalmente tiene el propietario sobre el objeto del derecho y, dependiendo del grado de afectación, podrían ocasionar el deber de indemnizar cuando afecte el núcleo duro del derecho de propiedad, según lo analizado en la sección anterior. Del anterior argumento se deriva la consecuencia de que existen intervenciones públicas indemnizables y no indemnizables[371]

Sobre la distinción entre ambas categorías, la Sala Constitucional se ha pronunciado profusamente, coincidiendo con el criterio de que pueden limitarse los atributos del dominio, siempre y cuando el propietario tenga la posibilidad de explotar económicamente el bien. Más allá de estos parámetros, se debe indemnizar, lo mismo ocurre cuando el sacrificio que se impone al propietario es de magnitud tal que le hace perder en su totalidad la posibilidad de aprovechamiento del bien.[372]

Sin perjuicio de lo expuesto, también la Sala Constitucional ha utilizado en sus resoluciones el criterio de 'vaciamiento' del contenido del derecho de propiedad para

---

de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo." Casadevall, Josep, «El convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia», (Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012), 176, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788490046890.

[370] Ortiz Ortíz, *Ensayos la Propiedad*, 404.

[371] Ortiz Ortiz, *Ensayos la Propiedad*, 417.

[372] Esta misma sentencia agrega: "Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien.". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Acción de inconstitucionalidad: resolución 1996-2345; 15 de mayo, 1996 9:24 horas".

determinar si la restricción significa violación tal. Desde vieja data, se ha afirmado que las limitaciones "son constitucionalmente posibles en tanto no vacíen su contenido," pero cuando ocurre ese vaciamiento, se está ante una privación del derecho mismo; por tanto, procede el deber de indemnización. [373]

A propósito de afectación indemnizable en el derecho de propiedad, a nivel internacional se ha consolidado el concepto de expropiación 'indirecta', para referirse a los casos en los que una 'inversión'[374] de una persona física o jurídica es afectada a tal grado que, indirectamente, constituye una especie de expropiación en el sentido de menoscabar sensiblemente, su utilidad y valor económico. En términos generales, cualquier extranjero puede adquirir bienes, siempre que se someta a la ley nacional del Estado donde los adquiere; por tal razón, también está expuesto a la posibilidad de que se le impongan restricciones. Además de la expropiación directa, que responde a un interés social, prevista en la mayoría de las legislaciones, el derecho internacional distingue la expropiación 'directa' de la 'indirecta,'[375] debido a que, en este último

[373] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de amparo: sentencia No. 5097-93; 15 de octubre, 1993", expediente 91-002882-0007-CO.3. A propósito de las afectaciones indemnizables hay una corriente doctrinal que las denomina "expropiación indirecta."

[374] Se podría considerar que el concepto de inversión es una forma de derecho de propiedad. En el caso del Tratado de libre comercio entre Costa Rica y Estados Unidos se entiende por inversión lo siguiente: "**inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;…" Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica; *TLC República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos (CAFTA-DR)*, Definiciones, art. 10.28, https://www.comex.go.cr/tratados/cafta-dr/texto-del-tratado-1/

[375] En el caso del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica con Estados Unidos, existe un capítulo dedicado a la expropiación (artículo 10,7 y anexo 10-C). El conocido especialista en derecho administrativo Dr. Manrique Jiménez Meza comenta al respecto: "Sin embargo, puede ejecutarse la expropiación o nacionalización de in- versiones cubiertas por el Tratado, sea de forma directa o indirecta; estas sólo proceden por "utilidad pública" (lo que no afecta la dimensión social); en régimen de igualdad; con pago "pronto, adecuado y efectivo de la indemnización" (10.7.c) y con apego al debido proceso. A su vez, pueden darse actos de expropiación directa cuando existe traspaso del título o derecho de dominio de la inversión (10.7.1.3). Será indirecta, cuando no se da tal traslado, pero se ejecutan actos equivalentes (10.7.1.4), con ello se pretende garantizar la eficacia ante los eventuales reclamos indemnizatorios. Se exige, asimismo, que la indemnización con justiprecio…se pagada sin demora en el valor justo del mercado, que refleje con exactitud y antelación el objeto de la expropiación, y que sea completamente liquidable y libremente transferible (o al menos no se haga con vicios de nulidad)." Manrique Meza Jiménez, Algunas implicaciones jurídicas del TLC sobre la organización y actividad constitucional y administrativa de Estado costarricense, en Flores-Estrada y Hernández, coords, *TLC con Estados Unidos:*

caso, el inversionista conserva el título inscrito de su propiedad, pero ve limitadas sus facultades de uso como consecuencia de uno o varios actos estatales.[376]

Para efectos de esta investigación, el tratamiento de la 'expropiación indirecta' en materia de inversiones de personas y empresas extranjeras resulta de interés por cuanto son varios los tratados y acuerdos que el país ha suscrito en esta materia; desde que se adhirió al arbitraje internacional, bajo las reglas del Centro Internacional de arreglos de diferencias relativas a inversiones (CIADI), han sido varios e importantes los casos que Costa Rica ha tenido que enfrentar, por tratarse de acuerdos, tratados o convenios internacionales; es normativa que prevalece sobre la legislación común, lo cual podría crear controversias futuras entre inversionistas, el Estado y la aplicación de una ley de Extinción de Dominio.

En otras palabras, y como tesis de principio, mediante estos acuerdos se establecen reglas de juego claras y previsibles para los inversionistas extranjeros brindando protección, claridad, previsibilidad, además de seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones; por otro lado, podría existir una legislación común que establezca reglas para privar del derecho de propiedad a cualquier inversionista que se encuentre en los presupuestos legales establecidos.[377]

4.3 El núcleo central de la propiedad, según la jurisprudencia costarricense

En este último apartado, se hará un breve recorrido por las resoluciones más significativas referentes a cómo los máximos tribunales de nuestro país entienden el núcleo central del derecho de propiedad, del cual se ha ocupado la Sala Constitucional desde sus inicios, además de contemplar las aparentes violaciones a este derecho fundamental.

En este sentido, se pronunció en el voto número 5097-93, bajo las siguientes consideraciones: "IV.) Para la Sala los límites razonables que el Estado puede imponer a la

---

Contribuciones para el debate (San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de Costa Rica, 2004), 110-111.

[376] Marisol Páez, "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados", *Revista de Estudios Internacionales*, volumen 39, no 153 (abril-junio, 2006): 8, . El arbitraje en materia de inversión extranjera con especial atención a la jurisdicción del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) forma parte del Derecho Internacional de las Inversiones. Este organismo creado en el Convenio de Washington se ha constituido en un foro muy importante para conocer de las controversias entre un Estado receptor y un inversor nacional de otro Estado y Costa Rica forma parte de este organismo desde 1993.

[377] Aunque en este apartado no se ahondará en el tema, parece importante considerar la necesidad o no de constitucionalizar la acción de ED, a fin de incluirla como un caso de privación del dominio sin indemnización, como así lo hicieran en la legislación colombiana y mexicana en sus constituciones.

propiedad privada, de acuerdo con su naturaleza, son constitucionalmente posibles en tanto no vacíen su contenido. Cuando ello ocurre deja de ser ya una limitación razonable para convertirse en una privación del derecho mismo."[378]

En el voto 2345-96 de la Sala Constitucional se explica que el bienestar social exige sacrificios en detrimento de las facultades que dimanan de un derecho de propiedad específico, pero cuando estos significan la pérdida en su totalidad del bien, el titular debe ser indemnizado. La limitación al derecho de propiedad se erige constitucional cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad (que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socioeconómica actual) no hagan "desaparecer la naturaleza del bien o haga imposible el uso de la cosa," o la imposibilidad de usufructuarlo.[379]

Encontrar en este voto expresiones como "atributos esenciales" y "uso natural de la cosa," deja entrever cierta imprecisión que es frecuente en la definición de la frontera entre afectación al núcleo central del derecho de propiedad y simple limitación. El caso concreto se refiere a la ley número 5397 que posibilita, al Poder Ejecutivo, la declaratoria de interés histórico una propiedad privada -en este caso, Edificio Steinvorth-, impidiendo al propietario ejercer uno de los atributos esenciales del dominio, que es la transformación del bien, sin autorización previa. Además, obliga al propietario a vender forzosamente al Estado el inmueble, por cuanto se crea una opción de compra a su favor por un plazo temporal de dos años.

---

378 En lo que interesa el voto indicó lo siguiente: "III) En el caso que nos ocupa las autoridades recurridas indicaron que tal y como lo señaló la accionante en su recurso, la zona donde se ubica su propiedad es una [*sic*] área destinada a la protección del Aeropuerto Juan Santamaría, a la que de acuerdo con lo establecido por el plan regulador de ese Cantón, no podrá darle más uso que el agrícola. En criterio de los informantes, el límite impuesto a la propiedad de la quejosa debe ser soportado por ésta, sin que medie indemnización, ya que no se le está expropiando ni confiscando el inmueble. Únicamente se le está imponiendo una limitación de uso. IV) Para la Sala los límites razonables que el Estado puede imponer a la propiedad privada, de acuerdo con su naturaleza, son constitucionalmente posibles en tanto no vacíen su contenido. Cuando ello ocurre deja de ser ya una limitación razonable para convertirse en una privación del derecho mismo. Esto es precisamente lo que ocurre el caso que nos ocupa, en el que ningún provecho económico, puede la accionante, obtener de su inmueble. Inclusive, según los elementos de convicción que corren agregados al expediente, la actividad agrícola que permite el Plan Regulador representa un serio riesgo para la salud de las personas, que se dediquen al cultivo de la tierra, ya que, según se informó, el ruido proveniente del aeropuerto resulta peligroso, en razón de localizarse el terreno de la accionante a 125 metros de la línea de centro de pista." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: voto 5097-93; 15 de octubre, 1993, 10:24 horas," (Master Lex, 2023), expediente 91-002882-0007-CO, considerando, III y IV, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=567808&Tipo=3

[379] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de Inconstitucionalidad: voto 2345-96; 17 de mayo, 1996, 09:24 horas", expediente 91-003202-0007-CO, considerando, IV.

En este precedente, la sala se inclinó por declarar constitucional la norma, aduciendo que se trata de una limitación de corte general,[380] en el sentido de que podría afectar a cualquier propietario en general, y que la limitación de uno de los atributos de la propiedad es temporal, y no por tiempo indefinido.[381]

En el ejemplo mencionado, el concepto de "privación de un atributo primario del dominio" -la transformación del bien- ejemplifica las limitaciones, pero que no resulta inconstitucional al ser temporal. Al margen de lo resuelto, se destaca el uso del concepto "privación de un atributo primario," que clarifica y arroja luz sobre cómo distinguir una afectación al núcleo central del derecho de propiedad, de otra que no lo es.

Una de las resoluciones más ilustrativas y sintéticas sobre el contenido nuclear del derecho de propiedad está contenida en el voto de la Sala Constitucional número 4007 del año 2000. Según este precedente jurisprudencial, la obligación de indemnizar está prevista única y exclusivamente cuando se trata de expropiar, y no rige para las limitaciones de interés social en general, aprobadas por votación calificada; además, deberán afectar a la colectividad en general, no podrán exceder los parámetros de razonabilidad o proporcionalidad, ni vaciar de su "contenido mínimo esencial" el derecho de propiedad. Por el contrario, aquella restricción que vacíe de contenido esencial al derecho de propiedad se traduce en una expropiación encubierta -expropiación indirecta-, causando la obligación de indemnizar.[382]

La evolución de la jurisprudencia constitucional, en ciertos temas recurrentes, tiende a perfeccionar los distintos conceptos jurídicos que se han expuesto con anterioridad; en este

---

[380] Este criterio es coincidente con la doctrina y desde el voto 2000-4007, se ha mencionado que uno de los requisitos para que una limitación al derecho de propiedad no sea indemnizable es que afecte a toda la colectividad en general. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: voto 4007; 12 de mayo, 2000, 09:11 horas," (Master Lex, 2023) expediente 00-001876-0007-CO, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=483226&Tipo=3

[381] También en el voto 5052-2011 se admitió la posibilidad de imponer limitaciones temporales a la propiedad privada, posibilitando la creación de servidumbres forzosas temporales -construcción de caminos- en terreno de propiedad privada, con el fin de atender la emergencia nacional originada en una tormenta tropical que provocó deslizamientos e incomunicación de comunidades enteras. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: voto 5052-2011; 15 de abril, 2011, 11:21 horas", expediente 10-016575-0007-CO

[382] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: voto 4007; 12 de mayo, 2000, 09:11 horas," expediente 00-001876-0007-CO. En este mismo voto, se realiza una definición del contenido esencial de un derecho subjetivo, considerando dos aspectos básicos. El primero está ligado a la clase del derecho, y en estén sentido, integra el contenido esencial de cualquier derecho subjetivo aquellas facultades de actuación indispensables "para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo, desnaturalizándose. El segundo consiste en determinar los intereses jurídicamente protegidos, como núcleo y médula de los derechos subjetivos. En consecuencia, el contenido mínimo esencial de un derecho constituiría aquella parte fundamental que sometida a limitaciones lo hacen impracticable."

sentido, el derecho de propiedad no es la excepción. Sobre el particular, la resolución de la Sala Constitucional número 4716-11, además de sintetizar el criterio imperante sobre las limitaciones al derecho de propiedad, anexa un aspecto que no se encontraba en los anteriores pronunciamientos, identificando "uso natural del bien," con el valor que ese derecho de propiedad tiene como "medio de producción, o valor económico en el mercado" que permite, como se apuntó anteriormente, una ganancia o utilidad económica.[383] La introducción del concepto económico, entendido como un medio de producción y valor económico en el mercado, es la clave en muchos casos, para comprender la frontera entre núcleo y periferia en el derecho de propiedad. En cualquier sociedad de corte capitalista, si el derecho de propiedad es el motor de este modelo económico, la interpretación jurídica debe ir vinculada a ese modo de producción económico en particular. Incluso, podría ser que la limitación que se imponga, y lejos de desmejorar el valor económico del bien, lo valorice, de ahí la relevancia de entender la afectación desde esta óptica.

Pasando a las resoluciones que sobre el tema ha dictado la Sala Primera, un voto importante está relacionado con la confirmación de que el concepto de "inviolabilidad" del artículo 45 de la CP, no implica que la propiedad tenta el carácter de absoluta; en el tanto, se permite que se le introduzcan limitaciones sin la correlativa obligación de indemnizar al propietario, mediante dos tercios del total de los diputados. Sin embargo, de inmediato se agrega que tales limitaciones no pueden violentar el contenido esencial, "límite del legislador para imponer limitaciones al ejercicio de la propiedad privada. Esto es, que se le vacíe de contenido al imposibilitar a su propietario el uso y disfrute por medio de limitaciones irrazonables y desproporcionadas."[384] Adicionalmente, recurre a un voto de la Sala Constitucional para brindar una noción sobre el 'contenido esencial,' y concluye que las limitaciones que hagan

[383] Según la Sala Constitucional: "El criterio sostenido por la Sala es que las limitaciones que se impongan a la propiedad encuentran su frontera natural en el grado de afectación a ese derecho, por lo que cuando la restricción se convierte en una verdadera expropiación, se constituye para la Administración la obligación de indemnizar, porque se hace desaparecer completamente el derecho. Es decir, que serán legítimas las limitaciones que se impongan a la propiedad que permitan al propietario la posibilidad de explotar "normalmente" el bien, salvo, claro está, la parte o función afectada por la limitación impuesta por el Estado, con lo cual se respeta el uso natural del bien, al mantenerse su valor como medio de producción o valor económico en el mercado". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Amparo: voto 4716-2011; 08 de abril, 2011, 10:50 horas," expediente 11-002337-007-CO, considerando III.

[384] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Proceso Ordinario Agrario: voto 00689-2002; 06 de setiembre, 2002, 09:50 horas," expediente 99-000234-0387-AG, considerando VI.

nugatorio el ejercicio de las facultades de defensa, uso, goce y disfrute del bien implican expropiación.[385]

En una resolución posterior, la Sala Primera ha reconocido que algunas restricciones y afectaciones al derecho de propiedad a favor del recurso hídrico, que provee agua potable a una población, declarando reserva de domino los terrenos que circunden una captación de un afloramiento o naciente de agua, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio- no implican perturbación al núcleo central del derecho de propiedad.[386] Es importante recordar la trascendencia que tiene la función ambiental de la propiedad, así como la integración o armonización de los artículos 50 y 45 de la Constitución Política.

Debido a que algunos fallos de la propia Sala Primera remite a resoluciones de la Sala Constitucional, se eligió cerrar esta sección comentando una sentencia de la Sala Constitucional que además de resumir algunos conceptos expuestos sobre el núcleo del derecho de propiedad; agrega dos aspectos importantes: los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Desde la

[385] En lo que interesa y por tener interés las referencias a otros votos que se citan, se trascribe textualmente la parte de la resolución que alude al 'contenido esencial' del DP: "El contenido esencial del derecho de propiedad ha sido conceptualizado por la Sala Constitucional como el "...contenido mínimo que ha sido definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal en el caso de la propiedad privada, o para utilidad social en el caso de la propiedad pública..."(sentencia 6276-96 , o bien, "...como el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley (...), conceptualizándose como facultades de uso, goce y disfrute del bien, por lo que toda limitación que traspase el límite del contenido normal significa expropiación".(Sentencia 3617-94). En consecuencia, en el tanto esas limitaciones no hagan nugatorio el ejercicio del contenido esencial del derecho de propiedad, no son indemnizables. Sobre lo expuesto, pueden consultarse, entre muchos otros y, además de los indicados, los fallos de la Sala Constitucional números 3173-93, 565-94, 2810, 3499, 4205, 4857, 6273, 6376, y 6519, todos de 1996." Para una mejor comprensión y a pesar de tratarse de una reivindicación, la sala concluye que la facultad de defensa del artículo 264 del Código Civil y el ordinal 266 ibídem al disponer que "La propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tiene más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley", no es razonable exigirle al propietario la posesión efectiva y estable para reclamar la reivindicación de una finca, lo cual conllevaría a una limitación a su derecho impuesta vía precedente jurisdiccional y agrega que esa limitación *vacía el contenido esencial del derecho* de propiedad por una razón distinta a las causas que legalmente son admisibles como modos de extinción de un derecho real. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Proceso Ordinario Agrario: voto 00689-2002; 06 de setiembre, 2002, 09:50 horas," expediente 99-000234-0387-AG, considerando

[386] Se lee textualmente en la resolución de cita: "En ese sentido, algunas de las medidas administrativas que se pueden establecer suponen restricciones y controles sobre los usos o los aprovechamientos de agua y sobre las diversas actividades que afectan el recurso hídrico siempre que justifiquen un interés público. Cabe resaltar que dichas medidas no perturban el derecho de propiedad privada, pues se constituyen en una limitación de interés social que no vacía de contenido dicho derecho ni tampoco amplían el dominio público sin previa autorización, sino que moldean el contenido esencial. Estas consisten en una carga general, orientada en este caso a corregir una contaminación inminente que afecta el recurso hídrico de una zona determina (sic)." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Proceso Ordinario: voto 04155-2019; 28 de noviembre, 2019, 02:40 pm. horas", expediente 13-000315-0298-AG, considerando III.

óptica de esta investigación, esos dos principios son parte de la intelección que se debe hacer para deslindar el núcleo y la periferia del referido derecho. El voto en cuestión redactado por el reconocido agrarista Enrique Ulate, en lo que interesa, dispuso:

> De manera que la obligación de indemnizar por parte del Estado está constitucionalmente prevista cuando se trata de expropiación, y no rige para las limitaciones de interés social que se establezcan mediante ley aprobada por votación calificada. Estas limitaciones deberán afectar a la colectividad en general y no podrán exceder los parámetros de razonabilidad o proporcionalidad, ni vaciar de su "contenido mínimo esencial" el derecho de propiedad. La restricción al derecho de propiedad que vacie [*sic*] de su contenido esencial el derecho, se convierte en una expropiación encubierta y, en consecuencia, genera la obligación de indemnizar (véase sentencia número 2000-004007 de las 09:11 horas del 12 de mayo de 2000). En reiterada jurisprudencia, esta Sala se ha pronunciado sobre el concepto y alcances del derecho de propiedad.[387]

La relevancia de incluir los parámetros aludidos en la resolución transcrita se relaciona con el hecho que se agregan nuevos elementos para la determinación del nivel de afectación al derecho de propiedad. A través del parámetro o principio de proporcionalidad, se remite a un análisis de comparación entre la finalidad perseguida por un acto específico, y el tipo de restricción que dicho acto impone, o pretende imponer, de manera que la limitación no supere al beneficio perseguido a favor de la colectividad, de lo contrario se produciría un exceso que atenta contra los principios democráticos de cualquier estado de derecho.[388]

5. El derecho de Propiedad en la Convención Americana de los Derechos Humanos

En este capítulo se ha estudiado y profundizado sobre los alcances del derecho de propiedad. La investigación se decanta por entender que una revisión sobre de este derecho fundamental y sus alcances solo estaría completa si se examina la legislación de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y las resoluciones que la Corte Interamericana (CIDH) ha resuelto sobre este derecho.

El peso y vinculación que posee o debería tener el sistema interamericano de Derechos Humanos en los sistemas jurídicos domésticos de los países suscriptores provocan la necesidad de que sus operadores jurídicos tengan la obligación de leer en paralelo disposiciones, tanto

---

[387] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Consulta Judicial facultativa: voto 0098-2015; 07 de enero, 2015, 09:00 am. horas," expediente 14-003285-0007-CO, considerando IV.2., https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-631253.

[388] En este sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de Inconstitucionalidad: voto 01920 – 2000; 01 de marzo, 2000, 03:27 p. m. horas," expediente 99-004733-0007-CO.

constitucionales como convencionales, al integrar e interpretar los contenidos de los derechos fundamentales a casos concretos. Por ende, esta realidad compele al investigador jurídico a incluir los criterios del sistema interamericano de Derechos Humanos en temas relacionados con derechos fundamentales.

Para tal efecto, primero se abordará el contenido del artículo 21 de la CADH, se ahondará en su función y estructura para inferir algunas características fundamentales de este derecho a la luz de la legislación convencional; posteriormente, se extraerán las nociones básicas que el juez interamericano ha plasmado en algunas resoluciones importantes, se finlizará con la dimensión colectiva de la propiedad.

5.1 Algunos elementos estructurales del Derecho de Propiedad en la CADH

Si el derecho de propiedad privada ha sido fuente de discusiones o incluso un campo de batalla, como lo anticipó Tocqueville, a nivel de convenciones esa tendencia no ha sido la excepción. Este derecho, como derecho humano, fue debatido e incluso eliminado por los Estados en la elaboración de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos por diversas razones. Está ausente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), a pesar de estar presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, tampoco se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ni sobrevivió en el texto final del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos CEDH), se agrega a este último en el artículo 1 del Primer Protocolo adicional a dicho Convenio en el año de 1952.[389]

En el caso de la Convención Americana, las actas de los trabajos preparatorios relativas al artículo 21 demuestran que este derecho fue uno de los más discutidos al tratar la propuesta del proyecto original presentado por la Comisión en el año de 1969.[390] Estas discusiones

[389] Konrad Adenauer Stiftung, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentada* (Colombia: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014), 505. En cuanto al protocolo europeo, el artículo 1 expresa: "Artículo 1. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas." Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (París, 20 de marzo de 1952).

[390] Adenauer, *Convención Americana*, 519.

explican, en parte, que el texto final aprobado en el artículo 21.1 de la Convención Americana utilice la noción de "derecho al uso y goce de sus bienes," en lugar del texto original que indicaba "propiedad privada," otorgando la facultad de los Estados de limitar tal uso y goce por ley con base en el "interés social," también reflejado en el inciso 2 del artículo 21.[391]

De acuerdo con el artículo 21 de la CADH, toda persona tiene el derecho a usar y gozar de sus bienes, además agrega que la ley puede condicionar ese uso y goce al interés o función sociales. En suma, existe un reconocimiento al Derecho de Propiedad Privada, limitándose al derecho de usar y gozar los bienes, en el entendido de que dichas facultades podrían subordinarse a la función social de ese derecho. Se privilegian los atributos del derecho de propiedad mediante la enunciación de dos de ellos, con la aclaración de que ese uso o goce se pueden condicionar mediante una ley en aras del interés social.

Del citado artículo 21 se pueden extraer tres características de su contenido que se pueden sintetizar en las siguientes: a) reconocimiento de la propiedad como derecho de las personas; b) garantías para evitar la privación arbitraria por parte de los poderes públicos; y c) función social del derecho de propiedad.

De un examen literal de esta normativa convencional, se notará que solo contempla parte de los atributos del derecho de propiedad, sin referencia expresa a las facultades de disposición o de defensa, entre otros; y la inclusión de que ese uso sea condicionado por la función social. A pesar de su estrechez conceptual, su interpretación jurisprudencial evolutiva conforme a los principios de progresividad, *pro homine* y universalidad autorizados por el artículo 29 de la Convención, la Corte Interamericana ha resuelto sobre distintas temáticas de acuerdo con los casos que le han sido planteados.

Un primer aspecto básico analizado por la Corte consiste en la reiteración de que la propiedad protegida en el artículo 21 no es un derecho absoluto, por lo que puede ser objeto de

[391] El texto completo del artículo 21 dice lo siguiente: "Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada* 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley," Adenauer, *Convención Americana*, 505-506.

privaciones y de limitaciones o restricciones en los términos que establece dicha disposición, respetando los principios generales del derecho internacional.[392]

En el caso Salvador Chiriboya contra Ecuador, la Corte utiliza el concepto de contenido esencial del Derecho de Propiedad, arriba a la conclusión de que, para la aplicación de restricciones a ese derecho, es necesario que la norma o su aplicación respeten "el contenido esencial del derecho a la propiedad privada" sin profundizar en esa noción, advirtiendo que toda limitación debe ser excepcional.[393]

A partir de entender la limitación al derecho estudiado como una excepcionalidad, el Tribunal interpreta que la función social de la propiedad es una limitación externa, criterio que es contrario a la doctrina mayoritaria estudiada anteriormente.[394] La caracteriza como "un elemento fundamental para el funcionamiento de una [sociedad democrática], y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. "[395]

En la jurisprudencia de la Corte para resolver la tesitura entre derecho subjetivo e interés social, se lo ha analizado como polos separados, contraponiendo interés particular versus interés general, teniendo en cuenta que la decisión por una u otra dependerá del juicio de ponderación o proporcionalidad. Por eso ha señalado "que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un *interés social* y encontrar un justo equilibrio con *el interés del particular*, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción."[396] Por ello, para la Corte "toda limitación a éste [derecho] deba ser excepcional" de lo que "se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana," por lo que resulta siempre

[392] Ver: Baruch Ivcher Bronstein (c. Perú, 2001), Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de febrero de 2001), Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 128; Humberto Palamara Iribarne (c. Chile, 2005), Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 2005), Serie C Nº 135 (sentencia).
[393] Salvador Chiriboya contra Ecuador, párrafo 65.
[394] Vid. cap. II, sección 3.
[395] Ivcher *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, supra*, párr. 60.
[396] Ibid, párrafo 63.

"necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin."[397]

En relación con la Función Social, la Corte ha centrado su análisis como si fuese una cuestión de conflicto entre dos intereses contrapuestos, tendiendo a identificar el dominio como un estricto interés individual que puede llegar a ser restringido de forma externa, excepcionalmente, debido a determinados intereses sociales.

De hecho, la sola utilización del término 'restricciones' deja entrever que las intervenciones estatales, limitaciones u otras medidas semejantes, son ajenas al derecho de propiedad. De esa manera, la Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la Convención si tal restricción responde "a los intereses de la sociedad".[398]

Para la Corte, los conceptos de "orden público" o el "bien común," en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente reducida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.[399]

Para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.[400]

Para que pueda considerarse "de interés de la sociedad," se requiere que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) sean proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.[401] Es importante resaltar el requisito de objetivo o fines legítimos por la semejanza con la acción de ED. Para la Corte, tratándose de restricciones al derecho de propiedad en el marco de investigaciones penales, estas serían legítimas si pretenden evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actividades ilícitas, entre otras posibilidades.

---

[397] Ibid., párrafos 64 y 65.
[398] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 127.
[399] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares y Fondo, párr. 75.
[400] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 145; y Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*, párr. 155.
[401] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam,* párr. 127; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa,*

En cuanto al objeto del artículo 21 de la Convención, la Corte Interamericana definió desde su primera decisión el derecho al uso y goce de bienes a los que hace referencia el artículo 21 como "todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona." Bajo esta tesitura, la Corte aclaró que el concepto de bienes comprende i) todos los muebles y los inmuebles, ii) los elementos corporales e incorporales y iii) cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.[402] Dentro de esta categorización ha incluido la propiedad intelectual, las acciones de sociedades o incluso los derechos adquiridos.

En la historia jurisprudencial de la Corte, no han existido casos relacionados con procesos sobre extinción de dominio sin indemnización. De una revisión detenida de sus fallos, se localizan algunos casos relacionados con Extinción de Dominio pero que no han finalizado. A modo de ilustración, en el caso denominado Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia, a pesar de que se solicitaron medidas provisionales estas fueron rechazadas en el mes de marzo del 2021.[403] También están los siguientes procesos relacionados con Extinción de Dominio, presentados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que tienen informe de admisibilidad, pero que no han sido resueltos por el fondo: Informe No. 126/19, petición 1525-08, Informe de Admisibilidad, Eduardo Enrique Dávila Armenta contra Colombia y el Informe No. 41/18, Petición 644-08, Informe de Admisibilidad. Regina Betancur Contra Colombia.

5.2. Protección de los pueblos Indígenas y Tribales

La protección del derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la CRIDH no sólo ha sido amplia en cuanto a su "objeto," sino también en cuanto a los tipos de "sujetos" a los que,

---

[402]Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122; Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párr. 183; Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198; Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222; Corte ID. ¿

[403] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 16 de marzo de 2021, Caso integrantes y militantes de la unión patriótica Vs. Colombia. Solicitud de medidas provisionales, https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/up_se_01.pdf

de alguna manera, se les reconoce este derecho. De esta forma, en el caso de las comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus "prácticas consuetudinarias," pero que carecen de un título formal de propiedad, la Corte ha señalado que la posesión de la tierra debe bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su respectivo registro o inscripción.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, este criterio se fundamenta en la estrecha relación de los indígenas con su tierra, como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para estas comunidades, su nexo comunal con el territorio no es una simple cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[404] Además, advirtió que no basta el reconocimiento abstracto de su existencia para su efectiva protección, se requiere su delimitación física a fin de conocer sus límites y extensión.[405]

En cuanto a los pueblos "tribales,"[406] la Corte ha desarrollado una protección muy similar, y los ha entendido como un pueblo que "no es indígena a la región", pero comparte características con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.

La Corte Interamericana ha ido perfilando el marco jurídico internacional para resolver los difíciles conflictos que surgen entre Estados y comunidades indígenas o tribales por la falta

[404] Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Sentencia del 15 de junio de 2005.
[405] Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005.
[406] En el plano internacional, el único tratado que define a los pueblos indígenas y tribales es el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes número 169, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989 (Convenio 169/1989). Por otra parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sirve igualmente como marco jurídico de protección internacional para las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. El artículo 27 del pacto precitado concentra su protección en los individuos, estableciendo que: [e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. El Convenio 169/1989, por su parte, dirige su protección a los grupos humanos, definiendo en su artículo 1o. como pueblos tribales aquellos "cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial" y a los pueblos indígenas como aquellos: Pueblos que [descienden] de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

de reconocimiento –de iure y de facto– de su derecho o título de propiedad, que se traduce en la no inscripción registral de sus títulos de propiedad. En los Casos de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua y del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, la Corte resolvió los litigios de derechos ocasionados por la falta de delimitación y demarcación de territorio, seguida por el otorgamiento de concesiones a terceros para la extracción y explotación de recursos naturales. Por otro lado, en los casos de la comunidad indígena Yakye Axa y de la comunidad indígena Sawhoyamaxa, ambos contra Paraguay, la Corte cuestionó la transferencia de algunos derechos de propiedad a terceros no indígenas, y los pueblos originarios reclamantes habían perdido la posesión de sus tierras, desplazándose en contra de su voluntad y en condiciones de extrema pobreza y vulnerabilidad.

La Corte ha insistido en el deber que tienen los Estados de reconocer formalmente que la posesión tradicional sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales equivale al título de pleno dominio que otorga el Estado. Lo anterior implica las siguientes obligaciones: deber de otorgar títulos oficiales e inscripción en los registros de propiedad,[407] derecho a no ser desplazados de sus territorios,[408] y el deber de proceder a la demarcación o delimitación física de la propiedad (cerramiento).[409]

El otro deber que, hasta hace pocos años, se ha implementado en el caso de Costa Rica está relacionado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales, sobre el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas. Lo anterior con el objeto de que sirva como salvaguarda de sus derechos a la propiedad comunal y otros derechos fundamentales, conforme a sus costumbres y tradiciones, así como cuando se trate de proyectos de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían tener un impacto importante dentro de sus territorios. Además, los Estados tienen la obligación de obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, igualmente, según sus costumbres y tradiciones.[410]

---

[407]Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op. Cit., párr. 115.

[408]Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 16.1.

[409] Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, op. cit., párr. 143. Asimismo, el artículo 14.2 del Convenio Nº 169 de la OIT señala que "[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión".

[410]Caso del Pueblo Saramaka, sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C. N.º 172, y sentencia interpretativa del 12 de agosto de 2008. Serie C. N.º 185, entre otras. En el caso de Costa Rica, existe un decreto ejecutivo

De lo expuesto resalta la relevancia la dimensión colectiva, territorial y cultural del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales, aspecto que ha representado una novedad a nivel mundial. Sin embargo, en el plano individual, la Corte se ha limitado a resolver aspectos relacionados con privaciones ilegítimas o restricciones al derecho de propiedad que no cumplen con los parámetros convencionales, sin que hasta a la fecha se hubiese pronunciado sobre la legitimidad de los procesos de Extinción de Dominio sin indemnización.

6. Conclusiones del capítulo

Es innegable la utilidad del análisis de la estructura del derecho de propiedad constitucional, iniciando con su dimensión subjetiva. No es frecuente enfocar esta arista a la luz de las características esenciales de cualquier derecho fundamental. Es precisamente a través de esta perspectiva que se tornan visibles algunas facultades no tradicionales que posee el propietario. En este camino se presenta el derecho de defensa de la propiedad, pero no referido a las acciones tradicionales como la reivindicación y otros, se trata de aquellas acciones estatales relacionadas con intromisiones que rozan la esfera subjetiva del derecho en su contenido nuclear o esencial. En estos casos el titular tiene a mano diversas acciones legales para impedir la agresión o repeler la intromisión ilegal. Al margen de la promulgación de alguna ley que despoje al titular de sus atributos esenciales, lo importante es la garantía que brinda el derecho de defensa contra acciones estatales, a fin de reestablecer la situación o exigir la indemnización correspondiente.

Como otra cara de la moneda, el Estado tiene la obligación de implementar acciones positivas a favor de este derecho fundamental. Como cualquiera otra disposición constitucional de esta naturaleza, si el Estado tiene un deber de protección y las personas un derecho a la protección de su patrimonio, es palmaria la necesidad de que el primero ejecute nuevas formas de intervención, defensa y protección ante el peligro que provoca, entre muchos, la legitimación de capitales de origen ilícito en sus diversas formas, la corrupción y otras delincuencias modernas. Por consiguiente, la utilización de nuevas herramientas jurídicas para la extinción y recuperación de activos como la ED, lejos de ser contrarias al derecho de propiedad

---

plasmado en el reglamento denominado Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas, número 40932-MP-MJP de marzo del año 2018. Además, es importante recordar el caso de la comunidad indígena Teribe contra Costa Rica, debido a la construcción de la represa "El Diquís" por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo trámite está pendiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según informe 167/20, petición 448-12, que contiene la admisibilidad y el acuerdo de conocer por el fondo el asunto planteado.

constitucional, son recursos o medidas que el Estado tiene la obligación de implementar, como un remedio de protección ante las consecuencias provocadas por la economía ilegal o también conocida como subterránea.

Con respecto al objeto del derecho de propiedad en su concepto genérico y constitucional, se trata de contenidos patrimoniales de muy diversa índole, que se pueden calificar como 'situaciones jurídicas privadas de naturaleza patrimonial' vinculadas con un titular de derecho. A pesar de la amplitud del objeto del DP constitucional, es importante aclarar que tanto la FS y en general todos aquellos aspectos relacionados con intervención estatal (límites, limitaciones entre otros) tiene su foco de atención sobre los bienes de naturaleza productiva, no así sobre aquellos bienes denominados de consumo. En todo caso, como una condición sine qua non, de esas situaciones jurídicas, es su licitud, de aquí la necesidad de que el Estado realice acciones que eviten o corrijan esas posiciones ilícitas como una especie de medidas paliativas.

De lo analizado hasta este punto, queda establecido que la constitución garantiza una economía de mercado, pero dentro de un estado social de derecho, permitiendo a los propietarios ejercer sus atributos, dentro de los límites de la constitución y las leyes. En un modelo económico de esta naturaleza, el papel del estado no se limita a garantizar el funcionamiento del mercado, se busca su intervención, regulación o dirección del Estado para ajustar los 'desequilibrios' que generan la oferta y la demanda en un sistema de libre mercado puro. Fruto de esa concepción de intervencionismo estatal, surgió el concepto de 'función social', reconociendo que el derecho de propiedad no está exclusivamente al servicio del interés de su titular (carácter subjetivo tradicional), también entraña la comprobación de otros intereses generales o intereses difusos, que varían conforme a las necesidades de la sociedad en un momento determinado. De lo examinado se concluye que tampoco se puede ofrecer un contenido o unas características específicas del concepto de función social, se trata de un elemento flexible, mutable, dúctil y adaptable a las circunstancias, que tiene un norte bien marcado: buscar el interés general o promover la solidaridad social, creando límites y limitaciones a ese derecho. Sin embargo, esta investigación no comulga con algunas tesis que se inclinan por reconocer la prevalencia de la Función Social sobre el carácter subjetivo de ese derecho. Ni absoluto es el carácter subjetivo del DP, pero tampoco lo es la vinculación social de ese derecho. Como se advirtió líneas atrás, ese doble carácter puede calificarse como

"aprovechamiento difusivo", en el sentido de que se conjugan y se armonizan dos aspectos muy claros del derecho de propiedad: de libertad (derecho subjetivo) y de funcionalidad social o interés general.

En consecuencia, con la anexión del concepto de FS la propiedad privada no sólo es un camino para que el titular satisfaga sus necesidades individuales, también es un instrumento de cooperación social, porque funciona para la realización de intereses que afectan a la sociedad como un todo. Con el anterior planteamiento, se deja claro que el concepto de función social también se encuentra en el núcleo de la estructura propietaria, demandando de cualquier titular un aprovechamiento que, sin impedir beneficiarle, también permita la participación social en el disfrute de ese bien en particular o, como mínimo, que no lo contraríe. En este sentido, se transita de un 'derecho' de propiedad a una especie de 'derecho-deber de la propiedad'. Este último concepto sintetiza de una forma muy ilustrativa el significado de la Función Social.

Una última acotación sobre el concepto valorado consiste en señalar que parte de la FS es asegurarse que el destino y la adquisición de las distintas situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial sean legítimas, en suma: lícitas, lo cual lleva, nuevamente a la necesidad de innovar con distintas formas de extinguir y recuperar aquellos bienes que no cumplen con los requisitos de licitud en todos sus ámbitos. Adicionalmente, el horizonte de la Función Social alcanza la necesidad de garantizar, por medio de sanciones penales, el mantenimiento de un orden económico creado y vigilado por el Estado.[411] Si la Función Social llega hasta la última *ratio* – último recurso de cualquier estado de derecho – con mayor razón puede actuar sobre formas híbridas de sanción, incluyendo la privación de aquellos bienes que hubiesen sido adquiridos en forma ilícita.

El otro hito importante del DP en Costa Rica fue la introducción de la función ecológica que se deriva de la FS, pero no se identifica con esta. La incorporación de esta nueva función además de complementar los intereses sociales vino a garantizar y promover la preservación de nuestros los naturales y con ello la preservación del planeta mismo.

A pesar de lo expuesto anteriormente, es necesario considerar el contenido esencial del DP, que se identifica como su núcleo duro, o parte infranqueable, el cual no es susceptible de

[411] María Antonia Sanz Gaite, Javier Alberto Zaragoza Aguado, José Luis González Cussac, Demelsa Benito Sánchez, José M.ª Paredes Castañón, Eduardo Fabián Caparrós, José Ramón Navarro Miranda, et al, T*ratado de Derecho Penal Económico* (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 17 de septiembre de 2019). https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788413131542, Pag.55

intervención y que está relacionado con la utilidad económica o aprovechamiento privado de aquellos bienes de naturaleza productiva o naturaleza propia del bien.

En el caso de Costa Rica, la jurisprudencia constitucional y también en algunos fallos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, han establecido algunos parámetros para determinar si una determinada injerencia legal o estatal afecta el núcleo duro del derecho de propiedad. Estos parámetros están relacionados con la evidente afectación a las facultades básicas del derecho que signifiquen un vaciamiento de sus atributos como las de uso y disfrute.

III. CAPÍTULO FACULTAD DE DISPOSICIÓN, LICITUD Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Después de transitar por la evolución de la constitucionalización del derecho de propiedad en Costa Rica y la revisión de su estructura como derecho en la constitución, el estudio se avocará al examen de algunos tópicos del derecho de propiedad que tienen íntima relación con la Extinción de Dominio, en la forma que se presenta en la doctrina, legislación y jurisprudencia, utilizando como base de análisis la legislación de Costa Rica.

En el capítulo anterior se explicaron varios temas derivados de la dimensión subjetiva del derecho de propiedad, relacionándola con la función social y ecológica de ese derecho, dentro de una economía de mercado, pero con múltiples intervenciones estatales, que han evolucionado al ritmo de las necesidades y ajustes de cualquier sociedad contemporánea.

Dentro del anterior contexto, la atención de esta investigación no se desliga de la necesidad de crear mecanismos que controlen y actúen sobre la economía oculta o economía subterránea existente en la mayoría de los países y con distintos grados, que, si bien en el pasado no representaba una amenaza grave para la estabilidad económica y social de un estado de derecho, hoy en día la situación ha cambiado notablemente. Considerando que esa economía ilícita se reproduce como cualquier otro agente económico en busca del lucro, con la particularidad que la demanda raramente decrece, lo cual garantiza la supervivencia del negocio a pesar de las políticas de prohibición, que de paso poco han servido, el derecho de propiedad cumple un rol esencial en esas dinámicas económicas ilegítimas. Al final del camino el objetivo final de las economías ilícitas es la acumulación de capital, que no es otra cosa que la suma de distintos y variados derechos de propiedad.

Expuesto de esa forma, el cómo se adquieren esos derechos y cómo se usan esos derechos, son temas básicos e íntimamente relacionados con la extinción del dominio. En consecuencia, el análisis que concierne en este capítulo tiene como foco de estudio algunas vicisitudes por donde el derecho de propiedad suele transitar, desde su adquisición, transmisión, hasta su posible extinción. Además de lo expuesto, la elección de los ejes anteriores obedece al objeto

de estudio, debido a que los supuestos de hecho de la extinción de dominio están relacionados con ilicitudes originadas en el ciclo de vida de este derecho. Bajo esta dinámica hay un concepto clave que se ha mencionado a lo largo de esta investigación porque impregna al derecho de propiedad en todos sus ámbitos y vicisitudes: la licitud. A su vez, la razón de ser de las herramientas de extinción y recuperación de activos es precisamente la contracara de esta noción, la ilicitud.

El estudio inicia con la facultad de disposición del derecho de propiedad, presente en todas las legislaciones inmersas en el sistema de producción capitalista, se erige necesario en el tanto se encuentra en una sociedad donde el libre intercambio de bienes y derechos juega un rol esencial, a su vez, posibilita el desarrollo de la función económica del derecho de propiedad. Cualquier titular de derechos (persona física o jurídica) está legitimado para convertir libremente su derecho en dinero, mediante las facultades de adquisición y transmisión. Esta libre convertibilidad de bienes y derechos crea y fomenta un mercado de los distintos derechos patrimoniales que son objeto del derecho de propiedad.

En este juego económico, los distintos intervinientes tienen razones diversas para realizar transacciones económicas que no siempre son lícitas pero que, en algunos casos, aparentan ser legítimas. En este sentido, la ED y otras acciones similares, intentan posicionarse como herramientas que combaten ese tipo de intercambios, entendiendo que cualquier adquisición, o transmisión de un derecho de propiedad debe ser lícita.

Bajo la anterior tesitura, en este capítulo se analizan tres vicisitudes muy importantes en la dinámica de cualquier derecho real: la adquisición, la transmisión y su extinción. Adicionalmente, esas particularidades del derecho de propiedad están íntimamente relacionadas con el objeto de la presente investigación, debido a que la ED se dirige, en algunos casos, a investigar aquellos bienes y derechos que tengan origen en actividades ilícitas, o que fueron adquiridos "sin causa lícita aparente."[412] Por lo general, estas acciones se producen cuando se ejecutan esos movimientos; en apariencia, son procesos normales dentro del ciclo de vida de un determinado derecho, pero intrínsicamente tienen una especie de 'pecado original,' que, en términos legales y genéricos, se denomina ilicitud.

[412] Distintos instrumentos internacionales han impulsado la penalización sobre el blanqueo de capitales y otro tipo de delitos, sancionando el origen ilícito de los bienes y ello tiene relación directa con la adquisición y la transmisión de un determinado derecho. Véase cap. IV Sección IV, sobre los elementos estructurales de la ED.

Debido a que el concepto de licitud permea dogmáticamente la totalidad del ordenamiento jurídico, se revisan distintas actuaciones o momentos, de donde los elementos licitud e ilicitud resultan trascendentes; para ello, se explican brevemente algunos aspectos doctrinales básicos de la adquisición, transmisión y la registración de aquellos tipos de derechos de propiedad que son inscribibles.

1. Modos de adquisición derivativa del derecho de propiedad

Si se parte del espectro tan amplio que el objeto del derecho de propiedad ofrece al mundo económico, de Perogrullo resulta comprender que cada situación jurídica privada de naturaleza patrimonial conlleva una serie de requisitos y trámites para su lícita adquisición; por tanto, dependiendo del tipo de objeto y del derecho de propiedad que se trate, así serán las disposiciones legales que regulan su adquisición. Adicionalmente, uno de los problemas cardinales que debe enfrentar cualquier ordenamiento jurídico inmerso en un sistema de producción de mercado es determinar cómo se llega a ostentar la titularidad jurídico-real de los bienes. La respuesta a esta interrogante, en doctrina, se denomina 'modos de adquirir,' en otras palabras: formas de adquirir o causas de adquisición de la propiedad y otros derechos reales.[413]

Tratándose del derecho de propiedad civilista, dirigido a los bienes corporales, el artículo 484 del Código Civil costarricense establece la siguiente disposición: "Además del convenio, son modos de adquirir el dominio: la ocupación, la accesión, la herencia o el legado y la prescripción."[414] De este numeral se deriva la existencia de modos de adquisición originarios y derivativos, los primeros se obtienen con independencia de cualquier persona que lo transmita, al tratarse de la ocupación y derivativos, serían aquellos que se consiguen a través de un derecho precedente que poseía otro titular. Esta investigación solamente tiene interés en los modos de adquisición derivativos.[415]

1.1. Nudo consenso: eficacia inter-partes

Se ha adelantado que uno de los atributos de cualquier derecho real es la posibilidad de transmisión, a su vez, este atributo es una forma de adquisición derivativa por existir un titular

[413] En este sentido, Carlos Lasarte, . *Compendio de Derechos Reales,* 109.

[414] "Artículo 484. Además del convenio, son modos de adquirir el dominio: la ocupación, la accesión, la herencia o el legado y la prescripción." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado...,* 417-421.

[415] Por lo general, los conflictos e ilicitudes en el derecho de propiedad ocurren en los modos de adquisición derivativos, no así en los originarios donde no media una relación alguna con un antecedente jurídico, como ocurre en la ocupación o en la accesión.

precedente; el interés en su estudio obedece a que, en ciertas situaciones, hay una actividad que podría ser ilícita durante esa transmisión y consecuente adquisición de un derecho. Ante cualquier ilicitud en la forma o causa de la adquisición, el ordenamiento jurídico le podría atribuir una consecuencia específica, como lo sería algún tipo de invalidez, incluso la aplicación de alguna causal de extinción del derecho, en aquellas legislaciones que contemplen esa posibilidad.

Como se estudiará, en los presupuestos de origen ilícito de la Extinción de Dominio, se verifica el acto jurídico de adquisición que generó la transmisión del bien, para comprobar si se cumple con los requisitos de objeto y causa lícita, propios de cualquier contrato, de ahí la relevancia de entender a partir de qué momento se ha generado una adquisición y cuál es la forma para ejecutarla, aspectos que varían en cada ordenamiento jurídico.

La forma en que las distintas legislaciones resuelven el sistema de la adquisición de los derechos reales es diversa. En el caso de Costa Rica, como herederos del Código francés,[416] la legislación civilista se decantó por el sistema denominado *nudo consensu* -por el solo contrato-

[416] El Código Civil francés, antes de la reforma del año 2016, se regía por el principio de la transmisión por el simple consentimiento, es el contrato el que produce como efecto que se transmita y se adquiera el derecho de propiedad. En forma específica, el artículo 1138 del Código Civil Francés decía: "La obligación de entregar la cosa, es perfecta por solo el consentimiento de los contratantes…" Código Napoleón, *Código Civil Francés,*294. En alusión a la manera antigua de transferir la propiedad antes de la vigencia del Código civil francés, Colin y Capitant enseñan: "La transmisión de la propiedad era entre los romanos una operación que se realizaba en dos tiempos. Entre nosotros se verifica de una vez, por el contrato mismo". Ambrosio Colin y Henry Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, 2a ed. (Madrid, España: Reus, 1941), 89. Una forma muy clara para explicar la doctrina francesa es la siguiente transcripción que realiza Carbonnier citando a Puffendorf: "Si la tradición acto psíquico, puede exigirse en orden a la transmisión de la posesión que es un poder físico, es lógico que el consentimiento -acto puramente intelectual- baste para producir el desplazamiento de la propiedad que también es una facultad intelectual.". Jean Carbonnier, *Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual*, tomo II, volumen II (Barcelona, España: Bosch Casa Editorial, 1971), 208. Luego agrega el maestro Carbonnier: "Tras estas fórmulas se esconde un sentimiento individualista de exaltación de la libertad humana, razón por la que nadie se ha sorprendido de que el primer proyecto de Cambaceres haya consagrado el nuevo principio (en términos más categóricos que el art. 1.138: "la propiedad pasa al adquirente desde el momento de la formación del contrato…") Carbonnier, 208. De una revisión de la normativa reformada en el Código Civil de Francia no se observa una disposición semejante al antiguo 1138. La única disposición relacionada con la entrega de lo pactado es el artículo 1196 que actualmente dice: «Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. » "En los contratos que tengan por objeto la enajenación de la propiedad o la cesión de otro derecho, la transmisión se producirá al tiempo de la celebración del contrato. «Dicha transmisión podrá diferirse por la voluntad de las partes, la naturaleza de las cosas o una disposición de la ley. «La transmisión de propiedad conllevará la de los riesgos de la cosa. Sin embargo, el deudor de la obligación de entregar se encuentra con la carga a partir de su requerimiento, de conformidad con el artículo 1344-2 y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 1351-1." Code Civil Annoté, (Paris, Editions Dalloz, 2023, 122 édition), 1550.

, según se deriva del canon 480 del Código Civil que a la letra dice: "La propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición."[417]

A diferencia de otros sistemas como el de España, que se rigen por el sistema **del título**, referido al fundamento jurídico (compraventa, donación, etc.), y **el modo** que consiste en la entrega con ánimo de transmisión del derecho real,[418] el derecho costarricense optó por suprimir la necesidad de tradición, debido a que el convenio es, por sí mismo, la forma de adquirir los derechos reales.[419]

Es evidente que la necesidad material de la entrega del objeto forma parte de las obligaciones del transmitente[420] pero, en el sistema del nudo consenso, la entrega no es para transferirle el derecho real; en su lugar, ese traslado se verifica para que el adquirente posea materialmente el objeto de la negociación. En otras palabras, el traslado es para cumplir con la obligación de entregar la cosa, pero no para transferirle propiamente el derecho real. Una consecuencia del sistema del mero consentimiento es que protege más al adquirente debido a que, desde el momento mismo del acuerdo, este tendrá a su favor la acción reivindicatoria.[421]

---

[417] Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado...*, 2014, 44-46.

[418] Según Diez Picasso, en el sistema del Título y el Modo "es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Sólo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son válidos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se habrá adquirido un derecho personal o de crédito, pero no un derecho real. Si ha existido traditio, pero no está fundada en un justo título, porque el contrato antecedente no ha existido o es inválido por cualquier razón, habrá un traspaso posesorio, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propie- dad, de modo que el tradente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reivindicatoria, tanto frente al accipiente como frente a los posibles poseedores (subadquirentes de éste)." Luis Diez Picaso, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 768.

[419] La teoría del nudo consenso también se ve reforzada por el artículo 1049 del Código Civil. considera perfecta la compraventa desde que las partes convienen en cosa y precio; el 442 del Código de Comercio concuerda con la norma civil, al expresar que: "Cuando las partes traten de viva voz, ya sea reunidas o por teléfono, el contrato de compra-venta que de ahí resulte quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio, y demás circunstancias de la negociación."

[420] Acerca de las obligaciones del vendedor, dispone el artículo 1070 del Código Civil costarricense: "El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida en el lugar en que ésta se encontraba al tiempo del contrato." También relacionado con lo anterior el artículo 693 del Código Civil también dispone: "Toda obligación civil confiere al acreedor el derecho de compeler al deudor a la ejecución de aquello a que está obligado." Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado...*, 600.

[421] Sobre la posibilidad de entablar acción para reivindicar el objeto del contrato, el artículo 694 del Código Civil dispone: "Si la obligación de entregar se refiere a una cosa cierta y determinada que se halle en poder del deudor, el acreedor puede pedir siempre el cumplimiento de la obligación y debe ser puesto en posesión de la cosa." Y el

El inconveniente del sistema francés es la situación de los terceros ajenos al convenio establecido entre las partes, para quienes resulta físicamente imperceptible esa adquisición, por lo que surge la necesidad de intervenir y establecer requisitos con la finalidad de evitar fraudes u otras formas de patologías del negocio jurídico.[422] En consecuencia, este sistema solo es aplicable entre partes, la convención, por sí sola, resulta insuficiente para transferir la propiedad respecto a terceros; para que sea oponible a cualquiera, es preciso que se le adicione un elemento de exteriorización visible. Sobre este particular, tratándose de bienes inmuebles o bienes muebles inscribibles, esa visibilización ocurre a través de la publicidad registral. Esta particularidad resuelve un problema esencial, la hipótesis de doble venta de un bien inmueble, situación que la publicidad solventa a través del principio de prioridad en la inscripción.[423]

1.2 Adquisición de bienes muebles

La explicación anterior aplica para los bienes inmuebles, tratándose de muebles corporales,[424] se aplica la máxima: "en materia de muebles la posesión equivale al título"[425] -

---

artículo 1071 del Código Civil, referido a la compraventa, establece: "1071. Si el vendedor no entrega la cosa en el tiempo convenido, el comprador podrá a su elección pedir, o la resolución de la venta o que se le ponga en posesión de la cosa." En cuanto a derechos reales y propiamente a bienes inscribibles las reglas que prevalecerán corresponde a los artículos 455 del Código Civil que en lo que interesa dispone: Artículo 455.-(*) Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro. Se considerará como tercero aquél que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción…" y artículo 267 que dispone: "Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad." Estas disposiciones corresponden a lo que en doctrina se conoce como principio de 'oponibilidad'. Este principio tiene una fuerza negativa, en el sentido que garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará afectado por la existencia de otro que tenga su origen en un título no inscrito. Como lo indica la doctora Ortíz Mora "El artículo 267, relacionado con los articulas 455, 459 y 478 todos del Código Civil, está dirigido a motivar la inscripción del documento en el Registro, pero ninguno establece la obligatoriedad de la inscripción. En el numeral 455 está implícito el principio de inoponibilidad, según el cual, los títulos que no están inscritos no se oponen a terceros". Guadalupe Ortíz Mora, *Derecho Registral Patrimonial* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015), 488.

[422] Un ejemplo de esta situación es el artículo 267 del Código Civil de Costa Rica, que dispone: "Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad."

[423] En este sentido, Jean Carbonnier…, tomo II, volumen II, 1971, 204 y 205.

[424] La distinción entre bienes corporales e incorporales "proviene de los romanos, formulada por Gaio y recogida en el Corpus Iuris…Son corporales aquellas cosas *quae tangi possunt*,…por el contrario incorporales son aquellas quae tangi non possunt y precisamente aquellas quae in iure consistunt, como p. ej., la herencia, el usufructo, la obligatio." Biondo Biondi, *Los bienes* (Barcelona, España: Bosch casa editorial, 1961), 45.

[425] Esta máxima está expresada en el siguiente artículo del Código Civil: "**Artículo 481** La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de terceros, por la tradición hecha a virtud de un título hábil; pero aquel que ha perdido o a quien han robado una cosa mueble, puede reivindicarla dentro de tres años contados desde el día de la pérdida o del robo, salvo que el poseedor actual de la cosa robada o perdida, la hubiere comprado con las formalidades usuales en feria o venta pública, o a un mercader que vende cosas semejantes; en tales casos, el dueño originario no puede recuperarla sin pagar al poseedor el precio que le ha costado, quedándole el derecho de exigir el valor de la cosa de cualesquiera de los otros poseedores, respecto de los cuales hubiera sido eficaz una acción

con excepción de los bienes muebles inscribibles (buques, aviones, vehículos, etc.).[426] La razón de la antigua máxima radica en el nacimiento del capitalismo -no fue simplemente un inusitado incremento en el comercio-, que significó un auge en la actividad comercial de la sociedad francesa del siglo XVIII. El tráfico de bienes durante este siglo y el anterior se había extendido en proporciones nunca vistas, y se acrecentaba constantemente. La necesidad de agilizar el comercio e impedir las consecuencias de la reivindicación mobiliaria hizo de la 'máxima' una necesidad. Adicionalmente, existía la urgencia de brindar mayor seguridad y rapidez al tráfico mercantil, debido al valor e importancia que asumieron los bienes muebles.[427]

De la disposición transcrita, también con vista en el artículo 482 del Código Civil,[428] es evidente que la denominada *traditio*[429] en Costa Rica es también un modo de adquirir el dominio de bienes muebles no inscribibles; ello implica una diferencia importante con respecto a los bienes inmuebles. En esta dirección, con respecto de terceros, es decir, aquellas personas que no forman parte del convenio, la tradición es un requisito de eficacia, para que el negocio válido surta todos sus efectos. Esto quiere decir que la transmisión de la propiedad mobiliaria se completa frente a terceros, únicamente con la realización efectiva de la tradición.

---

reivindicatoria. (Modificado por Decreto XVI de 12 de diciembre de 1887)." En esta misma línea, el artículo 854 del Código Civil dispone, en materia de muebles: "(...) el hecho de la posesión hace presumir el titulo mientras - no se pruebe lo contrario".

[426] Sobre el particular, escribe Carbonnier: "La máxima se ha pensado para los bienes susceptibles de ser tocados, aprehendidos y transmitidos de mano en mano, por lo no es aplicable a los bienes sustraídos a estas posibilidades transmisorias, cuando se requiera una formalidad administrativa, o matriculación para su transferencia y enajenación (por ej.: los buques) Jean Carbonnier…, tomo II, volumen I, 1965, 455.

[427] Según Iglesias, "La circulación mobiliaria exige: rapidez, confianza, seguridad, crédito, buena fe y sencillez. de formas. Considerando estos factores, solo un derecho dinámico es el único apto para regularla. A un derecho de esta índole obedece la existencia de la AND. Si la ley viniera en auxilio del anterior propietario, se favorecería una relación estática, a los ojos del legislador, ello no guarda tanta importancia como la tiene la protección de las adquisiciones, la cual ayuda a mantener la fluidez del intercambio de bienes, motor de la vida económica de la sociedad actual. La dinamicidad es una característica de la moderna evolución jurídica. Roberto Yglesias Mora," Alcance del principio:" en materia de muebles, la posesión equivale al título", con especial referencia al derecho costarricense" (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2015),31.

[428] "Artículo 482. La tradición se realiza desde el momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa. Cuando el que ha de recibir la cosa la tiene ya en su poder por otro título no traslativo de dominio, el mero consentimiento de las partes importa tradición desde la fecha cierta del documento en que se haga constar. La cláusula en que el enajenante declara que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa a nombre del adquirente, importará tradición sólo en el caso de que el convenio conste en instrumento público."

[429] Voz latina que significa entrega de la cosa que constituye objeto de un contrato. Se dice también tradición. Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales (Buenos Aires, Argentina: Editorial Ruy Diaz, 2000), 758.

De esta forma, tratándose de bienes muebles, rige el sistema semejante al español (título y modo), en donde la tradición opera como el modo, y el título hábil vendría a ser el contrato precedente.

Finalmente, en lo que respecta a derechos y bienes incorporales, el Código Civil lo regula de la siguiente forma: "*La tradición de los derechos se verifica por la entrega de los documentos que sirven de título*";[430] significa que debe existir un documento, en el cual se incorpora el o los derechos para transferir la posesión del derecho y transmitirse, a fin de reforzar la diferencia entre adquisiciones de bienes inmuebles y muebles.

Obsérvese que el artículo 1065 del C.C. protege de las adquisiciones a *non domino* (de quien no es dueño), indicando expresamente: "La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles, pues respecto de estas el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario si entró en posesión real, salvo lo dispuesto en el artículo 481". Obsérvese que se incorpora un elemento adicional en la legislación de Costa Rica del que debe gozar el adquirente: buena fe, aspecto que evita abusos o excesos en su aplicación práctica.

En general, la categoría de bienes muebles incorporales constituye una basta categoría que no es dable aplicarle la máxima de la 'posesión vale por título.' Al tratarse de bienes sin consistencia física, las restricciones impuestas al propietario son usualmente más numerosas.[431] Las complejísimas formas de propiedad moderna (horizontal, industrial, fiduciaria, intelectual, aprovechamiento por turnos, criptomonedas, etc.), contempladas a menudo en leyes especiales,

[430] Artículo 483 del Código Civil. Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado…*,416-417.

[431] En Costa Rica, la ley prevé una figura contractual diversa para la transmisión de propiedad sobre derechos o acciones. Es el contrato de cesión, regulado por los artículos 1101, y posteriores del Código Civil; 490 y siguientes del Código de Comercio. La norma civil citada preceptúa que: "Todo derecho o toda acción sobre una cosa que se halla en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la cesión esté prohibida expresa o implícitamente por la ley". La fórmula mercantil remite a las disposiciones de la cesión civil (490 del Código de Comercio en relación con el 1101, y sucesivos del Código Civil).

o incluso sin regulación legal como las criptomonedas,[432] producen novedosos esquemas propietarios, su adquisición se rige por reglas propias.[433]

1.3 Importancia de la registración de bienes inmuebles

Siguiendo el camino trazado por la forma de adquisición del 'nudo consenso' y la necesaria protección de los terceros, surge el Registro Inmobiliario, con la misión inicial de proteger los intereses de acreedores y, posteriormente, para la protección de los terceros adquirentes en general. En realidad, los registros públicos surgieron para dar seguridad y defensa a los terceros adquirentes, no para proteger a los contratantes, quienes encuentran amparo en la normativa civil.

Coincidiendo con la codificación europea, quedó patente la necesidad de brindar mayor seguridad legal a las relaciones jurídico-inmobiliarias debido a que, hasta entonces, la publicidad posesoria era la que había servido como factor externo del ejercicio del propietario sobre las cosas. Sin embargo, la posesión resultaba, por sí misma, inidónea respecto de los derechos reales de garantía que recaían sobre bienes inmuebles; por tanto, se requería un nuevo

[432] Ahora bien, este tipo de 'dinero' virtual forma parte del patrimonio de un titular, pues se trata de un bien mueble de carácter digital susceptible de propiedad privada y de valoración económica. De considerarse la criptomoneda como un bien mueble de carácter digital, susceptible de ser valorado económicamente, necesariamente se derivan dos consecuencias: a.- al ser objeto de propiedad privada, faculta efectuar negocios jurídicos, y b.- al no poder ser conceptuadas las criptomonedas como monedas de curso legal –y, por tanto, no formar parte del sistema monetario como ocurre en Costa Rica–, no podrían ser aceptadas como medio de pago en los términos que estipula la ley orgánica del Banco Central, lo cual no impide que, en virtud de la libertad de las partes, puedan ser aceptadas como medio de pago de una determinada obligación, a modo de dación en pago por ejemplo. En este sentido: Antonio Legerén-Molina, "Retos Jurídicos que plantea la Tecnología de la Cadena de Bloques. Aspectos Legales de Blockchain"**.** *Revista de Derecho Civil, VI*, No. 1 (2019):205. En un sentido similar se pronuncia Ibáñez Jiménez quien afirma: "Por tanto, aunque la consideración de algunas criptomonedas como cosas dentro del comercio (res intra commercium, con una naturaleza jurídica en algunos aspectos próxima a la de las mercancías o mercaderías negociables) puede parecer disonante o sorprendente -pues como es obvio BTC, Ether y otras cripto-monedas tienen como principal valor patrimonial su valor en cambio, y además entrañan un altísimo componente especulativo que los asemeja a los ojos del público a los activos financieros cotizados en mercados de capitales- esta apreciación de algunos legisladores encuentra Justificación en tres consideraciones principales:" Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez, *Derecho de Blockchain* (Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2018), 208.

[433] Basta ejemplificar con la propiedad intelectual donde, a pesar de que un usuario utilice una marca determinada, ello no quiere decir que sea su propietario. Para tal efecto se requiere una autoridad administrativa (en el caso de Costa Rica, el Registro de la Propiedad Industrial), responsable de la inscripción y el registro de los derechos en materia de Propiedad Industrial.

signo inequívoco que no perjudicara a lo que se denominaba crédito territorial,[434] es decir, el crédito obtenido sobre un bien inmueble.[435]

La necesidad de crecimiento económico requería mejorar la productividad de la tierra, además, se necesitaba que el intercambio de bienes inmuebles fuese ágil y seguro; para tales objetivos, era ineludible reorganizar la propiedad inmueble y publicitar a los terceros interesados sobre las cargas, hipotecas y ventas, u otros actos relacionados con los inmuebles; a fin de evitar fraudes y otros ilícitos que ocurrían a menudo, debido a la ausencia de registración. [436]

En el caso de Costa Rica, en el año de 1865 fue promulgada una Ley Hipotecaria[437] -copiada de la ley hipotecaria española de 1861- que regulaba, además de las hipotecas, todo lo referente a los derechos reales en general, y su inscripción en un registro.[438] Esta normativa es la base actual del sistema registral patrimonial costarricense.[439]

En la actualidad, la mayoría de los registros de naturaleza latina se fundamentan en lo que se denomina "sistema de seguridad jurídica preventiva," que protege tanto al titular del bien

[434] En esta investigación se reitera el criterio de entender varias instituciones jurídicas a partir de la desaparición del feudalismo y el surgimiento del capitalismo. En esta misma línea, sobre el crédito territorial se afirma: "… está basada en la emancipación de la propiedad inmueble, por medio de su movilización, realizada por el enlace del suelo y del dinero, con la responsabilidad efectiva que ofrece la propiedad. Tuvo su origen en la necesidad de atraer capitales a la agricultura, utilizando el cebo de la colocación de cédulas hipotecarias o títulos hipotecarios y así obtener fondos para refinanciarse y prestarlos después…" Manuel Valverde Villa, *El origen del crédito territorial en España en el siglo XIX* (Barcelona, España: Bosch editor, 2021), 55.

[435] En esta dirección se expresa Carlos Lasarte, *Compendio de Derechos Reales*, 279.

[436] En realidad, los delitos relacionados con bienes inmuebles y la registración no se han detenido, solamente han adquirido nuevas formas.

[437] Sin duda, la denominación de la ley copiada por quienes legislaban -tanto en España como en Costa Rica- es equívoca e imprecisa, en el tanto esa normativa regulaba varios tipos de derechos reales, no solamente derechos reales de garantía como la hipoteca.

[438] Sobre el particular, la Ley Hipotecaria costarricense establecía: "Artículo 2. En el registro expresado en el título anterior, se inscribirán: 1 Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles, de los derechos reales impuestos sobre los mismos. 2 Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, hipotecas, servidumbres y otros cualquiera reales [*sic*]. 3 Los actos contratos en cuya virtud se adjudiquen alguno, bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de trasmitirlos otro, o de invertir su importe en objetos determinados. 4 Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción o cualesquiera otra, por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto la libre disposición de sus bienes. 5 Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años. 6 Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años." Ley Hipotecaria, Lye Hipotecaria http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5677&nValor3=6023&strTipM=TC

[439] Guadalupe Ortíz Mora, *Derecho Registral Patrimonial* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015), 43.

como al adquirente de buena fe, de esta doble protección surge el sistema de presunciones -presunción de exactitud y de integridad-,[440] base legal que fundamenta el registro de los actos o contratos inscribibles con valor económico en Costa Rica.

El sistema registral basado en la seguridad jurídica preventiva garantiza el derecho de propiedad[441] y presume que, si ese derecho es modificado, es porque así lo ha dispuesto su titular. Se parte de la premisa de que la información que publicita el Registro es semejante a la realidad extra-registral, y que cede únicamente ante la comprobación en los tribunales de justicia, de que el acto o contrato publicitado es inválido o ineficaz. En materia de derechos reales, existe la 'ficción' de que la realidad extra registral es igual a la realidad registral, fenómeno conocido como la 'apariencia,'[442] que se encuentra muy estrechamente ligada con los medios de publicidad en un sentido jurídico. Todo medio de publicidad crea una 'apariencia,' viceversa, toda apariencia es un instrumento en sí mismo de publicidad.[443]

En Costa Rica, el modelo de seguridad jurídica preventiva se basa en la existencia de una oficina o institución de naturaleza pública que se denomina Registro Nacional, adscrito al Ministerio de Justicia. Sin duda, el objetivo final de cualquier registro es informar y garantizar la información que publicita, asegurando que cualquier dato emanado de este registro es cierto,

---

[440] Desde el punto de vista del derecho registral, la presunción de exactitud declara "… que los asientos valen como si su contenido fuera cierto, mientras que no se demuestre que no lo es." Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil III,* 326. Con respecto a la presunción de integridad, Ortíz Mora afirma: "Respecto a la presunción de ~integridad", corresponde a la parte dinámica del tráfico mercantil. La integridad se asegura al adquirente que el bien objeto de negociación existe en la realidad jurídica, que quien aparece como dueño es el verdadero titular y que al adquirir el bien no va a ser inquietado por situaciones que aun existiendo en la realidad extraregistral, no constan de la información publicitada por el Registro." Ortíz Mora, *Derecho Registral,* 389.

[441] La importancia de la publicidad en la transferencia y en el gravamen del dominio y de los derechos reales es evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico jurídico económico está en función de la publicidad, lo mismo que el desarrollo del crédito territorial, que son objetivos de índole económica…" Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil III...*, 269.

[442] Esta presunción está relacionada con el aforismo: "lo que no existe en la realidad jurídica, no existe en la realidad física." Sobre el tema de la apariencia y la publicidad, escribe Rivero Sánchez: "Y es que la publicidad registral no es más que una especie del género de la apariencia de la situación jurídica, por lo que se encuentra sometida a las reglas de ésta… Pero en realidad el esquema de la publicidad registral es idéntico al de cualquier caso de apariencia de la situación jurídico: hay una situación de hecho generadora de apariencia -particularmente, los datos emanados del Registro Público- el error legítimo del tercero de buena fe y una eficacia saneante." Juan Marcos Rivero Sánchez, *La Apariencia de la Situación Jurídica* (San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2000), 241.

[443] Agrega Luis Diez Picazo y Antonio Gullón: "La ineficacia del fenómeno posesorio para cumplir las finalidades de publicidad y de protección de la apariencia, en materia de tráfico inmobiliario, de mayor envergadura y trascendencia en la economía en general, ha llevado desde antiguo a crear una especial forma de publicidad (publicidad inmobiliaria), mediante la inscripción de las titularidades jurídicas reales en registros públicos especialmente creados para ellos," *Sistema de Derecho Civil,* 270.

confiable y determina además la eficacia de los contratos que ingresan para su registración y publicidad.

Las características anteriores, además de permitir un tráfico de bienes y derechos seguro, cumple una función determinante en la investigación de bienes inscritos de procedencia ilícita. En la mayoría de las legislaciones donde se ha implementado la ED, el órgano responsable de iniciar la investigación sobre privación de bienes tiene la obligación de localizar, identificar a titulares y poseedores de los bienes incursos en una causal de extinción de dominio; para esta labor, la publicidad registral resulta imprescindible.[444] Además, las medidas de aseguramiento, o cualquier medida cautelar en general que deba recaer sobre bienes muebles o inmuebles inscritos, implicará la anotación respectiva en los registros que correspondan para efectos de publicidad hacia terceros o evitar su transmisión.

El tráfico de bienes se fundamenta en la facultad de disposición que, de igual forma, integra la dimensión subjetiva del derecho de propiedad. El estudio de esta facultad conlleva a escudriñar algunas de sus facetas, a fin de comprender las distintas vicisitudes que

[444] Cualquier investigación, procesamiento o juzgamiento de infracciones penales relacionados con el derecho de propiedad requieren de la publicidad registral; sin embargo, desde la órbita penal, no suele hacerse referencia a este aspecto. En general, es poco frecuente que se resalte la coadyuvancia del derecho registral a las distintas ramas del Derecho Penal, Civil, Agrario y otras especialidades; a pesar de la función esencial que representa para la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales que afectan o inciden en el derecho de propiedad. El proyecto de ley costarricense establece este propósito en varias de sus disposiciones, entre ellas, reza el artículo 63: "Investigación Patrimonial. El Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, investigarán los hechos que puedan configurar alguna causal de extinción de dominio, respecto de los bienes que lleguen a su conocimiento. Dicha investigación tendrá como propósito: 1) Identificar, ubicar y asegurar los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio. 2) Identificar, recolectar, custodiar y valorar los elementos de prueba que permitan demostrar los hechos que configuran la causal de extinción de dominio. 3) Identificar y localizar a los posibles titulares de derechos reales, principales y accesorios, sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio. 4) Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de la causal de extinción de dominio. 5) Desvirtuar la presunción de buena fe de los posibles titulares de derechos reales sobre. Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019), artículo 63. La disposición transcrita es casi una copia del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio de Colombia que dispone: "Artículo 118. *Propósito.* La fase inicial tendrá como propósito el cumplimiento de los siguientes fines: 1. Identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio. 2. Buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales de extinción de dominio que se invoquen. 3. Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados, cuando los haya. 4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio. 5. Buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa. Oscar Augusto Toro Lucena, comp., *Código Extinción de Dominio: Ley 1708/2014, modificado ley 1849 de 2017* (Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021), art. 118, página 91-92.

eventualmente es necesario indagar en la determinación de la procedencia, lícita o no, en la adquisición de bienes.

2. Facultad de disposición integrado al derecho subjetivo de la propiedad

Como parte de la necesaria dinámica económica de la propiedad, su titular tiene la posibilidad de disponer[445] -transmitir, gravar, renunciar o abandonar y otras facultades- su derecho cuando así convenga a sus intereses; esta facultad también se deriva de la autonomía de la voluntad o libertad de contratación, que puede materializarse a través de un contrato o acto jurídico lícito.

El propietario cuenta con una gama de prerrogativas que, en su conjunto, forman la posibilidad de disposición, que no siempre implica la pérdida de la propia condición de propietario por parte del disponente (transmisión).[446] También son actos dispositivos aquellos convenios donde el propietario, sin perder su condición de titular-, constituye a favor de otra persona cualquier derecho real limitado, como sería el caso de los derechos reales de servidumbre, usufructo, uso, u otros. En otros casos, son actos de disposiciones los derechos reales de garantía como la prenda, hipoteca, y otros. En los supuestos anteriores, de una forma u otra, han quedado afectadas las facultades originarias del propietario si este ha dispuesto, total o parcialmente, de las potestades que integran su derecho.

Desde este punto de vista, la facultad de disposición es una categoría genérica contempla distintas especies de actos de disposición como los descritos. Esta categoría genérica es un componente más del derecho subjetivo que, en términos económicos, manifiesta que el significado fundamental de la propiedad es su valor de cambio, bajo ese carácter, juega un papel muy importante dentro del engranaje económico de los sistemas económicos capitalistas. Si

---

[445] El artículo 544 del código civil francés, en lo que interesa, indica: "La propiedad es el derecho de…disponer de las cosas de la manera más absoluta…" Esta disposición es la base de muchos códigos civiles, en el caso de Costa Rica, una disposición similar se encuentra en el artículo 266 del código civil que dice: "la propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley. También el artículo 291 establece: "Puede también el propietario enajenar o transmitir a otro el todo o parte de su propiedad." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado…* tomo I, 2014, artículos 266 y 291, páginas 138 y 183 respectivamente.

[446] Es el caso de la renuncia del derecho o el abandono de cosas muebles o inmuebles: la cosa sobre la que recae el derecho de propiedad pasa a ser *nullius*, por tanto, susceptible de ocupación por otra persona. En este sentido, véanse artículos 485 del CC. "Por la ocupación puede adquirirse el dominio de las cosas muebles que no pertenecen a nadie y el artículo 381 del CC, que en lo que interesa dispone: Las servidumbres se extinguen: … 4. Por remisión o renuncia del dueño del predio dominante." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado…* tomo I, 2014, artículos 485 y 381, páginas 421 y 302 respectivamente.

bien esta circunstancia alude a la libertad del propietario en su decisión de disposición, también permite entender la inevitable posibilidad de que esta potestad sea utilizada para fines ilícitos, o contraria a leyes prohibitivas, la moral o el orden público, en los términos que enuncia el artículo 28 de la CP de Costa Rica.[447]

2.1. Límites intrínsecos o injerencia del Poder Público sobre el derecho de Propiedad

Frente a la existencia de límites y limitaciones de la propiedad, debe destacarse la presencia de una serie de reglas derivadas de la propia conformidad del derecho de propiedad con su particular ejercicio, o con el ordenamiento jurídico, obligando a su titular a comportarse siguiendo determinados parámetros generales. En definitiva, el ordenamiento jurídico exige que el derecho de propiedad -por extensión, afecta a los restantes derechos subjetivos- sean ejercitados de tal forma que sean compatibles con su propia función y naturaleza, reprimiendo su ejercicio de manera desmedida, o contraria a ciertos estándares de conducta socialmente admitidos.[448]

En la práctica jurídica, la delimitación de la extensión de los poderes y facultades del propietario se lleva a cabo por el ordenamiento jurídico, acudiendo a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que se han positivizado, tanto en el acervo constitucional como en la legislación ordinaria. Como se indicó en el capítulo segundo,[449] el artículo 22 del Código Civil costarricense le dio vida jurídica al concepto de abuso del derecho, ejercicio antisocial, la buena fe, además, el concepto de función social del artículo 45 constitucional, son algunos ejemplos de esa tendencia. Estos conceptos constituyen límites intrínsecos, esenciales o institucionales de los poderes o facultades del propietario; en consecuencia, el ejercicio de cualesquiera facultades dominicales ha de realizarse conforme a dichos límites.[450]

2.1.1. Nociones básicas del abuso del derecho y ampliación de la injerencia estatal

Como se dijo, no escapa a esta investigación la existencia de términos jurídicos que tienen una cierta 'coloración emotiva,' como resultado, no se debe caer en la consideración de que, en

[447] "Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley." Elena Fallas Vega, Llihanny Linkimer Bedoya, Marina Ramírez Altamirano, coord., *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005).

[448] En este sentido, se expresa Carlos Lasarte, *Compendio de Derechos Reales*, 15.

[449] Véase sección 5.2 del capítulo II, acerca del sentido básico del derecho de propiedad y su relación con límites y limitaciones.

[450] Carlos Lasarte, *Compendio de Derechos Reales*, 15.

materia legal, existe precisión y univocidad.[451] Bajo la anterior advertencia, la teoría del abuso reposa en una concepción subjetiva del vocablo 'derecho,' entendido como 'facultad,' en razón de que la concepción objetiva asigna al término 'derecho' ('ius') un sentido disímil, equivalente a 'lo justo.'[452] Por lo tanto, solo al concebir el 'derecho' como 'facultad,' es factible asumir que esta puede ejercerse de forma excesiva o abusiva. En esta misma línea, una forma más precisa de referirse a este concepto, sería denominarlo como "el abuso en el ejercicio de los derechos," al utilizar el plural, se abarcarían los derechos subjetivos en general, a su vez, porque el abuso se presenta en su fase dinámica,[453] en otras palabras, se trata de una causa sobreviniente.

Aunque es evidente que el ejercicio en el abuso de los derechos es de reciente creación,[454] ya en el famoso oráculo de Delfos del antiguo mundo helénico, se leía la siguiente frase: 'nada en exceso;' por tal razón, fue legítimo considerar el proceder de Odiseo (Ulises) frente al actuar de los pretendientes de Penélope (darles muerte), quienes 'abusando' de las reglas de hospitalidad de la época, permanecieron en las dependencias del reino de Ítaca durante años, esperando que la hermosa Penélope hiciera su elección.[455]

---

[451] En este sentido, se pronuncia Haba afirmando: "De ahí, que un gran número de palabras de nuestra lengua, que constituyen, por así decir, unos instrumentos en la acción social posean, además de su sentido conceptual, una coloración emotiva que predispone, favorable o desfavorablemente, con respecto a lo que ellas designan, ya antes de haber sido fijado el sentido preciso que el autor les acuerda." Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica fundamental. Bases de Valoración en el Discurso Jurídico* (San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2016), 2.

[452] Afirma Cabanellas en relación a la definición de la palabra 'Derecho': "3° Como *substantivo masculino*, en la máxima riqueza de sus acepciones y matices, en esta voz, dentro de la infinidad de opiniones, probablemente tantas como autores, prevalecen dos significados: en el primero, el *derecho* (así, con minúscula, para nuestro criterio diferenciador) constituye la facultad, poder o potestad individual de hacer, elegir o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y de exigir, permitir o prohibir a los demás; ya sea el fundamento natural, legal, convencional o unilateral, nos encontramos frente al *derecho subjetivo.* Pero, además, puede el *Derecho* (ahora con mayúscula, para distinguirlo del precedente) expresar el orden o las órdenes que integran el contenido de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder público, o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual; configura entonces el denominado *Derecho objetivo.* Guillermo Caballenas, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Argentina; Editorial Heliasta S.R.L, 1983)

[453] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, sentencia No. 106; 8 de julio, 1992, (Master Lex, 2023) https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=46764&Tipo=.

[454] La doctrina suele utilizar como antecedente del abuso del derecho, un caso fallado en el siglo XIX por el tribunal de Colmar (Francia), que consideró ilícito el hecho de un propietario de elevar en su terreno una falsa chimenea sin utilidad para él, pero con el objetivo de disminuir la luminosidad en la heredad de su vecino, ordenando el tribunal la eliminación de lo construido y declarando el derecho del vecino perjudicado en el resarcimiento. José Luis Lacruz Berdejo, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho* (Barcelona, España: Bosch, 1980), 59.

[455] La Odisea. Los preceptos de Delfos constituyen el valioso legado de conocimiento que los 'Sabios' de la antigua Grecia dejaron a las generaciones futuras. Los antiguos sacerdotes griegos no daban consejos ni oían las confesiones de los fieles; su labor consistía principalmente en la realización de sacrificios y otros ritos. La educación moral de los jóvenes era llevada a cabo primero por los *paidagogoi* y los *paidotribes* y continuaba más tarde con los oráculos, que, además de manifestar el porvenir y la voluntad de los dioses, establecían un orden

Del relato mitológico descrito, es factible defender una especie de reacción humana, casi que intuitiva hacia el abuso de algo, una especie de común denominador en la conciencia colectiva que permite cuestionar y sancionar un actuar que se muestra abusivo. Aunque la afirmación anterior se puede calificar como de simple juicio de valor, bien puede servir como introducción para aseverar que, cuando se analiza la figura del abuso del derecho, se hace alusión a situaciones en las que se observa el ejercicio de un derecho subjetivo -en su fase dinámica- que, a primera vista, impresiona como legítimo; sin embargo, de una mejor revisión, se encuentran elementos que conducen a sostener la existencia de algún grado de ilicitud, sin que ello implique que el abuso sea sinónimo de ilicitud.[456]

El fundamento para reprimir los actos abusivos está en un principio jurídico básico: ningún derecho es ilimitado -relativismo de los derechos subjetivos-;[457] de lo contrario, no habría convivencia social posible.[458] Aquel titular que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos. Debe tenerse presente que la limitación del derecho subjetivo de una persona tiene dos aristas claramente diferenciadas: por

---

moral y asesoraban en los problemas de la vida cotidiana por los que se les consultaba. De todos los oráculos, el más famoso en el mundo antiguo fue el Oráculo de Delfos. En el pronaos del templo de Apolo en Delfos estaban recogidos los principales preceptos morales por los que se debían regir los griegos, bien en los muros, el dintel e incluso en algunas columnas de alrededor del templo. Los 147 preceptos délficos o Máximas Pitias eran frases sencillas atribuidas a los Siete Sabios de la antigüedad: Tales de Mileto, Pítaco de Mitilene, Solón de Atenas, Bías de Priene, Cleóbulo de Lindos, Periandro de Corinto y Quilón de Esparta. En el frontón del templo destacaban los tres preceptos de Delfos más importantes, fácilmente visibles para los visitantes que se acercaban: debajo, a la izquierda, ΓΝΩΘΙ ΣΑΥΤΟΝ (Conócete a ti mismo), a la derecha, ΜΗΔΕΝ ΑΓΑΝ (Nada en exceso o nada en demasía). María Esther Conejo A," Los Siete Sabios de Grecia Enfoque Crítico," *Revista de Filología y Lingüística XIII,* No. 2 (1987): 95-101, https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filyling/article/download/18797/18935/40858.

[456] Sobre la diferencia entre ilicitud y abuso, se ha indicado lo siguiente: "Pero debemos advertir que hay diferencia entre uno y otro. Anotamos las siguientes: a) El acto ilícito importa una violación de la ley, pues el que obra ilícitamente obra sin derecho o contra derecho; el acto abusivo importa el ejercicio de un derecho por el titular mismo. b) El acto ilícito implica dolo, culpa o negligencia como regla general; en cambio, para el abuso, no es de su esencia la existencia de tales elementos; la intención maliciosa es, a veces, elemento integrante del acto abusivo pero no es elemento esencial como en el acto ilícito. e) El daño que produce el acto ilícito repercute en el tercero; en cambio, el daño que produce el abuso puede referirse a la misma persona o a la colectividad, como el caso del propietario que por propia voluntad no cultiva su terreno. Luego, no puede afirmarse que el abuso del derecho y el acto ilícito son idénticos." Enrique Cuentas Ormachea," El Abuso del Derecho", Derecho *PUCP*, No. 51 (1997): 466.

[457] Se trata de lo opuesto al absolutismo, la predominancia del individualismo cedió ante la necesidad de incluir el interés social en el derecho de propiedad. A partir de ese momento, no puede concebirse al derecho de propiedad como 'absoluto'. Este concepto además de estar íntimamente relacionado con la dimensión social del derecho de propiedad, también está muy anclado al concepto de abuso del derecho.

[458] Habría que acotar que a partir del resquebrajamiento del absolutismo de los derechos en general y el consecuente declive de la máxima "quien su derecho ejerce a nadie ofende," surge la consideración de proscribir el abuso en el ejercicio de los derechos, como una reacción congruente con la introducción del concepto de función social.

una parte, un interés individual del titular de otro derecho subjetivo que requiere respeto; segundo, un interés social o colectivo dirigido a evitar la afectación a la sociedad o al Estado en general.

En un estado de derecho regido por el libre mercado, rigen pautas básicas garantizadas por el constituyente, como la libertad personal, libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de empresa, libertad de comercio, derecho a la propiedad privada, libre contratación, entre otros; a fin de permitir el desenvolvimiento individual y la generación de riqueza; sin embargo, dada la naturaleza misma de cada derecho subjetivo patrimonial, y el respeto a los derechos ajenos, este encuentra un límite infranqueable en el interés general.

En forma concreta, el ejercicio en el abuso de los derechos surgió a partir de los excesos en el ejercicio del derecho de propiedad, en casos donde sus titulares generaban humo dentro de los límites de su heredad, bloqueaban la luz, o extraían agua subterránea para perjudicar al vecino, entre otros supuestos. En años más recientes, una novedosa forma de materializar el concepto estudiado se observa en lo que se denomina derecho de propiedad de naturaleza 'legítima,'[459] es decir, aquella propiedad que se adquiere en forma lícita y que el ejercicio de sus distintos atributos no es contrario a su naturaleza y función, según lo dispone la normativa vigente.

No obstante, determinar la frontera entre ejercicio legítimo de un derecho y abuso no resulta una labor sencilla, puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado que requiere una consideración casuística y un atento análisis por parte de los órganos jurisdiccionales, o de los operadores jurídicos, en general. De hecho, debe reconocerse que el concepto sobre el abuso en el ejercicio de los derechos subjetivos fue una construcción jurisprudencial, e incorporada al derecho positivo en las distintas legislaciones latinas, con posterioridad a la codificación europea.[460]

---

[459] El concepto de propiedad 'legítima' suele utilizarse en la jurisprudencia y doctrina colombiana para fundamentar la extinción de dominio. Sobre el particular, Vásquez Betancur afirma: "El proyecto de vida individual, social o grupal debe ceñirse al acatamiento de las disposiciones constitucionales y legales, las cuales en relación a la extinción de dominio, implican el respeto de los derechos ajenos, la salvaguarda del interés general y la protección del bien jurídico de la propiedad legítima, esto es, la propiedad adquirida y destinada lícitamente." Corte Constitucional de Colombia," Sentencia T-244-12: 26 de marzo, 2012", 118.

[460] Para Lasarte, "la consolidación del abuso del derecho es reciente y, en todo caso, posterior al momento codificador europeo, al tiempo que se encuentra imbricada directamente con el análisis del contenido del derecho de propiedad en concreto, mientras que, por otra parte, resulta innegable su matriz jurisprudencial." Carlos Lasarte, *Compendio de Derechos Reales*, 16.

Con la introducción de los conceptos de función social y función ecológica, o ambiental, no resulta sorpresivo que este derecho sufriera otra intervención como la estudiada en el núcleo mismo del derecho de propiedad, que apunta a la protección de la colectividad, y que se ha utilizado para fundamentar procedimientos de privación de bienes.[461] Si se toma como referencia lo apuntado, se notará un cambio de paradigma en la visión del derecho de propiedad. En su concepción liberal, el foco de la codificación era la atribución de la titularidad del derecho de propiedad, no así el control o valoración de su ejercicio, del cual su titular tenía ilimitada libertad. Esa concepción, que se puede denominar subjetivista y estática, ha sido desplazada por una visión objetiva y además 'funcionalizada,' que atiende más al momento dinámico del derecho, propiamente a su ejercicio, a fin de satisfacer las exigencias propias de la función social, la función ecológica y el principio del abuso del derecho, que en definitiva le son inherentes.[462]

Este nuevo paradigma devela una participación activa del estado en el ámbito interno del derecho de propiedad, dando lugar a nuevas injerencias estatales en aras del interés público. Esta tendencia, lejos de acabar, pareciera evolucionar hacia nuevas regulaciones estatales sobre el derecho de propiedad, dentro de las que se pueden incluir los procesos de Extinción de Dominio o privación de bienes.[463]

La anterior evolución no ha sido ajena en el derecho positivo costarricense, y como se revisará en la sección siguiente, desde hace varias décadas el país realizó las reformas necesarias para incluir el concepto del abuso del derecho en la legislación civil.

---

[461] Como ya se indicó, en la jurisprudencia colombiana es se ha utilizado para justificar la extinción de dominio y en el caso costarricense, la sentencia 018946 del año 2015, expresamente indicó: "Asimismo, el artículo 21 de ese mismo Cuerpo Normativo dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe y el numeral 22 señala que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Resolución Nº 2015018946; 2 de diciembre, 2015 11:02 horas", expediente 13-007644-0007-CO.

[462] Santaella se pronuncia en este sentido, pero limitado a resaltar el papel de la función social. De acuerdo con lo estudiado, el derecho de propiedad está en función de intereses más allá que los individuales. En este sentido, no basta con la mención de la función social, debiéndose complementar las exigencias nacidas con posterioridad al concepto citado. Santaella, *La propiedad privada constitucional*..., 105.

[463] En el caso de la legislación colombiana, el concepto del abuso del derecho tiene arraigo constitucional en su artículo 95, el cual dispone: "**Artículo 95.** La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;" Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991, Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura, 2016, https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf.

2.1.2. Su aplicación práctica en Costa Rica

A raíz de la reforma al título preliminar del Código Civil costarricense ocurrida mediante ley número 7020 del año de 1986, se incorporaron al ordenamiento jurídico costarricense tres importantes principios generales del Derecho, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil: el principio de prohibición del fraude a la ley (*fraus legis*), el principio general de buena fe y el principio de prohibición del abuso del derecho.[464]

En el caso específico del abuso del derecho, la legislación costarricense estableció una fórmula general: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de este…" El otro presupuesto de la norma inicia expresando: "Todo acto u omisión en un contrato...," por lo que esta segunda parte de la norma se circunscribe al derecho de las obligaciones como tesis de principio, limitación que no se encuentra en el derecho español, del cual es su fuente.[465]

Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de interpretar la normativa expuesta, para establecer que el abuso del derecho se proscribe dentro del ámbito contractual y también en otras ramas del derecho. Incluso, se afirma que el título preliminar del Código Civil aplica para

---

[464] Estas disposiciones son réplicas casi exactas de las reformas introducidas al Código Civil de España, en el año de 1974. Sobre el particular, reza el Código Civil Español: ***Artículo 6…*** *4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado* prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Artículo 7. 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. ." Jaime Maldonado Ramos, *Código Civil, comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias,* octava edición (Madrid, España: Lefebvre, 2021), 54 y 63. La reforma legal costarricense finalmente quedó plasmada de la siguiente forma: "Artículo 20. Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Artículo 21. Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe. Artículo 22. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos,* 44-46.

[465] El artículo 7 del Código Civil de España, indica: Artículo 7. 1…Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.". Nótese que es una disposición general que va más allá de un asunto contractual. Jaime Maldonado Ramos, *Código Civil,* … 63.

todo el ordenamiento privado en general.[466] Los tribunales costarricenses han expuesto, que el título preliminar es aplicable a todo el ordenamiento jurídico a pesar de haberse insertado en el Código Civil, por cuanto se trata de un conjunto de normas generales orientadoras que funcionan para cualquier rama del derecho.[467] A pesar de tratarse de conceptos indeterminados y programáticos, es incuestionable su uso jurisprudencial, erigiéndose en una herramienta jurídica eficaz en aquellos casos donde el debate gira en torno al ejercicio de un derecho subjetivo y su aparente afectación a una de las partes, a un tercero o incluso al interés general.

Una muestra del tratamiento jurisprudencial costarricense es la sentencia número 106 del 8 de julio de 1992, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, redactada por el doctor Ricardo Zeledón, quien desarrolló ampliamente el concepto y fue de las primeras resoluciones en analizar el concepto del abuso y aplicarlo a un caso concreto, definiendo sus presupuestos objetivos y subjetivos.[468] Los criterios subjetivos exigen que haya culpa o dolo en el ejercicio del derecho, es decir, aplican los presupuestos y las normas de la responsabilidad extracontractual.[469] Los presupuestos objetivos estiman que hay abuso si el derecho no se ejerce

---

[466] En este sentido se expresa Gerard Cornu, *El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica, primera edición* (San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2000), 13.

[467] A nivel de tribunales es profusa la producción jurisprudencial donde se ha utilizado el principio de abuso del derecho. En el derecho de familia se suele utilizar en temas de patria potestad, traspaso de bienes gananciales, responsabilidad civil familiar, entre otros; para tal efecto, véase las siguientes resoluciones: Tribunal de Familia, Resolución Nº 979 – 2013. Sentencia: 01710 Expediente: 00-001494-0185-CI Fecha: 24/11/2003 Hora: 08:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Familia. 13-Nov-2013 Expediente: 08-400707-0637-FA. (Sobre el tema de la aplicación de la responsabilidad civil subjetiva y del abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo, en el derecho de familia y concretamente en materia de filiación véase el voto 45-94 dictado a las 10:10 hrs. del 3 de marzo de 1994 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia) En el derecho de trabajo Sala Segunda de la Corte, Resolución Nº 269 – 2007, 02-May-2007 Expediente: 98-003149-0166-LA, el Voto número 141-97 de la Sala Segunda. En materia contenciosa administrativa: Tribunal Contencioso Administrativo Sección I, Resolución Nº 90 – 2004 09-Mar-2004 Expediente: 99-000857-0163-CA. Aunque ya se ha citado jurisprudencia de la Sala Constitucional donde se hace referencia al abuso del derecho, en el fallo 3593-2008 el tribunal constitucional analizó el derecho de la libertad de expresión y dejó plasmado el criterio que cuando se haga un uso abusivo y antisocial del mismo debe resarcirse.

[468] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, sentencia No. 106; 8 de julio, 1992, (Master Lex, 2023) https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=46764&Tipo=. Esta sentencia se podría calificar como 'fundadora de línea'. Este concepto tiene alguna semejanza con el tratamiento que se le da a los precedentes jurisprudenciales en el derecho norteamericana, "Se trata de la sentencia que inicia la "línea" jurisprudencial sobre algún tema constitucional en particular. Diego López Medina, *El derecho de los Jueces en América Latina: historia, usos y técnicas* (Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Uniandes, 2000), 169.

[469] Sobre la relación abuso del derecho y responsabilidad civil, la sentencia en comentario indicó: "La tesis más difundida, en la actualidad, considera que en los supuestos cubiertos por la teoría del abuso en el ejercicio de los derechos la responsabilidad extracontractual se determina de manera igual que en los actos ilícitos; esta tesis genera grandes beneficios pues no se libra al arbitrio judicial la determinación de la finalidad social o económica de cada derecho, además de ser congruente con la realidad, pues sólo existe la figura cuando se ejerce un derecho de manera dolosa o culposa. Si en algún momento se cuestionó la utilidad de la teoría del abuso del derecho, por cuanto sólo

de acuerdo con su función económica-social, como así ocurre en algunos presupuestos previstos en la acción de ED, relacionados con destinación ilícita. [470]

En la sentencia citada, se enfatiza la prohibición de ejercer un derecho de forma socialmente reprochable, además de que esta teoría nace para atenuar el individualismo jurídico y, en su lugar, apuntar a una concepción 'transpersonalista' que aplique el carácter social del Derecho y de su papel como instrumento al servicio de intereses colectivos.[471]

La otra vertiente del abuso está relacionada con el derecho de acceso a la justicia, el cual tampoco es absoluto -relativismo de los derechos-, por lo que las partes podrían cometer abusos al utilizar sus facultades para activar el aparato jurisdiccional, o encontrándose dentro de un proceso determinado, abuse de las distintas herramientas que el proceso mismo le ofrece. Cuando es usada en forma desviada o contraria a su destino o función, la facultad de acceder a la jurisdicción y su utilización tampoco debería resultar amparada por el derecho objetivo. La doctrina suele denominar al abuso cometido en campo del derecho procesal como "abuso del derecho de recurrir a las vías legales o en el ejercicio de las pretensiones accionables."[472]

Sigue indicando la sentencia: que el abuso comprende el supuesto del letrado temerario que actúa inspirado por un espíritu ofensivo o dañino, ejerciendo un derecho desviado de su naturaleza para la obtención de fines espurios; y agrega: "un litigante temerario ("*improbus litigator*") es aquél que obra deshonestamente, cuya motivación deriva de la mala voluntad de

---

produciría efectos cuando se verifican los supuestos de la responsabilidad civil, hoy su utilidad radica en sentar la responsabilidad civil tanto de quien actúa al margen de todo derecho como de quien causa un daño con motivo del ejercicio de un derecho. La jurisprudencia y doctrina francesa que propiciaron la eclosión de la referida teoría, propugnan por considerar el acto abusivo como un supuesto de aplicación de la responsabilidad civil, requiriendo el dolo (intención de perjudicar) y la culpa (imprevisión del daño). No existe incompatibilidad entre el concepto objetivo y el subjetivo, pues en la mayoría de los casos la desviación funcional del acto resulta revelada por el dolo o la culpa manifestados en el ejercicio de un derecho. Asimismo, el dato objetivo debe buscarse en el resultado, sea si hay, por ejemplo, inutilidad se está ante su ejercicio anormal, ningún derecho se ejerce para dejar de obtener beneficios." Sentencia No. 106-92;

[470] "El Código Civil de Costa Rica parece acoger un criterio ecléctico para determinar cuando hay abuso, por lo menos en sede contractual, pues se habla de la "intención del autor", del "objeto", de las "circunstancias", de sobrepasar manifiestamente "los límites normales del ejercicio de un derecho" y del "daño para tercero o para la contraparte". En efecto, el legislador partió de una amplia base al considerar tanto la acción como la omisión y criterios objetivos y subjetivos. Sin embargo, trátase de un criterio predominantemente objetivo, en cuanto basta un ejercicio anormal del derecho contrario a la función social del mismo, sin que sea necesario acreditar la intencionalidad del autor del acto u omisión." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Res. No. 1992-106; 08 de julio, 1992 14:55 horas". Sin perjuicio de lo explicado, estos criterios también aplican para las causas de extinción relacionadas con la destinación ilícita, según se verá en el capítulo IV, sección 4.4.2.

[471] Sentencia No. 106.92, considerando IV.

[472] Sentencia No. 00106-92; considerando X.

vejar o dañar a la contraparte (dolo), confiando más en el error e iniquidad del juzgador que en la justicia de su razón."[473]

En el derecho positivo costarricense, el abuso procesal tuvo una tímida disposición en el canon 100 del Código Procesal Civil, estuvo vigente durante casi treinta años;[474] mientras que el código actual establece expresamente el abuso procesal en varias de sus disposiciones, y sanciona esa conducta hasta con el pago de daños y perjuicios, además de la posibilidad que se declare la 'improponibilidad' de la demanda.[475]

Adicionalmente, por la ubicación del abuso en el título preliminar del Código Civil, la extralimitación de cualquier derecho subjetivo puede ser interpretado como una forma de infracción del principio general de la buena fe que se estudiará adelante. Bajo la anterior premisa, la exigencia de que los derechos subjetivos se ejerciten de buena fe implica la exclusión de su ejercicio abusivo o antisocial; expresado en otros términos, el abuso de derecho supone necesariamente una modalidad de transgresión del deber de la buena fe y esta relación

[473] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Sentencia No. 00106-92. También en la siguiente resolución se ilustra muy bien la aplicación del abuso en el campo procesal civil: "En cualquier momento en que, por las circunstancia del caso concreto, el juez estuviere convencido de que el actor o el demandado se sirvieran del proceso para practicar un acto simulado o conseguir un móvil prohibido por la ley, dictará sentencia que impida a las partes obtener sus objetivos y, como corrección disciplinaria, les impondrá lo mismo que a los abogados, de dos a cinco días multa". La teoría elaborada en torno al abuso del derecho luce imbricada dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etcétera. Como bien advertía Vescovi desde hace más de tres décadas: "que es la aplicación concreta de la regla moral, donde la doctrina habla del deber de no utilizar el proceso y los medios y recursos legales, sino de conformidad con los fines lícitos para los cuales está instituido". Vescovi, Enrique, Derecho procesal civil(Montevideo, Uruguay: Idea, 1974), 80. No podría ser de otra manera, derivado de la unidad del ordenamiento y de la función instrumental de las normas procesales como garantes de la aplicación del derecho de fondo. En la actualidad es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil, y también que cuando el legislador se refiere en leyes sustantivas a las reglas de la buena fe y equidad, no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad." Tribunal Primero Civil," Resolución No. 484-F-2008; 30 de mayo, 2008 08:25 horas".

[474] "Acto simulado o móvil prohibido. En cualquier momento en que, por las circunstancias del caso concreto, el juez estuviere convencido de que el actor o el demandado se sirvieran del proceso para practicar un acto simulado o conseguir un móvil prohibido por la ley, dictará sentencia que impida a las partes obtener sus objetivos y, como corrección disciplinaria, les impondrá lo mismo que a los abogados, de dos a cinco días multa" Código Procesal Civil de 1989.

[475] El artículo 4.2 del Código Procesal Civil, dispone: "4.2 Deberes. Las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento. Cualquier acto contrario a estos deberes será considerado como abuso procesal y será sancionado con el rechazo de plano de la gestión, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan." Sobre daños y perjuicios el artículo 6 así lo dispone y el también el 5.4, y 6 del citado código. Sergio Artavia Barrantes y Carlos Picado Vargas, *Código Procesal Civil*, tomo I (San José, Costa Rica; Investigaciones Jurídicas S.A., 2016) 104, 109 y 115.

entre ambos conceptos explican su ubicación sistemática y conjunta en el Código Civil vigente, al igual que ocurre en el Código Civil español. [476]

Siguiendo con la dinámica de los derechos reales en general, está claro que la regla general es su transmisibilidad, salvo aquellos que tengan por ley la condición de personalísimos (*v. gr.*, los derechos reales de uso y habitación) o que, según el negocio jurídico, sean intransmisibles, o se hubiese establecido una limitación de disponer sobre ellos. En un sistema de libre mercado, la propiedad de los bienes no se mantiene de modo indefinido en poder de un determinado patrimonio, por el contrario, la vida económica enseña que los bienes se transfieren y se intercambian. Estas mutaciones suelen clasificarse en transmisiones *mortis causa* (sucesiones) o inter-vivos, este último tratándose de los efectos de las obligaciones, aspectos que se estudiarán en la sección siguiente.

3. Transmisión

3.1. Inter – vivos, gratuita y onerosa

La transmisión del derecho de propiedad, tiene como efecto su transferencia a otro titular, y con ella de todas sus partes integrantes.[477] Estipula el artículo 480 del Código Civil, anteriormente citado: "…la propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto trasmitirla".[478] Posteriormente, el canon 484 del CC establece que las fuentes de adquisición de los derechos reales son: el convenio, la ocupación, la accesión, la herencia o el legado y la prescripción. Para los efectos de esta investigación interesan los medios de adquisición derivativa, como lo sería el negocio jurídico, la herencia y los legados.[479]

---

[476] En el Código Civil español el concepto de buena fe convive con el abuso del derecho en el mismo artículo siete que a la letra dispone: "Artículo 7.º 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso." Jaime Maldonado Ramos, *Código Civil*, España, 6.

[477] Ludwing Enneccerus, *Tratado de Derecho Civil, segunda edición.* Trad, Theodor Kipp y Martín Wolff (Barcelona, España: Bosch casa editorial, 1951), 349.

[478] Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil*...., art. 481, p. 413.

[479] Los medios de adquisición como la ocupación y la prescripción no resultan de interés para esta investigación en el tanto la extinción de dominio actúa sobre contratos o actos de naturaleza derivativa: compraventa, donación, legado, proceso sucesorio, u otras formas de contratación o proceso que tienen un precedente o titular anterior. Del artículo 459 inciso 2 del CC, se desprende la posibilidad de inscribir otros tipos de derechos reales. "**Artículo 459.** En el Registro de Propiedad se inscribirán: "**1.** Los títulos de dominio sobre inmuebles. **2.** Aquellos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y

Tomando en consideración las disposiciones anteriores, en el tráfico jurídico la transmisión de los derechos reales por actos entre vivos se efectúa por la vía de la creación de un derecho personal (contrato), que es el eslabón intermedio entre el derecho real del propietario, y el derecho real del posible adquirente. En la cotidianidad de los negocios, se celebra un contrato que da nacimiento a determinadas obligaciones, cuyo cumplimiento consiste en la entrega de la cosa objeto del derecho real, es decir la "tradición" o la transmisión en sentido estricto. De esta forma, un derecho personal efímero, y de naturaleza transitoria, ha servido de vehículo para traspasar la titularidad de un derecho real entre las partes.[480]

El contrato se entenderá oneroso dependiendo de la obligación o deberes que se impone a las partes del contrato para obtener un beneficio determinado. En estos convenios, cada una de las partes obtiene una ventaja como causa de la contraprestación que realiza para la otra; ejemplo, en el contrato de compraventa el beneficio que recibe el vendedor -que consiste en el precio- es consecuencia de la carga u obligación de entregar al comprador la cosa que vende, y la misma situación ocurre, con el comprador, pero, a la inversa. En cuanto a los convenios gratuitos, las ventajas o beneficios del negocio se producen para uno de los contratantes, sin que tenga que efectuarse una contraprestación. En el contrato de donación, como tesis de principio, las ventajas son exclusivamente para el donatario y la carga para el donante.[481]

Por la naturaleza misma de la teoría del nudo consenso, la transmisión de un derecho de propiedad constituye un efecto natural y necesario de cualquier contrato relacionado con la transmisión del dominio. Con la celebración del contrato se transmite la propiedad y sus efectos surgen desde el momento mismo de su perfeccionamiento.[482] En otras palabras, el negocio jurídico transfiere por sí mismo el derecho de propiedad.

---

cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca…" Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos,* 411-413.

[480] No está demás aclarar que por disposición del artículo 1024 del CC, "Los derechos y las obligaciones resultantes de los contratos, pueden ser trasmitidas entre vivos o por causa de muerte, salvo si esos derechos y obligaciones fueren puramente personales por su naturaleza, por efecto del contrato o por disposición de la ley." Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*…, art.1024.

[481] Eduardo Serrano Alonso, *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos, Teoría General del Contrato, tomo II, volumen I* (Madrid, España: Edisofer, 2008), 185.

[482] Esto no quiere decir que dicha transmisión no pueda diferirse a un momento distinto al de la celebración del contrato. Así, la transmisión de la propiedad puede quedar sujeta a una modalidad, como sucede en los contratos de compraventa con reserva de dominio, de cosa futura o bajo condición suspensiva. En este sentido véase artículos 1092 y 1059 del Código Civil de Costa Rica.

Ahora bien, cuando en un proceso de ED, legitimación de capitales u otros similares, se investigan derechos de propiedad que podrían tener un origen ilícito, se analiza cuidadosamente la transmisión, examinando el negocio jurídico que le precedió, de ahí la importancia de entender el momento a partir del cual se genera o generó el traspaso de ese bien específico. Además, se debe valorar la causa y el objeto del negocio jurídico, y esos aspectos esencialmente se encuentran en el contrato derivativo que sirvió de base a la transmisión.

3.2. Mortis causa

La transmisión "mortis causa", se puede interpretar como sustitución o cambio en la titularidad de un patrimonio, a consecuencia de la muerte de una persona y responde a la necesidad de dar continuidad de la totalidad de las relaciones jurídicas patrimoniales, tanto activas como pasivas de una persona -causante-, a su fallecimiento.

El artículo 522 del Código Civil costarricense define las formas de transmisión del patrimonio de una persona por causa de su muerte. Así, esta disposición legal establece que "la sucesión se difiere por la voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ella, por disposición de ley",[483] de la que se desprenden dos posibilidades de transmisión "mortis causa" de los bienes de un sujeto de derecho: la sucesión testamentaria y la sucesión legítima o intestada.

La sucesión testamentaria tiene como antecedente una manifestación unilateral de voluntad mediante la cual una persona dispone de sus bienes –todos o en parte– para después de su muerte y como su mismo nombre lo indica, se requiere de un testamento que cumpla con todas las formalidades legales.[484] En cambio la sucesión legítima, ostenta un carácter supletorio, en la medida en que no entra en juego, solo a falta de disposición de última voluntad.[485]

De otro lado, incumbe recordar que la sucesión abarca "todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, salvo los derechos y obligaciones que, por ser meramente personales,

[483] "Artículo 522. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ella, por disposición de la ley…" Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil…*456

[484] En forma ilustrativa se refiere a la necesidad de que en los tipos de testamentos más usados se exige escritura pública, presencia de testigos, tiene carácter personalísimo (artículo 577 del Código Civil), es revocable, de manera tal que puede modificarlo mediante uno posterior que reúna las condiciones que el ordenamiento establezca.

[485] El artículo 571 del Código Civil costarricense sobre el particular dispone: "Si una persona muriere sin disponer de sus bienes, o dispusiere sólo en parte, o si, habiendo dispuesto, el testamento caducare o fuere anulado, entrarán a la herencia sus herederos legítimos." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil*…, 491-492.

se extinguen con la muerte."[486] Como tesis de principio, en el evento de que dentro del haber sucesorio existan bienes de procedencia ilícita, nada obstaría para que se aplique la ED u otras medidas afines, toda vez que la posible ilicitud no se legitima por el solo hecho de la muerte de su titular.[487] Por tratarse de una transmisión derivativa, existe similitud entre trasladar bienes de forma inter – vivos o bien mortis causa. En ambos supuestos, resulta notorio que el procedimiento, los requisitos de validez y de eficacia son disímiles, pero no existe ninguna disposición legal de la cual interpretar, que cualquier vicio o nulidad que ostente el bien o bienes objeto del haber sucesorio, se convalide o subsane por causa de la muerte de su titular.

La interpretación anterior no podía ser otra, en el tanto con el fallecimiento del titular, los bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores, pero en realidad, los sucesores no reciben bienes (salvo los legatarios instituidos en cosa cierta) u obligaciones específicas, en realidad se colocan en la posición jurídica que tenía el causante respecto del conjunto patrimonial de éste (salvo en aquellos derechos que son intransmisibles). Por lo tanto, un heredero recibe una unidad o conglomerado patrimonial, por eso se le denomina "universal", que significa 'general' o total. Dicho de otra manera, como efecto de la sucesión, al heredero se le transmite un conjunto patrimonial, del mismo modo que tiene que responder por las obligaciones del causante, igual, los bienes tendrán que responder por cualquier carga, gravamen, vicio o patología en general, que estos pudiesen tener. [488]

---

[486] Artículo 521 del Código Civil. Carlos Picado, *Código Civil*..., 454.

[487] La ley Modelo establece: "Articulo 7. Transmisión por causa de muerte. Los bienes a los que se refiere el artículo anterior no se legitiman por causa de muerte. En consecuencia, la extinción de dominio procede sobre éstos." Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, abril 2011, art.7.

[488] En un sentido similar Picado Vargas indica: Universalidad de bienes: Pluralidad de bienes que se considera una unidad, el patrimonio y la sucesión de una persona son universalidades de derecho que no pueden ser divididas sino en cuotas alícuotas, pero en partes determinadas en sí mismas. Es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, formando el patrimonio del causante, se transmite al heredero al morir aquél. La herencia es un patrimonio que, mientras transita del causante al heredero de manera definitiva, conserva una inalterable unidad con el fin de que esté garantizado el pago de las deudas del causante y el cumplimiento de las obligaciones hereditarias …" Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil, Concordado…,* 454. En igual sentido Biondo Biondi: "En ningún caso la ley considera como unidad el patrimonio de una persona. Asume tal carácter cuando deviene herencia, esto es, con la muerte del titular, pasa a otros. En tal caso lo que, vivo el titular, es verdaderamente totalidad, en cuanto que verdaderamente comprende todas indistintamente las relaciones que le tienen por sujeto, deviene solamente universalidad: esto implica que la suma de las relaciones deviene *universitas iuris* y aquella que primeramente era totalidad deviene solo complejo, puesto que algunas relaciones, aun de naturaleza patrimonial, se extinguen con la muerte del titular: pasan no todas sino el complejo de relaciones." Biondo, *Los bienes* (Barcelona, España: Bosch casa editorial, 1961), 179 y 180.

Como derivación de lo anterior, en las principales legislaciones latinoamericanas sobre extinción de dominio, se establece la posibilidad de aplicar la ED, aun en casos de sucesión por causa de muerte.[489]

4. Licitud en la adquisición y la transmisión del Derecho de Propiedad

De perogrullo resulta afirmar que se requiere un convenio en cualquier tipo de transmisión inter vivos, normalmente será plasmado en una exteriorización de voluntad o voluntades. Este sería el nexo necesario para la transmisión de cualquier derecho real que se materializará en algún tipo de contrato o, en términos generales, en un negocio jurídico.[490]

En este punto, resulta necesario hacer un giro hacia el derecho de obligaciones para analizar algunos elementos esenciales en cualquier negocio jurídico donde el objeto es una situación jurídica privada de naturaleza patrimonial.

El objetivo de esta sección consiste en investigar uno de los elementos más importantes de cualquier negocio: la licitud. Para este fin, se precisarán algunos vocablos, luego se revisará la licitud de la causa y la licitud el objeto; así como aspectos que resultan relevantes en la teoría del negocio jurídico.

4.1 Precisión en los términos licitud, ilicitud e ilegalidad

[489] En el caso del último proyecto de ED de Costa Rica, se consigna una disposición similar: "Artículo 20- Transmisión por causa de muerte o extinción de la persona jurídica Los bienes sujetos a extinción de dominio no se legitiman por causa de muerte o por la extinción de la persona jurídica." La ley de ED de Colombia establece en el artículo 16 inciso 11: "…11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos. Parágrafo. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley. En la legislación mexicana se encuentra la siguiente disposición: "**Artículo 13.** La muerte de quien se hubiere encontrado sujeto a una investigación o a un proceso penal, no extingue la acción de extinción de dominio dada su naturaleza, por lo que, las consecuencias y efectos de ésta, subsisten aún contra los herederos, legatarios, causahabientes y cualquiera otra figura análoga que alegue derechos sobre los Bienes objeto de la acción." En el caso de Guatemala el inciso segundo del artículo 7, dispone: "…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 interrumpir." Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala: Distribuidora de Libros Modernos S.A., 2020), art. 7, p.87.

[490] Sobre la diferencia entre negocio jurídico y contrato, está claro que el primero es la categoría genérica y el segundo es la especie más conocida. En este sentido Pérez Vargas afirma: "El contrato se caracteriza por patrimonialidad y "bi" o "pluri" lateralidad. El negocio supera estas limitaciones, constituyéndose en un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc.; todos tienen en común que hay una voluntad exteriorizada y un fin al que se tiende, a la programación de intereses." Víctor Pérez, *Derecho Privado*, tercera Edición (San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, 1994), 207.

Previo al análisis previsto en esta sección, conviene detenerse a precisar los conceptos citados en el título, debido a que en ocasiones se usan como sinónimos, o también son polisémicos.

El diccionario de la real Academia Española indica que lícito proviene del latín *licĭtus* y tiene las siguientes definiciones: "1. adj. Justo, permitido, según justicia y razón. 2. adj. Que es de la ley o calidad debida."[491] El Diccionario Jurídico Panhispánico brinda la siguiente definición de lícito: "Conforme a derecho, que no vulnera ninguna norma del ordenamiento."[492]

De estas definiciones se extrae que la ilicitud dependerá de si el acto o hecho se opone o no a una determinada norma jurídica, sin embargo, se coincide con la definición jurídica que hace alusión al criterio de ampliar la noción de licitud para ubicarla en "lo permitido social y moralmente";[493] en consecuencia sería un concepto más amplio que el de legalidad, conforme lo ha esgrimido la jurisprudencia costarricense. [494]

En concordancia con la disposición legal establecida en el artículo 631 del Código Civil de Costa Rica,´ la licitud sería aquel objeto que no es contrario o está conforme a la ley, y tampoco se opone a los principios de orden público y las reglas de las buenas costumbres, excluyéndose el criterio religioso.[495] En sentido inverso, el acto ilícito se compone de actos jurídicos contrarios a una disposición legal, adicionalmente, comprende nociones tan amplias como el orden público, la moral y las buenas costumbres, pero en esta investigación no se comparte el criterio de incluir como parámetro de la licitud aspectos 'religiosos'. El concepto de ilegalidad es más estrecho y se engloba en situaciones que contrarían una ley escrita. Todo

[491] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición (Madrid: España, 2001), 932.

[492] Real Academia Española, *Diccionario de la Real Lengua Española,* vigésima tercera edición [versión 23.6 en línea] https://dpej.rae.es/lema/l%C3%ADcito-ta (Consultado el 16 de junio de 2022)

[493] Esta definición la brinda Manuel Osorio, sin embargo, no se coincide con la inclusión de lo permitido, también en el sentido religioso. Manuel Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Ruy Díaz, 2000), 434.

[494] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Res. No. 1992-106; 08 de julio, considerando IX.

[495] El artículo 631 del CC de Costa Rica en lo que interesa indica: "También es ineficaz la obligación que tenga por objeto una cosa o acto que fuere física o legalmente imposible... La imposibilidad legal existe: **1.** Respecto a las cosas que estén fuera del comercio por disposición de la ley. **2.** Respecto a los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres" (el resaltado no es de su original)." Carlos Adolfo Picado Vargas, 546.

acto ilegal es ilícito pero no a la inversa, la ilicitud es el género, y el concepto de ilegalidad sería una especie.[496]

La normativa establece la necesidad de que el objeto sea lícito, es decir, que no esté prohibido por la ley, la moral, las buenas costumbres y que esté dentro del comercio de los hombres. Conviene aclarar, tratándose de un objeto de una relación obligatoria, la licitud o la ilicitud no se refiere a la materia, sino a la conducta o la prestación prevista (fenómeno temporal), en el sentido de conformidad con el ordenamiento jurídico. Cuando el objeto sea una relación jurídico real -un derecho real que por lo general sería un fenómeno espacial-, la licitud no corresponde a las cosas, bienes materiales o inmateriales, sobre los cuales recae el negocio jurídico, se refiere a la destinación que se haga del bien[497] o, se refiere a su imposibilidad de tráfico patrimonial.[498] En otros supuestos, la licitud estará asociada a la causa del negocio jurídico, analizada desde la motivación del negocio.

4.2 Tipos de Ilicitudes en el Negocio Jurídico

La mayoría de los ordenamientos jurídicos que descienden del código civil francés -aunque en la actualidad este código fuente ha variado sustancialmente el derecho de las obligaciones - [499], prevén normas relativas a la invalidez de los contratos contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres y el orden público. Con ellas se invalidan, tanto los contratos

---

[496] "Acto ilícito no es solo el que contraría la ley (en sentido formal o material) sino también aquél que estando de consuno con la ley quebranta un principio de carácter superior y difuso subyacente en la base del ordenamiento jurídico." Sala Primera de la Corte, "Res. 1992-106.

[497] Luz María Wills Betancur, Sandra Eliana Cataño Berrío, Jonathan Zapata Flórez *Manual de la Teoría del Negocio Jurídica* (Antioquia, Colombia: Tirant Lo Blanch, 2021) 143.

[498] Luis Diez Picazo explica que la licitud del objeto no está en relación con el objeto mismo o la materia física, debido a que esta tiene su existencia independiente. La prohibición no se dirige a que no se produzcan bienes o cosas, se refiere a evitar que sean objeto de tráfico patrimonial. Agrega este autor: "Hay, así, cosas de tráfico patrimonial contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres." Luis Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* 167

[499] Con la reforma del Código Civil francés del año 2016, los términos buenas costumbres y moral han sido suprimidos, manteniéndose el concepto de orden público: "Art. 1102 Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public«. « *Art. 1102.* – Toda persona es libre de contratar o no contratar, de escoger a la otra parte contratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites establecidos por la ley. «No obstante, la libertad contractual no permite obviar las normas del interés del orden público, ni menoscabar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en un texto legal aplicable a las relaciones entre particulares, salvo que dicho menoscabo resulte indispensable para la protección de intereses legítimos y proporcionado al fin perseguido. También el articulo 1162 dispone: "Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties." «*Art. 1162.* – El contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, la conocieren o no todas las partes." Code Civil Annoté, 1455.

"*prohibés par la loi*" ("prohibidos por la ley") como los contratos "*contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*" ("contrarios a la moral o al orden público"). Si bien la terminología y la técnica legislativa varían de un ordenamiento a otro, el principio es siempre el mismo: el derecho declara la invalidez de los contratos contrarios a los principios fundamentales de la moral, buenas costumbres o del orden público, así como aquellos que se oponen a las leyes imperativas o prohibitivas.

Según esta doctrina tradicional, la libertad del contenido negocial tiene un límite que se transgrede cuando va en contra de ciertos conceptos indeterminados como la 'moral' o las 'buenas costumbres', es decir, contradice los patrones de la 'moral social' admitidos en una comunidad jurídica determinada; en particular, la 'moral negocial'[500] o las exigencias éticas fundamentales del ordenamiento.[501] En otras palabras, se trataría de un 'límite inmanente a la libertad contractual'. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no debe admitir aquello que transgrede sus propios 'fundamentos o principios', tampoco debe tolerar los actos que contravienen la ley.

La legislación costarricense no es ajena a la tendencia anterior, siguiendo el Código Francés antes de su reforma,[502] el artículo 627 del Código Civil, enumera los elementos tradicionales y esenciales de las obligaciones: "Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1. Capacidad de parte de quien se obliga. 2. Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3. Causa justa."[503] Adicionalmente, el artículo 631 del CC

---

[500] Si definir el concepto de moral resulta complejo, conceptualizar lo que se entiende por 'moral negocial', representa un verdadero desafío. Se trata de un concepto en extremo vago e impreciso.

[501] Fracisco J. Infante Ruiz y Francisco Olivia Blánquez, *Los contratos ilegales en el derecho europeo* (Barcelona, España: Inred, 2009). No hay duda que por tratarse de fórmulas vacías o de términos imprecisos -también denominados conceptos válvulas-, estos admiten más de una interpretación.

[502] Los artículos 1131 y 1133 del Código Civil de Francia indicaban: "[*L*]*'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*" (art. 1131 *Code Civil*), que se traduce en : « La obligación sin causa, o la que se funda sobre una falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. "[*La*] *cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*" (art. 1133 *Code Civil*). Que se traduce al idioma español en lo siguiente: Es ilícita la causa, cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres. En la cita siguiente se transcribe la redacción actual, lo novedoso es la eliminación del elemento, otrora esencial, denominado causa. Code Civil Annoté, 1430 y 1435.

[503] Es importante acotar que en la actualidad hay legislación europea que ha cambiado radicalmente los presupuestos esenciales para la existencia de las obligaciones. En el caso del código civil francés, con la reforma del año 2016, no solo eliminó el presupuesto denominado causa, sino también al objeto, regulando ahora, como requisitos de validez del contrato, el consentimiento, la capacidad de las partes y un contenido lícito y cierto. En la actualidad el artículo 1128 del Código Civil francés dispone: "Article 1128. Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain. » [Traducción libre al español: "Artículo 1128. Son necesarios para la validez de un contrato: 1. El consentimiento

complementa la anterior disposición indicando, en lo que interesa, lo siguiente: "También es ineficaz la obligación que tenga por objeto una cosa o acto que fuere física o legalmente imposible... La imposibilidad legal existe: 1.- … a las cosas que estén fuera del comercio. **2.** Respecto a los actos ilícitos como **contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres**" (el resaltado no es de su original). De esta disposición se concluye que podría existir ilicitud tanto en la causa, como en el objeto del negocio jurídico, aspectos que serán los objetivos siguientes de este capítulo.

Finalmente, otra posibilidad de licitud o ilicitud se deriva del artículo 110 del Código Penal de Costa Rica, que establece el comiso en materia de infracciones penales.[504]

4.2.1 La Licitud del objeto

Para los efectos de esta investigación, el tipo de objeto que incumbe es aquel que se exterioriza en un sentido material o inmaterial, excluyéndose el objeto como prestación. Si se profundiza en el objeto de la relación jurídico real, se concluye que en muchos casos se trata de algo existente en el mundo exterior, por lógica elemental no se podría afirmar que una cosa material se pueda prohibir o sancionar por el simple hecho de existir. El criterio para determinar la licitud es la posibilidad de tráfico patrimonial, de ahí el requisito de que se encuentren dentro del comercio de los hombres.[505] Además, podría ocurrir que atendiendo a su uso o goce, u otra circunstancia, se esté incumpliendo con alguna disposición legal o en contra de la moral, orden público o las buenas costumbres, como lo señala el artículo 631 del CC de Costa Rica, antes citado.

Desde otra óptica, resulta razonable interpretar que el artículo 631 del CC, tantas veces citado, establece límites a la libertad contractual, como ocurre con cualquier otro derecho

---

de las partes; 2. La capacidad de los contrayentes; 3. Un contenido lícito y cierto"]). Code Civil Annoté, p.1428. El cambio se dio en el año 2016 mediante la ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016.

[504] "Artículo 110: El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros." Ulises Zúñiga Morales, C*ódigo Penal,* 17 edición (San José, Costa Roca: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.,2005). Sobre la naturaleza civil del comiso la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente: "*(…) la figura del comiso, tal como se define en el artículo 110 del Código Penal, es una consecuencia civil del ilícito penal dirigida a prevenir la utilización de bienes o instrumentos para fines delictivos, o a la utilización de los bienes o valores provenientes de la comisión del hecho punible, precisamente como una medida adicional de carácter civil que más allá de la sanción de carácter penal, desestimule psico-socialmente la realización de hechos delictivos, o imposibilite que esos instrumentos o bienes puedan ser nuevamente utilizados para la comisión de hechos delictivos…*" (Sentencia N° 2011-07783 de las 14:31 horas del 15 de junio de 2011).

[505] Luis Diez Picazo, *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial,* 166-167.

subjetivo. A nivel doctrinal y jurisprudencial, se entiende que la libertad contractual comprende dos ámbitos: la libertad de contratar, o no, con quien se desee, y la libre determinación del contenido contractual (autoregulación).[506]

Además, de la limitación legal del 631 del CC, la validez de cualquier contratación estará sujeta a su conformidad con la Constitución Política, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 28 constitucional que expresa en lo que interesa: "…Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley..."[507] Para algunos, las referencias a la moral o al orden público (o incluso a las buenas costumbres) son relevantes en cualquier ordenamiento jurídico, debido a que funcionan como un medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia, autorizando al operador jurídico para desaplicar la letra de la Ley, considerando la totalidad del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho y otros), para negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia.[508] Sin perjuicio de lo anterior, lo adecuado sería entender que el primer límite estaría en la ley escrita -normas imperativas-, y que la referencia a la moral o el orden público sería una fuente secundaria o supletoria de restringir la libertad contractual.

En lo que atañe a la moral, la Sala Constitucional ha resuelto que se trata de un "conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda

---

[506] Sobre la libertad contractual, la Sala Constitucional ha señalado desde vieja data lo siguiente: "XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (Art. 28), del derecho a la propiedad privada (Art. 45) y de la libertad de empresa (Art. 46), se inscribe como principio constitucional, conditio sine qua non para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber: a) La libertad para elegir al co-contratante; b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Sentencia No. 3494; 19 de noviembre, 1992 14:30 horas".

[507] *Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada,…* 180. Según Torrealba Navas, otra referencia legal sobre la limitación a la libertad de contratación estaría en el artículo 18 del Código Civil que indica: "**Artículo 18.** La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros." Federico Torrealba Navas, *Lecciones de Contratos, Primera Parte: Elementos del Contrato*, primera edición (San José, Costa Rica: Editorial Isolma, 2009), 25

[508] Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano, *Tratado de contratos 5 Tomos*, tomo I (Madrid, España: Editorial: Tirant lo Blanch, 2020), 159.

gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad".[509] Sin embargo, para esta investigación, el criterio de 'la moral" no representa un concepto útil que permita determinar una posible limitación a la libertad contractual. El carácter indeterminado, su vaguedad y falta de precisión lo convierten en una herramienta poco eficaz para la toma de decisiones racionales, mucho menos en aquellos casos donde se pretenda identificar "la moral" con la supuesta "moral cristiana" o de cualquier otra religión en particular. Si se desea realizar una investigación que busque métodos racionales de interpretación y entendimiento, se prefiere comprender la clara separación que debería de existir entre moral y derecho.[510]

Tampoco se considera aceptable considerar que exista una especie de 'moral social,' 'colectiva,' 'comunitaria' o similar, a pesar de que en algunos ordenamientos jurídicos el concepto se incluya en sus cartas fundamentales, como ocurre en la constitución de Colombia, donde fue plasmado como una causa para edificar la privación del dominio.[511]

---

[509] "Por su parte, la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad; y los derechos de terceros necesariamente tienen que jerarquizarse, tanto en sí mismos, como en su dimensión concreta, en el sentido de que sólo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para proteger derechos de igual o mayor rango, frente amenazas de igual o mayor intensidad". Sala Constitucional de la Corte, "Recurso de Inconstitucionalidad: res. 3550-92; 24 de noviembre 1992 16:00 horas" (Master Lex 2023) https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=501802&Tipo=3&cont=P20&idP=DS570609&idH=DS498334&Numero=21. Sin embargo, en algunos otros casos la Sala Constitucional ha tomado partido en asuntos muy discutibles acudiendo a la moral. "En tanto prenda de uso normal, compete entonces su uso a la decisión libre y exclusiva de la propia mujer, pues es parte del libre desarrollo de su personalidad según lo dispuesto en el artículo 28 constitucional. La única limitante razonable se da cuando la minifalda es exageradamente corta o ajustada, de forma tal que por su carácter provocativo o vulgar atente contra el decoro y la moral, y en consecuencia no se pueda catalogar más como aceptable, aspecto que no ha sido demostrado por la recurrida." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Recurso de amparo No. 00148-1999; 12 de enero, 1999 14:36 horas, expediente 98-004933-0007-CO.

[510] En este sentido se decanta Pedro Haba citando a Theodor Geiger, aclarando que "la moral es el sistema de comportamiento cuyo origen es el respeto ante "lo bueno" teniendo a la conciencia como la instancia de juicio decisiva. Mientras que el derecho, puede ser entendido como un sistema de comportamiento que surge de la interdependencia estatal y del poder del estado." Además, este autor citando a Geiger, complementa el criterio de la emancipación del derecho frente a la moral explicando ambos fenómenos de la siguiente forma: "La moral es el sistema del actuar regular, con respecto al cual la conciencia moral del individuo constituye la autoridad; tal especie de actuar sigue lo que dicta el deber interno. Este tiene su puente en el motivo moral específico, en el respeto ante Lo Bueno…(lo que socialmente se entienda como tal). Por el contrario, el derecho es el sistema del actuar regular cuya sociedad es el poder central de la sociedad que se impone heterogéneamente y al que se sigue el deber externamente impuesto. Conjuntamente con la cristalización de un poder central estatal a través de la comunidad, la interdependencia social adepta formas organizadas institucionalmente y planificadamente. El derecho no es un fenómeno moral sino político; un fenómeno social del poder. "Citado por Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamenta*l, (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 71.

[511] Reza el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia: "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social." Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991, Corte Constitucional Consejo Superior de la

En lo que se refiere al orden público, se está frente a una noción menos indeterminada que la anterior, aunque también carga con una buena dosis de imprecisión y vaguedad.[512] Muestra de ello es la siguiente conceptualización emitida por la Sala Primera, que entiende el orden público como: "(…) el conjunto de principios inspiradores de un ordenamiento jurídico reflejo de los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. (…)."[513] Bajo esta línea, el orden público corresponde a un conjunto de 'valores fundamentales' -se cambia una noción imprecisa por otra similar-, de tipo político y económico, que supuestamente inspiran una sociedad determinada.[514]

En la práctica, los aludidos 'valores esenciales' se deberían de deducir de las normas imperativas escritas, sin más. Bajo la luz de la objetividad, el núcleo fundamental del orden público está constituido por aquellos principios y reglas consagrados en la Constitución de una

---

Judicatura, 2016, https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf. Es interesante notar que la primera ley de ED en Colombia, número 333 de 1996 delimitaba el concepto de moral social e indicaba lo siguiente: "Artículo 2o.- De las causales. Por sentencia judicial se declarará la extinción del derecho de dominio de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades que más adelante se establezcan o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de los mismos. Dichas actividades son: … Grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son hechos de (sic) deterioran la moral social, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicionen, testaferrato, el lavado de activos, los delitos contra el orden económico social, delitos contra los recursos naturales; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, concusión, cohecho, tráfico de influencias, rebelión, sedición, asonada o provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión." Ley número 333 del 19 de diciembre de 1996, Derogada por el art. 22, Ley 793 de 2002, Suspendida por el Decreto Nacional 1975 de 2002, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2754. Sobre este punto, lleva razón Haba cuando dice: "La moral general, que supuestamente constituye un núcleo común en las morales autónomas de los individuos resulta ser una ficción. (Bajo la autonomía de la moral, el individuo respeta, en mayor o menor medida, diferentes principios morales y, consecuentemente, en la vida en comunidad sigue reglas morales no coincidentes entre sí…" Enrique Pedro Haba, *Axiología...*, 69-70. Las otras interrogantes sobre la discutida existencia de una moral colectiva son: ¿quien o quienes la definen? y ¿quiénes o como son elegidos para pertenecer al selecto grupo?

[512] Una referencia antigua sobre el orden público se encuentra en el siguiente fallo judicial: "...es el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social. Corte Suprema de Justicia, "Acción de Inconstitucionalidad: 01 de setiembre 1982 08:00, Corte Plena, sesión extraordinaria número 51, celebrada el 26 de agosto de 1982, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=688252&Tipo=3&cont=P18&idP=DS688238&idH=DS688239&Numero=19.

[513] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Casación, res. No. 766; 26 de setiembre, 2001 16:10 horas" (Master Lex, 2023), considerando VI, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=42479&Tipo=3.

[514] María Luisa Atienza Navarro, Salvador Carrión Olmos, P.Chamorro Matamoros, Mario Clemente Meoro, José Ramón de Verda y Beamonte, Jesús Estruch Estruch, Raquel Guillén Catalán, María Teresa Marín García de Leonardo, Luz María Martínez Velencoso, María Jesús Monfort Ferrero, Javier Plaza Penadés, María José Reyes López, Adela Serra Rodríguez, Juan A. Tamayo, Carmona. *Derecho Civil II Obligaciones y Contratos*, quinta edición. Coord. José Ramón Verda y Beamonte (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 199.

nación; desde este ángulo, se manifiesta en la necesidad de que los particulares respeten los derechos fundamentales en todos sus actos de libertad privada, no solo en el momento de la celebración del contrato, sino también en todas las etapas de su desarrollo.[515] Más claro resulta decir que el orden público garantiza la vigencia de los intereses generales de una sociedad – a semejanza de la función social-, que es lo que constituye su objeto, de ahí que siempre predominen sobre los particulares. Para lograr este objetivo, se dota de imperatividad a las normas, se declaran irrenunciables los derechos, se posibilita que en ciertos casos se apliquen de oficio y se invaliden los actos que los vulneren; estas posibilidades están debidamente positivizadas, evitándose la subjetividad o su interpretación caprichosa. En suma, normas imperativas y orden público, en muchas ocasiones se identifican, y hasta podría decirse que son caras de una misma moneda, o que entre ellas existe una relación de género a especie.

Desde esta perspectiva, las normas imperativas se caracterizan por ser de aplicación obligatoria, no pueden ser sustituidas ni alteradas, imponiéndose sobre la voluntad particular, y podrán ser positivas o negativas, según ordenen o prohíban forzosamente una determinada conducta.[516]

Sin perjuicio de lo expuesto, y ante la imprecisión de los conceptos de moral y orden público, en no pocas ocasiones, la solución es dejar la interpretación en manos del juez. En este punto, es normal que ciertos conceptos hubiesen sido plasmados por el legislador a sabiendas de su porosidad e indeterminación en su significado, permitiendo la flexibilidad en su interpretación a partir de las circunstancias de cada momento histórico. En esa labor, el juez

---

[515] En lo que respecta a Costa Rica, se puede interpretar que los criterios para entender el orden público inician con lo dispuesto en artículo 129 constitucional: "Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; … Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario..." *Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada, concordada…*, art.129, 698-699. Además, el Código Civil estipula en su artículo 19 que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil, Concordado, con anotaciones de acciones de inconstitucionalidad,* art. 19, 19.

[516] Sobre este extremo, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Res. No. 311-90; 23 de marzo, 1990 08:30 horas"; y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Voto 10352-2000; 22 de noviembre, 2000 14:58 horas". Una resolución esclarecedora en este asunto es la siguiente: "... en la Constitución subyacen y coexisten el orden público político (organización esencial del Estado, de la propiedad y de la familia), el orden público social (intervención del Estado para salvaguardar los intereses de grandes sectores de la población), y más tenuemente, también el orden público económico (la actividad del Estado encaminada a fomentar el sistema económico prevaleciente)" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto No. 479-90; 11 de mayo de 1990 17:00 horas".

debe entender el carácter dúctil de las leyes, y que estas requieren de un proceso continuo de adaptación, utilizando como insumo las nuevas concepciones sociales y los novedosos desafíos de las sociedades actuales, entre otros.

4.2.1.1. La ilicitud del objeto proveniente del delito

Anteriormente se hizo una mención expresa de la ilicitud del objeto a raíz de su vinculación con un delito. No es común que se hurgue en el análisis de la licitud del objeto en fronteras más allá de la materia civil. Sin embargo, por la naturaleza de esta investigación resulta necesario indagar otras posibilidades de ilicitud que también tendría efectos extintivos sobre los bienes o derechos de propiedad en general, en esta línea de pensamiento se encuentra el comiso o decomiso, términos que son usados indistintamente.

En la legislación de Costa Rica, el comiso está regulado como instituto general en el artículo 110 del Código de Penal. Este artículo señala que el delito produce la privación de bienes a favor del Estado cuando sean "instrumentos del ilícito y de las cosas o valores provenientes de su realización," existen otras leyes que ordenan el decomiso como es el caso de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias, Psicotrópicas, Drogas de uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, entre otros.[517]

El tipo de comiso regulado en el Código Penal puede recaer sobre cuatro tipos de objetos: los instrumentos con que se cometió el delito, las cosas o valores provenientes de la realización del hecho ilícito y también el provecho derivado de ese delito en particular.

---

[517] Ley número 7786. "Decomiso Artículo 83. Todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, serán decomisados por la autoridad competente que conozca de la causa; lo mismo procederá respecto de las acciones, los aportes de capital, los productos financieros y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos. Los terceros interesados que cumplan los presupuestos del artículo 94 de esta ley tendrán un mes plazo, a partir de la anotación respectiva en el caso de bienes inscritos en el Registro Nacional; cuando se trate de bienes no inscribibles o no inscritos, el plazo de un mes correrá a partir de la publicación del respectivo edicto en el diario oficial La Gaceta, para reclamar los bienes y objetos decomisados, plazo en el cual deberán satisfacer los requisitos legales que se exijan, para cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores." Asamblea Legislativa, "N° 8204: Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, 26 de diciembre, 2001"; https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-N/principal.aspx?item=108904&Tipo=3&cont=P0&idP=DS106427&idH=DS108904&Numero=1. También existen otras leyes que ordenan la privación de bienes tratándose de algunos delitos específicos: Ley de armas y explosivos: artículos 83 y 84; Ley de conservación de la vida silvestre: artículos 90 a 100; Ley forestal: artículo 65; Ley contra la delincuencia organizada: artículo 34, 49 y 54; Ley de Pesca y Acuicultura: artículo 134; Ley de Juegos: artículo 7; Ley de Rifas y Loterías: artículo 8; Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual: artículos 17 y 41 y Ley General de Salud: artículos 359 a 361.

La acepción ‘instrumentos’ se refiere a aquellos que sirven para hacer algo y comprenden tanto bienes materiales como inmateriales. Tratándose del término ‘cosas,’ se alude tanto a las cosas corpóreas como también a las inmateriales, siguiendo la clasificación tradicional del Código Civil, cuando se refiere a los bienes como cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales y de los derechos como cosas incorporales.[518] Con el término ‘valor’ se alude a la cualidad de las cosas, su significado está en estrecha relación con cualquier bien estimable económicamente; el concepto ‘provecho’ comprende las ganancias: nótese que este vocablo, procedente del latín *profectus*, es definido por la RAE como el beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio.[519] A su vez, la noción del vocablo ‘beneficio’ es definido como la ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad económica.

Es relevante resaltar que la norma penal del comiso no abarca los efectos provenientes de la realización del delito, únicamente corresponde a las ganancias directamente vinculadas con la infracción penal, por lo que no incluye a las ganancias indirectas.[520]

4.2.2 Licitud de la Causa

Con respecto a la causa, el Código Civil la califica con el adjetivo de ‘justa’ y se trata de un presupuesto necesario en las obligaciones.[521] Sobre este elemento, no falta la pluralidad de controversias doctrinales acerca de su alcance y su necesidad,[522] con la particularidad de que el

[518] Artículos 253 y 254 del Código Civil.

[519] Real Academia de España, *Diccionario..., 1256.*

[520] Este tipo de comiso general no incluye otras modalidades de comiso como el impropio, de reemplazo o de valor equivalente.

[521] Es importante precisar el análisis sobre la noción de causa, en el sentido de que no se está refiriendo al concepto de “justo título”. Este examen tiene por objeto estudiar el título o causa legítima de adquisición y que en ocasiones la jurisprudencia costarricense lo denomina “causa justa”.

[522] A modo de hipótesis y siguiendo como ejemplo las reformas francesas ya aludidas, no es lejano considerar que muchas de esas controversias se han originado a partir de que se intenta precisar un concepto que no resulta indispensable en la práctica, pero que a nivel normativo y de la dogmática del negocio jurídico, está señalado como necesario. Un ejemplo, es el caso de la simulación contractual, en este supuesto, la patología detectada se puede reconducir y sostener, probando el vicio, con únicamente el elemento voluntad. Este criterio, tiene algún parecido con la reforma al Código Civil francés, en el tanto se ha comentado lo siguiente: “Así, el legislador delegado buscó darle un uso pragmático a la noción de causa para acercar el derecho de Francia a otros sistemas jurídicos, retirando su definición del Código, pero al mismo tiempo consagrando en el texto de la nueva ley las diferentes funciones que había cumplido dicho concepto. Fenece entonces la teoría de la causa para venir a la letra de la ley el concepto del contenido contractual, que debe ser específicamente licito y cierto, subsumiendo así el objeto y la causa bajo el mismo término (LamyLine, 2016).” Felipe Tabares,” La reforma del Código Civil Francés. Un premio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico “, *Revista Verba Iuris, 12*, No. 38, (2017): 155-169, https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1074. Sobre el tema de la simulación, en sentido contrario se pronuncia Luis Diez Picazo quien afirma: “Pero, con mayor rigor, se ha observado que aquí

código costarricense la califica como 'justa;' sin embargo, atendiendo a una interpretación global o integradora de la norma del 627 del CC, debe entenderse el adjetivo 'justa' como 'lícito' o ''lícita'.

La interpretación anterior se confirma al repasar los artículos 844 del CC, donde se menciona la frase 'ilicitud de la causa;' el artículo 805 del CC indica: "Los pagos efectuados…o los que han tenido lugar debido a una causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, o los que han sido obtenidos por medios ilícitos; pueden ser repetidos;" por último, el artículo 1198 del CC expresa: "…salvo que se trate de sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto…"[523]

En la teoría del negocio jurídico de herencia napoleónica, se afirma que la causa está compuesta de una vertiente objetiva y otra subjetiva. En el primer sentido, la causa es la función económica-social del contrato o la contraprestación (p. ej.: en la compraventa, el intercambio de la cosa a cambio de un precio); en la segunda acepción, la causa debe existir y ser lícita. En un sentido subjetivo, la causa es el motivo práctico[524] por el cual las partes celebran un determinado contrato.[525] Además, la causa responde a la interrogante: ¿por qué del acto?; en otras palabras, se trata de la razón de ser, el fin determinante,[526] la justificación o fundamento de la declaración de voluntad privada.[527]

---

no hay realmente un vicio de consentimiento, ni un consentimiento viciado, ni tampoco una discordancia o una divergencia entre la voluntad y la declaración. Existe lo que podríamos llamar la «voluntad negocial de crear la apariencia» y esta es una voluntad enteramente libre y sin vicios. Lo declarado concuerda perfectamente con esta voluntad. El problema no radica en la voluntad sino en la «causa». Lo que las partes no han querido -más aún, lo que han excluido de una manera expresa- es la efectiva producción del resultado empírico que normalmente de su negocio debía derivar. No hay causa en el negocio. El negocio se funda, según esto, en una «causa -inexistente." Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 256-257.* edición, 2007) 256-257.

[522] Víctor Pérez Vargas, 274.

[523] Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil* ..., art.1198, p.275.

[524] Sobre este punto se coincide con Víctor Pérez cuando afirma: "No forma parte de la noción de causa, los móviles, deseos y expectativas que han impulsado a las partes a celebrar el contrato, son irrelevantes en tanto no hayan trascendido de la esfera interna de cada parte para dar sentido al contrato. La diferencia se encuentra en que habrán razones determinantes del negocio y simples motivos remotos que pueden ser variables, contingentes e irrelevantes para el derecho o el negocio en particular. En este sentido se pronuncia Víctor Pérez Vargas, 271.

[525] Es importante adelantar, que el elemento 'causa', representa un concepto central en la extinción de dominio. Como se verá, en los bienes o presupuestos de origen ilícito, se analiza el acto jurídico que generó el contrato, para comprobar si se cumple o no con los requisitos de objeto y causa lícita, y de esta forma determinar su validez.

[526] En realidad, se trata de lo que se ha denominado 'neocausalismo' y su precursor fue Capitant.

[527] Esta es la concepción clásica sobre la noción de causa, planteada por la doctrina subjetivista y seguida por Brenes Córdoba. Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de las Obligaciones*, sexta edición (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1990), 22. Esta corriente tendría su base normativa en los siguientes artículos del Código Civil: el artículo 1080 del CC, al establecer, "…podrá demandar la resolución del contrato, si el inmueble hubiere sido comprado para un fin determinado conocido del vendedor, y el déficit lo hiciere impropio para ese fin",

Esta interpretación alude a la causa como fin o finalidad. De una forma sintética, esta teoría entiende el contenido del contrato, como el qué o lo que se dice, la forma es cómo se lo dice, y la causa responde a la cuestión de por qué se dice. En el marco de esta estructura subjetivista, la causa es el porqué del acto, la razón de ser del negocio, la finalidad de esa declaración de voluntad, en suma, la causa final que así se erige en elemento esencial del negocio jurídico.[528]

También se puede visualizar a la causa de una forma dual, como esa relación de conformidad entre el interés programado en el negocio y los valores que el ordenamiento jurídico tutela. Combinando los aspectos objetivos y subjetivos de la causa, se concluye que esta no se agota en la función económica-social del negocio (aspecto objetivo), además, requiere que se confronte la voluntad concreta y los fines de los sujetos con la función jurídica del negocio (criterio subjetivo).[529]

Para Pérez Vargas, la causa constituye un importante límite a la voluntad negocial y es tanto función social como función jurídica. En cuanto a la primera, se trata del elemento material del negocio, pero con un elemento formal que consiste en su reconocimiento jurídico, convirtiéndose en la función jurídica del negocio.[530] Desde esta perspectiva, la causa tiene un

---

relacionado con el artículo 627 del CC: "Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable:… 3. Causa justa". Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil*, artículos 1080 y 627.

[528] Esta sería la teoría clásica subjetivista que centra su argumento en la causa como fin del contrato, cuyo precursor fue el francés Henri Capitant, expuesta en su obra "De la Causa de las Obligaciones". Norma Juanes, "La Causa del Contrato", *Revista de la Facultad*, Vol.3, No. 1 (2012).

[529] Víctor Pérez Vargas, 274. El tratadista Luis Diez-Picazo, expone una teoría similar en el siguiente sentido: "Combinando las dos teorías anteriores, objetiva y subjetiva, se nos dice que no se agota el tema de la causa del negocio con la determinación y descripción de su función, que es solo la premisa de la indagación o el primer momento de ésta, sino que es necesario, además, confrontar la voluntad concreta de los sujetos y los fines que persiguen con la función jurídica del negocio, para ver si existe aquella coincidencia esencial que pueda justipreciar el nacimiento y normal existencia del negocio." Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 268.

[530] A pesar de lo expuesto, en doctrina existe una visión 'anticausalista'. Bajo esta visión, un porcentaje importante de los casos considerados en los tribunales de justicia como de causa ilícita o inexistencia de la causa, se podrían fundar en normas imperativas, reglas generales de la contratación, objeto ilícito o vicios en la voluntad. Incluso, basta hacer una revisión de la jurisprudencia en casos de invalidez del negocio jurídico en general, para detectar que cuando se alude a un vicio en la causa de la obligación, habitualmente se usa otro elemento adicional que acompaña la fundamentación de la invalidez, llámese objeto, consentimiento o normas de orden público. La anterior circunstancia evidencia una discutida relevancia del elemento investigado en su aplicación práctica. Un ejemplo de lo anterior es la discutida invalidez de la causa en los casos de simulación en la contratación privada; tradicionalmente se utiliza como fundamento de nulidad, además del vicio en el consentimiento, la ausencia de causa. En este sentido se pronuncian los siguientes votos de la Sala Primera: "III.- En la simulación absoluta, las partes crean una apariencia engañosa de un negocio vacío, sin contenido real, pues las partes simulantes no desean producir los efectos jurídicos del negocio simulado… En la simulación absoluta hay un problema de falta de consentimiento y causa, pues uno de los elementos constitutivos de la simulación es la disconformidad intencional

in; por esa razón, cuando está ausente o es ilícito, influye sobre la validez del negocio y transgrede su propia función jurídica.[531]

Adicionalmente, si el Código Civil de Francia 'eliminó' o más bien modificó el significado del presupuesto de la 'causa' como un requisito esencial en las obligaciones, esta circunstancia podría tener alguna influencia en las legislaciones tributarias del referido código. En este sentido, la reforma francesa cambió el concepto de 'causa' por la noción de 'contenido del contrato.' Este criterio estaría delimitado por la conformidad de las estipulaciones del contrato al orden público, y en el caso de transgresión se aplica no solo a las cláusulas (denominado legalidad del objeto) sino también al propósito contractual (estudiado desde la

entre lo querido y lo manifestado. La falta de causa en la simulación absoluta constituye una particularidad de ésta, pues no se da en la simulación relativa; hay carencia de causa en cuanto existe una falta de correspondencia entre la causa típica del negocio aparente y el fin práctico perseguido por las partes…y en cuanto el negocio absolutamente simulado carece de causa, aparte de faltarle el consentimiento. Con relación al numeral 1022, principio manifestador de la autonomía de la voluntad, si bien todo contrato tiene fuerza de ley entre las partes, para tener ese efecto debe ser válido, cosa que no sucede con los contratos traslativos realizados entre los codemandados, toda vez que en ellos faltó el consentimiento, el acuerdo real de voluntades y la causa (artículos 627 y 1007 Código Civil), razón por la cual estaban viciados de nulidad absoluta (artículos 835 inciso 1° en relación con el 837 ibid." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Res. 00030 – 1991; 20 de marzo,1991 14:40 horas", expediente 91-000030-0004-CI. Otra resolución relacionada con el tema es la siguiente: "…del instituto de la simulación que en realidad el traspaso inmobiliario cuya simulación se invoca, adolece de causa, y en puridad, de validez jurídica al amparo de lo dispuesto en los ordinales 627, 835, inciso 1 y 1007 del Código Civil…y hay nulidad por defecto de causa, que puede ser declarada a instancia de las partes contratantes) o relativa (se produce la apariencia de un negocio -el simulado- distinto del querido y realizado- el disimulado- que se tiene por válido; las partes pueden accionar para que se declare la inexistencia del negocio simulado). La jurisprudencia nacional sustenta la nulidad del negocio simulado derivado de la ausencia de consentimiento proveniente de una disección artificial de la volición del simulador y ausencia de causa en el negocio jurídico…" Tribunal Segundo Civil de la Corte Suprema de Justicia," Sección II, 00273 – 2003, 20 de Agosto,2003 08:35 horas", expediente 99-000048-0183-CI. Otro ejemplo es la jurisprudencia que el propio Víctor Pérez Vargas cita en su obra "Jurisprudencia para el estudio del Derecho Privado", voto 45 del año 2005: "No obstante, la Sala considera que el contrato de trabajo de folio 5 es nulo porque su causa está viciada. Según lo explica Víctor Pérez Vargas, la causa es un elemento esencial -funcional- del negocio jurídico y está regulado en el artículo 627 inciso 3 del Código Civil…Como se observa, la intención de las partes al suscribir el documento no era contratar los servicios del actor a cambio de una remuneración, sino asegurarle los salarios de un año, ante la inminente inscripción de la junta directiva liderada por don Eduardo Irías Mora, en la que el cargo de Secretario de Conflictos era ocupado por otra persona, motivo absolutamente ilegítimo que vicia de nulidad el negocio. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 20 a 22 del Código Civil: Artículo 20: Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Artículo 21: Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe… Artículo 22: …" En los dos primeros votos jurisprudenciales, se utilizó como base de la invalidez el consentimiento y la causa, y en la última resolución, además de la causa, se aplican las disposiciones del título preliminar del Código Civil.

[531] Víctor Pérez Vargas, 274. Esta posición se suele identificar como la teoría objetiva, seguida por la doctrina italiana. Esta investigación considera que el concepto de "contenido lícito", utilizado en la reforma del Código Civil de Francia, expone en forma más clara la necesidad de la licitud en el negocio jurídico, que la noción de "causa justa".

legalidad de la causa subjetiva). Es importante acotar que la reforma en Francia también abarcó la inclusión del artículo 1162. Según esta norma, el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por su objeto, sea o no conocido por todas las partes. El requisito de legalidad del contenido se aplica, por tanto, tanto a las estipulaciones del contrato como a su objeto. Teniendo claro que la voluntad de las partes no es ilimitada, en el campo contractual, éstas no pueden celebrar un contrato cuyo contenido sería ilícito. Esta condición tan amplia, según lo expuesto sobre la licitud, va más allá del derecho civil y, más particularmente, del derecho de las obligaciones. Esta reforma del derecho de los contratos en Francia también ha modificado, en parte, la forma de aprehender acerca de la licitud e ilicitud, debido a que antes del cambio, este cumplimiento de licitud estaba relacionado únicamente con el objeto del contrato. En consecuencia, el requisito de legalidad del contenido general del contrato se aplica, tanto a las estipulaciones del contrato como a su objeto.[532]

No es posible desconocer la causa como presupuesto de las obligaciones, a pesar de las imprecisiones, críticas, utilidad y otros cuestionamientos; como herederos del código francés, la noción subjetivista de la causa (fin o motivo) tiene un peso importante para efectos de determinar su licitud, en algunos casos es la doctrina que han seguido los tribunales costarricenses;[533] no obstante, tampoco se desconoce el criterio objetivo de la causa, en consecuencia, existe esa dualidad, o doble cara del presupuesto denominado causa. En este último sentido, cuando la licitud del contrato se confronta con el bloque de legalidad, está en

[532] Stéphanie Porchy-Simon, Droit Des Obligations (Paris : Edition Dalloz, 15 Edition, 2022) 131. Este mismo autor expresa: "Selon l'article 1162 du Code civil, «Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties». L'exigence de licéité du contenu s'applique donc tout à la fois aux stipulations du contrat (§ 1) et à son but (§ 2)." Stéphanie Porchy-Simon, 131. La traducción al español de esa disposición sería la siguiente: "Según el artículo 1162 del Código Civil, "El contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por su objeto, sea este último conocido o no por todas las partes". La exigencia de legalidad del contenido se aplica, por tanto, tanto a las estipulaciones del contrato (§ 1) como a su objeto (§ 2)."

[533] En esta dirección se pronuncia el francés Carbonnier, en el entendido que este criterio corresponde a una noción anterior a las reformas del año 2016, tantas veces referida. "Se trata en este punto de determinar la conformidad jurídica de las convenciones de modo que no se dice relación a la causa objetiva y abstracta estereotipada según cada especie de contrato, antes por el contrario, hacen su aparición los móviles concretos, personales y variables que inspiran la conducta de cada contratante. No es dudoso que el mismo acto puede responder a multitud de motivos, siquiera entre ellos exista alguno que se emancipa de la generalidad por su carácter principal y decisivo en la afirmación de voluntad, constituyendo el objetivo del contrato, la causa impulsiva y determinante." Jean Carbonnier, *Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual*, tomo II, volumen II (Barcelona, España: Bosch Casa Editorial, 1971), 243. Una resolución importante que de alguna manera va en esta misma línea corresponde al voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 00788 – 2005, de las nueve horas del 27 de Octubre del 2005, que se cita en la nota 536.

función de que no contraríe el orden público o las buenas costumbres,[534] en otras palabras, que debe ser conforme a derecho, se estaría utilizando un criterio objetivo de la causa. Desde esta óptica, la libertad contractual de la causa en particular encuentra su frontera en el principio de legalidad, en cuyos términos se ejercita la autonomía de la voluntad. [535]

A modo de conclusión, y atendiendo a la visión de causa como elemento funcional, el propósito perseguido por las partes al celebrar un determinado negocio ha de ser confrontado con la función económica y social de la causa o contenido -al estilo de Francia- de cada convenio en particular, de modo que, si existe coincidencia entre aquel propósito y esta función, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Pero si no la hay porque el fin que se busca es ilícito (como es el caso en que esa finalidad de las partes sea la comisión de un delito u ocultar el producto de un ilícito, entre otros), tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita, determinante de una nulidad absoluta.

Aunque no forma parte de los objetivos de esta investigación, sería importante valorar la reforma de Francia y sus alcances en la doctrina y jurisprudencia de los países donde se ha instaurado la ED. Tal aspecto es relevante, porque en la legislación sobre privación del dominio, se alude a la causa, objeto y la licitud de esos elementos en general. En atención a la discusión que ha existido sobre la causa, es un buen momento para que el derecho privado en

[534] También la reforma eliminó la referencia a la costumbre y quedó únicamente la referencia al orden público.

[535] Bajo la línea de pensamiento que considera su aspecto dual de la causa, el siguiente voto se considera fundador de línea jurisprudencial: "A la luz de lo anterior, no es posible afirmar que el Ordenamiento Jurídico patrio siga una posición objetiva pura, pero tampoco una subjetiva. Se puede decir que sigue una posición "dualista" de la causa, o más bien, que admite una doble faceta o proyección de la figura. Su aspecto objetivo, no ofrece mayor problema, el Ordenamiento Jurídico reconoce esa finalidad genérica o inmediata, propia y uniforme, igual para todos los contratos de la misma naturaleza, desde un principio, autorizando la elección del tipo, nominado o innominado. En su aspecto subjetivo resulta distinto, tratándose de los motivos individuales, concretos, de los contratantes en cada contrato que se celebra, variable de un convenio a otro y aun en cada una de las partes intervinientes. A criterio de esta Sala, cabrá el análisis de justicia únicamente en aquellos supuestos en que los fines perseguidos por las partes al obligarse interesen al ordenamiento jurídico, es decir, cuando éste autorice su examen. Tal es el caso cuando los propósitos de las partes sean contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres (artículo 627, inciso 3º) y la hipótesis del artículo 1080 antes mencionado. De esta manera, cualquier otro móvil subjetivo de los contratantes deberá tenerse como simples motivaciones íntimas, inaprensibles e indiferentes en la vida del Derecho. Salvo, claro está, que haya sido objetivado, al ser integrado en la declaración de voluntad contractual a modo de causa impulsiva o determinante, con lo cual ese "elemento accidental", se tornaría en esencial. Resumiendo: el simple acuerdo de voluntades que genera el consentimiento es el origen del contrato, el motivo o fin particular carece de influencia para la validez del instituto, con excepción de los casos antedichos. Sin embargo, cuando aquel motivo o fin es "esencial" para las partes y lo incorporan expresamente al contrato, en este caso, el negocio jurídico se celebra y adquiere validez bajo "condición" Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Voto No. 00788 – 2005; 27 de octubre de 2005 09:00 horas ", expediente 99-001182-0183-CI.

general se replantee la posibilidad de reformas en la legislación civil, modificando el concepto de causa y acercándolo al concepto de contenido lícito, o incluso que sirva como inspiración para modificar algunas normas del Código Civil que actualice la estructura de las obligaciones en general.

4.2.3 Licitud en la explotación del bien

Como herencia del Código Civil de Francia de 1804 y en la dogmática tradicional, la potestad de usar, disfrutar y de gozar del bien, se denomina 'fruto' o de 'usufructo' -como es el caso del Código Civil de Costa Rica'-, para designar a los productos o rendimientos de una cosa.[536]

Al cumplir el derecho de propiedad una función económica, la noción civil de 'fruto' o de 'usufructo', bien se trate de frutos naturales o civiles, no se adapta a la economía moderna, máxime si se valora que el derecho de propiedad comprende otros tipos de propiedades más allá de la prevista en el Código Civil. A partir de la noción de 'función' del derecho de propiedad, una terminología que mejor se adapta a la economía del siglo XXI, corresponde a la idea de explotación o destino económico.[537]

A partir de la pluralidad de 'propiedades,' este derecho presenta distintas funciones, naturalezas o destinos económicos, según se ha explicado. Esta multiplicidad de 'propiedades' se asienta en el diverso contenido de su función y su estructura; la función es la utilidad económica-social para la cual fue diseñada una determinada categoría de propiedad, y la misma

[536] Es evidente que la palabra 'usufructo' del Código Civil atiende a varios significados o funciones, pero la que interesa a la presente investigación, corresponde al usufructo como facultad básica de cualquier derecho de propiedad, para distinguirlo del derecho real de usufructo. En el sentido que interesa, la noción de usufructo como facultad del Código Civil, se rige esencialmente por los siguientes dos artículos: "Artículo 287. En virtud del derecho de usufructuar las cosas, pertenecen al propietario todos los frutos naturales, industriales o civiles que ellas produzcan ordinaria o extraordinariamente. Artículo 288. Son frutos naturales los que espontáneamente produce la tierra, y los productos y las crías de los animales; frutos industriales son los que se obtienen por el trabajo o cultivo; y el interés del dinero, el alquiler de las cosas y el precio del arrendamiento de las fincas, edificios o de cualquiera otro inmueble, son frutos civiles." Carlos Adolfo Picado Vargas, Código Civil… art. 288, p.178.

[537] Por la similitud del concepto 'destino económico' con el término "destinación" que se utiliza en convenios internacionales y en leyes de Extinción de Dominio, es relevante transcribir la explicación brindada por Diez Picazo sobre el tema del destino económico de los bienes: "Por una parte en la connotación del destino se encuentra implícita la idea de dedicación: es una finalidad que se asigna a las cosas o una función que estas tienen y deben tener; aquello para lo que deben servir y de hecho sirven. Más al mismo tiempo se encuentra también implícita la idea de la conexión entre el destino y la explotación, porque el destino económico es el cauce o la forma a través de la cual se va a obtener un beneficio, una utilidad o un rendimiento." Luis Diez Picazo, Fundamentos *del Derecho Civil Patrimonial*, 825.

dependerá de su naturaleza civil, agraria, ecológica, ambiental u otra.[538] En este punto, también la libertad de empresa cede ante la necesidad de las inmisiones administrativas que inciden directa o indirectamente en el espacio territorial.

En consecuencia, la posible modificación de la naturaleza para la cual está delineada un determinado tipo de propiedad podría implicar la vulneración del ordenamiento jurídico. Aun dependiendo del grado de afectación legal, cuando se trate de bienes destinados, utilizados, o aprovechados para la ejecución de actividades ilícitas de naturaleza penal, ese derecho de propiedad no estaría protegido por el artículo 45 de la CP, y sería susceptible de alguna forma de privación de bienes a favor del Estado, sin ningún tipo de indemnización (comiso, o instrumentos análogos como la acción de Extinción de Dominio).

Resulta destacable notar que el derecho patrimonial tradicional o de corte liberal se ocupaba de la adquisición, titularidad, posesión, defensa, límites y otros aspectos de los bienes entre las personas, pero desatendía el modo como eran utilizados o explotados esos bienes, aspecto que se representaba con la siguiente frase: 'siempre y cuando no perjudicaran a los demás titulares.' Bajo la tutela del derecho de propiedad liberal, la facultad de uso del bien -*ius utendi*- era un asunto eminentemente privado, dejado al arbitrio y voluntad de cada titular. El dogma del *laissez faire, laissez passer* conocía pocos límites y permitía al propietario usar su derecho a unas u otras funciones económicas, o no dedicarlas a ninguna, y en la medida de lo posible, extraer de ellos el mayor lucro posible. En la actualidad, la función social y ambiental de la propiedad, el uso y destino económico del derecho de propiedad -esencialmente en los bienes inmuebles- obligaron a sus titulares a utilizar y racionalizar su explotación conforme a su destino y función económica.[539] Ciertamente, la visión anterior no es novedosa, pero sí lo es sancionar el cambio de uso y utilización de bienes como una actividad no permitida, e incluso bajo sanción de su privación en casos no estrictamente penales. Desde una óptica tradicional, un cambio en el destino de un determinado derecho de propiedad podría significar una transgresión a sus límites intrínsecos en los términos estudiados, pero sin mayores

[538] Esta multiplicidad de propiedades evidencia la degradación del modelo de propiedad, en otrora asentada bajo la forma de derecho subjetivo centrada en la sola utilidad individual del propietario. La reconversión de la función de este derecho bajo la idea de deber permite legitimar el uso, goce y disfrute de los bienes por su sentido de beneficio o utilidad social para transitar a lo que se denomina "propiedad-función", lo que va a significar la diversificación o la existencia de una pluralidad de propiedades, en consideración a las distintas funciones sociales que puedan obtenerse de los bienes, rompiendo con el modelo civil codificado del derecho de propiedad.

[539] Véase Cap. II. Sección 3. La función social…

consecuencias.[540] En términos generales, sin que ello quiera decir que se aplica a cualquier región y en ese orden, las primeras manifestaciones para sancionar e impedir el cambio de uso de los bienes inmuebles surgió a partir normas urbanísticas, luego sobrevino la legislación especial agraria, la forestal y, posteriormente, la normativa ambiental.

Adicionalmente, el siglo XXI ha conocido nuevas sanciones para los derechos de propiedad sobre situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial que comporten usos ilícitos -no necesariamente el comiso o decomiso en materia penal- privándose del dominio a su titular, cuando el uso y utilización del bien esté asociado a determinadas actividades delictivas.

4.2.3.1. Legislación urbanística y primeras manifestaciones de ilicitud del cambio en el uso del suelo

En materia urbanística y en otras áreas del conocimiento, se suele hablar del "suelo" para referirse a la superficie del planeta.[541] En el código civil costarricense, también se usa el vocablo 'suelo' en varias de sus disposiciones, para hacer referencia al terreno, o también a 'la finca.' [542]

---

[540] Este apartado se refiere al cambio de uso o destino de los bienes, sin contemplar la materia penal. En las distintas legislaciones occidentales, existen códigos penales y leyes especiales para aplicar a los bienes el instituto penal del comiso, incautación y otras herramientas similares, ante determinados presupuestos relacionados con el uso de las cosas en infracciones penales. La consecuencia de su aplicación es la transferencia de la propiedad del "*corpus instrumentorum*" y del "*producta sceleris*" a favor del Estado, en forma definitiva y sin derecho a indemnización. A pesar de la controversia en torno a determinar la naturaleza de esas herramientas -aunque el Código Penal costarricense indique que es una consecuencia civil del delito- es importante notar que el artículo 40 de la Constitución Política no exceptúa de la confiscación al comiso, como si lo hacen otras constituciones. Sin embargo, ello no quiere decir que el comiso, sea inconstitucional, por cuanto este, tiene características diferentes a la confiscación, aunque tenga algún parecido lejano. En este sentido, indica Abdelnour refiriéndose a la diferencia entre comiso y confiscación, aclarando que el primero "Respeta los derechos que sobre tales bienes tengan el ofendido o terceros. No alcanza el patrimonio de la familia de responsable. En las legislaciones en que se erige como pena, respetando el principio de personalidad de ésta. En aquellas en que no lo es, respetando la indicación que hace la ley de los bienes sobre los cuales puede recaer y la referencia exclusiva a la figura del transgresor. Conciliando el artículo 40 de la Constitución Política con el numeral 110 del Código Penal, podemos decir que la pena de confiscación que prohíbe el primero, es aquella general, vestigio de antiguas penas colectivas que en la antigüedad recaían indistintamente sobre culpables y sus familias". Abdelnour, p.p.363-364.- Este criterio es relevante para concluir que existen distintas formas de privación de bienes que no requieren una excepción al artículo 40 de la CP y menos una reforma.

[541] En forma más técnica, una definición sería la siguiente: "Suelo. Es un cuerpo natural localizado en la superficie de la tierra, formado a partir de una mezcla variable de materiales minerales y orgánicos, mediante la acción de factores de meteorización, químicos, físicos y biológicos en el tiempo, capaz de sustentar el crecimiento de las plantas y otros seres vivos, y susceptible de modificaciones por el ser humano y por eventos naturales." Poder Judicial:" Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, Decreto No. 29375, art. 6.

[542] En este sentido el Código Civil de Costa Rica lo utiliza en las siguientes disposiciones normativas: artículos 392, "pagando la mitad del suelo"; 404, "y si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extienden en el suelo de otro "; 507, "…El que de buena fe edificare en suelo o finca propia con materiales ajenos"; art.508,

Las causas de la intervención del Estado en cuestiones relacionadas con el suelo están muy ligada a su escasez,[543] la calidad de vida de los habitantes de una región y la protección del medio ambiente. La situación crítica en las ciudades europeas posteriores a la revolución industrial -relacionadas con la higiene, hacinamiento, servicios públicos entre otros-,[544] obligó a la implementación de límites al derecho de uso en la propiedad urbana, pero también fue el motor que impulsó el desarrollo del urbanismo moderno y su necesidad de planificación.[545] En consecuencia, el planeamiento urbano representó la primera fase del proceso de intervención estatal en el territorio de los países occidentales y latinoamericanos que copiaron el modelo europeo de urbanismo.[546]

"…quien además puede ser condenado a indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al dueño del suelo." y art. 1185, "…son responsables de su pérdida total o parcial, bien sea que provenga de un vicio de construcción o de uno del suelo,…"

[543] Véase cap. II, sección 3.3. Sobre la escasez del suelo resulta emblemática la siguiente frase del gran escritor Mark Twain quien dijo: "Buy land. They have stopped making it" (compren tierras, eso ya no lo están haciendo".

[544] En este aspecto Costa Rica no fue la excepción, sobre este tema es muy interesante lo que plantea la costarricense Florencia Quesada Avendaño, quien mira al urbanismo, y en particular a la higiene de las ciudades, desde un punto de vista ideológico: "Para ser moderna y civilizada la ciudad, tenía que ser higiénica, libre de enfermedades y pestes. Los problemas de higiene y control de enfermedades estuvieron directamente vinculados con la reorganización del espacio urbano y en el centro del debate público a finales del siglo XIX. Asimismo, justificaron y promovieron el cambio urbano… para los ideólogos de la ciudad moderna, la higiene publica fue la condición y la manifestación del orden social y otorgó legitimidad a las transformaciones urbanas. La limpieza fue un factor básico en el discurso moderno de higiene, el elemento más importante para el desarrollo de una ciudad ordenada". Florencia Quesada Avendaño, *La modernización entre cafetales* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2011), 73.

[545] De las primeras leyes que pretendían la planificación urbana en Costa Rica, se encuentra el Reglamento de policía de 1849, dictado por José María Castro Madriz. Dentro de sus regulaciones estaba el ornato, salubridad, seguridad, mantenimiento, uso y reglamentación del espacio público, e incluso la "moral pública". Además, sentó las bases para la nueva coyuntura edilicia y de crecimiento urbano. El reglamento estableció el alineamiento y definición del ancho de las calles en 16 varas de ancho y de los edificios a una altura no menor a 4 varas y media. Pero sin duda es muy emblemático el siguiente artículo y que refleja el intervencionismo del estado en materia urbanística: "Art. 78. Requerirán a los dueños de solares dentro de poblado, para que edifiquen en ellos o para que los vendan a quienes puedan hacerlo." Reglamento número 20, del 20 de julio de 1849, Reglamento de Policía, https://www.sinabi.go.cr/biblioteca%20digital/libros%20completos/reglamento%20de%20policia%20no%2020%201849/Reglamento%20de%20Policia%20N.20.pdf

[546] En el caso de Costa Rica, la ciudad de San José fue sin duda la primera ciudad que recibió la influencia europea en materia urbanística. Sobre este aspecto aclara Quesada Avendaño, aunque antes de esa fecha ya existían disposiciones urbanísticas, según lo señalado en la cita anterior: "A partir de la década de 1880, se decretaron en Costa Rica diversas leyes y reglamentos para la reorganización urbana y construcción de infraestructura pública y servicios, que formaban parte del proyecto moderno liberal en la ciudad. Como reiteradamente se argumentó, San José fue el espacio físico y moral donde primero se debía llevar el "progreso", por ser el asiento del poder político y económico del país, el símbolo de la nación en construcción…Sus pobladores tenían que convertirse en seres que además de civilizados fueran saludables y limpios." Agrega esta autora, que un ejemplo de lo anterior fue la solicitud que hizo la Municipalidad de San José al prefecto del Sena en París, solicitando los reglamentos del servicio de aguas, alumbrado, policía municipal y su organización. Unos meses después, efectivamente enviaron desde París los reglamentos solicitados. Florencia Quesada Avendaño, 76.

El otrora e ilimitado *ius edificandi* sufrió un serio 'revés' cuando sobrevino, primero, la regulación en el planeamiento de las ciudades; luego, la necesidad de planificar el territorio de un estado o región, pero de forma 'integral', en el sentido de establecer y reglar las distintas zonas de uso del suelo, incluyendo áreas urbanas, rurales -también denominado rústica- o de cualquier otra naturaleza.[547] Esta pretendida racionalización del uso del suelo, involucra la idea de desarrollar los centros urbanos de una forma 'armónica y racional,'[548] además, comprende la delimitación de zonas industriales, comerciales, deportivas, forestales, las agrícolas y otros usos más, a través de planes nacionales de desarrollo, planes intermedios y planes reguladores a escala municipal, u otros instrumentos propios del derecho administrativo.[549]

---

[547] Es relevante aclarar que en el siglo XIX e incluso a inicios del siglo XX, la diferencia entre lo urbano y lo rústico era nítida. En un principio el urbanismo como fenómeno social, arranca de la distinción entre la propiedad rústica (el campo) y la propiedad urbana, que ya no es dispersa, es el resultado de una agrupación de construcciones donde se concentran las agrupaciones humanas**.** El campo y la ciudad se separan e incluso, el campo es visto como un lugar inferior al urbano. Es en la urbe, en las zonas donde se halla la propiedad urbana, donde se han de satisfacer las necesidades de vivienda y servicios públicos por un racional aprovechamiento del suelo. En un inicio, el urbanismo nace del grupo humano concentrado en propiedades diferentes a la Propiedad Rústica. Santiago Carretero Sánchez, "La Propiedad Bases Sociológicas del concepto en la Sociedad Postindustrial", (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1994), 144, https://docta.ucm.es/bitstreams/286ac799-5b6e-470f-8f1a-2de9df9730e5/download . El código civil de Costa Rica menciona el concepto de predio rústico en dos disposiciones referentes al arrendamiento, artículos 1149 y en el capítulo II sobre el arrendamiento de cosas, se titula "Cap.2. Reglas especiales del arriendo de predios rústicos".

[548] Las nociones de 'armónica y racional' contrasta con la realidad de las principales urbes en América Latina. Muchas pueden ser las razones y su explicación se aleja de los objetivos de esta investigación, pero es interesante destacar el hecho que la población urbana de América Latina y el Caribe, pasó de 70 millones en 1950 a 394 millones en el año 2000, es decir, creció más de 5 veces en 50 años. United Nations, *World Urbanization Prospects: the 2005 Revision* (New York, United States: Population Division, 2006) Esto generó que la mayoría de las ciudades latinoamericanas, fuesen incapaces de reaccionar a tiempo para tal fenómeno, dejando desregulada la creación de nuevos y planificados territorios urbanos. El rápido proceso de urbanización generó una gran demanda de infraestructuras urbanas, dotaciones públicas, viviendas, actividades económicas, etc., que no pudieron ser cubiertas oportunamente. Así, la informalidad fue ganando terreno y las estrategias de ordenamiento territorial que fueron surgiendo resultaron insuficientes, y pasaron a ser herramientas más paliativas que preventivas. Esta tardía introducción de lineamientos de ordenación del territorio tuvo repercusiones en las grandes urbes que fueron más bien "deformándose". Helga Von Breymann, Morfología y regulación urbana en la transformación de la ciudad. El caso de la Gran Área Metropolitana de Costa Rica, *REVISTARQUIS*, volumen 6, no. 2, (2017): 19, https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/revistarquis/article/view/30620. Adicionalmente, las desigualdades sociales son apreciadas con mayor facilidad en las ciudades latinoamericanas. A pesar de la pretendida planificación, esas desigualdades se han profundizado. En el propio territorio de las urbes, los asentamientos informales se han extendido y consolidado; en contraposición al fenómeno anterior, surgen las grandes urbanizaciones, condominios residenciales, centros comerciales y otros proyectos similares, que han marcado una efectiva división social. Este fenómeno provoca una 'segregación socioespacial' o 'división socioespacial', en un mismo territorio o zona geográfica. Como parte del paisaje urbanístico latinoamericano, resulta notorio encontrar una enorme torre de un edificio residencial, al lado de un precario o asentamiento informal.

[549] En el caso de Costa Rica, la planificación nacional y regional, es atribución exclusiva del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y del Ministerio de Planificación Nacional, y a nivel local de las Municipalidades.

Estos instrumentos de planificación definen e inciden directamente sobre el contenido esencial del derecho de propiedad urbanística -y posteriormente sobre todas las demás propiedades- además, en el caso de la propiedad urbana, determina el uso y destino de los terrenos y de sus posibilidades edificadoras. El cambio no es menor si se toma como punto de partida el artículo 505 del CC que concede al propietario facultades para hacer construcciones o excavaciones hasta la altura que considere conveniente.[550] Frente al derecho de propiedad que concibe el código civil con características de bidimensionalidad, que autoriza extenderse indefinidamente en un sentido vertical, se encuentra la propiedad urbana que regula la intensidad del aprovechamiento de la tierra fijando su ubicación, dimensiones y altura de la posible construcción, entre otros aspectos.[551]

Por otra parte, la Sala Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre las restricciones, limitaciones y planes reguladores, admitiendo la conformidad de esas disposiciones con el contenido del artículo 45 de la CP, con la única salvedad de que no vacíen el contenido esencial del derecho de propiedad, o que no violen los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.[552]

---

[550] Artículo 505. El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo. Salvadas las excepciones establecidas por la ley o la convención, el propietario puede hacer arriba todas las construcciones o plantaciones que le convenga, y hacer debajo todas las construcciones que juzgue a propósito y sacar de esas excavaciones todos los productos que puedan darle…"

[551] A pesar de la relevancia que tiene la planificación 'integral' del territorio, es básico preguntarse si el derecho urbanístico, como disciplina autónoma, está preparada para regular los usos no constructivos del suelo. Sobre la respuesta, se coincide con Barnes cuando se refiere a la legislación urbanística: "Notamos, por el contrario, una marcada pobreza estructural en semejante normativa para regular (coordinar, respetar, jerarquizar…) otros usos del suelo no estrictamente constructivos y, de manera particular, el uso agrícola." Barnes, 571.

[552] "En relación con la constitucionalidad de los planes reguladores municipales, la Sala en la sentencia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Sentencia No. 4205-96; 20 de agosto, 1996 14:33 horas ", reiterada entre otras, por sentencia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," Sentencia No. 2000-2404; 17 de marzo, 2000 13:21 horas"-, estableció que: "XII. De las limitaciones impuestas en materia de planificación urbana. La imposición de limitaciones a la propiedad con fines urbanísticos resulta imprescindible para la convivencia en sociedad, no tratándose de una actividad expropiatoria que requiera de indemnización previa, según los términos fijados -y en los considerandos anteriores analizado- en el párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución Política. Tales limitaciones al derecho de propiedad son producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad, la misma que garantiza ese derecho, pero que lo somete a ciertas regulaciones con la finalidad de alcanzar un disfrute óptimo y armónico de los derechos de todos los individuos. En este sentido, esta Sala se ha manifestado sobre el carácter "relativo" del derecho de propiedad, en cuanto está sujeto a límites y restricciones de uno o varios de los atributos de la propiedad por razones urbanísticas; y en diversas sentencias ha confirmado la naturaleza de "interés social" de las reglas de urbanismo, impuestas conforme a lo ordenado por la propia Constitución Política." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Resolución No. 15272 – 2008;10 de octubre, 2008", expediente 08-007832-0007-CO. También la Sala Constitucional mediante sentencia número 6706-93, declaró la constitucionalidad de la Ley de Planificación Urbana.

El otro nivel de injerencia estatal sustancial, derivado de la función social y ambiental del derecho de propiedad, está relacionado con las tierras forestales y los terrenos agrarios. En un inicio, se trató de límites al derecho de propiedad, pero también procuraba mejorar la producción y buscar cierta equidad en la distribución de la tierra. Como lo indica Ulate, el Código Fiscal, la Ley de Terrenos Baldíos, la Ley de Informaciones Posesorias y la Ley de Tierras y Colonización fueron la incipiente normativa agraria que ambicionó regular la explotación racional de los recursos naturales, con el objetivo de conservarlos.[553]

No debe perderse de vista que las distintas leyes y actuaciones estatales en la explotación del suelo se originan a partir de la función económica que este recurso escaso tiene dentro de un modelo de producción determinado. De esta forma, cualquier normativa concerniente con la eficiencia y distribución del recurso suelo apunta a una función económica dentro de un modelo específico de producción de bienes y servicios, a saber, capitalista o de mercado.[554] No obstante, si se permitiera al mercado decidir libremente sobre el uso del suelo, los conflictos, costos sociales y otros efectos serían incalculables. Como lo indica Barnes, el mercado resulta

[553] Ulate Chacón Enrique, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, 139. En cuanto la Ley de Terrenos Baldíos posteriormente derogada es interesante, toda vez que consideró terrenos estatales, todas aquellas tierras comprendidas dentro del territorio nacional, que no hubiesen sido adquiridos por particulares o que no estén inscritos en el Registro Público. A partir de la disposición general del artículo 1, la ley comentada establece en el artículo 5, una limitación a la adquisición de baldíos: "Artículo 5°-No obstante la anterior disposición, todo costarricense mayor de edad o emancipado, tiene derecho, por una sola vez, a que se le adjudique un lote hasta de treinta hectáreas en los baldíos, en las condiciones y con las reservas que esta ley señala. No podrán acogerse a esta disposición los que sean dueños de una mayor extensión de terreno; pero los que sean ya propietarios o denunciantes de una extensión menor de treinta hectáreas, podrán completarla hasta esa medida, mediante denuncio. Asamblea Legislativa," No. 13: Ley General sobre Terrenos Baldíos; 10 de enero, 1939", *La Gaceta*, No. 13." En esta lista de leyes, se agrega la ley de Cercas divisorias y Quemas de 1909, que aun se mantiene vigente, por cuanto establece obligaciones de cerramiento para los propietarios.

[554] En esta línea de pensamiento, también debe recordarse que los cultivos tradicionales del banano, café y azúcar, existieron distintas reglamentaciones, desde el siglo XIX, que de una u otra forma promovían, restringían o regulaban esas actividades. Un ejemplo de lo anterior es la publicación que hace el Instituto del Café de Costa Rica, donde menciona que "Alrededor de 1840, don Braulio Carrillo decretó que las tierras al poniente de San José, en Pavas, se dedicaran a siembras de café. El Jefe de Estado pensaba que el Gobierno debía dirigir la política cafetalera y encargarse de buscar mercados y que el más importante era el inglés. Por eso, paralelo al apoyo de la siembra ordenó construir el camino al Atlántico que le permitiría a Costa Rica tener una ruta directa hacia los puertos británicos." Instituto del Café de Costa Rica, consultado en http://www.icafe.cr/nuestro-cafe/historia/. Posteriormente, en el año de 1834 se creó un Instituto de Defensa del Café de Costa Rica, que pretendía el mejoramiento en la producción y la estimulación de los cultivos a través del crédito. El primer ejemplar de la revista se puede consultar en: https://www.sinabi.go.cr/exhibiciones/tesoros%20de%20la%20biblioteca%20nacional/los%20gremios%20y%20sus%20publicaciones/Instituto_defensa_del%20cafe_n-1_jun_1934.pdf

ineficiente (en términos sociales) para atribuir usos, aprovechamientos o formas de explotación del suelo.[555]

Ahora bien, en el caso de Costa Rica, a partir de su independencia y de los demás pueblos latinoamericanos -aunque es evidente que existen variantes de grado-, se pasó de una economía rural colonial hacia una economía campesina a fines del XIX, y su posterior desarrollo a una economía rural capitalista, en el siglo siguiente. Esa evolución mostró una tendencia hacia la diversificación de actividades de la economía rural que, en el caso costarricense, estuvo centrado en el café y banano, apoyada por una fuerte capitalización (crédito público) y cambio tecnológico ayudado por políticas públicas, que llevaron a cambios significativos en la actividad agraria y el uso de los factores productivos, tierra, capital y trabajo. Como la mayoría de los cambios en el modelo productivo de un país o región, se requiere de la implementación de una determinada legislación que brinde el respectivo soporte jurídico para conseguir los objetivos planteados que las autoridades políticas han dispuesto.

En el caso costarricense, una parte importante de la legislación necesaria para la implementación de los cambios en el modelo productivo y la consecuente intervención estatal sobrevinieron con la promulgación de la Ley de Tierras y Colonización de 1961. Esta ley pretendía facilitar el acceso a parcelas productivas a personas que cumplieran con los requisitos que exigía dicha ley. De esta legislación interesa destacar la obligación de cultivar, sancionando con la expropiación a los terrenos que estén incultos, abandonados, explotados indirectamente, o insuficientemente explotados. De igual forma, castiga con la misma medida a titulares de tierras aptas para la agricultura que sean destinadas a la actividad ganadera.[556]

---

[555]Además, Barnes agrega con razón: "Como en el caso de cualquier otro recurso, cuya afectación a uno u otro destino produce elevados costes o beneficios sociales (siendo además, aquí, un recurso clave, como soporte de todas las actividades), su asignación deberá realizarse en términos de rentabilidad social". Barnes, 491.

[556] Ley de Tierras y Colonización, número 2825, de 1961. "Artículo 144.- La expropiación se realizará en primer lugar sobre aquellas tierras que no cumplan su función social, en el siguiente orden de prelación: 1) Las incultas, y, entre ellas, las de mayor extensión; las explotadas indirectamente por medio de arrendatarios, medianeros, colonos y ocupantes, y las no explotadas durante los últimos cinco años anteriores al proceso de expropiación. 2) Las que, destinadas a parcelamientos rurales privados, colonias o asociaciones formadas con base en leyes específicas, no hayan desarrollado dichos parcelamientos o no estén cumpliendo fielmente con los fines prescritos en tales leyes. En estos casos, el Instituto debe salvar los derechos de los parceleros ya establecidos; y 3) Las tierras de agricultura dedicadas a la ganadería…" Asamblea Legislativa," No. 2825: Ley de Tierras y Colonización; 14 de octubre, 1961.

En cuanto a la propiedad forestal, la Ley de 1969 y sus posteriores reformas, también se impusieron importantes limitaciones al derecho de propiedad,[557] permitiendo al poder ejecutivo someter al régimen forestal aquellos bosques y terrenos necesarios para establecer zonas protectoras, reservas forestales y otras formas de propiedad forestal.[558] En cuanto al uso y explotación de las zonas protectoras, es relevante destacar la prohibición de realizar labores agrícolas que impliquen la destrucción de la vegetación. Otra norma relacionada con el tema es el artículo 61 inciso c de la Ley Forestal que penaliza aquellas actividades que impliquen cambio en el uso de la tierra, por ser antagónico con lo dispuesto en el artículo 19 de la citada ley, referente a la necesidad de solicitar permiso previo para realizar construcciones, caminos, puentes, corta de árboles y otras actividades; a su vez, se establece la posibilidad de obligar al titular a realizar un estudio de impacto ambiental. [559]

Finalmente, a inicios de la última década del siglo XX, con la introducción de la función ambiental para alcanzar el objetivo de un desarrollo sostenible, el uso del suelo en terrenos de vocación agrícola y, en especial, la propiedad forestal perteneciente a particulares se vio impactadas y limitadas. Específicamente, aquellos terrenos no estatales declarados como zonas

[557] En realidad, desde la promulgación de la Ley de Aguas de año 1942, se impusieron importantes limitaciones al derecho de propiedad. Por ejemplo el artículo 31 dispone: "Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación; a) Las tierras que circunden los sitios de Captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio; b) La zona forestal que protege o debe proteger el Conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas. Asamblea Legislativa, "No. 276: Ley de Aguas; 27 de agosto, 1942", (Master Lex) art. 31, 2022, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-N/principal.aspx?item=52227&Tipo=1

[558] Asamblea Legislativa, "Ley Forestal": No. 7575; 13 de febrero, 1996": (Master Lex) art. 61, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-N/principal.aspx?item=54719&Tipo=3

[559] El artículo 61 inciso c) Ley Forestal dispone: "Se impondrá prisión de un mes: … c) Realice actividades que impliquen cambio en el uso de la tierra, en contra de lo estipulado en el artículo 19 de esta ley. En los casos anteriores, los productos serán decomisados y puestos a la orden de la autoridad judicial competente…" "Artículo 9.- Actividades autorizadas En terrenos cubiertos de bosque, no se permitirá cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado podrá otorgar permiso en esas áreas para los siguientes fines: a) Construir casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones destinadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas en terrenos y fincas de dominio privado donde se localicen los bosques. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. c) Cortar los árboles por razones de seguridad humana o de interés científico. d) Prevenir incendios forestales, desastres naturales u otras causas análogas o sus consecuencias. En estos casos, la corta del bosque será limitada, proporcional y razonable para los fines antes expuestos. Previamente, deberá llenarse un cuestionario de preselección ante la Administración Forestal del Estado para determinar la posibilidad de exigir una evaluación del impacto ambiental, según lo establezca el reglamento de esta ley." Ley Forestal, art. 61.

protectoras sufrieron múltiples limitaciones, pero sin que ello implique una violación al derecho de propiedad constitucional, en consecuencia, no indemnizables.[560]

Para la propiedad agraria, el deber de cultivar y de mejorar la productividad forman parte de la función económica y de la dimensión subjetiva del derecho de propiedad. Con la introducción de la función ambiental, se agregó el deber de respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado.[561] El objeto de cualquier derecho de propiedad implica una peculiar forma de explotación, por tanto, las facultades de uso, utilización o explotación de un fundo ubicado dentro de una zona protectora son muy distintas de las correspondientes a una finca de vocación agrícola.

De acuerdo con la jurisprudencia agraria, cualquier forma de iniciativa económica en el ámbito de la actividad agraria, y en el ejercicio de la propiedad deben respetar y adecuarse a los principios constitucionales previstos en los artículos 50 y 69 de la Constitución Política de Costa Rica, es decir, el fomento del desarrollo sostenible mediante la actividad productiva, así como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[562]

Para finalizar este apartado, es de interés tomar en cuenta los límites al derecho de propiedad impuestos por la Ley Orgánica del Ambiente, relacionados con el uso o explotación de la tierra. En forma resumida, se destacan los siguientes aspectos relacionados con la explotación del suelo: A.- El ejercicio de actividades agroambientales, que puedan alterar o destruir elementos del ambiente, requiere de una evaluación favorable de impacto ambiental.[563] B.- El ordenamiento territorial, para equilibrar el desarrollo sostenible, implica la reubicación territorial de las actividades productivas, lo que podría significar límites importantes al derecho de propiedad, debiendo tomarse en consideración, entre otros aspectos, los recursos naturales, las actividades económicas predominantes, la capacidad de uso de los suelos y la zonificación

[560] La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto 189-91 – conocido como caso de Hacienda El Rodeo - estableció una importante línea jurisprudencial, aclarando que no era indemnizable el derecho de propiedad, cuando esta quedaba sujeta a limitaciones de carácter forestal, como era el caso de las zonas protectoras, por cuanto el propietario no pierde su titularidad, pero solo puede ejercer las actividades económicas compatibles con la protección y manejo adecuado del recurso bosque. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Resolución No. 00189 – 1991; 30 de octubre, 1991 14:00 horas, expediente 91-000189-0004-CA.

[561] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Sentencia No. 230; 20 de julio de 1990. También, en la sentencia Resolución Nº 00877 – 2005, Fecha de la Resolución: 03 de Noviembre del 2005 a las 3:07 p. m. Expediente: 04-000120-0419-AG, Redactado por: Enrique Ulate Chacón.

[562] Resolución Nº 00877 – 2005, Fecha de la Resolución: 03 de noviembre del 2005 a las 3:07 p. m. Expediente: 04-000120-0419-AG, Redactado por: Enrique Ulate Chacón.

[563] Art. 17 de la Ley Orgánica del Ambiente,

por productos y actividades agropecuarias, en razón de consideraciones ecológicas y productivas.[564].

En definitiva, con este breve recorrido se ha visualizado la importancia que fue cobrando el destino, uso o explotación de las cosas. De una parte, si bien el contenido esencial del derecho de propiedad protege las facultades de goce y disposición, le corresponde al legislador ordinario decidir la dirección en que han de ejercitarse las actividades económicas de los particulares, ello no es otra cosa que decidir sobre el curso de la actividad económica de una sociedad, incentivando ciertos sectores, regulando otros; buscando cumplir con una función social dinámica.

En segundo lugar, debe admitirse que, como parte de esas inmisiones del poder público, el concepto de licitud irradia cada una de las categorías de propiedad, delimitándola en mayor o menor grado, sin que eso signifique una afectación a la propiedad constitucional o a su contenido esencial. Si se conjugan ambos aspectos, se colige que el titular de cualquier derecho de propiedad no tiene una forma originaria de aprovechamiento natural del objeto sobre el cual recae su derecho, además, queda en evidencia un principio que esta investigación propone ampliar a todas 'las propiedades' en general: principio de 'no indemnizabilidad,' [565] admitiendo que los distintos límites, inmisiones estatales o deberes que demarcan el derecho de propiedad hoy en día no son indemnizables, por cuanto no afectan el contenido esencial del derecho de propiedad; por el contrario, está en consonancia con la función social y ecológica de ese derecho.

Finalmente, se hace hincapié en las distintas formas de sanción en los cambios de uso del suelo no autorizado, que van desde simples consecuencias administrativas, hasta respuestas penales que podrían implicar el restablecimiento de áreas boscosas afectadas, la demolición de lo construido, la revocación o extinción de una adjudicación de parcelas otorgadas por el INDER (originado en destinar la parcela a fines distintos de los previstos en la presente ley), entre otros supuestos.

---

[564] -art, 28 y siguientes. Asamblea Legislativa, "No. 7554: Ley Orgánica del Ambiente; 4 de octubre, 1995.

[565] En el Derecho Urbanístico el autor Ramón Parada utiliza este término para referirse al derecho urbanístico, pero revisando los distintos regímenes del derecho de propiedad, el principio se ajusta muy bien a lo que ocurre con la propiedad forestal, la agraria, entre otras. Véase Ramón Parada, D*erecho Administrativo III* (Madrid, España; Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997), 405.

Los anteriores tópicos dejan entrever importantes cambios e intervenciones estatales en los distintos tipos de derecho de propiedad existentes, creando una especie de "relativización de la propiedad."[566] Es notorio que el derecho de propiedad actual resulta complejo y el hecho mismo de las concretas y diversas situaciones propietarias no puede explicarse a partir de las ideologías liberales, las cuales han sido superadas por una nueva realidad social que muestra su relativización y desmitificación a través de la formulación de la llamada teoría pluralista de la propiedad, tantas veces indicada. No se habla de propiedad, sino de 'las propiedades,' lo que significa un cambio radical en la perspectiva de su comprensión y análisis, pues la apropiación privada se asienta en la importancia económico-social de los bienes, dejando de pivotar en un poder simple, único y homogéneo atribuido a una persona. Con esta aportación se disuelve la vieja categoría unitaria y se permite sobrevivir el esquema de la propiedad como la forma más intensa de pertenencia que se puede ejercer sobre los distintos bienes y derechos -parte de su contenido esencial-, atendiendo a su naturaleza y la función que se le asigna dentro de un orden social y económico específico.

4.3 Justo Título

En la mayoría de las legislaciones occidentales, el concepto de justo título está asociado a la usucapión. Sin embargo, en este apartado no se intenta explicar los requisitos de la usucapión, sino fortalecer la tesis sobre la necesidad de licitud en cualquier tipo de transacción relacionada con bienes o derechos. En el caso de Costa Rica, el artículo 854 del CC establece que quien pretenda la prescripción positiva está obligado a probar el justo título.[567]

El concepto estudiado alude a la causa de la posesión que se detenta y, eventualmente, a la adquisición de la propiedad. Para la doctrina, justo título es el negocio jurídico idóneo o necesario para la adquisición de la propiedad.[568] Si bien el CC no define el concepto de justo título, la Sala Constitucional costarricense replica a la doctrina al identificar título justo con el negocio jurídico de adquisición del derecho poseído; además, afirma la Sala, "es el hecho que sirve de causa a la posesión y, en consecuencia, a la adquisición de la propiedad. Es el fundamento jurídico, la razón determinante de la adquisición," cuando se alude a que el título

[566] Se refiere al hecho de introducir en la consideración de este derecho aspectos que atenúan sus efectos o su importancia, en este caso esa atenuación proviene de la función social y ecológica. Del absolutismo del derecho bajo estudio, se pasa al 'relativismo'.

[567] Carlos Adolfo Picardo Vargas, *Código Civil*... 2014.

[568] En este sentido se pronuncia Diez Picasso, citando a Castán, 733.

debe ser justo, se refiere a su "validez y conformidad con el ordenamiento jurídico, en suma, lícito."[569]

En consecuencia, tratándose del título, los calificativos 'justo,' 'válido' y 'lícito,' tienen una connotación semejante, aunque es necesario hacer algunas precisiones. De acuerdo con la Sala Primera, la 'justicia' del título radica en su veracidad (existencia real) y validez,[570] en cuanto a este último requisito, es evidente que el título justificante de la posesión tiene alguna patología o ineficacia, de lo contrario, no tendría sentido el instituto de la usucapión. En este último aspecto, lo que la doctrina admite es que se trate de contratos anulables, pero no absolutamente nulos.[571] Se puede afirmar que se trata de una fallida transmisión del dominio realizada por un sujeto no titular -non domino-; haciendo abstracción de esa circunstancia, el negocio reúne los requisitos formales y sustanciales de validez que le son propios (consentimiento, objeto y causa). Generalmente, son aceptados en doctrina como aptos para usucapir los negocios anulables (contratos válidos y reales), susceptibles de rescisión o resolución.[572]

A pesar de la aceptación de contratos que tienen un grado de invalidez, ello no podría conllevar a la admisión de títulos ilícitos. En este punto valen las mismas apreciaciones realizadas sobre la licitud de cualquier negocio jurídico, sea cual sea el fin que persiga.

5. Extinción o pérdida del Derecho de Propiedad

Dentro de la dinámica de las relaciones jurídico-reales, cualquier derecho real nace, vive y finalmente puede extinguirse, aunque no necesariamente en un sentido físico-espacial. A su vez, la posibilidad de pérdida de cualquier derecho real podría ocurrir voluntaria o involuntariamente. Por la naturaleza de esta investigación, los tipos de extinción que interesan son los involuntarios y aquellos bienes que se trasladan al demanio público. Atendiendo a los supuestos anteriores, existe una amplia gama de formas de extinción que va desde el comiso de bienes en materia penal, expropiación forzosa, extinción del dominio o formas análogas de

[569] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "No. 4587; 5 de agosto, 1997 15:45 horas, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-444191

[570] Sala Primera de la corte Suprema de Justicia, 19 de las 14:00 hrs. del 7 de abril de 1993, 19 de las 14:00 hrs. del 7 de abril de 1993,

[571] En este sentido Diez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 737.

[572] No obstante, valga aclarar que la función de la usucapión es subsanar la falta de legitimación del disponente, por lo que no transforma en válido el contrato que no lo es; en consecuencia, no podría ser invocada para paralizar una posible demanda de anulación, presentada dentro de plazo por la persona legitimada para ello.

privación de bienes, entre otros supuestos.[573] Además, el otro foco de interés consiste en revisar algunos casos de privación de bienes involuntarios, pero no indemnizables.

5.1 Conceptualización

De previo es necesario precisar los términos de extinción, privación y pérdida. En cuanto a la noción de pérdida, se alude a un daño, menoscabo, carencia o privación de lo que se poseía.[574] En cuanto a la extinción, esta palabra se refiere al cese, término, conclusión o desaparición de una situación o relación. Sin embargo, para efectos del presente estudio, los conceptos jurídicos de pérdida, privación y extinción se utilizarán como sinónimos, a pesar de que la doctrina tradicional afirme lo contrario.[575]

En la teoría del ciclo de vida de los derechos reales, el tema de su extinción no es objeto de amplios tratamientos teóricos, al contrario de lo que ocurre en materia de obligaciones.[576] Esta dinámica conclusiva de los derechos reales se pueden definir como aquellos acontecimientos extrínsecos que surgen con posterioridad a la constitución de la relación jurídico real y que, con independencia o no de la voluntad de sus titulares, provocan su finalización.[577]

Como ya se indicó, el CC hace referencia a ciertos supuestos de extinción de algunos derechos reales, pero sin dar un tratamiento general, con la excepción de algunas previsiones

---

[573] "La titularidad de un derecho puede perderse por diversas causas: enajenación; desaparición física del sujeto o el objeto; privación del derecho por los tribunales o por la ley; prescripción, etc". José Luis Lacruz Berdejo, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*

[574] Manuel Ossorio, 563. Es notorio que el término 'extinción' no es el más adecuado para definir la pérdida o privación de un derecho de propiedad, lo que en la práctica ocurre es una transmisión del dominio a favor del Estado y por ende, una pérdida o privación de ese derecho en perjuicio de un particular.

[575] En este sentido se inclina Albaladejo: "La pérdida como sabemos es distinta de la extinción. Al extinguirse un derecho real lo pierde su titular, pero cuando éste lo transmite a otro, hay pérdida sin extinción." Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III, Derecho de Bienes,* 222. El diccionario Panhispánico de la Real Academia Española hace la siguiente definición sobre la extinción: "Cancelación, desaparición o pérdida de eficacia de un derecho o facultad, obligación o deber, de manera que no puede ya ser ejercido el derecho o facultad, ni reclamado el cumplimiento del deber o la obligación." Real Academia Española, *Diccionario prehispánico,* consultado en https://dpej.rae.es/lema/extinci%C3%B3n. Nótese que en esta definición se utilizan términos como desaparición y pérdida, lo cual pone en evidencia lo variable del lenguaje y que no existen definiciones intrínsecas, únicas o verdaderas. Lo que realmente importa, es explicitar el cómo se entiende un determinado concepto.

[576] Sobre el tema de la extinción, tampoco el CC de Costa Rica le da un tratamiento especial o amplio. Lo único que existe en el código, son breves referencias a la extinción tratándose del derecho de usufructo y servidumbre; además se regulan algunas causales en el capítulo III denominado "De la Extinción del Usufructo" y capítulo II. De la constitución y extinción de las servidumbres", véase artículos 358, 381 del Código Civil de Costa Rica.

[577] Luis Diez Picazo, 882.

extintivas tradicionales.[578] En cuanto al derecho de propiedad, incumbe destacar aquellos presupuestos extintivos relacionados con el propio límite del derecho subjetivo y que se ha denominado en esta investigación como 'relativismo de los derechos'.[579]

El comiso en materia penal es un ejemplo claro de un límite genérico de cualquier derecho de propiedad que puede ser sancionado con su pérdida cuando sea producto, instrumento, producto o resultado de un delito, como se estudiará en el capítulo IV. Además, en los últimos años se han creado otros procedimientos de extinción del derecho de propiedad mediante novedosos procedimientos que están fuera de un proceso penal.[580]

Recuérdese que el amplio espectro del derecho de propiedad abarca diversas situaciones jurídicas privadas de naturaleza patrimonial que también incluyen fuentes provenientes del derecho administrativo, como es el caso de las concesiones -especie de derecho real administrativo-. Al igual que ocurre en el derecho patrimonial, cualquier derecho real

[578] Las distintas formas de extinción de los derechos reales se podrían clasificar **A) por el objeto**: Destrucción del objeto (art. 358 inc. CC); la cosa deja de ser apropiable dentro del comercio de los hombres, por ingresar en el dominio público (631 inciso 1, imposibilidad legal y 830 del CC); o por integrarse la cosa en una unidad real ajena (accesión, art. 505 y siguientes del CC). **B) Por razón del contenido:** En ejercicio de las facultades del dominio o derecho: consumir la cosa, trasmitirla, renuncia o abandono (381 inc. 4 del CC), o también la transmisión puede ser consecuencia de una decisión del juez: ejecución forzosa. **C) Como consecuencia de los límites del propio o derecho**: Puede tratarse de los límites genéricos de cualquier derecho subjetivo: por ejemplo, el comiso en materia penal; prescripción extintiva por la pasividad del titular. **D) Como consecuencia** de modificaciones singulares introducidas, por negocio jurídico, en el contenido normal del dominio o derecho: sometimiento de la relación a condición o término resolutorio, establecimiento de un derecho real de hipoteca, cuya ejecución puede llevar a la pérdida de la propiedad; ejercicio de un derecho real de adquisición. E**) Como consecuencia** de las vicisitudes de la relación jurídica básica: anulación, rescisión, revocación del título de dominio, una compraventa, por ejemplo. F) Por adquisición originaria por otro: adquisición a *non domino*, hallazgo, ocupación. Es relevante mencionar que a propósito de la creación de una ley sobre Extinción de Dominio en Argentina, se reformó el artículo 1907 del Código Civil y Comercial de la Nación, que actualmente indica: "Artículo 1907.- Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono, por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena y por sentencia judicial que así lo disponga en un proceso de extinción de dominio. *(Artículo sustituido por art. 2° del Decreto N° 62/2019 B.O. 22/1/2019. Vigencia: a partir de la fecha de su publicación), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#24*

[579] Al inicio de esta investigación se indicó que el tema de la extinción del derecho de propiedad no es novedoso en Costa Rica, han existido diversas leyes que ordenan la extinción del derecho a favor del Estado (ley de Tierras y Colonización y actualmente artículo 78 de la Ley de Jurisdicción Agraria). Para una ampliación sobre esta legislación véase nota 33.

[580] El artículo 110 del Código Penal indica: "**Artículo 110.- Comiso.** El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros. Se excluyen de esta previsión los vehículos involucrados en la comisión de los hechos tipificados en el artículo 254 bis del Código Penal." Ulises Zúñiga Morales, C*ódigo Penal, art. 110.*

administrativo puede extinguirse por distintas causas, provocando la posibilidad de cancelación del derecho.[581]

5.2. Transporte Transfronterizo de dinero y valores

En consonancia con lo expuesto, también existen privaciones del dominio de otros objetos muebles, como el dinero en efectivo o los títulos valores. Siguiendo las recomendaciones de organismos y convenciones internacionales, los distintos países han creado legislación que sanciona aquellas conductas omisivas de las personas cuando, al salir del territorio de un estado o ingresar por cualquier vía (aérea, marítima o terrestre), no informen sobre la portación de dinero o títulos valores iguales o superiores a los diez mil dólares o su equivalente en otra moneda, exponiéndose a multas o al comiso del dinero, como ocurre en la legislación de Costa Rica.[582]

---

[581] A modo de ilustración, el artículo 52 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre establece: "Artículo 52.- Las concesiones se extinguen por cualquiera de las siguientes causas: "... e) Por cancelación de la concesión." Además, el artículo 53 indica: "Las concesiones podrán ser canceladas por la municipalidad respectiva, o el Instituto Costarricense de Turismo o el de Tierras y Colonización según corresponda, en cualquiera de los siguientes eventos: a) Por falta de pago de los cánones respectivos; b) Por incumplimiento de las obligaciones del concesionario conforme a la concesión otorgada o su contrato; c) Por violación de las disposiciones de esta ley o de la ley conforme a la cual se otorgó el arrendamiento o concesión; d) Si el concesionario impidiere o estorbare el uso general de la zona pública; y e) Por las demás causas que establece esta ley." Ronald Víquez Solís, *Régimen Legal de la Zona Marítimo Terrestre: ley y reglamento*, I edición (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007) 180-190.

[582] Dispone el artículo 35 de la Ley sobre estupefacientes: "Al ingresar en el país o salir de él, toda persona, nacional o extranjera, estará obligada a declarar el dinero efectivo o los títulos valores que porte, si la cantidad es igual o superior a los diez mil dólares moneda de los Estados Unidos de América (US $10.000,00) o su equivalente en otra moneda. Para la declaración, deberá emplear los formularios oficiales elaborados con ese fin, los cuales serán puestos a su disposición, por los funcionarios competentes de la Administración Aduanera, en los puestos migratorios. El incumplimiento, total o parcial, de lo establecido en el párrafo anterior, traerá como consecuencia la responsabilidad objetiva y la pérdida inmediata del dinero o los valores a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas, y se destinarán al cumplimiento de sus fines, de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 87 de la presente Ley. La pérdida se fundamentará en la simple constatación del incumplimiento y será declarada por el Ministerio de Hacienda…" Esta norma tiene como antecedentes la Ley N.° 7198 de 25 de setiembre de 1990, Convención sobre Estupefacientes, Drogas y Sustancias Psicotrópicas, donde se incorporó en el ordenamiento jurídico una obligación del Estado de establecer medidas para evitar la conversión o transferencia de bienes sospechosos de provenir de delitos relacionados con el tráfico ilegal de estupefacientes y también para evitar la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes relacionados con esa actividad ilícita. Lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 3.1.b. de la Convención. Además, en la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobada por Ley No. 8257 de 2 de mayo de 2002, se establece la obligación de aplicar medidas a fin de descubrir o vigilar el transporte transfronterizo físico de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portado, según lo dispone el artículo 18.2.b de esa Convención: Art.18 (…) 2. Los Estados Parte cooperarán además en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2 considerando: (…) b) Aplicar medidas viables a fin de descubrir o vigilar el transporte transfronterizo físico de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, sujetas a salvaguardias estrictas que garanticen una utilización adecuada de la información y sin que ello obstaculice en modo alguno la libre circulación de capitales. Asamblea Legislativa, "No. 8257: Convenio Internacional para la represión de la financiación al terrorismo; 2 de mayo, 2002": art. 18,

Sobre esta forma de extinción, conocida como transporte transfronterizo de dinero y valores, el hecho generador ocurre con la simple constatación del incumplimiento por parte de las autoridades migratorias, sin necesidad de alguna actuación jurisdiccional. Existe un interés público muy marcado detrás de una disposición legal que, ante una conducta omisiva, confisca y provoca la pérdida del dinero en forma inmediata para su portador, en el sentido de evitar el ingreso o salida de dinero o títulos valores obtenidos de forma ilícita. Además, el interés público y la función social del derecho de propiedad demandan evitar que el dinero proveniente de la 'economía oculta'[583] sea utilizado en actividades relacionadas con la legitimación de capitales, o para financiar actividades delictivas en general.

Este tipo de comiso se puede calificar de naturaleza 'administrativa,' intenta evitar el blanqueo de capitales, su fin es evitar el trasiego transfronterizo de dinero sin control alguno. Una vez comprobada la infracción, la ejecución de esta medida es delegada a las autoridades aduaneras y se trata de un comiso automático en favor del Estado (ICD). Ello implica que no se requiere algún trámite administrativo o proceso judicial de investigación para determinar la procedencia del dinero o para que el interesado justifique su origen. [584]

---

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49486&nValor3=52929&strTipM=TC

[583] La economía sumergida, también denominada economía oculta o informal, está constituida por todas las actividades de producción de bienes y servicios, ya sea legal o ilegal, que no son registradas por las estadísticas oficiales del Producto Interno Bruto de un país, por evasión de las regulaciones del Estado.

[584] Este tipo de extinción también está basada en la recomendación 32 del Gafi: "Transporte de efectivo. Los países deben contar con medidas establecidas para detectar el transporte físico transfronterizo de moneda e instrumentos negociables, incluyendo a través de un sistema de declaración y/o revelación. Los países deben asegurar que sus autoridades competentes cuenten con la autoridad legal para detener o restringir moneda o instrumentos negociables al portador sobre los que se sospecha una relación con el financiamiento del terrorismo, el lavado de activos o delitos determinantes, o que son declarados o revelados falsamente. Los países deben asegurar que se disponga de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para tratar a las personas que hacen una declaración(es) o revelación(es) falsa(s). En los casos en los que la moneda o los instrumentos negociables al portador estén relacionados al financiamiento del terrorismo, el lavado de activos o delitos determinantes, los países deben además adoptar medidas, incluyendo medidas legislativas, de acuerdo con la Recomendación 4, que permitan el decomiso de dicha moneda o instrumentos." Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, "Las 40 recomendaciones" https://gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4329-recomendaciones-metodologia-actjul2022/file (consultada el 23 de junio de 2023). La Sala Constitucional mediante resolución número 08508 – 2016 avaló la constitucionalidad de esta norma en un voto dividido. Además, en este voto los Magistrados Jinesta Lobo, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, también declararon sin lugar la acción, pero interpretaron que el artículo 35, párrafo 2°, de la ley impugnada, es constitucional "siempre y cuando la persona que sufre la pérdida del dinero o los valores tenga oportunidad suficiente y razonable de acreditar su legitimidad, en sede administrativa de manera sumaria, mientras tanto la autoridad aduanera deberá dictar una medida cautelar de congelamiento." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acciones de inconstitucionalidad acumuladas: voto 8508-2016; 22 de Junio, 2016 11:30," expediente 14-018692-0007-CO.

5.3. Capitales emergentes

A lo largo de esta investigación, se ha mencionado que la herramienta legal denominada Capitales Emergentes, inserta en la Ley contra la delincuencia organizada (número 8754 del 22 de julio del 2009), es una especie de extinción del patrimonio de los particulares. En los artículos 20 a 22 se regula el origen o la causa del patrimonio. Esta forma de privación de bienes prevé la posibilidad de que la Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el Instituto Costarricense Sobre Drogas o el Ministerio Público denuncien ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda el incremento de capital sin causa lícita aparente, en un procedimiento distinto al proceso penal.

Conforme al artículo 22 de esta ley, se establecen dos presupuestos por los cuales la autoridad jurisdiccional puede ordenar la pérdida a favor del Estado del patrimonio sometido a justificación: patrimonio sin causa lícita aparente de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, sea física o jurídica, o aquellos incrementos emergentes igual, sin causa lícita aparente.[585] Tiene la particularidad de que obliga a la persona investigada o titular del patrimonio investigado a justificar el origen lícito de su patrimonio, así como cualquier incremento emergente de forma satisfactoria; de lo contrario, se expone a la inevitable pérdida de su patrimonio sin ningún tipo de indemnización.*[586]*

Esta normativa no requiere de una condena penal y no demanda algún vínculo o conexión entre los bienes y la comisión de un delito en particular, menos entre esos bienes y cualquier actividad criminal. Para que tenga aplicación esta normativa, basta con que el incremento no tenga causa lícita aparente, trasladando la carga probatoria al titular del patrimonio. En

---

[585] "Artículo 22. Sanciones. La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investigación…" Asamblea Legislativa, "No. 8754: Ley Contra La Delincuencia Organizada; 22 de julio, 2009," La Gaceta No. 143 (22 de julio, 2009), art.22.

[586] Véase capítulo III, sección 5. Esta disposición legal tiene la particularidad de calificar al **patrimonio** obtenido sin justa causa como *incremento emergente*. Esta denominación es propia de Costa Rica, el Ministerio Público define el ilícito como *Capitales Emergentes* para su identificación, haciendo alusión no solo a la disposición del numeral 22, sino más bien al título del capítulo IV de la ley citada que así lo nombra. Es importante notar que esta disposición legal tiene como antecedente la Convención de Viena, en el sentido de que no exige el nexo causal con un delito, ni la demostración de este, en suma, no exige condena previa. Es necesario agregar que la noción de 'causa' de esta legislación apunta a fuente u origen del patrimonio. Para esta investigación, la noción hace referencia a la conexión que debería de existir entre patrimonio y un antecedente lícito, ejemplo: premio de lotería, obtención de una herencia, venta de un inmueble, etc. Es notorio que esta noción penal de causa se aleja de lo que se entiende por 'causa' como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico.

consecuencia, el patrimonio cuyo origen lícito no se pueda justificar, aunque no sea delictivo, estaría sometido a los alcances de esa norma.

5.4. Legitimación de capitales

La actividad delictiva denominada 'legitimación de capitales' en Costa Rica, también es conocida a nivel internacional con el término "blanqueo" o "lavado." De un modo metafórico, significa que se intenta presentar como legítimo, blanco o limpio lo que en realidad es ilegítimo, negro o está sucio. En términos muy generales, este delito sanciona a quien recibe bienes u objetos de interés económico, a sabiendas de su ilicitud.

Se trata de un tipo penal establecido a partir de los artículos 69 y siguientes de la Ley sobre estupefacientes, sustancias, psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, Actividades conexas, Legitimación de capitales y Financiamiento al terrorismo,[587] también está previsto en el artículo 47 de la ley Anticorrupción.[588] De la primera legislación, lo que interesa destacar es la posibilidad de utilizar el decomiso como medida cautelar, además, se podría aplicar el comiso como forma de extinción de dominio de los bienes, mediante cualquier resolución judicial firme que ponga fin al proceso.[589]

---

[587] "**Artículo 69.-** Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años: **a)** Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos. **b)** Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más. La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas." Asamblea Legislativa, "Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo: No. 7786; 30 de abril, 1998: art. 69, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC

[588] "Artículo 47.-Receptación, legalización o encubrimiento de bienes. Será sancionado con prisión de uno a ocho años, quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda."

[589] Los artículos 84 y siguientes y en especial el 87 establecen esas posibilidades: 84.-De ordenarse el decomiso, la Unidad de Recuperación de Activos del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD) asumirá en depósito judicial, de manera exclusiva, los bienes que considere de interés económico. Para ello, la autoridad judicial deberá entregar los bienes a la Unidad de Recuperación de Activos, en el lugar que esta determine… Artículo 87.-Cualquier resolución firme que ponga fin al proceso deberá ser comunicada de forma inmediata por la autoridad competente a la Unidad de Recuperación de Activos del Instituto. La omisión de dicha comunicación hará incurrir en el delito

Pese a la posibilidad del comiso, esta legislación requiere de un delito precedente y el objeto sobre el cual podría recaer el comiso serían aquellos denominados en la ley como "bienes de interés económico," que es una denominación propia de esta legislación, mucho más amplia que el concepto de derecho de propiedad, por cuanto abarcaría un amplio espectro de bienes que supera con creces el concepto de derecho de propiedad.

A pesar de que es factible la privación de bienes, se distancia de la acción de ED por varias circunstancias básicas: tiene naturaleza estrictamente penal, requiere de un delito previo y debe existir alguna conexidad entre el hecho previo y los bienes de interés económico, a saber: adquisición, conversión o transmisión de bienes de interés económico sabiendo que se originan en un delito que puede ser sancionado con pena de prisión de más de cuatro años (delito grave).[590]

6. Otras formas Atípicas de Extinción del Derecho de Propiedad

Otro modo de examinar la extinción de cualquier Derecho de Propiedad sobre situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial es desde la esfera del derecho administrativo. A semejanza de la materia civil, existen modos o formas de adquisición de bienes por parte del Estado, lo cual representa su régimen patrimonial. Dentro de los diversos procedimientos en el derecho público, civil o penal, el Estado tiene distintos medios forzosos de adquisición de bienes, causando su extinción en perjuicio de un propietario, al mismo tiempo, ocurre un modo de adquisición de bienes a favor del Estado. Algunos autores denominan estos hechos como "actos públicos imperativos sobre los derechos reales de los particulares," entendiendo que los ordenamientos jurídicos contemporáneos prevén una serie de medidas legales imperativas que privan el derecho de propiedad a los particulares a favor del Estado.[591]

En pleno siglo XXI han sucedido formas no tradicionales de extinción del derecho de propiedad aunque, en algunos casos, más que expropiación se ha tratado de expropiaciones

---

de incumplimiento de deberes al funcionario judicial que no lleve a cabo dicha diligencia…" Asamblea Legislativa, "Ley sobre estupefacientes, sustancias…," arts. 84 y 87.

[590] Para un análisis penal de este delito en Costa Rica, puede consultarse la obra de Francisco Castillo González, El delito de legitimación de capitales (San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2012).

[591] Esperanza Castellanos Ruiz, Javier Carrascona González, Alfonso Luis Calvo Carvaca, Celia M. Caamiña Domínguez, Juliana Rodríguez Rodrigo, *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2020), 3530.

indirectas o confiscaciones, debido a que no se siguieron los procedimientos normales y además por la inexistencia de indemnización.[592]

Tomando en cuenta los objetivos planteados dentro de esta investigación, interesa estudiar muy someramente los siguientes modos de adquisición estatales y forzosos para distinguirlos de los contratos administrativos: la expropiación, la requisición y la nacionalización.

La forma forzada y tradicional de privar a los particulares del derecho de propiedad es, sin duda, la expropiación por razones de utilidad pública; desde las primeras constituciones de Costa Rica, estuvo presente en el derecho de propiedad con la única condición de que se pagara una indemnización.[593] Posteriormente, es notoria la tendencia que siguieron los distintos ordenamientos jurídicos con la introducción de los conceptos de función social y función ecológica, subordinando el derecho de propiedad al interés general. Esta circunstancia ha causado novedosos procedimientos de pérdida de bienes no tradicionales y distintos a la expropiación. Una prueba de esta tendencia puede verificarse en la diversificación de las distintas formas de pérdida forzada del dominio sin indemnización que se han revisado en las secciones precedentes.

Sin embargo, han existido otras formas de privación de bienes, como las citadas al inicio de esta sección, que se han usado en el pasado, y otras de reciente creación que interesa revisar

---

[592] Para ilustrar esta afirmación, basta mencionar los siguientes casos ocurridos en América Latina en este siglo: a.- En abril del año 2012, el gobierno argentino presidido por Cristina Fernández de Kirchner, inició la expropiación del 51 % de las acciones que la empresa española Repsol tenía en su filial argentina petrolera YPE. También en el año 2012 el presidente de Bolivia, Evo Morales, procedió a la nacionalización de la totalidad de acciones de la sociedad denominada Transportadora de Electricidad, que es una filial de Red Eléctrica Española. En Venezuela, en el período 2005-2011, más de 500 empresas propiedad de personas españolas han sido expropiadas por el gobierno venezolano. En estos casos, el Derecho Internacional ha intervenido declarando ilegal la expropiación y ordenando la indemnización. En el caso de Costa Rica, un ejemplo de privación del derecho de propiedad en forma ilegítima lo constituye la demanda contra Costa Rica por la expropiación de la Hacienda Santa Elena. Valga recordar que fue la primera sentencia del Ciadi (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones) contra un Estado de América Latina, el laudo del año 2000 en el **caso de la Hacienda Santa Elena**, se trató de una propiedad comprada en 395.000 dólares en la década de los años setenta por ciudadanos norteamericanos y que, posteriormente, fue expropiada en 1978 al crearse un Parque Nacional; el **Ciadi ordenó a Costa Rica, en el año 2000, compensar con un monto de 16 millones de US$** (Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/96/1). Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, Base de datos de casos: caso número ARB/96/1, Compañía del Desarrollo Santa Elena S.A. contra República de Costa Rica, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf

[593] Para mayor explicación histórica sobre la evolución del Derecho de Propiedad en las constituciones, véase capítulo I. _

en esta investigación, con el fin de brindar una enfoque amplio y poco habitual sobre la extinción del derecho de propiedad.

En cuanto a la requisición, una definición genérica y usual de este concepto que sería la siguiente: "forzosa expropiación de bienes por necesidades de las fuerzas armadas, con indemnización prometida o efectiva por la ley…"[594] Es una especie de expropiación que no sigue el procedimiento usualmente establecido para la expropiación ordinaria. Esta forma de extinción está ligada a las necesidades de un estado de guerra, posteriormente se amplió para otras situaciones de emergencia. Una disposición parecida a la requisición se ubica en el canon 45 de la CP, que posibilita la privación del derecho de propiedad en caso de guerra o conmoción interior, sin indemnización previa. Adicionalmente, los artículos 35 y 36 de la Ley Nacional de Emergencias prevén la posibilidad de expropiación en circunstancias de emergencia, además permiten la ocupación temporal de terrenos.[595]

En un sentido jurídico, se entiende por 'nacionalización' la incorporación forzosa a la nación de todos los bienes o medios de producción, o una parte de ellos, sustrayéndolos de la propiedad de los particulares.[596] La 'nacionalización' significa la posibilidad que tienen los Estados soberanos para asumir o recobrar una actividad económica que había estado en poder de los particulares mayoritariamente, se asocia con servicios públicos.

Conviene aclarar que, en cuanto a la nacionalización de bienes y empresas, no siempre su origen causal se fundamenta en tendencias socialistas posteriores a una revolución. En el pasado han ocurrido algunas reformas que pretenden precisamente reaccionar frente a ciertas tendencias colectivizadoras, como es el caso de la nacionalización bancaria en Costa Rica, por parte de la Junta Fundadora de la Segunda República en el año de 1949.[597] También, se han

---

[594] Manuel Osorio, *Diccionario...,* 668.

[595] "35.-Expropiación sin previa indemnización al mediar declaración de emergencia. En casos de emergencia, ocasionados por una guerra o conmoción interna, el Poder Ejecutivo podrá expropiar, sin indemnización previa, los bienes, las propiedades o los derechos indispensables para cumplir los propósitos de la presente Ley, dentro de los términos y las condiciones del artículo 45 de la Constitución Política y la Ley que regula las expropiaciones. Art. 36. "…Asimismo, los propietarios estarán obligados a permitir la ocupación temporal de sus predios, cuando sea absolutamente indispensable para atender oportunamente la emergencia. La ocupación temporal deberá limitarse al espacio y tiempo estrictamente necesarios, que debe corresponder a la fase contemplada en el inciso a) del artículo 30 de esta Ley…" Asamblea Legislativa "Ley Nacional de Emergencias y prevención del riesgo: No. 8488, 22 de noviembre, 2005;" arts. 35, 36, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=56178

[596] Manuel Osorio, *Diccionario...,* 479.

[597] Junta Fundadora de la Segunda República:" No. 71: Decreto-Ley de Nacionalización Bancaria."

dado 'nacionalizaciones' inspiradas en la idea de independencia económica, como en aquellos casos donde se exige el control económico al capital nacional.[598] Tales medidas determinan una nacionalización en el sentido de excluir capital extranjero de *ab initio*, o por expropiación.

Como tesis de principio, el Estado se hace propietario de medios de producción de bienes o de servicios con la nacionalización a fin de explotarlos por su cuenta, en beneficio de toda la colectividad. Para ilustrar lo anterior, en Costa Rica se destaca la nacionalización de las aguas, fuerzas hidráulicas y eléctricas, así como la Compañía Nacional de Fuerza y Luz que fue un proceso de varias etapas en el siglo anterior, hasta finalizar con la nacionalización de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz en el año de 1968. Es importante mencionar que el artículo 121 inciso 14 de la CP estableció formalmente la Nacionalización de las fuerzas hidroeléctricas del país. [599]

No debe confundirse la nacionalización con la expropiación, en el tanto ambas instituciones tienen objetivos diversos. Se puede encontrar dos diferencias básicas: por su objeto, la nacionalización se efectúa sobre bienes y derechos de propiedad, abarcando empresas económicas completas o universos de bienes y servicios. Este concepto abarca bienes (muebles e inmuebles) y servicios, de toda naturaleza y aquellas conexiones con las que tenga relación la actividad y los bienes nacionalizados. En cambio, la expropiación se realiza sobre todo en bienes inmuebles, y excepcionalmente sobre bienes muebles.

---

[598] Esta idea parece lejana y ajena a Costa Rica; sin embargo, el artículo 31 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre, asigna la posibilidad de que extranjeros participen en el desarrollos urbanos o turísticos en la zona marítimo terrestre, siempre y cuando la empresa pertenezca mayoritariamente a costarricenses. El canon 31 de la citada ley, indica lo siguiente: "Artículo 31.- Todos los planos de desarrollos urbanos o turísticos que afecten la zona marítimo terrestre deberán ser aprobados por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y el Instituto Costarricense de Turismo, así como por los demás organismos oficiales que tuvieren competencia para intervenir al efecto de acuerdo con la ley. Solamente podrán intervenir, en desarrollos turísticos en la zona marítimo terrestre o con acceso a ella, personas físicas o jurídicas costarricenses que puedan tener concesiones. Igualmente podrán intervenir entidades extranjeras siempre que se trate de empresas turística, cuyo capital para el desarrollo pertenezca en más de un cincuenta por ciento a costarricenses."

[599] Artículo 121. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: …14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; c) Los servicios inalámbricos. Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales estos últimos mientras se encuentren en servicio no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

En segundo lugar, la nacionalización suele ser general e impersonal, mientras que la expropiación tiene como meta un bien individualizado y designado con precisión. En la actualidad, las nacionalizaciones son poco usuales y tuvieron su apogeo en la segundad mitad del siglo XX, se podría decir que a partir del denominado 'Consenso de Washington' (CW),[600] hacia finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, se revirtió la tendencia sobre las nacionalizaciones, más bien ocurrió un movimiento de liberalización y traslado de ciertas actividades económicas a las fuerzas del mercado o eliminando algunos monopolios, tal como ocurrió con las telecomunicaciones y los seguros en Costa Rica. En realidad, lo ocurrido a partir del CW es lo opuesto a la nacionalización: mientras la nacionalización hace públicos bienes privados (sobre todo extranjeros**), la privatización hace privados bienes públicos** (incluso a personas físicas o jurídicas extranjeras). Es decir, el primero se trata de una compra forzosa por parte del Estado, el otro se trata de una venta al mejor postor, por parte del poder público a favor de particulares.[601]

Finalmente, es de interés mencionar otra forma particular de privación de bienes que ha ocurrido en diversos países a consecuencia de algún conflicto bélico, o al menos relacionado con esa circunstancia. En la mayoría de los casos de esta naturaleza, se ha tratado de

[600] Esta denominación está relacionada con la búsqueda de un modelo económico abierto, estable y liberalizado, el cual finalmente fue cristalizado con la formulación del Consenso de Washington (CW) en 1989, cuyas reformas de política económica estaban basadas en una lógica de mercado, caracterizada por la apertura y disciplina macroeconómica. De acuerdo con los economistas de la época, la región latinoamericana requería (de acuerdo con los resolutivos del CW) de un modelo económico abierto y estable. Esta apertura económica consistía principalmente en una serie de medidas que permitieran y facilitaran el comercio internacional entre los países en vías de desarrollo y los desarrollados, con la finalidad de impulsar el crecimiento económico de la región. "Por otra parte, la disciplina macroeconómica proporcionaría la estabilidad económica a partir del control de las finanzas públicas del Estado, para lograr efectos económicos, políticos y sociales positivos. En noviembre de 1989, el Instituto Internacional de Economía llevó a cabo una conferencia bajo el título "Latin American Adjusment: ¿How Much Has Happened?". En ella, John Williamson (profesor de dicho Instituto) presentó un resumen sobre las que él consideraba las principales reformas que en Washington eran necesarias para restablecer el crecimiento económico de América Latina. En la conferencia participaron destacados economistas y representantes de los organismos internacionales, quienes llegaron a un **consenso** acerca de los diez instrumentos de política económica que Williamson presentó como los objetivos prioritarios, y que los Estados latinoamericanos debían tener para salir del bache económico. Este fue el origen de lo que Williamson denominó "**Consenso** de **Washington. "**Rubí Martínez Rangel y Ernesto Soto Reyes Garmendia," El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina," *Revista Política y Cultura*, No. 37 (2012).

[601] También, el cambio se explica debido a los distintos tratados y convenios internacionales que protegen las inversiones transnacionales.

confiscaciones, a pesar de que existen diversas disposiciones del derecho internacional que establecen la prohibición de destruir o confiscar los bienes de un adversario. [602]

Sobre este tipo de nacionalizaciones o confiscaciones, las privaciones de bienes efectuados por Costa Rica merecen una mención especial, a raíz de la declaración de guerra contra los países del 'Eje' en el mes de diciembre de 1941; con esa declaratoria, se decretó la confiscación de bienes y su administración por parte de una Junta de Custodia, que incluso estaba autorizada para vender los bienes confiscados. El gobierno costarricense dictó reglamentaciones para impedir que alemanes, italianos y japoneses residentes en Costa Rica tuvieran acceso directo a sus cuentas bancarias, establecimientos comerciales, inmuebles, plantas agroindustriales, hoteles, entre otros.[603] El Poder Ejecutivo podía expropiar artículos, mercaderías, fincas y cualquier otro bien mueble o inmueble, propiedad de las firmas que aparecían en las listas negras que habían confeccionado los gobiernos de los Estados Unidos e Inglaterra, así:

> "Queda autorizado el Poder Ejecutivo para expropiar por causa de utilidad pública y sin indemnización previa, los bienes muebles e inmuebles de los nacionales de países enemigos, si tal medida es necesaria para los fines de la defensa nacional o continental."[604]

De este breve repaso quedan patentes los distintos avatares que históricamente ha sufrido el derecho de propiedad con respecto a modos de privación de bienes, distintos a la expropiación y que abarcan desde procesos con indemnización hasta privaciones sin el debido proceso, y sin indemnización alguna; como sucedió con las propiedades de los alemanes en la época de la segunda guerra mundial. Desde la óptica de esta investigación, las formas no

---

[602] "*Norma 50. Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa…* Se trata de una antigua norma de derecho internacional consuetudinario que se reconocía ya en el Código de Lieber y la Declaración de Bruselas, y que se codificó en el Reglamento de La Haya. La transgresión de esta norma mediante "la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" constituye una infracción grave en virtud de los Convenios de Ginebra. Según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, "[d]estruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo" constituye un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales. Esta norma se ha aplicado en varios juicios después de la II Guerra Mundial. Varios de los cargos de acusación presentados ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se basan en esta norma, y en los asuntos Blaskic y Kordic y Cerkez se declaró culpables de esta violación a los inculpados." Bases de datos de derecho internacional humanitario, "Normas," https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule50

[603] Margarita Torres Hernández y Gertrud Peters Solórzano, **"Expropiación** de la finca cafetalera La Caja en Costa Rica en el entorno de la Segunda Guerra Mundial," *Revista Electrónica de Historia Diálogos*, Vol. 14, No. 2 (2013).

[604.] Colección de Leyes de la República de Costa Rica. Decreto No. 26 Artículo 11.

tradicionales de privación de bienes responden a la función social y ecológica que hoy en día despliega el derecho de propiedad en los distintos sistemas jurídicos, y al papel que desempeña el Estado en algunas sociedades contemporáneas.

Sin embargo, existen y seguirán existiendo fuerzas contrarias a esa tendencia que se oponen a cualquier medida que tenga que ver con restricciones al derecho de propiedad y, con mayor razón, a cualquier procedimiento novedoso de extinción sin indemnización previa. No obstante lo expuesto, esta tendencia ha encontrado una frontera ante la adopción de tratados y convenios internacionales que, de una u otra forma, protegen a las inversiones transfronterizas.

7. Conclusiones de este capítulo

Para finalizar este capítulo, se considera que, al margen de cualquier oposición y cuestionamiento sobre nuevos modelos de extinción del derecho de propiedad, queda en evidencia de que la licitud del título es una exigencia que no se puede soslayar por ninguna razón y ello es así, por cuanto de la revisión de este capítulo se extrae que el ordenamiento jurídico sólo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, a través de cualquiera de las formas de adquirir el dominio y reguladas por la legislación civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción, entre otros.

Ese reconocimiento no se aplica, de ninguna forma, a quien adquiere el dominio por medios ilícitos. Quien adquiere en forma ilegal cualquier derecho de propiedad, nunca debería lograr consolidar ese derecho y menos puede pretender para sí el amparo que brinda el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio adquirido ilícitamente es sólo un derecho aparente, afectado por un vicio intrínseco y que, a pesar de su eventual publicidad registral, no es susceptible de saneamiento; por otro lado, posibilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento, y eventualmente extinguirlo.

A partir de lo revisado, los distintos modos de privación de bienes no tienen un patrón definido o presupuestos únicos. Existen causales de extinción de derechos que, si bien exigen algún nexo causal entre los bienes sobre los que recae y la infracción que se juzga, existen otras formas de privación que no requiere conexión alguna, que se concretan con la sola comprobación de una omisión específica, sin interesar la procedencia o relación entre el bien y una posible ilicitud. Esta circunstancia pone en evidencia la flexibilidad de las causales extintivas de cualquier derecho subjetivo en general. Existen casos donde la previsión legal

demanda una comprobación específica, un debido proceso, una demostración de culpabilidad, responsabilidad u otra serie de presupuestos; de otro lado, en materia de cancelación de algunos derechos reales administrativos o la privación de dinero o títulos valores en puestos fronterizos, se confirma un amplio margen de intervención estatal en materia de privación de bienes. Además, con la creación de nuevas formas de privación, se confirma la utilización de otras herramientas o procedimientos distintos a los previstos en el Código Civil, teniendo como efecto una especie de números *apertus* en cuanto a forma de extinción del dominio.

Dentro de esta multiplicidad de formas de extinción, sobresale el procedimiento previsto para capitales emergentes que tiene una cercanía importante con la acción de ED, por cuanto se tramita en una jurisdicción distinta a la materia penal y no requiere de una condena penal, como así ocurre con el comiso.

De esta forma, cualquier procedimiento de privación de bienes sin indemnización, aunque no se tramite en la vía jurisdiccional, en la medida que sea conforme al contenido esencial del derecho de propiedad, no sería violatorio del artículo 45 constitucional. Por el contrario, aquellas privaciones relacionadas con expropiaciones indirectas o nacionalizaciones sin indemnización, sin duda agreden el contenido esencial o núcleo duro del derecho de propiedad; en consecuencia, resultan arbitrarias y contrarias al derecho de propiedad establecido en el artículo 45 constitucional, debiéndose indemnizar.

CAPÍTULO IV: ORÍGENES Y CARACTERÍSTICAS SUSTANCIALES DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

1. Antecedentes de la Extinción de Dominio

1.1. La coyuntura actual y la respuesta jurídica a las nuevas ilicitudes

En términos generales, cualquier normativa legal que intente contrarrestar ciertas formas de ilicitudes es el resultado de fenómenos socioeconómicos y/o políticos vinculados a la seguridad. Bajo la anterior premisa, el Derecho intenta responder a los continuos desafíos que la globalización, o la sociedad de la ‘información,’ imprime a las relaciones humanas.

Ciertamente, los retos que se enfrentan son diversos y complejos, entre ellos, la Seguridad[605] se convierte en una pretensión que el Estado, y el Derecho en particular, deberían de dar respuesta. De esta forma, resulta conveniente reinterpretar o ajustar el concepto tradicional de 'Seguridad' centrado en la protección y la integridad física del territorio, para dar paso a un nuevo concepto que abrigue las nuevas amenazas 'no tradicionales' -quizás ya se convirtieron en tradicionales- y que, además, no tenga un acento propiamente militar.

Desde la anterior óptica, el Programa de las Naciones Unidas para la Desarrollo (PNUD) publicó un Informe de Desarrollo Humano en el año de 1994, en el que promueve la adopción de un concepto más 'integral de Seguridad,' denominándolo 'Seguridad Humana'.[606] La importancia de este término también lo subraya la Declaración sobre Seguridad en las Américas, resultante de la Conferencia Especial sobre Seguridad de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 2003.[607]

El nuevo concepto, acuñado hace más de veinte años, no intenta reemplazar ni minimizar las condiciones clásicas de la seguridad, más bien las complementa. La seguridad humana se preocupa y ubica su foco en las personas y las comunidades, más que en la seguridad tradicional del Estado. A su vez, incluye amenazas que no siempre se han calificado como tales, por ejemplo: los desastres naturales, crisis alimentarias, migraciones masivas y, por su supuesto, el crimen organizado, entre otros[608]. El concepto de 'Seguridad Humana' implica que las personas deben vivir "libres de necesidad," pero también "libres de temor".[609]

Bajo la anterior perspectiva, varios de los fenómenos que más impactan negativamente a las sociedades actuales están relacionados con la delincuencia con ánimo de lucro, especialmente el crimen organizado y la corrupción, entre otros. Si este tipo de actividades

---

[605] La 'Seguridad' individual y colectiva, entendida en un concepto amplio, ha sido una necesidad y preocupación perenne de los seres humanos, pero, como cualquier fenómeno socialmente determinado, requiere mutar o adaptarse a las nuevas exigencias de la cambiante realidad.

[606] Francisco Rojas Aravena, ed., *Seguridad humana, nuevos enfoques*, 1ª edición (San José, Costa Rica: FLACSO-Secretaría General, 2012): 5, https://www.corteidh.or.cr/tablas/30032.pdf

[607] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de Desarrollo Humano 1994. Nuevas dimensiones para la seguridad humana* (Nueva York, Estados Unidos: PNUD, 1994), 25, https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/8dac83db-6da7-4d63-9d61-bc641d065d31.pdf

[608] Las amenazas citadas tienen un componente común: su 'transnacionalidad' o amenazas transnacionales. Obsérvese que este tipo de actividades desborda las fronteras de los países, en el tanto sus operaciones y procesos no ocurren en un único país.

[609]. Francisco Rojas Aravena, *Seguridad humana...*, 5.

tienen el lucro económico como fin último, sería racional argumentar que las distintas políticas planteadas, tanto a nivel del derecho internacional como del interno de cada país, deberían de perseguir y atacar el patrimonio que resulta de esas actividades; asumiendo como premisa que la acumulación de bienes es su estímulo, y también el combustible necesario para su desarrollo y crecimiento.

Otra justificación que suele utilizarse para buscar alternativas a la persecución penal, consiste en considerar que la magnitud de los beneficios patrimoniales, provenientes de actividades ilícitas, es de tal envergadura[610] que la eventualidad de la sanción privativa de libertad, aparece como un riesgo 'calculado' por el delincuente o la organización (el sujeto asume ese riesgo o incluso lo valora como probable) y, en este aspecto, las ganancias que se obtienen pasan entonces a justificar el peligro.[611]

En el Derecho Penal de modelo 'garantista clásico,'[612] las consecuencias jurídicas patrimoniales jugaban un papel secundario, cuyo objetivo central era -y lo sigue siendo- la sanción del autor de la infracción penal. Sin embargo, ante las dinámicas socioeconómicas actuales, las sanciones patrimoniales directas o indirectas se erigen como 'primarias'[613] para el

---

[610] Según un informe publicado en el año 2017 de la organización *Global Financial Integrity*, las actividades ilícitas más rentables para el crimen transnacional generan un valor de mercado de hasta 2,2 billones de dólares anuales. Christine Clough, "Trasnational crime is a $1.6 trillion to $2.2 trillion Annual "Business", finds New GFI report", *Global Financial Integrity*, 27 de marzo de 2017, https://bit.ly/3iDTq0z.

[611] En ese sentido véase: Ricardo Pérez Blanco. *Determinación de la Naturaleza Jurídica Del Decomiso* (Montevideo, Uruguay: Ministerio de Economía y Finanzas, 2011), 2, https://bit.ly/3hVZbrm. Este criterio es relativo, debido a que en ocasiones la sanción penal recae sobre personas que no se benefician económicamente de la actividad delictiva.

[612] Por Derecho Penal 'clásico', se hace referencia al hecho de que la teoría del delito tiene, como eje central, la sanción del autor de la infracción penal, en tanto que individuo. En palabras de Ferrajoli: "El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobres los que se funda su modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal." Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, 33.

[613] Esta tendencia también ha encontrado otra explicación relacionada con el 'expansionismo' del Derecho Penal, o incluso se identifica con lo que se denomina "Derecho Penal del enemigo", y otro autor, a propósito de sus connotaciones civiles, lo denomina 'derecho civil del enemigo'. "En suma, … el endurecimiento de las medidas para combatir al terrorismo a nivel mundial, ha permeado o "contaminado" otros ámbitos internos de los estados nacionales, como el de la delincuencia organizada que es un producto de la globalización y, con ello, se pretenden legitimar con la retórica de la prevaricación sistemas procesales reductores de garantías de los ciudadanos, que trascienden al ámbito penal, como es el caso de la acción de extinción de dominio, contemplada en el artículo 22 de la CPEUM y desarrollada en la Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED). Acción híbrida, pues presenta connotaciones penales (el punto de conexión es un delito), civiles (es una acción real, en jurisdicción civil) y de derecho administrativo (en cuanto al destino de los bienes), enfrentando al Estado -representado en el Ministerio Público, como actor procesal- contra a un "enemigo presunto" (la parte demandada): el titular o poseedor de un bien producto o utilizado para o en la comisión de ciertos hechos ilícitos, quien verá disminuidos sus derechos, en comparación con otra especie de litigios del orden civil -de donde abreva [*sic*] su identidad, acorde a la CPEUM."

combate de la criminalidad organizada y la corrupción. Por esa razón, se requiere un perfil de investigación y de sanción orientado al patrimonio de origen ilícito, la búsqueda del embargo, privación o 'confiscación' del producto del ilícito.[614]

En ese marco, frente a delitos que pueden afectar tanto el orden socio económico como las bases institucionales mismas del Estado de Derecho, se impone la búsqueda de medios jurídicos que resulten eficaces para privar a los responsables de los beneficios económicos derivados de la comisión de esos delitos.[615]

Otra justificación para la búsqueda de nuevos medios jurídicos para enfrentar al crimen ´ organizado clásico (COT) está relacionada con reconocer que, si se pretende enfrentar la criminalidad organizada con eficiencia, no conviene seguir utilizando las herramientas propias de un Derecho penal creado para los problemas del siglo XIX y siglo XX. En este sentido, la solución se reduce a dos posibilidades: la mutación del propio Derecho Penal ampliando su margen de acción, [616] o la creación de acciones y herramientas fuera del ámbito procesal penal.

En el caso de la ED, se trataría de una acción que se ubica en la segunda posibilidad y que, para efectos de esta investigación, se identifica como una especie del género 'huida'[617].

1.2 Respuesta de los Organismos Internacionales a las ilicitudes modernas

Jorge Rivera Evia, *El Hecho Ilícito como Elemento de la Acción de Extinción de Dominio. Derecho Penal para Civilistas* (Ciudad de México: México: Tirant Lo Blanch, 2021), 23.

[614] Conf. Vervaele, J.A.E., "Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?", http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf

[615] Ministerio de Economía y Finanzas, (Uruguay, 2011), 2, https://bit.ly/3wPEdhT.

[616] Se atribuye a Hassemer, el uso del término expansionismo penal', existiendo una estrecha relación con lo planteado por Jakobs sobre el derecho penal del 'enemigo'. En este sentido, afirma Hassemer: "…la Política criminal "moderna" se caracteriza por estas tendencias: Desde hace y algún tiempo, no trata de descriminalizar o, por lo menos, de atenuar las penas, sino de crear nuevos delitos *o agravar las penas* de los ya existentes; cada vez más se concentra en los tipos penales y en las conminaciones penales que se asignan a los mismos, sin interesarse en nada por las consecuencias que les son aplicables. Al mismo tiempo, *extiende* su ámbito de actuación a aquellos sectores que en la opinión pública se consideran más amenazados: el medio ambiente, la economía, los impuestos, las drogas, el terrorismo y la informática." Winfried Hassemer, "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz", *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, No. 8 (1994): 3-9.

[617] Roxin acuñó el término 'huida hacia el derecho penal' pero, desde la óptica de esta investigación, la ED es una huida 'DEL' Derecho Penal, no 'HACIA' el Derecho Penal. Según Roxin (citado por Muñoz Conde): La "huida hacia el derecho penal" significa a menudo sólo el abandono por parte del Estado de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen". Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal* (Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2001), 103. No se oculta que la afirmación anterior es polémica y que por el contrario existen posiciones que más bien mencionan que la ED califica como "derecho civil del enemigo", al considerarse que se suprimen garantías procesales clásicas que el individuo ha obtenido frente al ejercicio del poder estatal. En este sentido se pronuncia Jorge Rivero Evia, *El Hecho Ilícito como Elemento de la Acción..., 46.*

La mejor forma de comprender cómo y por qué se han sucedido los cambios en los ordenamientos de muchas regiones del mundo, es revisar la secuencia de los principales convenios internacionales respaldados por las Naciones Unidas desde el siglo pasado y notar su desarrollo. Con el transcurso de los años, las preocupaciones se han ido sucediendo, empezando por el narcotráfico, y siguiendo con el terrorismo, el crimen organizado transnacional y la corrupción. En los convenios citados, se ha tomado en cuenta los efectos que ciertos hechos delictivos tienen sobre las víctimas directas, pero además se contemplan las consecuencias que esos hechos tienen sobre las bases económicas, culturales y políticas de los países, amenazando su estabilidad, seguridad y soberanía.

De una revisión de los convenios mencionados, se han identificado dos premisas básicas: a.- que un porcentaje importante de los delitos generan en favor de sus responsables grandes rendimientos económicos, una porción de ellos reinvertidos en invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, de las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus estamentos; b.- que las versiones más graves de estos delitos se producen a nivel internacional, debiéndose priorizar la creación de instituciones y mecanismos de cooperación jurídica internacional.

En los últimos treinta años, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otras organizaciones internacionales han jugado un papel activo en la elaboración de proyectos y estrategias cimentados en algunos pilares para combatir cierto tipo de criminalidad denominado 'crimen organizado'[618].

En este sentido, la ONU ha incorporado la siguiente normativa internacional relacionada con el tema de investigación: la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988)[619], la Convención contra la delincuencia organizada

[618] Con esta expresión se hace referencia al concepto de grupo delictivo organizado que se define en la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional en los siguientes términos: "… por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 2, inc. a. Como se ha expuesto, la criminalidad organizada es quizás la manifestación más evidente de la expresión delictiva de la globalización. Esta afirmación no quiere decir que antes no existían crímenes asociados a organizaciones –basta tener presente el delito de asociación ilícita–, más bien, que el nuevo orden económico favorece su conformación.

[619] Asamblea Legislativa, "No. 7198: Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; 25 de setiembre de 1990"**:** Master Lex, (leyes-decretos-reglamentos).

transnacional (Palermo, 2000)[620] y la Convención contra la corrupción (Mérida, 2003),[621] todas ratificadas por Costa Rica.[622]

En el ámbito centroamericano, está presente el "Convenio Centroamericano para la Prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos" suscrito por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, en el año de 1997. [623]

A continuación, se hará un esbozo de los instrumentos internacionales citados, encauzado a ciertos aspectos que tienen relación directa con el instituto de la Extinción de Dominio.

1.2.1. La Convención de Viena de 1988

Desde el inicio de la década de los años ochenta, se hizo palpable el aumento en el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo y el lavado de activos. Por otro lado, se observaba que, debido al carácter transnacional de esos fenómenos, existía un claro bloqueo en su persecución, debido a que se requería el esfuerzo conjunto de la comunidad internacional, por medio de políticas homogéneas y de cooperación judicial.

Bajo las anteriores premisas, la comunidad internacional decidió promulgar la Convención de Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito De Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida también como Convención de Viena. [624]

---

[620] Asamblea Legislativa, "No. 8302: Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; 1 de julio, 2003". http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=50810&nValor3=54705&strTipM=TC

[621] Poder Legislativo, "Ley No. 8557: Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción; 29 de noviembre, 2006", *La Gaceta*, No. 242 (18 de diciembre, 2006), ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 33540 del 09 de enero del 2007, *La Gaceta* No. 30 (12 de febrero del 2007).

[622] Se revisará la normativa internacional más relevante, sin que ello implique que sea la única. En el caso de la Convención de Estrasburgo de 1990, desde su mismo preámbulo se indica que la mejor forma de neutralizar las organizaciones criminales es aplicando escenarios de pérdida patrimonial sobre los bienes ilícitos. El artículo 2 numeral 1 expresa: "Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitir la confiscación de los instrumentos y productos de un delito, o de las propiedades cuyo valor corresponda a dichos productos". Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito, 1990, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/conv_estrasburgo.htm

[623] Sistema de Integración Centroamericana [SG-SICA], "Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos; 12 de julio, 1997", https://bit.ly/36NmmO2. Este convenio fue aprobado mediante ley número **N° 7919, denominada "**Aprobación del Acuerdo Entre Centroamérica y República Dominicana para La Prevención y la Represión De Los Delitos de Lavado De Dinero y de Activos, Relacionados Con El Tráfico Ilícito De Drogas Y Delitos.

[624] Esta convención fue ratificada por Costa Rica en el año de 1990. Asamblea Legislativa," Ley No. 7198: Convención de Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", 25 de setiembre de 1990,

En esta Convención se establece la necesidad del decomiso introduciendo conceptos tales como: bienes de valor equivalente,[625] bienes de origen ilícito mezclados con bienes adquiridos lícitamente, bienes convertidos o transformados, protección a los terceros de buena fe y la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno.[626]

Adicionalmente, esta Convención fue el primer instrumento internacional donde se abordó la cuestión del producto del delito, y se pidió a los Estados que tipificaran el blanqueo de dinero como delito. El objetivo de tipificar penalmente el blanqueo de dinero era atacar a las organizaciones delictivas transnacionales en su punto más vulnerable: el dinero; tratando de identificar las transferencias de fondos de origen delictivo en los sistemas financieros, contando con mecanismos de alerta adecuados.[627]

1.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC, por sus siglas en inglés)[628] y sus protocolos[629], también conocida como Convención de Palermo[630], entró en vigor en septiembre de 2003. Con la UNTOC y sus protocolos, la comunidad internacional dio un paso significativo en la lucha mundial contra la delincuencia organizada transnacional (DOT), porque los estados se comprometieron, entre otras cuestiones,

---

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43622&nValor3=45970&strTipM=TC

[625] Este tipo de comiso se define de la siguiente forma: "Para los casos en que es imposible realizar el comiso (pensemos, por ejemplo, en la pérdida material del bien, sea voluntaria o accidental, o en su transmisión a un tercero de buena fe que lo adquirió legalmente) se prevé el comiso por valor equivalente, 197 según el cual los bienes que deben A no pueden ser decomisados deben ser sustituidos por otra propiedad de los responsables que tengan igual valor." Patricia Vargas González, *El comiso del Patrimonio Criminal* (Salamanca, España: Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012) 267-268. Esta clase de comiso no está previsto en la legislación de Costa Rica. Este tipo de comiso también se denomina impropio o de reemplazo.

[626] Asamblea Legislativa," Ley No. 7198: Convención de Las Naciones Unidas Contra El Tráfico..., artículo 5.

[627] De esta convención nació el delito de Legitimación de Capitales en Costa Rica.

[628]Asamblea Legislativa, "No. 8302: Convención de Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional (Convenio Palermo, 2000)", *La Gaceta,* No. 123 (27 de junio, 2003).

[629] La Convención tiene tres protocolos complementarios: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

[630] Por el nombre de la ciudad italiana donde se celebró la reunión en la que se invitó a los miembros de la ONU a adherirse (diciembre de 2000).

a criminalizar la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia; a eliminar los territorios seguros para la DOT en el mundo; a fortalecer la protección de víctimas y testigos; así como a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de los delitos transfronterizos. Además, se acordó, por primera vez, una definición universalmente compartida sobre este fenómeno.

El propósito fundamental de la Convención es el establecimiento de directrices generales que permitan a los Estados implementar medidas de carácter preventivas y también acciones con respecto a la criminalidad organizada trasnacional, principalmente en lo que respecta a lavado de activos[631].

Es una convención más específica que la anterior, incorpora y precisa conceptos para una mejor aplicación de su normativa. Se hace alusión a un concepto amplio de "bienes," entendiéndose que corresponde a los activos de cualquier tipo: "corporales o incorporales," muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Otro concepto precisado corresponde al "producto del delito" que es definido como "(…) los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito."

Muy relacionado con el tema objeto de estudio, la UNTOC hace la distinción entre "embargo preventivo" o "incautación" y "decomiso," definiendo ambos conceptos. En el primer caso, se trata de la "(…) prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente"; por decomiso "se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente".

Entre las principales aportaciones de esta convención destacan: (i) la definición y precisión con pretensión de aceptación universal, de conceptos esenciales y que se suponen inherentes a la delincuencia organizada transnacional; (ii) el acercamiento u homogenización

[631] Una definición técnica de 'lavado de activos' la proporciona Sabogal Quintero, quien cita a Blanco Cordero de la siguiente forma: es "el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita." Moisés Sabogal Quintero, *El Enriquecimiento Ilícito, El Lavado de Activos, El Testaferrato y la Extinción de Dominio en Colombia* (Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2020), 61.

entre las diversas legislaciones penales, y (iii) la fijación de compromisos, pautas y procedimientos para la asistencia técnica y cooperación internacional.[632]

1.2.3. Convención de las Naciones Unidas contra La Corrupción (Mérida, 2003)[633]

Una de las patologías de las sociedades actuales, y de cualquier modelo político, es la corrupción[634]. Se trata de un grave problema económico, social y político que abarca tanto a

[632] Otro aspecto importante de esta Convención se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas prevista en el artículo 10, la cual no es objeto de esta investigación, pero resulta relevante citarla como un aspecto novedoso de la UNTOC, a pesar de que ha resultado controversial. Sobre los antecedentes de la responsabilidad de las personas jurídicas se afirma: "La RPPJ tiene su origen en la responsabilidad penal colectiva que fue recogida en textos tan antiguos como el Código de Hammurabi. En el derecho romano podemos hallar supuestos de responsabilidad penal colectiva en la destrucción o pérdida de derechos de ciudades como castigo y en la institución del diezmo…Los canonistas desarrollan una teoría específica de la corporación eclesiástica entendiéndola como persona y convertida de este modo en el sujeto de derecho, y admiten la capacidad criminal de las corporaciones…Por su parte, los posglosadores, entre quienes destaca la figura de Bartolo de Sassoferrato, aceptan la teoría de los canonistas de que la universitas es una persona ficta y sostienen también la posibilidad de que la misma pueda cometer delitos. A partir del siglo XIX comienza a discutirse realmente la RPPJ y se alzan distinguidos autores como Malblanc y Feuerbach en contra de este régimen de responsabilidad penal. En este siglo la discusión dogmática sobre la naturaleza ficticia o real de la persona jurídica y sus consecuencias en el ámbito penal estuvo protagonizada por Savigny y Gierke. Mientras que la teoría de la ficción de Savigny defiende que las personas jurídicas son sujetos artificiales creados por la simple ficción y no pueden cometer delitos, la teoría orgánica de Gierke profesa que la persona jurídica es capaz de querer y de obrar por medio de sus órganos y, por tanto, también es capaz de cometer aquellos actos delictivos que realice uno de sus órganos en el ámbito de sus competencias y en representación de la misma…la frase societas delinquere non potest, que habría pronunciado por primera vez Von Liszt en 1881, precisamente para rechazar tal principio. En los siglos precedentes ha dominado de forma aplastante la teoría de que las personas jurídicas pueden cometer delitos y, en consecuencia, ser castigadas con sanciones penales (exceptuando la excomunión, inaplicable a las mismas): universitas delinquere et puniri potest." Antecedentes históricos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Lucas Gabriel Menéndez Conca, Revista Ratio Juris, vol. 16, número 32, pág. 113. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8062174.pdf. Sobre este tipo de responsabilidad es importante señalar lo siguiente: "Es bastante difundida la idea de que la RPPJ es algo nuevo, una nueva moda, una tendencia inaugurada al final del Siglo XX, en medio a una ola expansionista de punibilidad, rompiendo con una tradición histórica de ausencia de tal clase de medida. Marinucci[1] atribuye tal información falsa a una "difundida ignorancia crudita". Sc suele decir que la RPPJ es una creación anglosajona que sólo desde hace pocos años se ha difundido en el Derecho continental. Tal afirmación desconoce que la responsabilidad de los entes colectivos (universitates) ha existido en el derecho de la Europa continental durante los siete siglos precedentes al Siglo XIX, aunque fue abruptamente abandonada. El argumento, de hecho, no resiste a la investigación histórica. En oposición directa a ello se puede afirmar que la responsabilidad penal de los entes colectivos es una construcción que en el ambiente del common law remonta a varios siglos; que en el mismo derecho continental ha existido también durante el período medieval, como mínimo hasta el Código Napoleónico de 1810, cuando desapareció." César Busato, Paulo, "Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas", (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2019) 20, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788413133751.

[633] Esta convención fue ratificada por Costa Rica: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley no. 8557, decreto ejecutivo N° 33540 del 9 de enero de 2007.

[634] Si bien el convenio no establece una definición del concepto "corrupción". El término corrupción es un término genérico que engloba un gran número de conductas como el soborno, el cohecho, la prevaricación, el nepotismo, el tráfico de influencias, etc. De hecho, la convención en el capítulo III enumera una serie de conductas que son catalogadas como corrupción. Un concepto de corrupción utilizado en la literatura económica es el siguiente: "…el abuso de poder por parte de los agentes públicos para obtener una ganancia personal. En ocasiones se ha criticado esta definición por centrarse exclusivamente en el comportamiento de los agentes que actúan en el sector público, argumentando que el concepto de corrupción debe extenderse también a las acciones de los agentes

países emergentes como a países de *primer* mundo; afecta el sector público y también al sector privado, aunque el fenómeno de la corrupción solo se asocia al sector público en la memoria colectiva.

Además, hace mucho dejó de ser un asunto de naturaleza interna para convertirse en un fenómeno de ámbito, contenido e implicaciones con dimensiones internacionales. De ahí que, en los últimos años, se hayan multiplicado las acciones internacionales para hacer frente al problema de la corrupción.[635] Una de esas acciones es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción firmada en 2003, y que entró en vigor en diciembre de 2005. Se trata del primer instrumento global para prevenir y luchar contra la corrupción, fundamentado en un amplio consenso internacional.

Para efectos de esta investigación interesa resaltar la siguiente disposición:

> Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso. Artículo 54.1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: […] c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiado…[636]

Ciertamente, el decomiso sin que medie una condena penal no tuvo su origen en esta convención,[637] pero es el único instrumento internacional donde se menciona, en forma

---

privados, tanto en las transacciones que tienen lugar entre el sector privado y el público como dentro del ámbito meramente privado." Emmanuel Jiménez Franco, José Fernández Ajenjo, Nicolás Rodríguez García, Omar Gabriel Orsi y Fernando Rodríguez López. *Corrupción y Desarrollo* (España, Madrid: Tirant lo Blanch, 2017), 24, https://bit.ly/3BhQ0Jg. Una noción más adecuada desde un punto de vista penal sería la siguiente: "el uso de lo público (recursos o potestades) para fines privados, por parte de un servidor o quienes tienen a cargo su administración. Este tipo de acciones u omisiones, usualmente tendrán una finalidad lucrativa para el agente o su favorecido (en caso de que no se trate de los mismos sujetos); pero no es necesario que ello se traduzca ni tenga por objeto un beneficio económico, pudiendo ser de cualquier índole."

[635] Otro instrumento previsto al efecto es el siguiente: Asamblea Legislativa, Ley No. 7670, Convención Interamericana contra la Corrupción, del 17 de abril de 1997, La gaceta 80, del 28 de abril de 1997.

[636] Asamblea Legislativa, "No. 8557: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; 29 de noviembre, 2006", artículo 54.

[637] El concepto de jurisdicción *in rem* -literalmente "contra la cosa"-, fue común en el derecho de almirantazgo de modo que podría demandarse al barco, y no al capitán ni a la tripulación, ni al dueño si el barco cometía un crimen. Aunque Estados Unidos tenía leyes NCB desde 1776, fueron enmendadas hace más de 30 años a fin de atacar el flagelo del tráfico de drogas para llegar a dos categorías de propiedades: los productos del delito y la propiedad que facilita la comisión de crímenes designados. Theodore S. Greenberg, *Recuperación de Activos Robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* (Bogotá, Colombia; Mayol

específica, la posibilidad de ejercer el decomiso de un bien, sin que exista una condena penal, en aquellos supuestos donde el acusado no pueda ser procesado por razón de muerte, ausencia, o en otros casos relacionados.

Merece la pena destacar algunos aspectos comunes y relevantes de los instrumentos estudiados con respecto a la recuperación y privación de activos pertenecientes a particulares. En primer lugar, las tres convenciones de la ONU, es decir, la Convención ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), la Convención ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención ONU contra la Corrupción (2003) contemplan el decomiso básico o tradicional de naturaleza penal, el sustitutivo y el decomiso por valor equivalente, de forma tal que, en los tres instrumentos, se hallan reguladas tres variantes del decomiso de ganancias del delito.

En segundo lugar, en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención ONU contra la Corrupción (2003) se prevé la inversión de la carga de la prueba respecto del origen lícito de los bienes (arts. 12.7 y 31.8, respectivamente) abriendo el camino, a la posibilidad de considerar la naturaleza no penal de esta variante del decomiso, aspecto que se profundizará en la sección 4 de este capítulo. En tercer lugar, y como ya se destacó, la Convención ONU contra la Corrupción (2003), es la que prevé el decomiso sin condena (art. 54.1.c), y erige a la recuperación de activos de la corrupción como un principio fundamental (art. 51).

De lo revisado se infiere un fuerte impulso internacional para que las naciones, dentro del marco de sus legislaciones internas, promuevan la utilización de herramientas de decomiso, comiso o confiscación de bienes por origen y destinación ilícita relacionada actividades ilícitas o delitos graves.

Ediciones, 2009), 9. Las siglas NCB, significa Non-Conviction Based (NCB) Asset Forfeiture", utilizado en Estados Unidos de América, que traducido al castellano se interpreta como "Confiscación de activos sin condena". En este mismo sentido, se atribuye : "The first jurisdiction to introduce NCBC legislation was the United States. In the late 1700s already, NCBC legislation was introduced in order to tackle problems with pirate ships and slave traders who operated out of lawless regions of the Caribbean.8 The procedure of confiscating without the need for a criminal conviction of an offender was gradually developed and is today a cornerstone in the U.S. policy on confiscation." Jon Petter Rui y Ulrich Sieber,eds., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (Berlin, Alemania: Duncker and Humbolt, 2015), 3. Si se valora el objeto de la ED, la característica *in rem* no es del todo correcta, debido que la acción se dirige tanto a derechos reales como también podría recaer sobre derechos patrimoniales de muy variada naturaleza, véase sección 2 de este capítulo.

También se deduce una evolución hacia la ampliación de causas para el decomiso de activos, iniciando con el tráfico de estupefacientes para luego extenderse a otras tipologías criminales como el lavado de activos, la financiación a terrorismo, la corrupción, la trata de personas, entre otras.

1.2.4 Grupo de Acción Financiera [GAFI]

Otro antecedente importante en la creación de la ED se asocia con las recomendaciones formuladas por el organismo internacional denominado Grupo de Acción Financiera [GAFI][638] y que, en el caso latinoamericano, se denomina "GAFILAT"[639], del cual Costa Rica forma parte. Lo relevante de esta organización es que sus recomendaciones son de acatamiento obligatorio por los Estados, en el tanto que ello dependa de que un Estado sea calificado positivamente en la lucha contra el narcotráfico, el lavado de activos, terrorismo y la delincuencia organizada, entre otros.[640]

En el caso de Costa Rica, la implementación de las recomendaciones de la GAFI ha sufrido algunos retrasos, por esa razón, Costa Rica deberá ser evaluado para determinar el avance de las recomendaciones de la GAFILAT en general.[641] Lo destacable de esta

---

[638] En realidad, se trata de disposiciones denominadas *soft law,* sobre el particular vid. cita 26. El GAFI fue creado en 1989 durante la Cumbre del G-7 en París, como una respuesta de los siete países más industrializados (G-7) ante la preocupación por el lavado de dinero. Según el Instituto Costarricense sobre Drogas: "El mandato de esta organización es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional". Instituto Costarricense sobre Drogas, "¿Qué es la GAFI?," *Instituto Costarricense sobre Drogas,* última actualización: jueves, 10 octubre 2019, consulta 07 de abril 2020, http://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/inter-uif/gafi.

[639] El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica [GAFILAT] es una organización intergubernamental regional derivada del GAFI, que agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica, América de Norte y el Caribe; para prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva. ICD, Consulta 07 de abril 2021, https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual.

[640] Algunas consecuencias del incumplimiento para los Estados suponen la incorporación progresiva en listados internacionales (lista negra) de países con serias deficiencias en sus sistemas de prevención, riesgo país, encarecimiento de líneas de crédito, dificultades en operación de comercio exterior, límites y filtros en transacciones financieras, entre otros. Este organismo hace una clasificación de países de Alto Riesgo y no cooperantes. Existe otra lista denominada "gris" que son objeto de seguimiento, por cuanto se trata de países con deficiencias estratégicas que se encuentran sometidos a un Plan de Acción y respecto de los cuales el GAFI recomienda tener en consideración las deficiencias y riesgos detectados a los mismos. Véase: "https://www.fatf-gafi.org/home/

[641] Según la presidencia de la República de Costa Rica, esta nación "fue evaluada en el año 2015. Como resultado de ese proceso, el país se ubicó por debajo del umbral de cumplimiento, corriendo el riesgo de ser incluido como un país no cooperante en la llamada "Lista Gris del GAFI"; no obstante, gracias al compromiso desde el más alto nivel político y la atención de un plan de acción interno que fue atendido por los equipos técnicos del país y la Comisión Técnica Interinstitucional "CTI", se ha ido avanzando en cumplir adecuadamente este Estándar Internacional, después de haber afrontado 3 reuniones cara a cara con el equipo de evaluadores del GAFI,

organización son sus 40 recomendaciones actualizadas que contemplan variantes del decomiso, y remiten a las tres Convenciones estudiadas. Para esta entidad, el uso del decomiso y otras medidas para la recuperación de activos es una de sus principales propuestas. En ese sentido, se establece que los países adopten medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, solicitando expresamente lo siguiente:

> …incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes , (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.[642]

Para los efectos de esta investigación, lo relevante de sus recomendaciones es la siguiente disposición prevista en la recomendación cuatro y treinta y ocho:

> Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.[643]

La solicitud para que los países adoptaran medidas relacionadas con el decomiso sin condena previa no fue una novedad de las recomendaciones de GAFI, sino que existían legislaciones previamente donde no se requería la condena penal, dentro de las que se encuentra la legislación estadounidense y la italiana.[644]

---

que estuvo conformado por delegados de países como España, México, Brasil, Francia y Estados Unidos, entre otros." Gobierno del Bicentenario. "País se prepara para próxima evaluación del GAFI en el 2020", *Gobierno del Bicentenario*. Última actualización 01 de abril 2020, consulta el 07 de abril 2020, https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2019/03/pais-se-prepara-para-proxima-evaluacion-del-gafi-en-el-2020/.

642 Grupo de Acción Financiera de América Latina, "Las 40 recomendaciones": GAFILAT, consulta el 21 de julio 2021, https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4013-recomendaciones-metodologia-actdic20-1/file.

643 Recomendación número 38. https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/fatf-40-rec-2012-spanish.pdf. En la misma dirección está la recomendación número cuatro.

644 En Italia existe un procedimiento similar denominado "decomiso preventivo". Este tipo de decomiso preventivo se introdujo en Italia con la Ley Rognoni-La Torre (Ley del 13 de septiembre de 1982, Nº 664), tras dos asesinatos que marcaron simbólicamente el inicio de la emergencia, provocado por la mafia italiana: el del secretario de la sección siciliana del Partido Comunista Italiano, Pío La Torre (30 de abril de 1982), y del Prefecto de Palermo, General Carlo Alberto Dalla Chiesa (3 de septiembre de 1982). El decomiso preventivo hoy se aplica

Concretamente, en la recomendación número cuatro, se señala que los países deben adoptar medidas semejantes a las establecidas en las Convenciones de Viena, Palermo y en el Convenio sobre la Financiación del Terrorismo, tanto en el ámbito legislativo como en el terreno de la investigación, con vistas a la búsqueda y aprehensión de bienes, el rastreo y decomiso de bienes, con reserva de los derechos de terceros de buena fe. Dichas medidas incluyen los bienes blanqueados, los productos derivados o instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en el blanqueo o delitos subyacentes, los bienes que son producto de, o utilizado en, o destinados o asignados para su uso en la financiación del terrorismo, los actos o las organizaciones terroristas, o bienes de valor correspondiente.

Adicionalmente, se verifica en esta cuarta recomendación la adopción de un concepto amplio, de decomiso de bienes, directo e indirecto, que incluye la sustitución de los bienes obtenidos con las actividades delictivas. En el párrafo siguiente se menciona que la autoridad gubernamental encargada del proceso, debe tener competencia para atender solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de sus leyes internas. [645]

---

en Italia a través de un procedimiento *ad hoc* regulado por el art. 24 del Decreto Legislativo 6 de septiembre de 2011, n. 159 (Código de leyes antimafia y medidas de prevención). El decomiso o confiscación preventivo del sistema italiano, así como los procedimientos de *actio en rem* proporcionadas por los sistemas anglosajones (*civil forfeiture*), representan buenos ejemplos de acciones *in rem* para el decomiso de los activos ilícitos sin necesidad de una condena penal. Vincenzo Mongillo, "El decomiso de las ganancias de la corrupción en Italia. En busca de las garantías perdidas," *Criminal Justice Network*, actualización 14 de diciembre de 2018, https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/el-decomiso-de-las-ganancias-de-la-corrupcion-en-italia-en-busca-de-las-garantias-perdidas.

[645] "Decomiso y medidas provisionales. Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes , (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente. Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas. Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales." Grupo de Acción Financiera de América Latina, "Las 40 recomendaciones", cuarta recomendación "Decomiso y medidas provisionales".

1.2.5 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] es un órgano técnico que pone en marcha varias de las políticas programadas en los distintos convenios que elabora la ONU. En el caso de los bienes de origen ilícito, la tarea de UNODC fue elaborar una herramienta jurídica que facilitara la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo.

Una de las acciones de esta organización fue la elaboración de una *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* en el año 2011, mediante el Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe [LAPLAC], perteneciente a la UNODC.[646]

Según el preámbulo de este proyecto de normativa legal, sería de utilidad para aquellos países que proyectaban incorporarla en su legislación interna, dirigida a combatir uno de los pilares de la lucha contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales, adoptadas por el ordenamiento interno específico de cada país.[647]

La LMED se enfoca en la persecución de toda clase de bienes que integra la riqueza derivada de la actividad criminal. El punto de partida es el derecho a la propiedad del cual se supone que nadie debe ser privado arbitrariamente. Contrario a lo que se podría esperar, la ED reafirma la aplicación y reconocimiento del este derecho, en el entendido de que los bienes adquiridos con capital ilícito no ganan legitimidad ni pueden gozar de protección legal alguna.[648]

Inclusive en su génesis, se puntualizó que tenía un componente u orientación 'regional,' por cuanto fue diseñada siguiendo la 'tradición' de ciertos países latinoamericanos. Ese 'regionalismo' se refleja en el nombre adoptado "extinción de dominio" que, según afirman, proviene de la legislación agraria.[649] La propia ley modelo explica que se adoptó dicho nombre

---

[646]. La Ley Modelo fue redactada por un grupo informal experto con integrantes de varios países y organismos, el cual –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 Unido. Véase: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, "Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, abril 2011," 3, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf.

[647] UNODC, "Ley Modelo sobre Extinción," 4.

[648] UNODC, "Ley Modelo sobre Extinción," 2.

[649] Sobre el origen del término y su aparente "regionalismo," está referido a la legislación colombiana. Según Santander, el concepto existía en la legislación colombiana número 200 del año de 1936, "Extinción de Dominio sobre tierras incultas," término que aún se emplea en materia agraria en la Ley 160 de 1994.". Gilmar Giovanny Santander Abril, "Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas"

por tratarse de la denominación "más común en la región" y no, por ejemplo, "*decomiso sin condena*," término utilizado en otros escenarios internacionales.[650] No obstante lo anterior, el término existe en Colombia y Costa Rica hace muchos años, en varias leyes de naturaleza agraria.

También se menciona que recoge "buenas prácticas a nivel internacional, con un enfoque diferente y propio en lo que a técnica legislativa se refiere, y retoma las experiencias domésticas para llegar al mejor modelo posible".[651]

La ley modelo dedica numerosos artículos a aspectos procesales y, en este sentido, sus autores lo consideran uno de los ejes principales para que funcione como una hoja de ruta para las autoridades legislativas y judiciales de cada uno de los países donde se aplique. La razón es que el concepto de extinción de dominio, como una "*consecuencia patrimonial*," es *sui generis,* además de que el procedimiento es 'autónomo' e 'independiente' de cualquier otro juicio o proceso.[652] En síntesis, el organismo internacional consideró necesario un procedimiento especial para aplicar en forma eficiente el mecanismo de extinción de dominio.

1.3. Legislación regional

(Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, 2018), página 114, https://repository.usta.edu.co/handle/11634/13246. Sin embargo, se pueden encontrar disposiciones similares en Costa Rica; existió una especie de extinción de dominio con la ley del Instituto de Tierras y Colonización (ITCO) número 2825 del 14 de octubre de 1961, artículo 30 inciso 20 que disponía: "…b) Si la tierra correspondiente al exceso estuviere inculta, el Instituto dictará resolución ordenando se inscriba a nombre del Instituto de Tierras y Colonización y lo comunicará a la Procuraduría General de la República para que ésta, en un término de quince días, proceda a cumplir con lo resuelto mediante protocolización e inscripción…" Aunque esa disposición fue declarada inconstitucional y el capítulo donde se encontraba fue derogado tácitamente por la Ley del Instituto de Desarrollo Agrario número 6735, el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Agraria mantiene una disposición casi idéntica: "b*) Si el exceso del terreno localizado se encontrara sin cultivar o no fuera objeto de explotación ganadera, una vez notificada y firme la resolución del instituto, que declare la existencia de las demasías, y una vez localizada el área correspondiente por el propietario, se procederá a levantar e inscribir el plano en la Oficina de Catastro, y a solicitar al Registro Público, por mandamiento, la inscripción respectiva a nombre del instituto… La inscripción a favor del Instituto, de las demasías a que se refiere el presente artículo, se mantendrá hasta tanto no se decida en sentencia definitiva, basada en autoridad de cosa juzgada -en caso de contención- sobre tal inscripción*." También, el artículo 68 de la Ley del Instituto de Desarrollo Agrario número 6735, dispone de una forma de extinción: "… Con excepción del caso b) y antes de la revocatoria o **extinción** del derecho, debe proceder una amonestación que no haya sido atendida por el adjudicatario…". El artículo 40 de la Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (Ida)…, No 9036 del 11 de Mayo de 2012, indica: "*Fondo De Tierras. El Fondo de Tierras será una dependencia técnica del Inder, especializada en la regulación, adquisición, titulación, dotación y control de las tierras adquiridas por el Inder, el uso y la* ***extinción*** *de los derechos sobre la tierra*.

[650]. UNODC, "Ley Modelo sobre Extinción," 2.

[651] UNODC, "Ley Modelo sobre Extinción," 3.

[652] UNODC, "Ley Modelo sobre Extinción," 3.

Después de varias décadas de ausencia de conflictos bélicos en la región Centroamericana, se tenía la esperanza de que los problemas sociales, políticos y económicos de esta zona centroamericana hubiesen mejorado a fin de permitir la estabilización político-económica y, sobre todo, disminuir la exclusión social y la desigualdad.

Sin embargo, la mayor parte de Centroamérica se encuentra hoy ante una violencia recurrente y multidimensional, sobresale la criminalidad organizada y el narcotráfico; fenómenos que golpean, principalmente, a las poblaciones más vulnerables y marginadas. Ante las nuevas amenazas y un futuro muy incierto, los más desfavorecidos optan por la emigración, aunque implique una larga cadena de sufrimientos y peligros. Como lo han registrado periodistas y estudiosos del tema, los inmigrantes se dicen a sí mismos: "si voy a morir aquí, prefiero morir en el viaje,"[653] lo cual evidencia un grave problema, cuya solución no se vislumbra en el corto plazo.

El escenario es complejo: la violencia, la corrupción, el narcotráfico, las maras, la trata de personas y migración, la persistente pobreza y desigualdad son, sin duda, amenazas a la estabilidad política y económica de la región. No obstante, parece justo destacar algunos aspectos positivos revelados en el último informe sobre el Estado de la Región, según el cual se ha mejorado en temas como la mortalidad infantil, a su vez, se registra una leve reducción de la pobreza y, si bien Centroamérica continúa siendo una de las regiones más violentas a nivel mundial -sin contar las naciones en guerra-, durante los últimos años -sobre todo a partir del año 2015-, la mayor parte de los países de Centroamérica han experimentado un importante descenso en las tasas de homicidios.[654]

Estos avances tienen causas de índole internas y relacionadas con las dinámicas socioeconómicas de cada Estado; también son reflejo, en menor o mayor grado, de la actuación

---

[653] Localizado en Bases suscritas, David Díaz Arias y Christine Hatzky, eds. *¿Cuándo pasará el temblor? crisis, violencia y paz en la américa latina contemporánea,* (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Centro de Investigaciones Históricas de América Central, 2019), 145.

[654] Dichas mejoras se encuentran explicadas y fundamentadas en el Sexto Estado de la Región 2021. Según este informe: "Estas mejoras se registraron sobre todo en materia de generación de energías renovables, el acceso a servicios básicos como el agua y la infraestructura de saneamiento. Además, cabe notar la reducción de la mortalidad infantil y de los niveles de pobreza, junto con caídas recientes en las tasas de violencia homicida en la mayor parte de los países de Centroamérica." Programa Estado de la Nación [PEN] y Consejo Nacional de Rectores [CONARE]. *Sexto Estado de la Región 2021* (San José, Costa Rica.: PEN), 28, Repositorio CONARE, https://repositorio.conare.ac.cr/handle/20.500.12337/8115

de los organismos regionales que gravitan en torno al Sistema de Integración Centroamericano (SICA).[655]

De acuerdo con el informe de Estado de la Región, a pesar de las diferencias políticas e ideológicas, los gobiernos tienen amplia coincidencia en sus posiciones ante la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre asuntos globales y regionales, tales como la mitigación y adaptación al cambio climático, también el desarme o las medidas contra crimen organizado internacional. Esta convergencia no es casualidad, y los instrumentos jurídicos regionales que se analizarán son una clara evidencia de esa afinidad.[656]

El primer instrumento regional de interés para esta investigación corresponde al Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

1.3.1 Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas [657]

Este convenio fue creado en 1993, a escasos años de haberse firmado los acuerdos de paz en la región. De una atenta lectura de sus considerandos, se deduce que sus objetivos básicos están relacionados con un eje central: la paz firme y duradera en Centroamérica; analizando este objetivo esencial, se razonó que no podría haber paz duradera si no se promovía la adopción conjunta de soluciones a los problemas comunes de la Región.[658]

Sobre los considerandos del convenio, interesa destacar el señalamiento expreso al problema del narcotráfico y la farmacodependencia como amenazas que socavan las estructuras

---

[655] El Sistema de Integración Centroamericana [SICA] tiene por objetivo la integración de Centroamérica para constituirla en una región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo.

[656] PEN y CONARE, *Estado de la Región...*, 57. También se coincide con este informe cuando indica: "Esta convergencia funcional puede ser potenciada ampliando los canales de diálogo entre los gobiernos y las sociedades sobre los temas en los que existe una convergencia funcional de posiciones e intereses. Aprovechar los acuerdos establecidos para generar otros nuevos, o para ampliar los existentes, puede ser una estrategia sensata para definir acciones específicas y buscar financiamiento internacional para atender las prioridades compartidas,". PEN y CONARE, *Estado de la Región...*, 58.

[657] Para efectos prácticos, en adelante se denominará este Convenio como 'Comisión Centroamericana'. Fue ratificado por Costa Rica según Ley 7567 de 18/12/1995; La Gaceta No 113 del 18 enero de 1996. En la página oficial del SICA, indica que este convenio está vigente, se puede verificar en el siguiente enlace: https://www.sica.int/documentos/ratificacion-de-la-republica-de-costa-rica-al-convenio-constitutivo-de-la-comision-centroamericana-permanente-para-la-erradicacion-de-la-produccion-trafico-consumo-y-uso-ilicito-de-estupefacientes-y-sustancias-psicotropicas_1_116918.html

[658] Véase Convenio Comisión Centroamericana', considerandos

institucionales, atentan contra el desarrollo económico y representan un obstáculo para el desarrollo integral de la región.[659]

En cuanto a su contenido material, el convenio creó una entidad del Sistema de Integración Centroamericana en calidad de Organismo Especializado para atender de manera Institucional, permanente e integral, los diferentes aspectos relacionados con el narcotráfico y sus consecuencias en la Región Centroamericana.[660]

Adicionalmente, dentro de sus antecedentes está la "Declaración de Puntarenas," donde se destacó la relevancia de incautar dinero y otros bienes. Esta propuesta está en armonía con las convenciones internacionales estudiadas, a fin de que los gobiernos de la región tomen medidas legislativas tendientes a controlar, incautar e invertir, los activos procedentes del narcotráfico en general.[661]

Conforme a los objetivos antes mencionados, la comisión participó en la construcción de un instrumento regional denominado "Acuerdo entre Centro América y República Dominicana para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, relacionados con El Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos,"[662] el cual contiene algunos aspectos civiles relevantes para efectos de esta investigación, que se estudiará seguidamente.

1.3.2. Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos

Este convenio fue ratificado por Costa Rica desde el año de 1999 su principal referente fue la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, y Sustancias Psicotrópicas" (Convención de Viena), uno de sus objetivos principales fue fomentar la armonización de las legislaciones de los países centroamericanos.[663]

---

[659] Véase Convenio, considerandos, dos, cuatro y cinco.
[660] Ibid., artículo 1.
[661] Ibid., artículo 2.4.
[662] En los considerandos de este Convenio, se reconoce la iniciativa de la Comisión Centroamericana para su elaboración.
[663] Sistema de Integración Centroamericana [SG-SICA], "Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos; 12 de julio, 1997", https://bit.ly/36NmmO2.

La definición del concepto de bienes es una transcripción idéntica de la consignada en la Convención de Viena. Además, contiene disposiciones relacionadas con el embargo preventivo y el decomiso de bienes, pero rigiéndose bajo fundamentos penales. Lo destacable de este convenio es la conceptualización del tercero de buena fe;[664] aunque no es propiamente una buena fe 'calificada' en los términos estudiados en esta investigación,[665] tampoco coincide con el concepto de buena fe tradicional o civil.[666] El mencionado artículo 6 incluye un concepto civil: 'sin mediar negligencia'. De esta forma, para que opere la devolución de los bienes al reclamante o tercero de buena fe, no basta con demostrar la titularidad del bien; además, deberá de comprobar la inexistencia de negligencia en el uso o adquisición ilegal del bien que reclama.

La circunstancia anterior permite comparar la semejanza que esta disposición posee con el componente subjetivo denominado 'debida diligencia' en la atribución de responsabilidad, en las causales 'por destinación' que se estudiarán adelante. Además, esa misma disposición exige que el tercero demuestre que hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos. Obsérvese que este elemento incluido en el convenio también implica un requisito adicional al tercero de buena fe; sin embargo, lo destacable es la exigencia expuesta para el tercero. En el fondo, esta disposición evidencia una sutil forma de inversión en la carga de la prueba, la cual nunca fue protestada por los defensores del principio de inocencia y las garantías del debido proceso penal, a pesar de su vigencia en un convenio y Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas. [667]

---

[664] Artículo 6.- Terceros de buena fe. Las medidas y sanciones a que se refieren los artículos 4 y 5 se aplicarán sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe...Conforme al derecho interno de cada Estado Parte, el tribunal o la autoridad competente dispondrá devolver, al reclamante, los bienes, productos o instrumentos cuando se haya acreditado y concluido que: 1.- El reclamante tiene legítimo derecho respecto de los bienes, productos o instrumentos; y al reclamante no puede imputársele ningún tipo de participación, colusión o implicancia con respecto a delitos de lavado provenientes del tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, objeto del proceso; y 2.- El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos. Sistema de Integración Centroamericana [SG-SICA], "Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos; 12 de julio, 1997", https://bit.ly/36NmmO2

[665] Vid. Cap. VI, sección I.

[666] Es necesario reconocer que no se trata de una disposición legal innovadora, por cuanto sigue la definición que recomendó el Reglamento Modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre Lavado de Activos. También una disposición semejante se encuentra en el artículo 94 de la Ley sobre Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, número 7786, del 30 de abril de 1998.

[667] "Artículo 94.-El tribunal o la autoridad competente dispondrá la devolución de los bienes, productos o instrumentos al reclamante, cuando se haya acreditado y concluido que: ... c) El reclamante desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente. d) El reclamante no adquirió derecho alguno a los bienes, productos o

2. El Objeto sobre el cual recae la Extinción de Dominio

En este apartado, corresponde analizar el tipo de bienes que persigue la ED y contrastarlo con su homónimo del derecho de propiedad, (capítulo II, sección II). Para tal propósito, primero se hará una breve exploración de las convenciones ya estudiadas que han impulsado las distintas legislaciones domésticas en esa materia.[668] Este primer acercamiento pretende conocer el sentido y conceptualización del objeto sobre el cual recaen las diferentes acciones de privación y recuperación de bienes.[669]

2.1 Instrumentos Internacionales (bienes, productos e instrumentos)

En la Convención de Viena, los términos 'producto' y 'bienes' se definieron separadamente.[670] Así, para conceptualizar 'producto,' se hace referencia al origen de estos y para el caso 'bienes,' se hace hincapié en incluir aquellos de toda clase.[671] En el artículo 1.q) de esta Convención, se definen los bienes como: "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos".[672] Una definición similar se encuentra en el art. 2.a) de la Convención de Palermo, si bien el término "raíces" es sustituido por 'inmuebles'.[673]

---

instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible secuestro y comiso. e) El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos." Asamblea Legislativa, "No. 8204: Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo; 26 de diciembre, 2001".

668. Se refiere a las convenciones aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas, conocidas con la denominación de 'Viena,' 'Palermo y 'Mérida,' respectivamente.

669. Adicionalmente, téngase presente que la ED está categorizada como una acción real porque su objeto son los bienes, y no las personas que alegan ser titulares de derechos reales sobre ellos, de ahí la pertinencia de su estudio.

670 Conviene aclarar, que en la mayoría de los instrumentos internacionales existen definiciones de algunos conceptos básicos que tienen como propósito establecer el alcance de algunas palabras utilizadas en el respectivo documento.

671Asamblea Legislativa, "Ley No. 7198:Convención de Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", 25 de setiembre, 1990.

672 Es importante acotar que la mayoría de las convenciones son concebidas en el idioma inglés, por tal razón, es importante asegurarse de que se mantenga el sentido original de las palabras en la traducción al idioma español. En este caso, el artículo 2 (d) de la Convención en su versión del idioma inglés dice: "(d)"*Property" shall mean assets of every kind, whether corporeal or in-corporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such assets*". La palabra central de la oración anterior es *assets.* La traducción al idioma español de la palabra *assets* corresponde al término 'activos' o 'bienes'. Webster's New Spanish-English Dictionary, (New York, United States of America: The Popular Group, 2001) 311. De esta forma, tanto en su versión del idioma inglés como también en el español, los términos *assets* o 'activos' tienen una evidente connotación financiera-contable.

673 "d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre

En forma similar a las convenciones anteriores, la definición contenida en el art. 2.d) de la Convención de Mérida explica que la expresión "activos de cualquier tipo," contenida en la definición de bienes, comprende los fondos y los derechos sobre activos.[674]

En relación con el término 'producto,' el art. 1.p) de la Convención de Viena lo define como "los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3"; es decir, de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes. Las Convenciones de Palermo y Mérida definen el producto en los mismos términos, con la salvedad de que el delito del cual derivan, o proceden los bienes, no está limitado a uno relativo al tráfico ilícito de drogas; sino a "un delito" enumerado en esos dos instrumentos.

Sin duda, las definiciones esbozadas resultan dilatadas, permitiendo incluir cualquier tipo de bien o activo obtenido directa o indirectamente de la comisión de un delito.[675]

Por otra parte, es relevante entender que las convenciones estudiadas tienen un enfoque penal por dos razones. Primero, porque establecen acciones y procedimientos para ciertos

dichos activos;" Asamblea Legislativa," No. 8302: Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; 1 de julio, 2003, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=50810&nValor3=54705&strTipM=TC

[674] "d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos…" Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 2 d.

[675] Estas definiciones coinciden con un concepto amplio del derecho de propiedad, en los términos que se expusieron en el capítulo II. Además, se retoma la distinción entre el derecho de propiedad y el objeto sobre el cual se reconoce. En las definiciones estudiadas en este apartado, su conceptualización se aproxima más al objeto del derecho de propiedad que al derecho de propiedad en su sentido restringido, o sea, al interés jurídico que se concentra sobre una cosa específica.

delitos y criminalidades; en segundo lugar, porque describen procedimientos de naturaleza penal: 'incautación,' 'comiso'[676] o 'decomiso de bienes,' entre otros.[677]

En lo relacionado con el decomiso de bienes -término más usado a nivel internacional y sinónimo de comiso-, se siguen los presupuestos tradicionales de ese instituto; por ello, se habla de producto, bienes e instrumentos.[678]

[676] En la versión del idioma inglés de la Convención de Mérida, artículo 2 inciso g, se usa el término *confiscation.* La traducción al idioma mencionado de la palabra 'comiso' corresponde precisamente al término descrito, o también suele usarse la palabra *forfeiture*. Es evidente que la palabra inglesa *Confiscation* no es sinónimo del concepto de confiscación en los términos que alude el artículo 40 de la CP de Costa Rica. La definición semántica de dicha palabra, que se encuentra en el diccionario de la RAE, hace alusión a una sanción consistente en la apropiación por el Estado de la totalidad del patrimonio de un sujeto. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [versión 23.3 en línea], <https://dle.rae.es>. Definición del término *Consfiscation*: "Act of confiscating. The seizure of private property by the government without compensation to the owner, often as a consequence of conviction for crimen, or because posession or use of the property was contrary to law..." Black's Law Dictionary, 6ª edición (St.Paul, Minn, United States of America: West Publishing Co., 2021), 299. Forfeiture: "A comprehensive term which means a divertiture el specific property without compensation; it imposes a loss by tue taking away of some preexisting valid right without compensation.... A deprivation or destruction of a right in consequence of the nonperformance of some obligation or condition. Loss of some right or property as a penalty for some ilegal act... Forfeiture of property (including money, securities, and real estate) is one of the penalties provided for under certain federal and state criminal statutes. Such forfeiture provisions apply to property used in the commission of a crime under the particular statutes, as well as property acquired from the proceeds of the crime..." Black's Law Dictionary, 6ª edición (St.Paul, Minn, United States of America: West Publishing Co., 2021), 650.

[677] En la Convención de Mérida, también se mencionan los siguientes términos: embargo preventivo y 'decomiso sin que medie una condena'. A primera vista, podría considerarse que el término 'embargo preventivo' es de naturaleza civil, no obstante, de una atenta lectura del artículo 31 de esta convención, en realidad se trata de una medida cautelar para el aseguramiento de un posible decomiso o comiso. La segunda noción, es precisamente la génesis de procedimientos in rem. Esta posibilidad de decomiso sin condena corresponde al artículo 54 que dice: "Artículo 54. Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional. para fines de decomiso. 1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: … c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados." Asamblea Legislativa, "No. 8557: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo 54.

[678] Con respecto al comiso, el Código Penal costarricense indica: "Artículo 110.- Comiso. El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros." En la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, N° 7786 del 30 de abril de 1998, regula el decomiso, el cual define en los siguientes términos: "Artículo 83.-Todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, serán decomisados por la autoridad competente que conozca de la causa; lo mismo procederá respecto de las acciones, los aportes de capital, los productos financieros y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos."

De un examen de las anteriores definiciones, se colige que la palabra 'activos'[679] es entendida como sinónimo de 'bienes,' aludiendo al conjunto de bienes, derechos y otros recursos que pertenecen a un individuo o una empresa.[680]

Como colofón, se puede afirmar que el objeto material de la acción de la ED se define de forma muy amplia en estos instrumentos internacionales, lo que permite incluir cualquier bien que proceda o haya sido obtenido directa o indirectamente de la comisión de alguno de los delitos que ahí se tutelan. Además, el tratamiento efectuado en estas convenciones se refiere a los objetos sobre los cuales recae el comiso u otra forma de privación de bienes, y no solo al derecho de propiedad en su sentido estricto.[681]

Para finalizar, la amplitud de cada término -"bienes" o 'activos'- acuñado en los instrumentos internacionales *sub exámine*, tiene como efecto anticipar las nuevas formas de riqueza que surgen a menudo. Esta técnica evita la necesidad de realizar actualizaciones a la legislación existente ante la creación de nuevas formas de 'propiedades'.

2.2 Derecho positivo

En materia de 'objeto' y a partir de una revisión de la LMED, se sigue la línea tradicional de los instrumentos internacionales que identifica 'bienes' con 'activos,' 'productos' con bienes derivados directa o indirectamente de actividad ilícitas, y la palabra 'instrumentos' también se precisa con el concepto genérico de 'bienes'.[682]

---

[679] De acuerdo con el diccionario de la Real Academia, la palabra 'activo' se refiere al "Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo." Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [versión 23.3 en línea], <https://dle.rae.es>

[680] Según Ossorio, la palabra 'activo' se define de la siguiente forma: "En lenguaje mercantil se entiende por activo el total de los valores, créditos y derechos que un comerciante individual o una sociedad mercantil tienen a su favor. Es, pues, un concepto opuesto al del pasivo, representado por todo lo que el comerciante individual o social debe. Esta situación ha de aparecer correctamente reflejada en los libros de comercio. Por extensión, el concepto de activo, como el de pasivo, puede aplicarse a las personas físicas o a las jurídicas, aunque no sean comerciantes." Manuel Osorio, *Diccionario Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales I* (Buenos Aries, Argentina: Editorial Heliasta, 1984), 29.

[681] Para una distinción entre el objeto del dominio y el derecho de propiedad, entendido este último como aquel derecho real que recae sobre una cosa, véase cap. I, sección I, relacionado con el sentido estricto del concepto sobre el derecho de propiedad.

[682] "Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá como: …b. bienes: Activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. c. "Productos": Bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas. d. "Instrumentos": Bienes utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para actividades ilícitas." Ley Modelo de Extinción de Dominio, art. 1.

Una modificación importante al delimitar el objeto de la ED está presente en el Código de Extinción de Dominio colombiano, que define bienes como: "Todos los que sean susceptibles de valoración económica[683], mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial."[684]

El cambio consiste en incluir las circunstancias "susceptibles de valoración económica," y el apelativo de "contenido patrimonial." Esta última definición alude a lo que está en el patrimonio, e incluye: derechos reales, derechos personales, bienes inmateriales, bienes de procedencia ilícita adquiridos en cualquier época; bienes adquiridos a través de un proceso sucesorio que tengan origen ilícito, o bienes empleados como medio del delito; de bienes de valor equivalente, además, se extiende a frutos y rendimientos.[685]

En lo demás, la ley colombiana confirma que el objeto sobre el cual recae la pretensión de ED no se restringe al Derecho de Propiedad, debido a que no siempre el reclamo versa exclusivamente sobre este; de forma que la ED se podría extender a derechos de crédito, bienes futuros o los personalísimos, entre otros.[686]

Dentro de la Ley Nacional de Extinción de Dominio de México, se utiliza una definición que también gira en torno del concepto de bien y, al igual que la legislación colombiana, lo califica como "bienes de carácter patrimonial,"[687] es decir, que se trate de relaciones jurídicas

---

[683] Frente a este aspecto, es necesario tener presente la concepción utilitaria y económica del término 'bien' identificándolo con la idea de la utilidad que le brinda a los seres humanos, y de ahí su carácter de apropiable.

[684] Mario German Iguarán Arana y William de Jesús Soto Angarita, *La Extinción de Dominio y los Terceros de Buena Fe Exenta de Culpa* (Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2015), 178.

[685] Ricardo Rivera Ardila, *La Extinción de Dominio*, 3ª ed. (Bogotá: Leyer Editores, 2020), 59.

[686] Giovanny Santander, *"Naturaleza Jurídica...,"* 281.

[687] El artículo 22 de la Constitución Política Mexicana dispone: "Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de… la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales…No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para… ni de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. Párrafo reformado DOF 27-05-2015, 14-03-2019 La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal… Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo En de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos. Párrafo adicionado DOF 14-03-2019. A toda persona que se considere afectada, se le deberá garantizar el acceso a los medios de defensa adecuados para demostrar la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento. Párrafo adicionado DOF 14-03-2019 "Artículo reformado DOF 28-12-1982, 03-07-1996, 08- 03-1999, 09-12-2005, 18-06-2008." http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.

El concepto de 'carácter patrimonial' se refiere a la propiedad, o a los bienes en general de una persona. los bienes propios adquiridos por cualquier título. "En una definición jurídica más jurídica, el ***patrimonio*** representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que

de contenido económico (tanto activas -bienes y derechos- como pasivas -deberes y obligaciones-) que son objeto de una consideración unitaria por parte del ordenamiento.

El artículo 22 de la Ley contra la Delincuencia Organizada[688] establece como 'objeto' los incrementos emergentes del patrimonio en general, lo que demuestra alguna semejanza con la legislación mexicana que también utiliza el concepto de 'patrimonio' como criterio central.

En el proyecto de ley de la ED, número 19571 -último proyecto en trámite- la definición de bienes incluye conceptos como: activos, derecho de contenido patrimonial, documentos o instrumentos legales, derecho de propiedad sobre bienes y activos, y bienes o derechos.[689]

En términos generales, se puede admitir que se mantiene un concepto extensivo de 'bien' en la mayoría de las acepciones estudiadas, a su vez, se usa como sinónimo de activo o patrimonio. Además, no solo comprende aquellos bienes que son susceptibles de apropiación, también abarca cualquier derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona.

En este sentido, el concepto adoptado por los instrumentos internacionales, la legislación extranjera y el proyecto de ley costarricense utilizan un concepto amplio de derecho de propiedad, según lo estudiado en el capítulo II. Lo anterior significa que, si bien la posible acción de Extinción de Dominio podría recaer sobre un derecho de propiedad, también podría aplicarse a los derechos de crédito, y a ciertos derechos inmateriales o patrimoniales que son susceptibles de valoración económica, como lo serían las concesiones administrativas.[690]

---

pueden ser apreciables en dinero". Manuel Ossorio, *Diccionario Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, II (Buenos Aires, Argentina, Editorial Ruy Díaz, 1984), 555.

[688] "Artículo 22. Sanciones. La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente…"

[689] "2) Bienes: Los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, corporales o incorporales o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial, títulos valores, los documentos o instrumentos legales, dinero y todos los activos e instrumentos financieros que sean sujetos de medidas directas e inmediatas de congelamiento, inmovilización o custodia, capital de una sociedad o persona jurídica, acciones y cuotas sociales; así como cualquier derecho de propiedad sobre bienes y activos, en los términos establecidos en esta ley". Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019)."

[690] Existe un sinnúmero de derechos inmateriales que serían posibles de la pretensión extintiva que, sin reunir los presupuestos para ser reconocidos como un derecho de propiedad, sí encuadran bajo el concepto de derechos de contenido patrimonial, como los de explotación derivados de una concesión administrativa; de explotación de recursos mineros, concesiones de transporte público, de espectro electromagnético, entre otros. Tratándose de concesiones, el Derecho Público lo denomina Derechos Reales Administrativos. En esta materia, es usual que se cite a tratadista español Jesús González Pérez, como uno de sus precursores en un artículo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, marzo-abril 1957, p.145. Según Garrido Falla "hay que entender que un derecho real debe calificarse de administrativo siempre que, cualquier que sea la naturaleza jurídica del sujeto o del objeto, presente particularidades respecto a su régimen jurídico que contrasten con el establecido en el Derecho Civil."

3. Particularidades de la acción de Extinción de Dominio

3.1 Conceptualización

Cuando surgen instituciones de derecho que no se ubican en una rama específica, los juristas intentan encontrar su 'naturaleza jurídica'. La 'regla' de buscar dicho concepto en cualquier instituto, herramienta, acción procesal, o en cualquier fenómeno vinculado al derecho, se ha vuelto tan habitual que, en consecuencia, pasa inadvertido el motivo de esa exploración.

Sólo la habituación producida por una empeñada rutina es capaz de explicar el curioso fenómeno de que, sin mayor excusa, se hubiese empleado tanto tiempo y tantas palabras en el estudio de un tópico cuya justificación de ser y aparente trascendencia en la práctica se ignora, incluso resulta estéril. La realidad es que los juristas están intentando, continuamente, desenterrar la naturaleza de multitud de instituciones, antes de haber resuelto qué hay que entender por 'naturaleza jurídica,' o para qué iniciar esa desaforada búsqueda por descifrar el acertijo denominado 'naturaleza jurídica'.[691]

Para este estudio, se dejó de lado la anterior tradición, y se buscó explicar y conceptualizar la ED a partir de la propia legislación existente y otros formantes relacionados con esta materia, particularmente la doctrina, convenciones internacionales y los precedentes jurisdiccionales.

La precisión conceptual que se ensaya toma como punto de partida la referencia de elementos comunes para definir la ED como un instituto[692] y, para estos efectos, se usaron las enunciaciones de la LMED, el Código de Extinción de Dominio de Colombia, la ley de ED de

---

Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, España: Editorial Tecnos S.A., octava edición, 1987), 339.

[691] Según Haba, "El discurso de las "naturalezas jurídicas" disimula que se trata de unas decisiones sobre cómo deban entenderse convencionalmente determinados textos. Decisiones tomadas por el propio intérprete, según sus (¡de él!) preferencias, bajo las influencias que fuere, ya sea intelectual -así, el «entrenamiento» en determinada dogmática- o las provenientes de ciertas presiones sociales. Ello implica optar, ni más ni menos, por tales o cuales resultados prácticos. El hacer ver esto último, que se trata de sus preferencias, no es sino subrayar el hecho, inevitable, de que, cualquiera sea la opción interpretativa adoptada, siempre consiste en un escogimiento por parte de algún intérprete; o sea, que ella también podría haber sido distinta, si el intérprete fuese otro y este adopte unos criterios interpretativos diferentes." Para una ampliación sobre la crítica que realiza Haba acerca del concepto de 'naturaleza jurídica,' ver Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho...*,453 y siguientes.

[692] Al mencionar el concepto 'instituto', se refiere al estudio de los aspectos sustanciales o materiales de la ED. Sobre este particular, se coincide con el criterio de Vásquez Betancur para quien la búsqueda de una definición de un instituto determinado no consiste en dividir sus contenidos. Vásquez Betancur, Santiago, *De la Extinción de Dominio en Materia Criminal (*Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2020) p.56.

Guatemala, Ley Nacional de Extinción de Dominio de México y el proyecto de ley de Costa Rica proyecto de Ley número 19.571 y sus textos sustitutivos.[693]

Previo a una específica conceptualización, se toman en cuenta los siguientes elementos que son propios de la ED en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: a.- la génesis de la ED está directamente influenciada por las convenciones internacionales estudiadas; b.- procura atacar los dividendos económicos que genera cierto tipo de criminalidad, principalmente aquella derivada de la globalización; c.- despoja a sus titulares de aquellos derechos subjetivos patrimoniales ilegítimos, por origen o destinación; d.- preserva y defiende los derechos de propiedad que cumplen con los requisitos propios del negocio jurídico y la función social que le es inherente; e.- no procede el pago de ningún tipo de compensación o contraprestación a favor de la persona privada de sus bienes; e.- la declaratoria de privación de bienes es jurisdiccional, y se ordena a favor del Estado.

A partir del examen detenido de las distintas legislaciones y la doctrina existente, se puede definir preliminarmente la Extinción de Dominio como un instrumento de política criminal y civil creado por el Estado cuyo propósito es atacar las finanzas criminales, mediante una declaración judicial que extingue o priva, a favor del Estado, aquellos derechos de propiedad sobre situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial o. simplemente sobre activos (objeto material), que han vulnerado el derecho de propiedad legítima (bien jurídico), a partir de la efectiva demostración de alguna causal extintiva de dominio, como lo son: bienes que sean producto, directo o indirecto, de actividades ilícitas descritas en la ley, bienes que sean

[693] Otras definiciones se encuentran en las legislaciones. El artículo 15 del Código de Extinción de Dominio de **Colombia** establece lo siguiente: *Concepto.* La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado. **México:** "Artículo 3. La extinción de dominio es la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los Bienes a que se refiere la presente Ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario o para quien se ostente o comporte como tal, ni para quien, por cualquier circunstancia, posea o detente los citados Bienes." **Ley Modelo de Extinción de Dominio. Artículo 2. Concepto.** 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. **Costa Rica**: "Artículo 2- Concepto. La extinción de dominio es la consecuencia patrimonial de actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado, de los bienes y derechos que tengan origen o sean destinados a actividades ilícitas en los términos de la presente ley, así como de los bienes adquiridos sin causa lícita aparente."

instrumento y/o medios de actividades ilícitas y otras que se verán en la sección correspondiente de este capítulo.[694]

3.2 Atributos básicos de la Extinción de Dominio

Luego de la conceptualización esbozada, conviene especificar los atributos básicos de la Extinción de Dominio, con la observación de que se expondrán aquellas características que se encuentran presentes o son factibles de inferir de las distintas legislaciones y la doctrina.

3.2.1. Su carácter real o patrimonial

El primer rasgo básico es su carácter real, o en forma más amplia, su naturaleza patrimonial,[695] también es conocido en doctrina como acción *in rem* [696] (acción contra la "cosa," no contra una persona);[697] puede ser promovida antes, después o durante el proceso penal, o aún ante la inexistencia de este; por lo que no ocuparía de una sentencia de responsabilidad penal previa.[698] Si cualquier derecho real atribuye a su titular el derecho de perseguir la cosa donde quiera que se encuentra, y contra cualquier persona que la detente, se podría afirmar que la Extinción de Dominio también representa una especie de acción patrimonial, pero entablada por El Estado, no por un titular particular. En este caso, se configuraría una especie de 'facultad o derecho de persecución' semejante a los atributos que posee cualquier derecho real, con la diferencia de que la legitimación activa radica en el poder estatal, y las causas de esa persecución están directamente relacionadas con patologías asociadas al momento de adquisición del derecho de propiedad, o por su uso o utilización contraria a la función social. En forma semejante a lo establecido en la doctrina del derecho real, en el caso de la ED, el

---

[694] Vid. sección IV de este capítulo IV, donde se expone el elemento estructural denominado 'causales' de la ED.

[695] El artículo 17 del Código de Extinción de Dominio de Colombia utilizaba la palabra 'real'. A partir de una reforma en el año 2017, se cambió ese concepto por la noción de 'patrimonial'. Oscar Augusto Toro Lucena, comp., *Código Extinción de Dominio,* art. 1, página 25. Sobre el concepto de patrimonio véase la sección I del capítulo I y n. 56.

[696] De perogrullo resulta afirmar, que de los derechos personales u obligaciones nacen las acciones personales. De esta forma, si los derechos reales consisten en una relación directa entre el sujeto y la cosa, resulta que la acción que nace de aquellos no se dirige contra una persona determinada, sino que persigue la "cosa," y no la persona. En lo que respecta al derecho real en específico, recuérdese que la acción real es consecuencia de la facultad de persecución que todo derecho de esa naturaleza posee.

[697] Para ser consecuentes con el objeto de la acción de ED, debería indicarse que se trata de una *acción in patrimonium*.

[698] Theodore Greenberg *et al., Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* (Bogotá, Colombia: Mayol Ediciones, 2009), 15. https://star.worldbank.org/sites/star/files/NCB_Spanish.pdf

Estado reclama para sí el dominio mediante una acción declarativa frente a quien ilegítimamente hubiere adquirido o utilizado, un determinado derecho de propiedad.

A modo de parangón, se plantea la disputa sobre la titularidad de un bien de trascendencia económica, por cuanto existe una pretensión rescisoria del Estado originado en la ilicitud de una adquisición o en el uso ilícito de un bien patrimonial. Así planteado, permite acercar la ED a otras acciones similares de naturaleza civil, que conoce la doctrina; como sería el caso de la acción de nulidad absoluta. Con esta última, existe coincidencia sobre el hecho que se discute sobre la validez de un contrato relacionado con un bien patrimonial, que eventualmente tiene como consecuencia el traslado de la titularidad y que no procede la indemnización a favor de la parte que se ve despojado de su derecho. También tienen en común que abarca tanto derechos reales como personales, en el tanto está dirigido a situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial de muy variada índole.

Sin perjuicio de lo expuesto, valga aclarar dos diferencias básicas con respecto a las acciones civiles mencionadas: a.- El Estado antes del ejercicio de la acción no es titular de algún derecho sobre el bien en disputa[699] y b.- la acción de extinción no se plantea a nivel de particulares, se dirime entre El Estado y un particular.

De lo expuesto se desprende que una mejor definición de esta acción sería la siguiente: La ED, es una acción procesal que persigue una sentencia declarativa o constitutiva, sobre una situación jurídica privada de contenido patrimonial o simplemente sobre un bien o activo, que podría tener como titular a un sujeto de derecho privado, a favor del Estado accionante.

Su objeto son bienes o derechos con valoración económica, individualizados y plenamente identificados, en poder de particulares y que se encuentran en el comercio de los hombres. En principio, la conducta de las personas no interesa en la forma que lo establece el derecho penal,[700] se pueden perseguir los bienes adquiridos ilegítimamente, sin importar quien sea su dueño, al igual que ocurre con el decomiso o confiscación civil norteamericana.[701] A su

[699] Contrario a este criterio, en esta investigación se ha aludido a la teoría del 'dominio inminente' sobre el derecho de propiedad, que propugna el derecho originario del Estado sobre todos los bienes en general. Vid. notas 1 y 146. Hoy en día, la teoría del dominio inminente ha sido reemplazado por el criterio que estima al Estado moderno con el único que posee el monopolio legítimo de la fuerza, considerando que se trata de la "última ratio".

[700] Se refiere al reproche de culpabilidad en los términos de la teoría del delito. Como se verá, los elementos que componen el hecho ilícito en la ED se circunscriben a la mera descripción típica y antijurídica (injusto penal), dejándose de lado la culpabilidad.

[701] En los Estados Unidos, es posible iniciar acciones de decomiso civil contra bienes que se sospechen provenientes de cualquier delito precedente del lavado de activos. Estas acciones pueden ser judiciales o

vez la ED podría recaer sobre bienes adquiridos por causa de muerte,[702] como se destacó en las definiciones legales transcritas, se trata de una consecuencia patrimonial debido a que un bien o derecho es producto, instrumento o medio de actividades ilícitas.

3.2.2. Jurisdiccional y Declarativa

De lo estudiado a esta altura de la investigación, queda entendido que la ED se trata de un instituto que resguarda y defiende un interés social: la propiedad legítima.[703]

Además, si se mide el alcance de la ED en el sentido de suprimir el derecho de propiedad a su titular sin indemnización alguna, resulta imprescindible que se trate de un procedimiento jurisdiccional y no administrativo, con el fin de garantizar el debido proceso, la independencia y la imparcialidad propia de la jurisdicción.[704] Corolario de tal postulado, siempre habrá un juez ordinario desde el inicio en la acción de ED hasta su finalización,[705] previo impulso del órgano acusador que recae en la Fiscalía u órgano competente.

Resulta oportuno aclarar que la ED no es una acción de naturaleza 'pública'[706] semejante a la acción penal según la cual deben acatarse aspectos como la obligatoriedad del ejercicio de la acción y oficiosidad (no es necesaria una denuncia formal), caso contrario, la acción de ED establece la posibilidad de seleccionar y priorizar los casos, de modo que no existe una

---

administrativas, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si alguien responde a la demanda de decomiso. Sobre el particular, véase: *Civil Asset Forfeiture Reform Act Of 2000 public Law*, No. 106–185, april 25, 2000, https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/01/act-pl106-185.pdf

[702] El artículo 16 del Código de Extinción de Domino de Colombia indica en su último párrafo: "Parágrafo. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley." Oscar Augusto Toro Lucena, comp., *Código Extinción de Dominio: Ley 1708/2014, modificado ley 1849 de 2017* (Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021), 34. Sobre este aspecto de bienes pertenecientes a una persona fallecida, el proyecto de ley de Costa Rica tiene una variante interesante referida a las personas jurídicas, aclarando que es factible perseguir bienes a pesar de la muerte del titular o también la extinción de la persona jurídica. Véase artículo 20 del proyecto que dice: "Transmisión por causa de muerte o extinción de la persona jurídica Los bienes sujetos a extinción de dominio no se legitiman por causa de muerte o por la extinción de la persona jurídica." Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: 04 de enero del 2019", *La Gaceta*, No. 3 (4 de enero, 2019): art. 20.

[703] Vid. artículo 17 del CEDC que, en lo que interesa, dispone: "…es de naturaleza … pública"

[704] Hasta la fecha, en todas las legislaciones donde se ha implementado la ED, el proceso que se realiza para tal efecto es de naturaleza jurisdiccional. La LMED lo estableció en su artículo 2. El Código de Extinción de Dominio de Colombia lo estipula en el artículo 17, artículo 8 en el caso de México y artículo 10 del proyecto de ley costarricense.

[705] También las distintas legislaciones han decidido crear juzgados especializados de dominio, siempre adscritos a la función jurisdiccional ordinaria.

[706] Tampoco se quiere decir que es una acción que requiere instancia privada o similar.

obligatoriedad absoluta de perseguir todos los asuntos de ED que lleguen a conocimiento de la Fiscalía.[707]

La sentencia jurisdiccional que recae en la acción de ED tiene efectos 'declarativos' al hacer desaparecer una invalidez inherente al acto desde su nacimiento, o por su utilización contraria a la función social o al contenido básico del derecho de propiedad. La circunstancia declarativa de la sentencia significa que el dominio no se pierde como consecuencia de una resolución judicial[708] (sería el supuesto de sentencia constitutiva), en realidad es el resultado de la aplicación de alguna de las causales de ED previstas en la legislación,[709] y ordena el tránsito de la titularidad de los bienes al Estado, sin compensación alguna.[710]

---

[707] El Código de Extinción de dominio de Colombia establece en su artículo 25: "*Aplicación de los criterios de priorización.* En el trámite de la acción de extinción del derecho de dominio se atenderán, en lo pertinente, los criterios de priorización de situaciones y casos establecidos por el fiscal general de la Nación. Dicha priorización tendrá en cuenta una evaluación costo-beneficio de la extinción de los bienes, así como del riesgo que dichos bienes generan a la seguridad nacional." Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio,* 33. En el mismo sentido, el proyecto costarricense dispone: "Artículo 62- Criterios de selección y priorización de casos. Para el trámite de la acción de extinción de dominio, la Fiscalía General determinará los criterios para la selección y priorización de los casos, teniendo en cuenta su impacto sobre las manifestaciones de la criminalidad organizada." Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: art. 62. La priorización se refiere a una técnica de gestión de la carga de trabajo o de las investigaciones. Esta técnica atiende a criterios estratégicos y busca clasificar, organizar y definir un orden para la atención de los asuntos. A diferencia de la priorización, la selección no establece un orden estratégico sino un filtro, que permite establecer si un determinado caso queda comprendido en una categoría especificada a los efectos de la investigación. En esa medida, la selección, más no la priorización, es la que implica la renuncia a la acción penal y, por ende, una diferencia significativa con la acción penal pública.

[708] Tradicionalmente la doctrina procesalista distingue entre sentencias declarativas y sentencias constitutivas. El primer tipo de sentencias manifiestan la certeza sobre la existencia, o no, de un determinado derecho; por lo general no hay ejecución y tiene consecuencias *ex tunc*. Por otra parte, la sentencia constitutiva contiene un nuevo estado jurídico, lleva consigo acto de su ejecución. Para Tarigo, las sentencias declarativas: "Son aquellas en las que satisface una pretensión de la misma naturaleza, esto es, una pretensión de declaración, acogiendo dicha pretensión o denegándola… Sentencias Constitutivas. Son aquellas que no se limitan a la mera declaración de la existencia de una situación jurídica anterior, sino que crean, modifican o extinguen esa misma situación jurídica." Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil II*, segunda edición (Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1998), 181. Sobre el tema de los efectos de la sentencia, la Sala Primera ha dicho que "En contratos nulos la sentencia tiene efecto declarativo, y con relación al contrato anulable, se afirma su carácter constitutivo." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia," Resolución Nº 227 – 1991; 20 de Diciembre,1991", expediente: 91-000227-0004-CA. En el caso de la jurisprudencia colombiana, la sentencia C-374 de 1997 se considera fundadora de línea (en el sentido de línea jurisprudencial o precedentes judiciales), describe esa particularidad del carácter declarativo de la sentencia que expresa la Extinción de Dominio, afirmando: "Resulta, entonces, que la sentencia es meramente declarativa: aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio" Wilson Alejandro Martínez Sánchez et al., *Extinción del Derecho de Dominio en Colombia* (Bogotá, Colombia: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC, 2017), 9. https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf.

[709] Wilson Alejandro Martínez Sánchez et al., *Extinción del Derecho de Dominio en Colombia*, 9.

[710] También se podría afirmar que, además de tratarse de una resolución de carácter declarativa, es a la vez constitutiva en cuanto al cambio de titularidad, trasladándose de un particular hacia El Estado.

3.2.3. Autónoma o independiente

Se trata de un proceso que no depende del resultado de otra acción jurisdiccional penal, civil o de otra clase. En la 'huida' desde el derecho penal se pretende que la ED tenga sus propias reglas, causales, principios y otros atributos que la hagan libre de las ataduras del proceso penal. Esta autonomía no es simple ambición, por el contrario, se encuentra plasmada expresamente en las distintas legislaciones,[711] así ratifica su independencia de la acción penal o de cualquier otra.

La posible ilegitimidad del título del dominio sea por su origen o por su utilización, es independiente del juicio de responsabilidad penal; en consecuencia, la autonomía de la acción de ED significa que sus presupuestos, competencias y procedimientos son distintos de otras acciones procesales, del *ius puniendi* del Estado, así como de otras formas de extinción de dominio.[712]

A pesar de la autonomía declarada, no escapa a esta investigación el rol de la Fiscalía o su homólogo acusador (autoridad competente) en la acción de ED. La participación estatal, en su rol de ente promotor de la acción de ED, se materializa en la Fiscalía u órgano similar, en la mayoría de las legislaciones. Por tratarse de la misma autoridad encargada de la persecución penal, podría interpretarse que se trata de una especie o tipo de proceso penal. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones las funciones asignadas a esa autoridad competente no son de naturaleza penal, se trata de labores de instrucción distintas y especiales,[713] asignadas por el legislador en ejercicio de libertad de configuración en materia procesal, e incluso con fundamento en las propias atribuciones que establecen las leyes que regulan a ese órgano

[711] Sobre la autonomía de la acción de ED, el artículo 10 del proyecto de ley costarricense dispone: "Autonomía. La extinción de dominio es un proceso jurisdiccional autónomo de cualquier otro proceso judicial. Es distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal." El código de Extinción de Dominio de Colombia dispone expresamente en el artículo 18: "Autonomía e independencia de la acción. Esta acción es distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad. En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni incidentes distintos a los previstos en esta ley."

[712] En esta dirección se pronuncia Murcia Ramos acerca de la legislación colombiana, afirma que el legislador está autorizado para fijar esa autonomía. Baudilio Murcia Ramos, *El Enriquecimiento Ilícito y la Extinción de Dominio* (Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 142. Sobre otras formas de extinción, véase capítulo III, sección 5.2.

[713] La Corte Constitucional Colombiana se pronunció en esta dirección mediante voto C-740 del 2003. Vid. Corte Constitucional, República de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, sentencia número C-740, 28 de agosto del 2003, https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm#:~:text=No%20se%20puede%20asegurar%20orden,ego%C3%ADstas%20sobre%20los%20intereses%20generales.

competente en los distintos países.[714] Desde otro ángulo, es evidente que el procedimiento se establece entre el Ministerio Público, como parte actora, y el titular de los bienes afectados como parte demandada; en suma, un litigo entre una entidad pública, y un particular, no puede ser de naturaleza estrictamente civil; más se acerca a un procedimiento público, en el que se ventila un interés público y tiene connotaciones civiles en cuanto a la materia, por tratarse del derecho de propiedad y el dominio que un particular ejercer sobre ese derecho subjetivo.

Adicionalmente, se comparte el criterio de que es una acción autónoma e independiente, tanto del *ius puniendi* como del derecho civil; porque no es una sanción penal que se impone a un sujeto con motivo de la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable. Y lo segundo, porque es un proceso que no está motivado por intereses meramente patrimoniales, sino por intereses superiores de la colectividad que defienden la adquisición y uso de la propiedad legítima, atacando el enriquecimiento ilícito y, de paso, afectando a la criminalidad donde, en teoría, más se debilita.[715]

3.2.4. Garantía al Tercero de Buena fe

Un rasgo básico en la ED es el uso del concepto civil de la buena fe, pero agregándole el calificativo de exenta de culpa. Este concepto es un medio defensivo para cualquier titular de un bien objeto de extinción.[716]

---

[714] En el caso costarricense, la Ley del Ministerio Público establece en su artículo 2: "Funciones. El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública…Deberá intervenir en el procedimiento de ejecución penal, en la defensa civil de la víctima cuando corresponda y asumir las demás funciones que la ley le asigne." Asamblea Legislativa, "No. 7442, Ley Orgánica del Ministerio Público; 25 de octubre, 1994", La Gaceta, No. 225, (25 de noviembre de 1994), art.2.

[715] En un sentido similar, Moisés Sabogal Quintero, *El Enriquecimiento Ilícito,* 119.

[716] La LMED establece la excepción en el artículo 8: "salvo los derechos de terceros de buena fe;" obsérvese que no introduce la calificación de "exenta de culpa". En el caso de Guatemala su ley lo define como "sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del negocio". Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala), art. 5, p.83-84. El proyecto de ley en Costa Rica también lo acoge en sus artículos 3.7 y 23. 7) Buena Fe: Conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes o derechos enunciados, en el artículo relacionado con las causales para extinción de dominio de esta ley y artículo "23- Nulidad de pleno derecho Son nulos de pleno derecho, todos los actos, negocios y contratos celebrados sobre bienes que se encuentren en alguna de las causales de extinción de dominio, excepto para los terceros de buena fe, y así lo declarará el juez de extinción de dominio que conozca la causa." Proyecto de ley expediente 19571, *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019), art.3.7 y 23. En el caso de Colombia, lo define en el artículo 3: "*Derecho a la propiedad.* La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente." Oscar Augusto Toro Lucena, comp., *Código Extinción de Dominio: Ley 1708/2014, modificado ley 1849 de 2017* (Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021), art. 3, p. 25.

Sin duda, los conceptos 'tercero' y 'buena fe' provienen del derecho civil, tienen especial relevancia cuando de la adquisición del derecho de propiedad se trata. En lo relacionado con el calificativo *exenta de culpa,* no es un concepto tradicional en el derecho civil, por lo menos en Costa Rica, pero es ampliamente utilizado en la jurisprudencia colombiana.[717]

Para la corte constitucional colombiana, además de la buena fe simple, está una especie de buena con efectos superiores y, por ello, se le denomina cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. En otros términos, el tipo de buena fe que protegería al adquirente sería, en el cual, cualquier persona prudente y diligente también se hubiese equivocado al adquirir un derecho de propiedad solo aparente o inexistente.

Según la corte constitucional colombiana, la buena fe exenta de culpa se compone de la buena fe simple, o sea, tener la conciencia de que se obra con rectitud y con lealtad; el otro aspecto sería tener la certeza de que quien se presenta como titular del derecho realmente lo sea, de manera que sea difícil dudar de su existencia.[718]

En el caso del proyecto que se discute en Costa Rica, resulta interesante que, además de incluir la calificación de *exenta de culpa*, precisa el concepto como aquella "…conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, en todo acto o negocio jurídico".[719] El artículo 16 del proyecto de ley también plasma una presunción de buena fe en los actos y contratos, siempre y cuando se acrediten varios supuestos que perfilan y precisan el concepto de buena fe; plantea diversos escenarios que van desde demostrar el interés legítimo en el bien, hasta probar desconocimiento sobre las supuestas actividades ilícitas.[720] El último proyecto costarricense número 19571 en la corriente legislativa sobre ED se decanta por ofrecer un catálogo de

[717] La Corte Constitucional de Colombia utilizó este concepto en el voto C-1007 del año 2002 y, dentro del fallo, también se menciona otra sentencia del año de 1958. También de una revisión de la legislación colombiana, el término fue acogido en el Código de Comercio de Colombia, en varios artículos y se menciona que está inspirado en el Código de Comercio de Italia. Corte Constitucional de Colombia, "Voto C-1007 del año 2002; 3 de septiembre, 2002", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1007-02.htm.

[718] Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, "Demanda de Inconstitucionalidad: voto número C-1007-02, 18 de noviembre, 2002," consulta el 10 de mayo de 2020, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1007-02.htm.

[719] Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: … art. 3 inciso 7.

[720] Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta,* No 3 (4 de enero, 2019), art. 16.

presupuestos para acreditar la buena fe,[721] lo que evidencia que no es una simple 'colonización jurídica'[722] que intenta adaptar la novedosa legislación al entorno nacional.

Según lo visto, el concepto de buena fe exenta de culpa representa un límite a la aplicación de la ED y una garantía para personas adquirentes de un derecho de propiedad que se encuentran dentro de los presupuestos del tipo de buena fe establecida en la ley. En teoría, para que un caso prospere ante un Juzgado competente en ED, no solamente se debe probar la ilicitud y el presupuesto o la causal de extinción, además deberá demostrarse que el tercero afectado carece de buena fe exenta de culpa.[723]

3.2.5. Destino de los bienes

En los fundamentos de la privación del dominio en general, se había adelantado el argumento de que toda extinción implica un destino del dominio 'extinguido' a favor de alguien, pero eso no significa desaparecer, eliminar o destruir físicamente el derecho de propiedad (salvo que se trate de bienes de otra naturaleza); se trata de un traslado o traspaso a favor del Estado o de alguna de sus instituciones, como destino único.[724]

---

[721] "Artículo 16- Acreditación de la buena fe. Todo acto o contrato que otorgue derechos patrimoniales a su titular, se considerará de buena fe, siempre y cuando se acredite que: 1) El titular, tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos, derechos o instrumentos. 2) El titular desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos, o cuando teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente. 3) El titular no adquirió derecho alguno sobre los bienes, productos, derechos o instrumentos, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos, le habría sido transferido para efectos de evitar la posible pérdida por extinción de dominio. 4) El titular hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos, derechos o instrumentos. 5) El titular de un derecho real, que, sin mediar negligencia, imprudencia o impericia, otorgó un crédito o facilitó productos o instrumentos financieros o bursátiles, cumpliendo con las debidas diligencias exigidas por la normativa vigente en esta materia. 6) El titular de acciones, cuotas o derechos que representen total o parcialmente el capital de una persona o estructura jurídica, desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos que conforman el activo societario, o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente." Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019), art. 16.

[722] Colonización jurídica hace referencia a la implantación de legislación externa que, además de tratarse de una copia, lleva implícita un aspecto de dominación cultural, que puede desembocar incluso en una especie de aculturación.

[723] Sobre este concepto y su implicación en el derecho de propiedad, se volverá en el capítulo VI.

[724] "Esta ley establece y regula la extinción de dominio de bienes o derechos que tengan origen o destinación ilícita a favor del Estado…" y, en forma concreta, el artículo 21 indica: "Concepto. La acción procesal de extinción de dominio es aquella que busca que la Jurisdicción Especializada de Extinción de Dominio declare mediante sentencia firme, la extinción de dominio en favor del Instituto Costarricense sobre Drogas…" En el caso colombiano, el artículo 15 indica: "*Concepto.* La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado".

En forma similar a lo dispuesto por las reglas de comiso, capitales emergentes o cualquier otro tipo de privación del derecho de propiedad prevista en la legislación, aquel bien que es declarado en extinción de dominio implica necesariamente un destino; por consiguiente, un traspaso de su titularidad a favor Estado o la institución estatal que la ley previamente hubiese establecido.[725]

Le corresponde al Estado como poder político legítimo, o a determinadas instituciones de derecho público, los únicos beneficiarios de los bienes declarados en extinción de dominio, los recibe física y jurídicamente, tal y como ocurre con el decomiso en materia penal. Este traslado se puede denominar transferencia coactiva donde no existe un pago del valor económico del bien.

Debido al planteamiento de esta investigación, como tesis de principio se había considerado que el traslado de los bienes al Estado coincide con lo que se denominó 'propiedad originaria,'[726] en el sentido político y jurídico. Según esta teoría, se entiende que el derecho de propiedad es derivado, al declararse la extinción de ese derecho, lo que ocurre es una devolución a su primigenio propietario: el Estado. Bajo esta tesitura, si el propietario originario del Derecho de Propiedad es el Estado, a este se le otorga el poder de decisión en lo referente a su regulación en todos sus aspectos, sobre todo, sería el único legitimado para constituirse -nuevamente- en titular.[727]

---

[725] Es común que, en las distintas leyes de ED, se defina o se ordene crear un organismo de derecho público que será el encargado de administrar y eventualmente disponer de los bienes incautados. En el caso de Costa Rica existe la Unidad de Recuperación de Activos, adscrita al Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD). Este mismo instituto es el que se menciona en el último proyecto de ley de Costa Rica sobre ED.

[726] Esta consideración podría encontrar respaldo legal en la disposición del artículo 486 del Código Civil que dice: "Los inmuebles no reducidos a propiedad particular, pertenecen al Estado." Sin embargo, desde la sociología existen criterios opuestos. En realidad, esta línea de pensamiento se fundamenta en la teoría del dominio eminente, pero existen otras explicaciones como se verá en capítulo IV, "Destino de los Bienes", p.257.

[727] Este concepto tiene su antecedente legal en la promulgación de la Constitución Mexicana de 1917 en su artículo 27 que, en lo que interesa, dice: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. de la constitución mexicana de 1917…" Sobre el concepto de propiedad originaria, se ha afirmado: "La propiedad originaria se impuso como una formula [*sic*] sui generis en el sistema de propiedad mexicano contemplado en el artículo 27 constitucional. Esta titularidad primigenia no contempla un tipo o modalidad concreta de propiedad. Se toma como un "supuesto político que constituye la base de legitimidad para los distintos tipos de titularidad que organiza el precepto", refiriéndose con ello a la propiedad privada, ejidal, comunal y de dominio directo o propiedad de la nación. "Propiedad originaria" condensa el concepto de soberanía, la cual se transmite del régimen colonial a la nación independiente. Se refleja de manera concreta en el régimen de propiedad del territorio, el cual pasa directamente a manos de la nación como ente abstracto. Por ello, a los órganos de representación se les otorga el poder de decisión en lo subsecuente para la distribución y regulación propiedad. Ya que, de acuerdo al contexto histórico que se tuvo como de antecedente,

Sin embargo, un mejor criterio para explicar el traslado de los bienes al Estado consiste en el pensamiento político del sociólogo Max Weber, quien consideró que el Estado moderno, posee el monopolio legítimo de la fuerza y en sus propias palabras escribió:

> El Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores, pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónoma, que anteriormente dependían de aquellos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en el lugar de ellos, en la cima suprema. [728]

En un sentido similar, Norberto Bobbio, replica los conceptos de Weber sobre la legitimidad del poder, a quien considera como uno de los primeros en sistematizar adecuadamente el concepto.[729]

Bajo la teoría de la legitimidad del poder político, se coloca al Estado como última *ratio* de todos los poderes, lo que conlleva a justificar que solamente ese poder último puede decidir e imponer sanciones a los demás miembros de una sociedad determinada.

4. Elementos esenciales de la Extinción de Dominio

En este apartado se expondrán los elementos comunes en la ED, es decir los presupuestos necesarios para la configuración de la privación del dominio, según lo disponen las distintas leyes vigentes en América Latina y de acuerdo con el proyecto de ley en Costa Rica. De acuerdo con lo anterior, se identifican tres elementos básicos y comunes en la configuración de la Extinción de Dominio: la existencia de un bien (objeto), una actividad ilícita y una causal. Además de esa triada forma parte otro elemento básico que consiste en la imputación jurídica.

"... una Nación solo podía considerarse soberana en la medida en que fuera efectivamente propietaria de su territorio". Ahora bien, la Nación, como titular de la soberanía y de la propiedad del territorio mexicano, debe ser considerada como un cuerpo indivisible o ideal que constituye una unidad jurídica, misma que cuenta con el poder soberano de dotar a los poderes constituidos de legitimidad para que, a partir del derecho de propiedad general, se funden los derechos de propiedad particulares. A su vez, la propiedad originaria se considera como un principio sistemático del cual se desprenden distintas modalidades de propiedad derivada y sus características específicas, constituyéndose en un mecanismo de organización y circulación del régimen plural de la propiedad contemplado en la Constitución." María Mayanín Martínez Manríquez, "La armonización del Marco Jurídico de la propiedad como presupuesto de la interacción de sistemas jurídicos diversos y protección de Derechos Humanos" (Tesis para obtener el grado de Maestra en Derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2016), https://bit.ly/3rf4aYq.

[728] Max Weber, Economía y Sociedad, (México: Fondo de Cultura Económica, 2002, segunda edición en español, segunda reimpresión) pág.1060

[729] Norberto Bobbio, Teoría Generale della política (Torino, Italia: Giulio Einaudi editore, 1999) p.75-76.

En la sección siguiente se analizarán los últimos tres elementos debido a que elemento objeto ya fue ampliamente estudiado en este mismo capítulo.[730]

4.1 Actividad Ilícita

Desde su origen, la ED se circunscribe solo a delitos, pero se utiliza el concepto de 'actividad ilícita' en casi todas las legislaciones que se ha instaurado.[731] Debido al carácter 'autónomo' de la acción de ED con respecto al proceso penal y civil, desde la creación de la LMED se intentó usar términos distintos a los utilizados en el proceso penal para ubicar su independencia en los distintos planos del derecho y, por supuesto, el uso de la terminología era parte de esa búsqueda de emancipación.

El concepto de 'ilícito' gira en torno de todo lo que no es permitido legal, ni moralmente;[732] por lo tanto, si bien todos los delitos son actividades ilícitas, no todas las actividades ilícitas constituyen delito; a pesar de que la noción 'actividad ilícita' es el género, y el delito es la especie, en todas las legislaciones (incluyendo el proyecto de ley costarricense), la definición de 'actividad ilícita' solo abarca delitos.[733]

La 'actividad ilícita' es un componente básico de la normativa y doctrina de los instrumentos de privación y recuperación de activos, representa el carácter antijurídico o antinormativo de la ED, con independencia de la culpabilidad del titular.[734] La ilicitud constituye

---

[730] Vid. pág. 243

[731] Como se verá en capítulo siguiente, el caso de la legislación mexicana es muy particular porque el artículo 22 de su Constitución Política es la que define los elementos o presupuestos de aplicación de la ED, omitiéndose indicar la frase "hecho ilícito". Sin embargo, en la Ley Nacional de Extinción de Dominio si consta la referencia y definición de hecho ilícito. En lo que interesa el referido artículo 22 indica: "Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos."

En el caso de Colombia, la ley de ED en lo que interesa dispone: "2. Actividad Ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social (La Corte Constitucional mediante Sentencia C-958 de 2014 declaró este artículo constitucional).

[732] "Ilícito. Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres. Ilegal. | Inmoral. | Contrario a pacto obligatorio. Lo *ilícito* puede violar la ley positiva, la moral o la religiosa…", Manuel Ossorio, *Diccionario Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, s. v. "ilícito".

[733] A pesar de que en esta investigación no se analizaron las legislaciones de Honduras y El Salvador, es importante aclarar que en sus leyes sobre ED, estas legislaciones prevén la ED para casos de infracciones cambiarias o infracciones administrativas, actividades que no son propiamente delitos penales.

[734] La actividad ilícita toma como referente el injusto penal (tipo objetivo + antijuridicidad), excluyendo a la culpabilidad. Se entiende por injusto penal aquella acción que es típica y antijurídica. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, 456. Aplicado a la teoría del delito, se podría afirmar que la Acción de Extinción de Dominio se acaba con la tipicidad. Para el autor Rivera Elvia: "La referencia al "hecho ilícito" está asignada a un evento que

el punto fundamental para establecer la contrariedad del bien (o de un hecho) con el ordenamiento jurídico. Este concepto también actúa como un elemento estructural de naturaleza objetiva, de la misma manera, es común a todas las causales de ED.[735]

La referencia al "hecho ilícito" está asignada a un evento o hecho que encuadra en alguno de los tipos penales que las distintas legislaciones establecen (tipicidad), y que es contrario a derecho (antijurídico). Algunos la denominan 'punto de conexión,'[736] se trata del puente entre dos jurisdicciones: la penal y la de extinción de dominio (civil). En efecto, el origen del hecho o actividad ilícita y su existencia se nutren a partir de las actuaciones penales, por lo que ese determinado acontecimiento constituye el fundamento fáctico de dicha acción.

En forma simplificada, una actividad ilícita se compone de los siguientes elementos: una acción u omisión[737] que esté tipificada en una norma jurídica y resulte antijurídica.[738] No requiere de culpabilidad y tampoco se produce una sanción.

De acuerdo con la dogmática penal, un delito penal es aquella acción típica, antijurídica y culpable.[739] No obstante, no se encuentran desconectadas entre sí, sino en una relación

---

encuadra en alguno de los tipos penales que establece el artículo 22 de la CPEUM (típico), y que es contrario a derecho (antijurídico). Le llamamos el punto de conexión, pues es el puente entre dos jurisdicciones: la penal y la de extinción de dominio (civil)." Jorge Rivero Evia, *El hecho ilícito como elemento de la acción de Extinción de Dominio, Derecho Penal para civilistas* (Ciudad de México, México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021) p.81.

[735] En la legislación mexicana, se le denominaba 'hecho ilícito' según lo disponía el artículo nueve de su ley antes de su declaratoria de inconstitucionalidad: "Artículo 9. Los elementos de la acción de extinción de dominio son: 1. La existencia de un Hecho Ilícito; 2. La existencia de algún bien de origen o destinación ilícita; 3. El nexo causal de los dos elementos anteriores, y 4. El conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular, del destino del bien al Hecho Ilícito, o de que sea producto del ilícito. Este elemento no se tendrá por cumplido cuando se acredite que el titular estaba impedido para conocerlo." Para una revisión de los alcances de la inconstitucionalidad véase: Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Estados Unidos Mexicanos. Sentencia Acción de Inconstitucionalidad número 100/2019; 06 de enero, 2022", http://sidof.segob.gob.mx/notas/5640305, p.255.

[736] Véase nota 124.

[737] En cuanto a la acción, se afirma: "La conducta es el núcleo capital de la construcción típica y es descrita por el verbo rector, que puede aludir a una acción positiva o a una omisión. En los delitos activos o de acción, los tipos penales que consisten en 'hacer algo', que inician o contribuyen a un curso causal, a los que se asocia una prohibición de hacer". Ricardo Salas Porras, *Derecho Penal General* (San José Costa Rica: Investigaciones Jurídicas SA, 2020), 12.

[738] La antijuridicidad "significa contradicción entre la conducta y la norma; es decir, "desvalor" de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinados. Existe pues, una cultura –con sus componentes éticos que exige cierta conducta: la estima como plausible; y rechaza otra, la califica de "ilícita", "injusta", "delictiva". Desde el punto de vista penal, la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico, es decir aquella que no está permitida por el Derecho: matar, robar, lesionar, etc." Jorge Rivero Evia, *El hecho ilícito como elemento de la acción de Extinción de Dominio, Derecho Penal para civilistas* (Ciudad de México, México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021), 132.

[739] En el caso de Costa Rica, una acción u omisión, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son las características comunes de todos los delitos o sobre lo que se funda la teoría del delito. En este sentido: Francisco Castillo González, *Derecho Penal, Parte General,* Tomo I (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental), 321-322.

secuencial, en una coordinación interna que responde a una dinámica específica, de forma que cada componente posterior presupone el anterior.

De una contraposición de los conceptos 'delito' y 'actividad ilícita' se concluye que ambos conceptos no son sinónimos, puesto que aquel se constituye con una conjunción de elementos que involucran una conducta -acción u omisión- que debe ser típica, antijurídica, además de culpable;[740] mientras que el "hecho ilícito" se circunscribe a la mera descripción típica y antijurídica (injusto penal).

Conforme al artículo 1 de la LMED,[741] la definición de actividad "ilícita" sería cualquier actividad tipificada como delictiva que el legislador considere susceptible de aplicar; de esta forma, cada país definiría a cuáles actividades ilícitas, en particular, se les aplicaría la extinción de dominio.[742]

En el caso del último proyecto de ley de Extinción de Dominio, se define actividad ilícita de la siguiente forma: "1) …Toda aquella actividad tipificada como delito grave…, relacionada con: …," y luego viene una larga lista de 18 tipos de 'supuesto de hecho' que configuran delitos penales, a los cuales se le podría aplicar la extinción de dominio.[743]

---

[740] Según Castillo González, "la culpabilidad, como elemento del delito es, entonces, el juzgamiento negativo de las máximas por las cuales el autor se dejó guiar a la hora de construir su voluntad y por las cuales puede atribuírsele personalmente el hecho: culpabilidad es el reproche por la construcción defectuosa de la voluntad." Considera este mismo autor que este principio es fundamental en el Derecho Penal y además está asentado en los artículos 39 de la Constitución Política, artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana y artículo 30 del Código Penal que dice "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.". Francisco Castillo González, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008), 414. Para los efectos de esta investigación resulta relevante el énfasis que Castillo le da al elemento 'culpabilidad', afirmando incluso que "tiene un significado fundamental en la ciencia jurídico-penal y este significado es reconocido por todos los autores." Francisco Castillo González, *Derecho Penal*, Tomo. II, 413.

[741] a) Actividad ilícita: "Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley". Este proyecto de ley se basa, fundamentalmente, en la Ley Modelo de Extinción de Dominio de la OEA-UNOC, según lo visto anteriormente.

[742] El artículo 1, inciso 2 del Código de Extinción de Dominio de Colombia indica: "Actividad Ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social." Oscar Augusto Toro Lucena, comp., *Código Extinción de Dominio*, art.2, p.25.

[743] 1) Actividad ilícita: Toda aquella actividad tipificada como delito grave de conformidad con lo que establece la Ley N.°8302 Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del 29 de agosto del 2002, en su artículo 2 inciso b) y nuestro ordenamiento jurídico vigente, relacionada con: a) Delitos previstos en la Ley N.°7786 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y sus reformas, b) Legitimación de capitales, c) Corrupción pública, cohecho, concusión y exacción ilegal, peculado, tráfico de influencias, corrupción de funcionarios y jueces y cualquier tipo de fraude en la función pública o en perjuicio de la Hacienda Pública, d) Enriquecimiento ilícito, e) Contrabando, f) Evasión fiscal y delitos tributarios, g) Tráfico

La referencia a la actividad ilícita contenida en las legislaciones que ha adoptado la ED está asignada a un hecho que encuadra en alguna de las actividades ilícitas previstas en la legislación (conducta típica), y que es contrario a derecho (antijurídico). Por ende, la actividad ilícita se refiere a la acción u omisión considerada como delito por la ley penal, en el entendido de que su constatación es a título descriptivo y despersonalizado. En otras palabras, la comprobación del hecho ilícito en la ED requiere demostrar que ocurrió un evento histórico adecuado a la descripción de alguno de los delitos previstos en la ley, omitiéndose el análisis a título personal de la conducta, y su posible culpabilidad.

Al omitirse el análisis del reproche de culpabilidad, es factible dejar de analizar causas exculpantes o excluyentes de delito a título personal (capacidad de culpabilidad en los casos de personas menores de edad, o inimputabilidad en casos de sujetos con trastornos psíquicos); sin perjuicio de que sean examinadas en el proceso penal.[744] Por ello, la ED procede aun cuando no se hubiere dictado una sentencia condenatoria en sede penal, siempre y cuando existan elementos suficientes para determinar que el hecho o la actividad ilícita sucedió.[745]

---

ilícito de armas y explosivos e infracciones a la legislación vigente que regule la materia, h) Terrorismo en todas sus manifestaciones, su financiamiento, así como la proliferación de armas de destrucción masiva. i) Secuestro extorsivo o toma de rehenes, j) Proxenetismo y explotación sexual en todas sus manifestaciones, k) Trata de personas, tráfico ilícito de personas o tráfico ilícito de órganos, l) Fabricación o producción de pornografía infantil, m) Sicariato, n) Sustracciones bancarias vía telemática, o) Ciberdelincuencia, p) Trasiego transfronterizo de dinero, q) Genocidio, r) Conductas típicas que reúnan los requisitos objetivos del fenómeno de delincuencia organizada. Proyecto de ley expediente 19571, 4 de enero, 2019, art.1.

[744] Sobre inimputabilidad, el Código Penal costarricense dispone: "Artículo 42.- Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes." Código Penal de la República de Costa Rica, Ley no. 4573, 4 de mayo de 1970, (Master Lex, 2023), art. 42, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-N/principal.aspx?item=108411&Tipo=1

[745] Es interesante el paralelismo existente entre la ED y el delito de Legitimación de Capitales en Costa Rica. En este último ilícito, el origen de los activos que pretenden 'blanquearse' debe ser una actividad ilícita, mas no un delito específico. Sobre el particular, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha expresado: "Efectivamente, comparte esta Sala el criterio del fallo de apelación recurrido, en cuanto a que el tipo objetivo de legitimación de capitales lo que exige es que los bienes provengan de un delito (sancionado con cuatro o más años de prisión) previo; pero no exige una sentencia penal previa (…). Luego, también es equivocada su lectura de que el delito de origen de los bienes ha de ser un "delito concreto", en contraposición a una "actividad delictiva". Esa diferencia es inconducente a nuestro derecho penal." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, "Resolución N° 808-2016 de las 9:58 horas del 05 de agosto de 2016." 07-005522-0042-PE. En el mismo sentido, pueden consultarse las siguientes resoluciones números 1105-2004 de las 12:25 horas del 10 de setiembre del 2004, 1103-2006 de las 11:05 horas del 30 de octubre del 2006, expediente 05-000398-0006-PE y 1595-2015 de las 9:20 horas del 18 de diciembre del 2015, expediente 11-000066-0621-PE, todas de la Sala Tercera. En esta misma línea, Francisco Castillo se refiere al 'hecho previo' en el delito de Legitimación de Capitales, afirma que debe tratarse de un "hecho típico y antijurídico, que sea un delito y no una contravención". Francisco Castillo González, *El Delito de Legitimación de capitales*, 2012, 50.

En términos más simples, la ED procede sin necesidad de que una persona hubiese sido previamente condenada en sede penal.[746] El juez competente (en cada caso concreto) deberá valorar los distintos medios de prueba allegados al sumario y determinar si se trata, o no, de una actividad ilícita; todo en función de esa autonomía de la ED con respecto al proceso penal, para determinar la ilicitud de la actividad en este tipo de procesos.[747]

Algunos autores incluyen la taxatividad de sus causales como característica de la actividad ilícita.[748] Sin embargo, si se definió que una actividad ilícita está compuesta, en primer término, por la 'tipicidad,' se sobrentiende que dicho concepto encierra el principio de legalidad y, como tal, no podría aplicarse la analogía u otras formas de interpretaciones extensivas; por consiguiente, solo es posible aplicar la acción a las conductas o presupuestos previamente establecidos en la ley.

4.2. Atribución o imputación Jurídica

Otro de los elementos esenciales consiste en la vinculación o nexo entre un objeto determinado, y la adecuación fáctica y jurídica de los hechos a una de las causales previstas en las distintas legislaciones. Nótese que la relación de imputación NO es entre el titular del bien o derecho cuestionado y la actividad ilícita, la vinculación debe ser entre el objeto de ED y la actividad ilícita y en segundo término deberá demostrarse la vinculación entre el titular con la

[746] En un sentido similar, se ha decantado la Corte Suprema de Justicia de México, afirmando: "La referencia al hecho ilícito, contenida en el artículo 2°, fracción VIII …, está asignada a un hecho que encuadra en alguno de los tipos penales que establece el artículo 22, … de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (típico), y que es contrario a derecho (antijurídico). En ese sentido, el concepto de cuerpo del delito, utilizado en el sistema procesal penal tradicional mixto ahora es denominado hecho ilícito, para referirse a la acción u omisión considerada como delito por la ley penal, en el entendido de que su constatación es a título descriptivo y despersonalizado; esto es la comprobación del hecho ilícito en la extinción de dominio requiere la demostración de que ocurrió un evento histórico que se adecua a la descripción de alguno de los delitos previstos en el artículo 4 de la ley citada, de conformidad con el artículo 22 constitucional, debiéndose dejar de lado el análisis a título personal de la conducta y culpabilidad como atributos de responsabilidad específica de quien lo haya cometido. En ese sentido, es factible dejar de analizar causas de justificación o excluyentes de delito a título personal, ya que para eso está el procedimiento penal. Por ello, la acción de extinción de dominio procede aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal del sujeto a quien se le reprocha su comisión, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió." Citada por Giovanny Santander, *"Naturaleza Jurídica...,"* 298.

[747] En forma similar, se expresa el autor Murcia Ramos al referirse al concepto de 'actividades delictivas', acerca del delito de enriquecimiento Ilícito y la Extinción de Dominio en Colombia. Baudilio Murcia Ramos, *El Enriquecimiento Ilícito y la Extinción de Dominio* (Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 76-77.

[748] Ricardo Rivera Ardila, *La Extinción de Dominio* (Bogotá, Colombia, Leyer Editores, 2020), 31.

causal respectiva.[749] Por consiguiente, además de acreditar el vínculo del bien con una circunstancia ilícita, se requiere vincular a un titular -si existe- con alguna de las causales.

Para un mejor entendimiento de lo anterior, el siguiente caso despeja las dudas sobre el análisis de la atribuibilidad. Aunque una persona se extradite, acusada de narcotráfico y sea condenada posteriormente en otro país por dicha conducta, ese hecho no basta por sí mismo para demostrar la vinculación de sus bienes en Costa Rica con algunas de las causales -ejemplo, enriquecimiento ilícito-, debido a que se trata de una simple circunstancia personal y no real. Se requiere de un nexo, relación o imputación, para demostrar la relación del titular de un bien con una causal específica.

Entiéndase por 'atribuibilidad' o 'imputación'[750] el juicio en virtud del cual se atribuye una acción determinada a una persona como su propio autor. Esta atribución de una conducta a un sujeto determinado también se utiliza en la responsabilidad administrativa, civil, laboral y, por supuesto, también aplica en la ED.

La vinculación entre el titular de la situación jurídica privada (titular o poseedor del derecho real u otro tipo de bienes) y la causal de ED es utilizada en la legislación colombiana

[749] Bien lo apunta Santander al indicar que la vinculación entre un titular y una actividad ilícita es un requisito propio del comiso penal, pero no de la ED, lo que marca una diferencia muy importante entre ambos institutos. Giovanny Santander, *"Naturaleza Jurídica...,"* 326. Textualmente este autor indica: "Frente a este punto se debe aclarar que no es exigencia de la extinción de dominio establecer un nexo de relación entre el titular con la actividad ilícita, pues dicho vínculo constituye un elemento estructural del comiso penal, siendo este, uno de los principales aspectos que permiten marcar una diferencia estructural entre el comiso penal con la extinción de dominio."

[750] Según Vázquez Betancur: "El concepto de "imputación" se deriva del término latino *imputatio*, que significa atribuir (*mettere in conto*) que se traduce en la atribución de algo a alguien como suyo (propio), la imputación puede ser objetiva o subjetiva, sin embargo, en la extinción de dominio está permeada no solo por factores objetivos, sino subjetivos, a partir de los cuales se reprocha al afectado o tercero el origen ilícito o el proceder contra la función social y ecológica de la propiedad, esto es, una clara infracción a un deber constitucional relacionado con la propiedad legítima." Santiago Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio en Materia Criminal* (Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2020), 155.

y en el proyecto de ley en Costa Rica; en consecuencia, la legislación no exige un nexo de vinculación entre el titular de derechos[751] con la actividad ilícita.[752]

El resultado de utilizar la vinculación -relación material y no formal- en la forma expuesta permite perseguir, hipotéticamente, bienes que se encuentran inscritos a favor de empleados, socios, familiares o cualquier otro tipo de testaferro, de quien se enriqueció ilícitamente. Incluso permitiría desestimar la buena fe que se exige, en la ED, de ciertos titulares de derechos que, sin participar en actividad ilícita alguna, mantienen un nexo de relación directa con una causal de extinción de dominio, como sería el caso del acreedor hipotecario que recibe en garantía un inmueble, a sabiendas de su origen ilícito, u omitiendo las obligaciones existentes para identificar el riesgo.

Como se verá en la sección siguiente, algunas causales de ED se sustentan en criterios de relación factual directa entre las cosas; otras, en juicios estrictamente normativos. A modo de

---

[751] Es conveniente subrayar que, dada la naturaleza de la ED, podrían existir casos donde si bien existe un titular formal de una situación jurídica privada de naturaleza patrimonial, no está claro el titular material o real de esos bienes o derechos, como sería el caso de bienes de ciertas organizaciones criminales sin ningún tipo de personería, ejemplo: bienes que pertenecen a una pandilla o banda criminal, pero que figuran a nombre del anterior propietario. También está el supuesto de aquellos bienes muebles que no requieren inscripción y ni cuentan con un titular plenamente identificado, como sería el caso de los bienes muebles respecto de los cuales no se puede acreditar titularidad (joyas, dinero y otros). También se encuentran aquellos bienes que, si bien están inscritos, fueron robados, como lo serían los vehículos automotores. Ello permite ratificar que la titularidad formal no es un elemento estructural esencial de las causales, sino que es un elemento secundario y complementario. Ello no obsta que este aspecto debe ser objeto de examen en la mayoría de los procesos, debido a que se parte del principio de que no puede existir un derecho sin titular.

[752] En sentido contrario, la legislación salvadoreña de ED en el artículo 27, enumera las funciones que se le acreditan al fiscal en la etapa de investigación: "d) Acreditar el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los presupuestos para extinguir el dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio; e) Desvirtuar la presunción de buena fe exenta… También en la legislación mexicana se requiere un nexo causal entre actividad ilícita y el bien, según el artículo 9 de su ley que dice: **"Artículo 9.** Los elementos de la acción de extinción de dominio son: **1.** La existencia de un Hecho Ilícito; **2.** La existencia de algún bien de origen o destinación ilícita; **3.** El nexo causal de los dos elementos anteriores, (…)" Asamblea Legislativa de la República del Salvador, "Decreto número 534: Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República del Salvador; 2013," https://bit.ly/3xuWBkn. En el caso de Colombia y el proyecto de ley en Costa Rica, nítidamente se exige acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de extinción de dominio. En el caso del Código de Extinción de Domino de Colombia el artículo 118 en lo que interesa dispone: "Artículo 118. *Propósito.* La fase inicial tendrá como propósito el cumplimiento de los siguientes fines:.. 4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio. *Código Extinción de Dominio: Ley 1708/2014,…* 91 y 92. En el caso del proyecto de ley de Costa Rica, el artículo 61 dispone: "Fases del procedimiento. El procedimiento de extinción de dominio se desarrolla en dos fases: 1) Fase investigativa: Es la fase del procedimiento que tiene por objeto identificar, ubicar y asegurar los bienes, recabar la prueba con el fin de acreditar su vinculación a los presupuestos de las causales de extinción de dominio previstas en esta ley…" Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio"…, artículo 61.

ejemplo, una causal de ED donde se acusa la destinación ilícita (medio o instrumento, utilizado o destinado a una actividad ilícita)[753] o en las causales normativas por 'bienes equivalentes'[754], no existe un nexo propiamente causal entendido, en términos físicos, como aquella relación de causa-efecto. Ese nexo de relación se encuentra expresamente descrito en las causales y es el elemento que conecta a un supuesto de hecho que tiene relación con el origen o la destinación del bien objeto de investigación.[755]

Por otra parte, no debe dejarse de lado el aspecto subjetivo de la causal. Este aspecto es necesario y, con este, se tiene un escenario integrador de dos juicios complementarios: uno objetivo y otro subjetivo.[756]

Con el propósito de comprender someramente ese juicio subjetivo o cognoscitivo en la ED, entiéndase que es un proceso que valora varios aspectos relacionados con las actuaciones del titular del bien -si es que existe-, ejemplo: debida diligencia en el proceso informativo del negocio jurídico, conocimiento del cliente, buena fe, voluntad y otros.[757]

Atendiendo al componente objetivo de la extinción de dominio, la atribución de la causal no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme

---

[753] El Código de Extinción colombiano ubica esta causal en su artículo 16 inciso 5. "Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: 5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas…" Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio, ley 1708 del 2014* (Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021), 33.

[754] Se trata de una categoría incluida en la convención de Viena: "Artículo 5. Decomiso. 1.Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto." Esta categoría, que se localiza en todas las legislaciones de ED, se refiere a la posibilidad de que si no se logra hallar los bienes ilícitamente obtenidos para su incautación, resulta legítimo extinguir el dominio sobre otros bienes que el encausado ha adquirido lícitamente, y sin relación alguna con el delito; aduciendo que esos posibles bienes equivalen a los bienes o valores no encontrados.

[755] Giovanny Santander, *"Naturaleza Jurídica...,"* 289. Algunos autores colombianos como el caso de Vásquez Betancur, considera apropiado fundar la atribución de la conducta en la ED en la teoría denominada 'imputación objetiva. Vásquez Betancur, *De la Extinción de dominio...* 157. Sin embargo, lleva razón Santander cuando aduce que en "materia de extinción de dominio no resulta apropiado ni técnico hablar de imputación de las causales, categoría básica para determinar la viabilidad del reconocimiento del comiso penal, pues esto implica la demostración de una relación entre el hecho, una conducta y la norma." Gilmar Giovanny Santander Abril, 277.

[756] Este aspecto está relacionado con el concepto de 'la debida diligencia' en el proceso informativo del cliente, y otros aspectos que escapan a los objetivos de esta investigación. Este término es utilizado en el proyecto de ley para acreditar la buena fe: "… 5) El titular de un derecho real, que sin mediar negligencia, imprudencia o impericia, otorgó un crédito o facilitó productos o instrumentos financieros o bursátiles, cumpliendo con las debidas diligencias exigidas por la normativa vigente en esta materia."

[757] En sentido similar, se pronuncia Vázquez Betancur en relación con la legislación colombiana. Véase: Vázquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 158. En el proyecto de ley costarricense, el artículo 16 sobre la acreditación de la buena fe incluye varios conceptos relacionados con aspectos subjetivos: 'desconocimiento', 'circunstancias razonables', 'debidas diligencias', entre otros.

a los cuales se quiere atribuir determinado resultado a un titular. Solo es objetivamente atribuible un resultado causado por una acción humana, cuando esta ha creado un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado. De esta forma, los atributos de 'previsibilidad' y 'evitabilidad' son básicos en el análisis de atribución de una conducta determinada.[758] En consecuencia, todo aquello que puede ser 'previsto' como creación de riesgos relevantes no permitidos debe evitarse, por ende, no serán reprochables aquellos actos que una persona no pudo haber previsto y evitado.[759]

La anterior orientación dogmática encuentra respaldo en uno de los Tribunales Superiores que conoce materia de ED en Colombia y que, sobre el particular, dispuso:

> impone la consideración de un aspecto objetivo y otro subjetivo, los cuales deben actualizarse de manera concurrente y concomitante, para entender configurada materialmente la aplicabilidad de la consecuencia jurídica en cada una de ellas, que no es otra que la pérdida del derecho de dominio en favor del estado, sin contraprestación alguna.[760]

El voto transcrito confirma la adecuación de la ED a las corrientes doctrinales modernas sobre atribución de conductas; además, ratifica la madurez de la legislación y jurisprudencia colombiana sobre la ED, lo que implica un referente ineludible en cualquier investigación de esta naturaleza.

4.3. Causales de Extinción de dominio

4.3.1. Consideraciones generales

Para referirse a las circunstancias que deben tomarse como presupuestos para la aplicación de la ED a un determinado bien o derecho, los instrumentos internacionales, la LMED y algunas legislaciones de América Latina utilizan el vocablo 'causales'[761]; a pesar

---

[758] Allan Arburola Valverde, "La teoría de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal," *Revista Judicial*, No. 95 (2010): 147-167.

[759] Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 159.

[760] Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, "Sentencia E.D., 261 Sala de Extinción de Dominio del 4 de octubre de 2019," en: Vásquez Betancur, *De la extinción de dominio...,* 161.

[761] El CED de Colombia las define como causales: "Artículo 16. *Causales.* Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: …" La legislación de Guatemala se utiliza el término de causales en su artículo 4: "Causales de procedencia de la extinción de dominio. Son causales de acción de extinción de dominio, las siguientes…" Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala), art.4, p.77. En la LNED de México no brinda una referencia expresa a causales o presupuestos, se limita a describir las causas por las que procede la ED y el artículo 7 inicia diciendo: "**Artículo 7.** La acción de extinción de dominio procederá sobre aquellos Bienes de carácter patrimonial cuya Legítima Procedencia no pueda acreditarse, en particular, Bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos, sin perjuicio del lugar de su realización, tales como..." Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio, referencia a*

de que esta denominación podría generar equívocos debido a su pluralidad de significados, desde el punto de vista teórico, se persigue que los presupuestos de la ED no respondan a una conducta o acción humana atribuible al titular de un bien o derecho.

Desde la citada promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988[762], se establecieron causales para el decomiso de bienes en general; posteriormente, la LMED siguió la misma línea.[763] Las causales son los ejes centrales de la acción de ED para la LMED y para la normativa promulgada en algunos países de América Latina, además de aquellas que están en discusión.

No todas las causales que se han desarrollado en los distintos instrumentos normativos responden al mismo fundamento; sin embargo, es muy importante no perder de vista que el sustrato esencial de la ED son aquellas causales inspiradas en razones relacionadas con el bien u objeto de sujeción dominical, no del titular o tenedor del bien; así pues, como tesis de principio, se persiguen los bienes o derechos, y no a la persona.

Tomando como referencia la convención citada, se pueden sintetizar dichos presupuestos a continuación: producto y objeto de los delitos de narcotráfico y conexos, instrumento del delito, bienes destinados a ser utilizados, ocultamiento del origen ilícito, bienes transformados en otros bienes, bienes mezclados con bienes de fuente lícita, ingresos o beneficios derivados

---

sus aspectos básicos (México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019), 72. De esta forma, esta ley circunscribe su aplicación a bienes que hubiesen sido instrumento, objeto producto. Desde el punto de vista semántico se encuentra la siguiente definición de causal: "De la relación de causa que existe entre dos o más hechos, ideas, etc. Razón y motivo de alguna cosa." Océano uno, *Diccionario Enciclopédico Ilustrado* (Barcelona, España: Grupo Editorial Océano, 1994). En su acepción amplia y de acuerdo con la anterior definición, la causa es entendida como la relación entre dos situaciones, en virtud de la cual la segunda situación es necesariamente esperable o el efecto de la primera. Dicho en otra forma, cuando se habla de 'causa' se requiere observar: dos situaciones relacionadas, vinculadas o concatenadas entre sí.

[762] Asamblea Legislativa, "Ley No. 7198: Convención de Las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 25 de setiembre de 1990.

[763] Para efectos de esta investigación, se entiende como "causales" aquellos presupuestos normativos donde se describen circunstancias de origen, destinación ilícita u otras circunstancias que recaen sobre una situación jurídica privada de contenido patrimonial (no sobre su titular), que conllevan la pérdida o extinción de los derechos que existen sobre el mismo como consecuencia jurídica. De hecho, la LMED en su artículo 6 utiliza el vocablo 'presupuestos' en lugar de 'causales'. "Articulo 6. Presupuestos de la extinción de dominio. La extinción de dominio procederá sobre: a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas…" Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, "Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, abril 2011," art.6, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf.

de los anteriores, y bienes cuyo valor es equivalente.[764] Estos presupuestos hacen referencia a delitos e ilícitos, tratando ambos conceptos como sinónimos.

Al contrastar los presupuestos anteriores con algunas de las legislaciones donde se ha instaurado la ED (incluyendo del proyecto de ley de Costa Rica),[765] se llega a la conclusión de que reproducen parcialmente o adaptan los presupuestos contenidos en la LMED, o circunstancias de privación de activos plasmados en los principales instrumentos internacionales[766] con sus respectivos acomodos regionales, y un enfoque *in patrimonium*.[767]

Resulta común que cada causal presente contenidos y límites diversos. No es lo mismo un bien que ha servido como medio del delito, que uno considerado como instrumento de este; o un activo utilizado en una actividad ilícita, que un bien destinado a ser utilizado para tal fin. Por esta razón, la precisión técnica de las causales contribuye a garantizar la seguridad jurídica en materia de extinción de dominio, como así ocurre con la definición de tipos penales en materia criminal.

De una revisión de las causales plasmadas en las convenciones estudiadas: la LMED y las distintas legislaciones latinoamericanas; se deriva el predominio de dos tipos de

---

[764] Naciones Unidas, "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988," art. 2, https://www.un.org/es/.

[765] El proyecto de ley costarricense sigue una línea muy semejante al código colombiano de ED, plasmando una lista de 13 causales de ED en su artículo 17. Las únicas dos causales del proyecto costarricense que no están contempladas en la legislación colombiana corresponden a los presupuestos 11 y 13. El primero se trata de "bienes en investigación penal sobre actividades ilícitas sin que se hubiese dictado el comiso," el segundo se refiere a bienes vinculados a personas condenadas en otro país por actividades ilícitas. Proyecto de ley expediente 19571: (4 de enero, 2019), art.17.

[766] Conviene reconocer que la mayoría de causales de ED, previstas en las distintas normativas de los estados internos latinoamericanos, tienen una inspiración u origen en alguna de las formas de comiso recomendadas en el artículo 5º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; o en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; o el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

[767] De acuerdo con el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio de Colombia, las siguientes son casuales de ED: producto directo o indirecto de una actividad ilícita, objeto material de la actividad ilícita; que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto; instrumentos u objeto material de actividades ilícitas; que formen parte de un incremento patrimonial no justificado; que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas; destinados a la ejecución de actividades ilícitas; que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes; de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia; de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe, exenta de culpa; de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos, también procederá respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley. Véase: Oscar Toro y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio...*, 33-34.

presupuestos básicos en la ED: aquellas relacionadas con el origen ilícito del objeto de extinción de dominio, y las que se relacionan con su destinación[768] ilícita.[769]

En consecuencia, se podría clasificar las causales de la siguiente forma: a.- causales sustentadas en normas objetivas o subjetivas de valoración en cuanto al reconocimiento de reglas jurídicas de naturaleza básicamente civil. En estos supuestos se analizará el origen del bien para determinar su validez conforme a las disposiciones de las obligaciones civiles en general y, en este sentido, podría tratarse de bienes de origen ilícito. b.- En otros casos se analizará el uso, destino o función de algún bien, a fin de conocer si ha tenido fines ilícitos o no (valoración subjetiva). En otros términos, en los bienes de origen ilícito se verifica el acto jurídico que generó el contrato, para comprobar si se cumple o no con los presupuestos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, y determinar su validez. En el segundo supuesto, se analiza su posterior utilización o empleo para fines ilícitos, no su origen.[770]

Para ilustrar la clasificación expuesta, se reconocen las siguientes causales de origen en la Convención de las Naciones Unidas: bienes producto, bienes objeto material, bienes transformados, ingresos o beneficios de la actividad ilícita. En relación con la LMED, también sería una causal de origen o sustancial el incremento patrimonial injustificado y los bienes equivalentes, aunque esta última se puede considerar como *sui generis*. En cuanto a la destinación ilícita, serían los siguientes: instrumentos de la actividad ilícita, bienes destinados a actividades ilícitas, bienes objeto de ocultamiento y bienes mezclados.

4.4. Formas de atribución según las distintas causales

[768] Se podría afirmar que este presupuesto está íntimamente relacionado con el atributo del derecho de propiedad denominado 'de uso' (*ius utendi*), y como se ha señalado, este atributo debe cumplir ciertas condiciones dentro de las que se destaca el derecho de servirse del bien o derecho conforme a la función social, siempre que esas conductas no violen preceptos legales ya establecidos, o causen lesiones a los derechos de otros propietarios. Sobre este aspecto, véase capítulo III, sección IV sobre la licitud en la explotación del bien.

[769] Se coincide con Haba en el sentido de que no existen clasificaciones verdaderas ni falsas, algunas serán útiles y otras no tanto. Por lo general, están supeditadas al interés que guía a quien las promulga. En este sentido, agrupar o clasificar las causales se hace con un fin de acceder al conocimiento de una manera más simple y comprensible para entender sus consecuencias prácticas. Pedro Enrique Haba, *Metodología (Realista) I*, 129. Por otra parte, los límites y contenidos de cada una de las causales requieren de una precisión y entendimiento conceptual que asegure y garantice una correcta aplicación del presupuesto al hecho concreto.

[770] Giovanny Santander, *Naturaleza Jurídica...*, 226.

Separar las causales en la forma expuesta, persigue tener efectos prácticos en materia probatoria y de identificación del presupuesto de la ED, debido a que cada causal posee un modo específico de acreditación (atribuibilidad o imputación).[771]

Al mencionarse que la atribución de responsabilidad en cada causal es compuesta (elementos tanto objetivos como subjetivos), se hace necesario explorar los requisitos mínimos que se exigen para la imputación en causales de origen, así como en las relacionadas con la destinación del bien.[772]

4.4.1 Atribución en causales por origen

En los casos de origen ilícito, se analizará el origen del bien para determinar su validez conforme a las disposiciones de las obligaciones civiles en general, según lo estudiado en el capítulo III, sección 4. En otros términos, en los presupuestos de origen ilícito se verifica el acto de adquisición jurídico que generó la transmisión del bien, para comprobar si se cumple con los requisitos de objeto y causa lícita, propios del negocio jurídico.

Las causales de origen giran en torno a bienes provenientes de actividades ilícitas, por lo general, se materializan en: producto de una actividad ilícita (directo o indirecto)[773]; objeto material, transformación o conversión; incremento patrimonial no justificado; ingresos, rentas, ganancias y frutos derivados de los bienes que están dentro de algunas de las causales citadas, bienes de origen lícito equivalentes al producto ilícito, entre otras.[774] La atribución de responsabilidad por origen ilícito tiene como objetivo esencial el restablecimiento de la legitimidad de la propiedad privada a favor del poder estatal.

Aunque discutible, algunos afirman que ese restablecimiento también conlleva un fin preventivo, aludiendo al posible efecto disuasivo de la extinción de dominio.[775] Es evidente que

---

[771] Por ejemplo, si el cuestionamiento de un bien es por destinación ilícita, cualquier prueba dirigida a identificar la fuente de los recursos con que se adquirió el objeto investigado carecería de utilidad práctica. Tal es el caso de una casa de habitación que se dedica a la explotación sexual de menores de edad.

[772] En el último proyecto de ley de Costa Rica, esta distinción está plasmada a partir del artículo 1: "Objeto de esta ley. Esta ley establece y regula la extinción de dominio de bienes o derechos que tengan origen o destinación ilícita a favor del Estado, y los bienes adquiridos sin causa lícita aparente…". Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, 4 de enero, 2019, art.1. En el mismo sentido, el Código de Extinción colombiano lo menciona en sus artículos 7 y 117.

[773] En este sentido el último proyecto de ley de Costa Rica lo establece en los artículos 1 y 17. En el caso de la LMED, se establece en el artículo 6, inciso a).

[774] Estas causales, con algunas variantes semánticas, están previstas en las siguientes normativas: artículo de la LMED, artículo 16 del Código de Extinción de Dominio de Colombia, artículo 7 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio de México.

[775] En este sentido, se pronuncia Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 163.

esta orientación se dirige a entender que la ED es una especie de sanción,[776] aunque esta imputación no se dirige a establecer una responsabilidad penal, sino una responsabilidad patrimonial (acción *in rem o in patrimonium*).

El otro aspecto sobre el que se debe insistir es que este tipo de causales no analiza exclusivamente la ilicitud del derecho patrimonial para el objetivo de la extinción; sino que examina también aspectos subjetivos relativos al afectado por la pretensión privativa, la relación o vínculo del sujeto con la causal de dominio y, en el caso de terceros, resulta necesario analizar la circunstancia subjetiva de la buena fe.[777] En este tipo de causales se examina el conocimiento y la voluntad de la actividad ilícita del afectado y de los terceros involucrados con el bien, para eventualmente demostrar la buena o mala fe. En consecuencia, existe un escenario de atribuibilidad mixto (tanto objetivo como subjetivo), debiéndose valorar el grado de conocimiento de la causal, las labores de diligencia, principio de confianza, entre otros. La prevalencia de aspectos subjetivos resulta significativa cuando se trata de una acción de ED sobre derechos patrimoniales concebidos por vías indirectas, como sería la simulación, o aquellas conductas en las que se trata de diluir la fuente ilegítima primaria, por lo que eventualmente se ocuparía demostrar la existencia de un beneficiario final. Recuérdese que será necesario establecer el vínculo entre los titulares del bien y las causales de extinción lo cual conlleva el análisis de aspectos subjetivos.

En cuanto a los presupuestos 'por origen,' relacionados con una situación jurídica privada patrimonial transmitida a testaferros[778]; se entiende que existe una simulación de contrato, por

[776] Vásquez Betancur también concluye que la naturaleza jurídica de la ED es sancionatoria a raíz de la ejecución de actividades ilícitas, 70.

[777] Sobre este aspecto: "La causal por origen ilícito implica un examen y acreditación de la actividad ilícita que relaciona el derecho patrimonial con un afectado o tercero, por ello, a pesar que al interior del proceso de extinción de dominio no se discuta el carácter, la inocencia o la culpabilidad de las personas, sí incumbe desentrañar el origen de los bienes, su nexo o relación con los afectados, y el conocimiento de la actividad ilícita que fundó los derechos subjetivos patrimoniales, relación fundamental para la imputación extintiva de dominio." Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 163.

[778] Estas situaciones se denominan 'testaferrato,' el cual se puede definir de la siguiente forma: "El Testaferrato, hace relación a aquel comportamiento desplegado por cualquier persona, consistente en prestar su identidad civil, firma o bien su personería ya sea física o jurídicamente para encubrir o disfrazar legalmente, o su personería o jurídicamente, emulando el papel de la persona propietaria de bienes muebles o inmuebles a fin de hacerlos aparecer y ver como yos, permitiendo que con ello se aparente su posesión o propiedad, evadiendo investigaciones penales para el verdadero propietario quién injustificada o ilícitamente los adquirió." Moisés Sabogal Quintero, *El Enriquecimiento Ilícito, el Lavado de Activos, el Testaferrato y la Extinción de Dominio en Colombia,* segunda edición (Bogotá, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2020), 94.

haber una patología en uno de los elementos esenciales del negocio jurídico: la voluntad y la causa.[779]

De esta forma, en la acción de ED sobre activos detentados por titulares aparentes[780], o en aquellas conductas en las cuales se trata de diluir el origen ilegítimo primario, será necesario demostrar el beneficiario real o final del bien ('hombre de paja').[781]

Se da el caso de que el camuflaje de la ilicitud del bien no atañe al sujeto sino al objeto mismo, como en el supuesto de los bienes mezclados. En estos supuestos se requiere investigar la trazabilidad (significa identificar el giro económico, las rentas declaradas, utilización, inversión y destino) de los recursos económicos a fin de comprobar la existencia de flujos económicos lícitos mezclados con recursos ilícitos.[782]

El fundamento axiológico de la atribución por origen está íntimamente relacionado con los límites y condiciones propias del Negocio Jurídico, y el concepto de abuso del derecho. Al margen de la existencia de un delito, por tratarse de una clara patología en el seno mismo de la contratación y adquisición del bien o derecho; el ordenamiento debe reaccionar creando y utilizando acciones judiciales que declaren la invalidez del acto o contrato, restituyendo el derecho de propiedad u otros bienes ilícitamente adquiridos a favor del Estado, sin pago ni

---

[779] Sobre el elemento de la voluntad y la causa en el Negocio Jurídico, véase: Víctor Pérez, *Derecho Privado*, tercera Edición (San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, 1994).

[780] A esta denominación también se le denomina 'hombre de paja': "El que actúa al dictado de otro que no quiere figurar en un primer plano." Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, tomo 6, 2001) 829. Esta denominación se identifica con el 'testaferro' y también es conocido en el derecho penal económico como el 'administrador de hecho'.

[781] Nótese que la figura del testaferro tiene amplia participación en áreas ajenas al Derecho Penal: a.- testaferros que 'prestan' su nombre para provocar fraude de acreedores, constituyendo falsas garantías reales (hipotecas, cédulas hipotecarias, prendas, etcétera) para presentarlas ante el Registro Público y entorpecer la prioridad que podría tener otro u otros acreedores legítimos; b.- ante una posible separación conyugal, una parte encomienda la adquisición de bienes y servicios a testaferros bajo la pretensión del ocultamiento de la realidad del patrimonio por parte de su titular; de manera tal que no es la primera vez que, en fraude y perjuicio del otro cónyuge, el adúltero le confía -por ejemplo- a su amante (o a un pariente cercano) que actúe como testaferro para que aparezca como el titular de ese bien, y el mismo no ingrese o forme parte del caudal patrimonial en discusión. C.- utilizar empresas o personas físicas en concursos públicos, intentando aparentar competencia, cuando en realidad de trata de personas controladas por una sola persona o empresa.

[782] Un ejemplo de esta circunstancia es un caso en el Tribunal de Extinción de Dominio en Colombia donde se demostró que el afectado había ganado un premio de lotería; para esa misma época, también se dedicaba al tráfico de cocaína cristalizada. En: Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 170.

indemnización.[783] Como así fue explicado, al Estado le corresponde un deber prestacional que se identifica plenamente con la creación y utilización de la acción de Extinción de Dominio.[784]

Finalmente, en los presupuestos 'por origen,' el límite material o sustancial de la acción que se pretende es la buena fe (exenta de culpa o cualificada)[785]. Este último concepto está presente en todas las legislaciones sobre Extinción de Dominio, defiende las situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial, estableciendo los requisitos y condiciones en las que sería improcedente aplicar la ED.[786]

---

[783] Otro tipo de fundamento lo menciona Vásquez, afirmando: "El fundamento axiológico de la imputación por origen radica en que el orden jurídico interno y externo ha trazado límites al proceso de adquisición de los bienes, lo que simultáneamente otorga herramientas judiciales para hacer efectivo y palpable su desconocimiento, proceso que se rige por el concepto mismo de justicia, según el cual, el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos; por ello, la extinción de dominio como ejercicio del poder soberano destruye aquellos derechos patrimoniales ilegítimos sobre aquellos afectados o terceros que quisieron construir su capital sobre cimientos tan frágiles como los que resultan de una conducta o comportamiento reprobable y dañino socialmente." Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 171.

[784] Es importante anotar que la ED también se aplica o podría recaer sobre las personas jurídicas. En este sentido, se pronuncia Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 177.

[785] Véase: capítulo VI, sección I.

[786] Es importante considerar que, contrario a lo que se pregona, el alcance de la buena fe como límite sustancial de la ED evita la arbitrariedad y fortalece el derecho de defensa, contradiciendo las críticas que recaen sobre el objeto de estudio. Contrario a lo que ocurre con la acción de ED, y a propósito de las críticas, se traen a colación dos supuestos legales y jurisprudenciales en Costa Rica donde la buena fe es simplemente ignorada: a.- en materia penal cuando se trata de delitos de falsedad documental donde se resuelve no aplicar la buena fe y devolver el derecho de propiedad al titular despojado, a pesar de la existencia de un tercero de buena fe (artículo 493 del C.P.P. y también voto 346-96 de la Sala Tercera); b.- artículo 35 de la Ley N° 8204 (Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo), numeral en el que se regula la obligación de declarar –al ingresar o salir del país- el dinero en efectivo superior a diez mil dólares, y en el que se dispone expresamente lo siguiente: "Artículo 35.- Al ingresar en el país o salir de él, toda persona, nacional o extranjera, estará obligada a declarar el dinero efectivo o los títulos valores que porte, si la cantidad es igual o superior a los diez mil dólares moneda de los Estados Unidos de América (US $10.000,00) o su equivalente en otra moneda. Para la declaración, deberá emplear los formularios oficiales elaborados con ese fin, los cuales serán puestos a su disposición, por los funcionarios competentes de la Administración Aduanera, en los puestos migratorios. El incumplimiento, total o parcial, de lo establecido en el párrafo anterior, traerá como consecuencia la responsabilidad objetiva y la pérdida inmediata del dinero o los valores a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas, y se destinarán al cumplimiento de sus fines, de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 87 de la presente Ley. La pérdida se fundamentará en la simple constatación del incumplimiento, y será declarada por el Ministerio de Hacienda." Asamblea Legislativa," No. 7786: sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades Conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo; 30 de abril, 1998", https://vlex.co.cr/vid/ley-7786-estupefacientes-sustancias-639401777

4.4.2. Imputación en Causales de Destinación Ilícita

Dentro de esta esta categoría referida al uso del bien, se encuentran las siguientes causales: instrumentos de la actividad ilícita, bienes destinados a actividades ilícitas, bienes objeto de ocultamiento, y bienes mezclados.[787]

A diferencia del presupuesto 'por origen,' la destinación ilícita no indaga la fuente o la génesis del derecho patrimonial, su marco de actuación gira en torno del cumplimiento de un deber lícito en lo que respecta a un destino, uso o aprovechamiento de cualquier derecho patrimonial. Como se vio en el capítulo II, el núcleo esencial y la protección que ofrece el artículo 45 constitucional recae sobre la propiedad lícita, 'la legítima' o aquella que se muestra si ningún vicio de invalidez.

El reproche en las causales de destinación se dirige contra quien ejecute o permita la ejecución de conductas o actos ajenos a la función social del derecho de propiedad. En estos casos, se revisa la observancia y cumplimiento de mandatos derivados de lo que se ha denominado la 'propiedad constitucional'.[788] El examen abarca la utilización, uso y disposición de un determinado bien o derecho (derecho o facultad de uso), contraponiéndolo con los deberes de la propiedad legítima establecida en la constitución, en especial, en relación con el cumplimiento de la función social que le es inherente.

La atribución de responsabilidad está íntimamente relacionada con algunas conductas omisivas como: vigilancia indebida, negligencia o descuido en general.[789] En algunos supuestos,

---

[787] El artículo 3 de la ley LMED, establece: "Articulo 6. Presupuestos de la extinción de dominio. La extinción de dominio procederá sobre: a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas. b. Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas. c. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas. d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas. e. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia. f. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia. g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas. h. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes. i. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material. j. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien." Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, abril 2011," 3. En similar sentido artículo 16 del Código de Extinción de Dominio de Colombia y artículo 17 del Proyecto de ley expediente 19571 en su última versión.

[788] Vid. Cap. I, "Conclusiones del capítulo", pág. 73.

[789] Utilizando un concepto general, se podría decir que se trata de una violación a un 'deber de cuidado' o falta en la debida diligencia (concepto usado en la ley de ED de Colombia y el proyecto en Costa Rica), propio de cualquier actividad que realice el ser humano. Si bien el 'deber de cuidado' se ha aplicado para la fundamentación dogmática de los delitos culposos en el Derecho Penal, dicha categoría también se usa en el Derecho Administrativo (artículo 213 de la LGAP 213), pero su antecedente inmediato proviene del Derecho Civil donde

se entiende que la inadvertencia causó una especie de transgresión a un deber sobre el cual el titular del bien o derecho detentaba un deber de vigilancia.[790]

Es importante acotar que el proceso de imputación no solo existe un componente subjetivo en la destinación ilícita, como parecieran sugerirlo algunos autores,[791] también hay un elemento objetivo. Según Betancur, este último aspecto gira en torno a la creación de un riesgo no permitido que afecta a la propiedad legítima. El elemento subjetivo está relacionado con el concepto de debida diligencia.[792]

En suma, los siguientes elementos constituyen los presupuestos necesarios para que opere la configuración extintiva por destinación: un bien patrimonial utilizado ilícitamente (riesgo no permitido), el titular de ese bien, la actividad ilícita y el nexo o vínculo entre los aspectos citados,[793] que permita determinar el quebrantamiento a un deber de garantía exigible (deber de vigilancia o debida diligencia, al menos.[794]

---

se hace conocido desde antaño el concepto del 'buen padre de familia'. En esta línea de pensamiento, Zaffaroni afirma: "Por muy reglamentada que esté una actividad en una ley formal no puede prever todos los supuestos. Por ello, con frecuencia no existe otra alternativa que dejar la cuestión librada a les patrones sociales de prudencia. En este punto puede pensarse el límite típico remite a la vieja fórmula civilista del buen padre de familia que, mutatis mutandi, es el hombre previsor y prudente, el *homunculus normalis* o el *reasonable man* anglosajón", Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Parte General (Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2007), 433. Hay que recordar que hoy día existen novedosos instrumentos para la prevención delictiva a nivel de empresas o sociedades, después de que se rompiera el paradigma de que las personas jurídicas no delinquen, como es el caso de la teoría denominada "*compliance*" en el derecho estadounidense.

[790] Esta es la posición del autor Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 184. El deber de vigilancia se suele utilizar en aquellos casos cuando el Estado es garante de una determinada situación jurídica (semejante al deber prestacional, véase capítulo II, sección I). En este sentido, vid. resolución Nº 06109 – 2015, 30 de abril del 2015 a las 2:30 p. m. expediente 15-004546-0007-CO, acerca de los deberes de protección a los privados de libertad. Un ejemplo sería el deber de los padres para con los hijos. En materia contractual, es evidente que los intervinientes tienen múltiples deberes para evitar el uso ilegítimo de un determinado derecho de propiedad. Tratándose de bienes inscribibles en el Registro Público, resulta innegable que el Notario Público también tiene distintos deberes que lo sitúan en un deber de vigilancia para evitar determinadas ilicitudes y de esta forma asesorar correctamente a las partes.

[791] En este sentido, Gilmar Giovanny Santander Abril hace referencia a los presupuestos por destinación: "la valoración de normas subjetivas de determinación adquiere relevancia la acción del titular, donde los actos dispositivos del bien pueden ser valorados desde la perspectiva de una conducta de tendencia interna trascendente, donde el aspecto subjetivo de dar a un bien una destinación ilícita o permite que el mismo sea destinado a una actividad ilícita, resulta jurídicamente relevante". Gilmar Giovanny Santander Abril, 226.

[792] Este es el criterio de Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 184-185.

[793] El Código de Extinción de Dominio de Colombia refiere, en el artículo 118 inciso 4, la necesidad de establecer el vínculo entre titulares, bienes y la causal. En similar sentido, el artículo 63 inciso 4 del proyecto de ley de Costa Rica.

[794] En este punto, es conveniente citar un caso práctico tomado de la jurisprudencia colombiana: Se trata de una propietaria de un inmueble que contrata a un profesional o empresa dedicada a los negocios inmobiliarios (arrendamiento y venta), acaeciendo que fuerzas policiales localizaron dentro del inmueble insumos químicos para el procesamiento de alcaloides. La propietaria demostró poseer el respectivo contrato con la empresa y adujo desconocer al arrendatario. La corte denegó la solicitud de ED, y consideró inexistente el vínculo entre titular,

Sin perjuicio de lo expuesto, otros criterios que son eminentemente civiles y permiten imputar los presupuestos por destinación son el *ius vigilandi y el ius escogendi*. La utilización dogmática de estos conceptos no es antojadiza; por el contrario, están en armonía con la propia autorización que brindan las distintas leyes de ED, tratándose de aplicación supletoria, o por remisión, como lo indica el Código colombiano de ED.[795]

De acuerdo con lo anterior, la culpa *in vigilando* y la culpa *in eligendo* permiten establecer si la ilicitud que afectó el derecho de propiedad que se investiga tuvo como causa inmediata un desperfecto en la ejecución de una conducta de vigilancia, elección, corrección; en suma: debida o indebida diligencia.[796]

5. Evolución y Aspectos Básicos de los Proyectos de Ley en Costa Rica

5.1 Panorama General

En este apartado se contrastarán los conceptos y características sustanciales de la ED, estudiadas en este capítulo, con los proyectos de ley de ED en Costa Rica. No se pretende realizar una revisión exhaustiva de la totalidad del articulado de cada uno de los proyectos, ni mostrar cada uno de sus cambios; en cambio, la investigación se centrará en aquellos aspectos relacionados con actividad ilícita, objeto y presupuestos o causales de la ED que, de una u otra forma, han causado mayores controversias;[797] además tienen relación con los objetivos de este estudio.

De acuerdo a la revisión efectuada en la Asamblea Legislativa, los proyectos de ley que tratan sobre el tema de Extinción de Dominio y sus respectivos textos sustitutivos son los siguientes: 1) Proyecto de Ley N° 18 964 "Ley Sobre Extinción de Dominio"; 2) Proyecto de Ley N° 19 571 "Ley Especial de Extinción de Dominio, anteriormente denominada: Ley de Extinción de Dominio"; 3) proyecto de Ley N° 20 599 "Ley Especial de Extinción de Dominio, Respetando las Garantías Constitucionales"; 4) proyecto de Ley N° 20.868, el cual crea la

ilicitud del bien y la causal de destinación. Para Vásquez Betancur, el Tribunal de Extinción de Dominio no debió declarar sin lugar la extinción, aduciendo que, en ese caso y situaciones similares, subsisten las obligaciones de cuidado frente al abuso de terceros, incluso en los supuestos de arrendamiento. Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 186-187.

[795] Véase artículo 26 de la ED de Colombia, y en un sentido similar el artículo 140 del proyecto de ley de Costa Rica.

[796] En este sentido, se expresa Vásquez Betancur, *De la Extinción de Dominio...*, 199.

[797] Algunas de esas polémicas fueron expuestas en la sección III del capítulo primero.

comisión de estudio del Proyecto de Ley N° 19 571. El único proyecto de ley que cuenta con cinco textos sustitutivos[798] es el proyecto de Ley N°19 571.

5.2 El objeto

Como se adelantó, un concepto central de la ED corresponde al objeto u objetos sobre los que esta recae. Por tratarse de una acción procesal de naturaleza real, se entiende que la ED persigue una determinada categoría de objetos. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones ha optado por definir los conceptos de bienes y derechos para referirse al objeto de ED.

Se ha indicado en esta investigación que el objeto sobre el cual recae la ED, conforme a las convenciones y legislaciones mencionadas, se inclinan por identificar el objeto de la ED con la denominación de 'bienes,' 'derechos,' o simplemente cosas susceptibles de valoración económica, además de otras enunciaciones que incluso van más allá de lo que se ha definido como derecho de propiedad.

En el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo en el año dos mil catorce, número 18 964, el artículo 1 inciso b definió el objeto de la siguiente forma:

> **b) Bienes susceptibles de extinción de dominio:** Activos de cualquier tipo. Corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, los documentos o instrumentos legales y productos financieros que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

En el proyecto número 19 571 (texto base), artículo 1, inciso b, se cambió la redacción de la definición de bienes, pero se mantuvieron conceptos como: bienes, propiedad, activos, derechos y la clasificación tradicional de cosas:

> "b) Bienes: Todos aquellos derechos o bienes existentes, convertibles a un valor pecuniario, y a ser determinados. Estos pueden ser corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos y derechos."

Finalmente, el proyecto actual que se mantiene en la corriente legislativa realiza una definición de bienes más amplia que las anteriores, intentando abarcar cosas de muy diversa índole:

> 2) Bienes: Los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, corporales o incorporales o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial, títulos valores, los documentos o instrumentos legales, dinero y

[798] Sobre el concepto de 'Texto sustitutivo,' el reglamento legislativo indica: "no existe en Comisión el concepto jurídico formal de "texto sustitutivo" y por tanto las mociones que se presenten para sustituir el texto base de la discusión reciben el mismo tratamiento que cualquier otra moción que se presente en esa etapa del procedimiento, con fundamento en lo que dispone el Artículo 124 del Reglamento Legislativo". Asamblea Legislativa de Costa Rica. Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, (San José, C.R.: La Asamblea. 2014), http://www.asamblea.go.cr/ca/ral_comentado/ral_comentado.pdf.

> todos los activos e instrumentos financieros que sean sujetos de medidas directas e inmediatas de congelamiento, inmovilización o custodia, capital de una sociedad o persona jurídica, acciones y cuotas sociales; así como cualquier derecho de propiedad sobre bienes y activos, en los términos establecidos en esta ley.

Ahora bien, en los distintos proyectos también se realiza una conceptualización de ED, refiriéndose a "bienes y derechos que tengan origen o sean destinado a actividades ilícitas". [799] Al contrastar ese concepto con la lista de definiciones del artículo tres del proyecto, se extrae la particularidad de que, en el proyecto, solamente se define el concepto de 'bienes,' no así los derechos.[800] Además de una atenta revisión de la conceptualización de 'bienes,' se notará que algunas palabras se usan como sinónimos, otras son clasificaciones tradicionales de los bienes (muebles o inmuebles); se podría afirmar que una palabra como 'activo' se trata del género y que los "bienes" son una especie de ellos.[801]

Cualquier definición persigue rescatar los aspectos generales y los rasgos concretos de aquello que se intenta definir.[802] En el caso de la enunciación de 'bienes,' se deduce que el género próximo sería el concepto de 'activos' o 'patrimonio' (categoría general a la que pertenece la palabra 'bienes'); no obstante, en el resto de la conceptualización se denota cierto círculo vicioso debido a que, primeramente, se indica "sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial" y, al final de la conceptualización, se retorna a la definición inicial, indicándose "así como cualquier derecho de propiedad sobre bienes y activos". En realidad, la

---

[799] El artículo 3, inciso 2 del último proyecto de ley de Costa Rica, sobre el objeto de la ED, indica: "…2) Bienes: Los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, corporales o incorporales o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial, títulos valores, los documentos o instrumentos legales, dinero y todos los activos e instrumentos financieros que sean sujetos de medidas directas e inmediatas de congelamiento, inmovilización o custodia, capital de una sociedad o persona jurídica, acciones y cuotas sociales; así como cualquier derecho de propiedad sobre bienes y activos, en los términos establecidos en esta ley. Proyecto de ley expediente 19571, 4 de enero, 2019, art. 3, inciso 2.

[800] Esta particularidad genera cierta confusión. Por un lado, se mencionan frases como 'derecho de propiedad,' 'derecho de contenido patrimonial,' por otro, se indica 'bienes y derechos'.

[801] Según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por 'definición' lo siguiente: "Proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inm aterial". Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., volumen 4, 499.

[802] A partir de la definición que brinda la Real Academia, una adecuada definición debería contener dos elementos básicos: el género próximo, el cual se refiere al grupo más amplio al cual pertenece aquello que se desea definir y 'diferencia específica', que se refiere a aquella característica específica que permitirá reconocer aquello que se define. Esta modalidad de concebir la 'definición' es conocida como 'definición por género próximo y diferencia específica'. Consiste, en la caracterización de un objeto o ser, por la investigación de su género próximo y su diferencia específica, o bien, indicar al menos las propiedades que necesariamente tiene el objeto definido. Héctor López Bello, *Manual de Lógica Formal para su Empleo Práctico en el Derecho, Elementos de Razonamiento Lógico para la Justicia Administrativa*, (Ciudad de México: Tribunal Federal de Justicia Administrativa, 2018), 113.

enunciación esbozada mezcla los objetos sobre los cuales recae la ED y el derecho real de propiedad que pesa sobre una cosa específica (Derecho de Propiedad en su sentido estricto), aspecto que fue abordado desde los inicios de esta investigación.

Al margen de la existencia de alguna imprecisión gramatical, está claro que la definición persigue abarcar todos los objetos posibles que podrían formar parte del patrimonio o de los activos de un particular, desde este punto de vista, rebasa el concepto de derecho de propiedad en sentido estricto.[803]

5.3 La Ilicitud

En el primer proyecto de ley presentado al congreso costarricense, número 18 946, el concepto de actividad ilícita dejó de lado el componente "delictivo".[804] De modo que no se requería que una acción u omisión estuviese tipificada como delito, bastaba que se trataba de cualquier acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico. Es evidente que el concepto "contrario al ordenamiento jurídico" no solo es un término indeterminado, también abarcaría un amplio espectro de situaciones y posibilidades más allá del ámbito propiamente penal.

En el segundo proyecto de ley número 19 571 del año 2015, se propuso utilizar la definición de actividad ilícita de la LMED, equiparando ilicitud con actividad tipificada como delictiva, también se retomó la disposición del proyecto anterior, así que se definió actividad ilícita de la siguiente forma: "…cualquier otra actividad ilícita susceptible de aplicación de esta ley por ser contraria al ordenamiento jurídico interno."[805]

En el primer texto sustitutivo del proyecto 19 571, de octubre de 2015, cambia la conceptualización de actividad ilícita. El artículo 1 inicia afirmando que se trata de toda actividad contraria al ordenamiento jurídico, pero se agregan las palabras "relacionadas con". Por lo cual, la ilicitud estaría vinculada necesariamente a una lista taxativa de tipos penales, en

---

[803] Sin duda, el derecho de propiedad y su objeto, no es "*ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre*" (ni desde luego la misma, ni desde luego otra). María Elena Lauroba Lacasa, *El Derecho de Propiedad en la Construcción del Derecho Privado Europeo* (Valencia, Tirant lo blanch, 2018), 316. Se trata de una expresión que el autor le atribuye a los versos de Paul Verlaine, Mon rêve familiar.

[804] "a) Actividad ilícita: Toda actividad susceptible de ser contraria al ordenamiento jurídico, aun cuando no haya sido declarada en sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley." Asamblea Legislativa, Ley de Extinción de Dominio, proyecto de ley, expediente no. 19571, I texto sustitutivo del 15 de octubre de 2015, art.2 inciso a.

[805] A pesar de que este proyecto ha sufrido varias modificaciones o textos sustitutivos, es el proyecto que se mantiene vigente en la corriente legislativa.

el entendido que no se requería el dictado previo de una sentencia penal.[806] En este texto se fijaron nueve tipos de conductas delictivas: asuntos relacionados con drogas, legitimación de capitales, delitos contra los deberes de la función pública, enriquecimiento ilícito y corrupción en la función pública, contrabando, tráfico ilícito de armas, terrorismo, trata de personas y crimen organizado.[807]

En el segundo texto sustitutivo se hizo un nuevo cambio a la enumeración de actividades ilícitas, excluyendo delitos relacionados contra los deberes de la función pública y manteniendo el concepto y presupuestos de actividad ilícita, previsto en el texto de octubre de 2015.[808]

El tercer proyecto sustitutivo mantuvo la cantidad de actividades ilícitas, solamente eliminó infracciones aduaneras; el cuarto texto sustitutivo mantuvo la misma estructura del tercero.

Una modificación relevante ocurrió con el quinto texto sustitutivo, debido a que se varió el concepto de actividad ilícita y disminuyeron las conductas delictivas a solamente tres presupuestos: "Artículo 3.- definiciones**.** Para los efectos de la presente ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 1. Actividad ilícita: Toda actividad contraria al ordenamiento jurídico vigente, en conductas vinculadas con el fenómeno de crimen organizado, en relación con: a. Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. b. Tráfico ilícito de armas y explosivos. c. Trata de personas, explotación sexual, tráfico ilícito de migrantes o tráfico ilícito de órganos." [809]

Algunos medios de comunicación colectiva destacaron negativamente esos cambios, afirmando que las modificaciones aplicadas al proyecto significaban su evidente debilitamiento; por cuanto, al disminuir la lista taxativa de actividades ilícitas, la posibilidad de

---

[806] Se precisa que esta 'relación' apunta a un "nexo de relación," y no a un "nexo de causalidad" en el sentido penal del término. Lo anterior obedece a la existencia de presupuestos que no se sustentan en criterios de causalidad: bienes equivalentes, bienes destinados, etc.

[807] Asamblea Legislativa, "Expediente de ley No. 19571: Ley de Extinción de Dominio," *texto sustitutivo I* (15 de octubre, 2015), art.2 inciso a.

[808] Asamblea Legislativa, "Expediente de ley No. 19571: Ley de Extinción de Dominio," *texto sustitutivo II* (1 de diciembre, 2015), art.2 inciso a.

[809] Este texto lo creó una comisión especial que sería la encargada de dictaminar el expediente n° 19.571, "ley especial de extinción de dominio", según expediente legislativo nº 20.868, moción de texto sustitutivo Expediente N° 19.571, "Ley Especial De Extinción De Dominio", Expediente Legislativo Nº 20.868,

actuación de la ED decrecía considerablemente.[810] Contrario al criterio anterior, uno de los diputados impulsores subrayó que simplemente se trató de reconocer "el espíritu inicial del proyecto," que —desde su punto de vista— "era para combatir crimen organizado y narcotráfico".[811]

Para el año 2019, se nombra una comisión especial que sería la encargada de dictaminar el expediente 19 571, "Ley Especial de Extinción de Dominio," este nuevo expediente se denominó proyecto de ley No. 20 868. La mencionada comisión presentó, en abril de 2019, otro proyecto de ED, nuevamente se modificó la extensión de las actividades ilícitas, de manera que se amplió a 18 delitos los presupuestos para la aplicación de la ED.[812] Hasta el día de hoy no han existido nuevas modificaciones con respecto a la lista taxativa de actividad ilícita.

Con esta breve referencia se revela cierta disputa entre quienes redactaron el proyecto sobre aquellas actividades ilícitas que deberían de incluirse en la futura legislación. Sin lugar a duda, el proyecto ha sufrido 'presiones' de distintos grupos que tienen variados intereses e infundado temor sobre los efectos de la eventual legislación. Por este motivo, en cuanto a las actividades ilícitas que se aplicarían a la ED, los legisladores han intentado limitarlas, aspecto que le restaría eficacia al proyecto de ley; no obstante, el proyecto actual abarca un número amplio de ilícitos graves; en este sentido, lo esperable es que no existan futuras modificaciones que tiendan a reducir el número de ilícitos a los cuales se le aplicaría la ED.

---

[810] Josué Alfaro, "Diputados quitan potencia a la Ley de Extinción de Dominio: ICD preferiría que no se apruebe," *Semanario Universidad*, 6 de noviembre de 2018, https://semanariouniversidad.com/pais/diputados-quitan-potencia-a-ley-de-extincion-de-dominio-icd-preferiria-que-no-se-apruebe/

[811] Ibid. Este criterio se contradice con el texto de los proyectos anteriores, debido a que la definición de actividad ilícita vino de más a menos, o sea, al inicio era muy amplia y conforme fue evolucionando se fue estrechando.

[812] "Artículo 3.-Definiciones. Para los efectos de la presente ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 1. Actividad ilícita: Toda aquella actividad tipificada como delito grave de conformidad con lo que establece la Ley N° 8302 Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del 29 de agosto del 2002, en su artículo 2 inciso b) y nuestro ordenamiento jurídico vigente, relacionada con: a. Delitos previstos en la Ley N° 7786 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y sus reformas, b. Legitimación de capitales, c. Corrupción pública, cohecho, concusión y exacción ilegal, peculado, tráfico de influencias, corrupción de funcionarios y jueces y cualquier tipo de fraude en la función pública o en perjuicio de la hacienda pública, d. Enriquecimiento ilícito, e. Contrabando, f. Evasión fiscal y delitos tributarios, g. Tráfico ilícito de armas y explosivos e infracciones a la legislación vigente que regule la materia, h. Terrorismo en todas sus manifestaciones, su financiamiento, así como la proliferación de armas de destrucción masiva. i. Secuestro extorsivo o toma de rehenes, j. Proxenetismo y explotación sexual en todas sus manifestaciones, k. Trata de personas, tráfico ilícito de personas o tráfico ilícito de órganos, l. Fabricación o producción de pornografía infantil, m. Sicariato, n. Sustracciones bancarias vía telemática, o. Ciberdelincuencia, p. Trasiego transfronterizo de dinero, q. Genocidio, r. Conductas típicas que reúnan los requisitos objetivos del fenómeno de delincuencia organizada"

5.4 Causales de extinción de dominio

Las causales de extinción de dominio tienen cierta semejanza con las distintas clases de comiso,[813] pero redactadas desde una perspectiva *in rem*. Como así fue estudiado, las causales son presupuestos normativos donde se describen circunstancias de origen o destinación ilícita, que recaen sobre un bien (no sobre su titular) y conllevan como consecuencia jurídica la pérdida de los derechos que existen sobre ellos.

En el primer proyecto de ED enviado por el Poder Ejecutivo, se establecieron 11 causales[814] que, en términos generales, correspondían a las utilizadas en los instrumentos internacionales y la LMED. En el proyecto siguiente y los restantes textos sustitutivos, las modificaciones en cuanto a causales no sufrieron reformas sustanciales.[815]

En el proyecto actual se han definido trece causales, se reconocen las de origen, como estructura básica o sustancial, a las cuales pertenecen: bienes producto directo o indirecto (causal 1), objeto material (causal 2), aquellos que provengan de transformación o conversión (causal 4); incremento patrimonial injustificado (causal 7), bienes que constituyan rentas, frutos, ganancias y beneficios (causal 8); bienes equivalentes (causal 12) y bienes abandonados con aparente origen ilícito (causal 9).

Además, para que se configure la ED, tiene que demostrarse que esos bienes, por su origen o procedencia, están asociados o relacionados con una actividad ilícita. En consecuencia,

---

[813] Aunque el Código Penal de Costa Rica ubica al comiso en el capítulo destinado a las consecuencias civiles, el comiso se entiende como una sanción penal accesoria que recae una vez que una sentencia condenatoria adquiere firmeza, y que consiste en "… la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que cometió el delito o de los valores provenientes de su realización o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito…" Ulises Zúñiga Morales, comp., *Código penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas SA, 2012), Artículo 110, 74.

[814] Artículo 6.- Bienes susceptibles de extinción de dominio…: a) Bienes que sean producto de actividades ilícitas… instrumentos de actividades ilícitas… objeto material de actividades ilícitas… que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas… de origen lícito utilizados para ocultar bienes de procedencia ilícita… de origen lícito mezclados con bienes de procedencia ilícita… que constituyan un incremento patrimonial no justificado... **h)** …que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes. **i)…** de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento, embargo preventivo o aprehensión material… de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien… abandonados de los que se presuma que su origen es ilícito o fueron instrumentos de actividades ilícitas."

[815] Esta afirmación se fundamenta en una minuciosa revisión de cada uno de los proyectos y textos sustitutivos, y su respectiva comparación.

existe un deber de probar algún nexo de relación, vinculación o imputación entre titular, causal y el bien.[816]

A diferencia del presupuesto 'por origen,' las causales relacionadas con la destinación ilícita no examinan el origen del derecho patrimonial, en su lugar, adquieren relevancia las acciones del titular con respecto al cumplimiento de un deber de licitud en cuanto a su uso, destino o aprovechamiento; aspectos que forman parte de uno de los atributos básicos de cualquier derecho de propiedad. [817]

Es ineludible entender que la conducta del titular tiene trascendencia en las causales por destinación, toda vez que los bienes, por sí mismos, no deciden sobre su uso o destino -por lo menos hasta ahora-[818], sino que existe una acción u omisión de su propietario detrás de una actividad. Empero, contrario a lo que sucede en el ámbito penal, no se requiere una conducta dolosa o culposa del propietario, basta con comprobar que la destinación del bien se realiza a contrapelo de los postulados de la buena fe calificada.[819]

Pertenecen a esta categorización: las causales de bienes utilizados como medio o instrumento de la actividad ilícita (causal 2), bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de procedencia ilícita (causal 5); bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos (causal 6);

---

[816] El artículo 4 del proyecto ley sobre el particular indica: "Artículo 4- Principio de Dignidad Humana. La aplicación de la extinción de dominio tendrá como límite y fundamento el respeto a la dignidad humana, sobre la valoración del nexo de relación que puede existir entre un titular de derechos, las causales de extinción de dominio y los fines que persigue la presente ley." Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571, art.4.

[817] Este deber de licitud en cuanto al uso, destino o aprovechamiento no es ninguna novedad; por el contrario, desde la promulgación del Código Francés de 1804, su artículo 544 consagró claramente el derecho de propiedad en los siguientes términos: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos". *Código Civil Francés*, artículo 201.

[818] Podría tratarse de una afirmación atrevida, sin embargo, los avances científicos en el campo de la Inteligencia artificial y la robótica son impresionantes. El caso de los carros autónomos (*smart car)* es un ejemplo de cómo lo que parecía ciencia ficción, hoy es una realidad. Sobre el particular, el Parlamento Europeo ha realizado importantes avances sobre las implicaciones de la robótica en el Derecho, incluso ha dispuesto algunas acciones específicas: "En febrero de 2017, el Parlamento Europeo aprobó una resolución que establece recomendaciones a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. El Parlamento Europeo, de hecho, aspira a la elaboración de una normativa sobre robótica e IA capaz de enfrentarse tanto a las cuestiones éticas como a las jurídicas (RoboLaw) planteadas por las nuevas tecnologías. En ese texto, entre las cuestiones abordadas, un rol central es el que se ha atribuido a los retos planteados por las máquinas con capacidades "autónomas" y de "autoaprendizaje," los cuales, por consiguiente, implican "cierto grado de imprevisibilidad," en particular en términos de riesgo de daño para el ser humano." Silvia Salardi, "Robótica e inteligencia artificial: retos para el derecho," *Revista Derechos y Libertades*, No 42 (Università degli Studi di Milano-Bicocca, enero, 2020), 207. Hace algunos años, se financian proyectos a nivel europeo con vistas a encontrar una posible vía para una adecuada regulación jurídica de robots e IA: véase el proyecto RoboLaw, financiado en el Programa Cuadro FP7-SIS, Project ID 289092, finalizado en 2014, coordenado por Italia, https://cordis.europa.eu/result/rcn/161246_ en.html.

[819] En el capítulo VI, sección 1 y 2, se estudiará con mayor profundidad la noción de buena fe.

También sería necesario agrupar causales de naturaleza mixta, ya sea porque incluyen los dos tipos de presupuestos, o porque no es posible determinar la existencia de un único tipo de causal. Dentro de esta tipificación estaría: los bienes que (de acuerdo con las circunstancias hubiesen sido hallados) permitan establecer que se originan, o están destinados a la ejecución de actividades ilícitas (causal 10); bienes que están dentro de una investigación penal vinculados con actividades ilícitas, sin que se hubiese dictado el comiso; y aquellos bienes ubicados en Costa Rica, vinculados con una persona condenada en otro país por actividades ilícitas contempladas en esta ley, pero acaecido en el extranjero (causal 13).

6. Conclusiones del Capítulo

Partiendo de la premisa acerca de las cuantiosas ganancias económicas que algunos delitos transnacionales representan para sus autores, los organismos internacionales han considerado como prioridad la creación de una estrategia internacional para combatir algunos tipos de delincuencias con el objetivo de privar a sus responsables -en algunos casos terceros- del producto patrimonial obtenido, teniendo un lugar preeminente el decomiso o institutos similares. Esta tarea se enmarca en un novedoso concepto que se le ha denominado 'Seguridad Humana', que abriga esas amenazas no tradicionales y que impactan negativamente en cualquier sociedad.

Esta tendencia busca encontrar e impulsar nuevos métodos de defensa y ataque contra cualquier patrimonio ilícito. En esta exploración, los instrumentos internacionales privilegian el decomiso de bienes como primera ratio, se inclinan por un derecho más flexible, separado de los principios penales tradicionales, pero sin apartarse del debido proceso.

Para esta investigación, las nuevas amenazas requieren nuevas soluciones, una buena parte de ellas le corresponde al derecho. Bajo la anterior proposición, es necesario comprender la magnitud de los desafíos, estos resultan de tal dimensión que la respuesta punitiva se muestra insuficiente. Si se habla de globalidad es fundamental dirigir la atención hacia otras ramas del derecho, como el derecho patrimonial. Es precisamente en esa búsqueda, que una herramienta como la Extinción de Dominio se ha ido afianzando en los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.[820]

[820] Sin perjuicio de lo externado en este punto, también habría que agregar que el peso que tienen los instrumentos internacionales y regionales, así como las normas del GAFI, representan un nivel importante de obligatoriedad para los Estados que las suscriben.

Es destacable que las distintas convenciones estudiadas si bien se refieren a ilícitos relacionados con tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, con el transcurso de los años, el espectro de acción se ha ampliado, abarcando otro tipo de ilicitudes como la corrupción. Sin embargo, aún existe resistencia en admitir que esta clase de privación de bienes no está asociado única y exclusivamente a cuestiones relacionadas con el narcotráfico o lavado de activos.

A partir del análisis del objeto sobre el cual puede recaer la ED, se advierte que la expresión 'dominio' como sinónimo de derecho de propiedad, irradia un equívoco, por cuanto el objeto de la ED se puede ejercitar sobre otras situaciones distintas al derecho de propiedad en su significado restrictivo. De aquí se deriva la necesidad de modificar su denominación para entenderla como una acción *in patrimoniun* y no simplemente como una acción real.

De una revisión de las distintas legislaciones y de la doctrina existente, se extraen algunos elementos esenciales que están presentes en la mayoría de la normativa que se ha creado sobre la ED. Al identificar elementos básicos comunes, se revela una importante consistencia en la elaboración de la estructura de la ED en las legislaciones estudiadas. La relativa homogenización no implica que en todas las regiones se utilicen las mismas causales o el mismo catálogo de actividades ilícitas, por el contrario, se observa cierta adecuación al entorno y necesidades de cada región, sin que la estructura básica se desarticule. Por ejemplo, en la legislación de México se considera actividad ilícita, algunos delitos desconocidos en otras regiones como el denominado 'huachicoleo', que consiste en delitos relacionados con hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos, se refiere a la posibilidad de extinguir el dominio en aquellos terrenos donde existan tomas clandestinas de combustible.[821]

Bajo la anterior línea de conocimiento, es evidente que existe una incipiente legislación, doctrina y jurisprudencia que apuntan a una especie de teoría de la Extinción de Dominio,[822] sin que ello signifique que su transitar hubiese finalizado. Por el contrario, aun se requiere camino por recorrer, si la teoría del delito tiene décadas y aún existen algunos tópicos controvertidos, no es de esperar que una legislación propia del siglo XXI se muestre acabada.

[821] En Costa Rica es reciente la penalización del robo de combustibles, se trata de la ley número 9852, vigente desde el 26 de julio del año 2020 y se denomina "Ley para sancionar el apoderamiento y la introducción ilegal de los combustibles derivados del petróleo y sus mezclas".

[822]Entendiendo teoría jurídica como aquel instrumento necesario para la aplicación e interpretación -hermenéutica- de la ley, sin que se trate de instrumentos infalibles ni definitivos.

En esta especie de teoría de 'la Extinción de ED' afloran la presencia de ciertos elementos esenciales que permiten delinear sus rasgos propios, brindando cierta autonomía con respecto a otros institutos o acciones que también privan el derecho de propiedad o el patrimonio en general. Elementos como un objeto con un contenido o interés económico, una actividad ilícita, una causal prevista en la legislación y ciertos requisitos para relacionar o vincular esos elementos, aseguran el estudio y el entendimiento de esta forma de privación.

Como se dijo, un rasgo básico de la ED consiste en la existencia de alguna causal prevista en la normativa. Al distinguirlas en causales por origen y por destinación, es factible analizar y derivar los requisitos para atribuir la responsabilidad a un titular o vincular un objeto con una actividad ilícita. -de esta forma, las causales por origen se sustentan en normas objetivas o subjetivas de valoración en cuanto al reconocimiento de reglas jurídicas de naturaleza básicamente civil. En estos casos, no siempre la existencia de la ilicitud en la adquisición es evidente, es frecuente la existencia de titulares aparentes, o conductas donde se intenta diluir el origen ilegítimo primario, necesario demostrar el beneficiario final, 'hombre de paja', tal y como ocurre en la simulación de contrato y otras patologías que conoce el derecho civil, el derecho de Familia y el derecho Mercantil, utilizándose sociedades para aparentar legitimidad. Este análisis está en íntima relación con los límites y condiciones propias del Negocio Jurídico y el concepto de abuso del derecho estudiado en los capítulos anteriores. Es a partir de herramientas civilistas que es factible aplicar la acción de ED a casos concretos, donde se investiga una posible adquisición ilícita.

En cuanto a las causales por destinación, el examen abarca la utilización, uso y disposición de un determinado bien o derecho (derecho de uso), para comprender y examinar estas causales, resulta necesario entender los atributos del dominio, su estructura, para saber diferenciar si se está ante un uso que está dentro de los márgenes del derecho subjetivo, o si por el contrario, representa un uso o destino que contraviene el ordenamiento jurídico. Se funda en actuaciones descuidadas, vigilancia debida, descuido en general. Debida diligencia. En estas causales, lo que existe es un bien patrimonial utilizado ilícitamente (ejemplo: propiedad donde se venden drogas), un titular de ese bien, la actividad ilícita (venta de estupefacientes) y el nexo entre los aspectos citados. Además, se usan aspectos civiles, como culpa *in vigilando* o en *eligendo.*

Por otra parte, estudiar las causales de ED desde una óptica civil, permite distinguir, por lo menos a priori, que la categoría de causales denominada ‘por origen’ es la que más depende de conceptos o categorías jurídicas relacionadas con el derecho privado en general. Empero, de una mejor exploración de las causales por destinación, es posible identificar la ineludible relación que estas tienen con el *ius utendi*, entendido como aquel atributo que le permite al propietario utilizar el bien de conformidad con su naturaleza o destino, además, ese derecho de uso está compelido al ejercicio de la función social de la propiedad en los términos que se han expuesto en esta investigación.

V. CAPÍTULO: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo se examinará la legislación de Colombia, México, Guatemala y el proyecto de ley en Costa Rica, con el objetivo de comparar esta legislación con los elementos y características explicadas en el capítulo anterior. Además, se hará un breve recorrido histórico por cada una de las legislaciones mencionadas. Tomando en consideración las discusiones sobre la constitucionalidad de la ED, también se ofrece en cada una de las legislaciones alguna referencia a su revisión de constitucionalidad.

Tomando como referencia las discordias sobre la ED en Latinoamérica, se analizará la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) sobre el tema, sin perjuicio de que se incursione en el Derecho de Propiedad como derecho fundamental y la visión que sobre el mismo tiene la CIDH. Este aspecto vendría a brindar mayor robustez a la investigación al abarca, la propiedad civil, la propiedad constitucional y con este último elemento la propiedad como derecho fundamental.

Por último, se incluye una sección sobre el decomiso de activos ilícitos en la Unión Europea. Aunque los objetivos de la investigación se enmarcan en una región específica, se consideró necesario hacer una breve comparación con el derecho europeo en materia de privación del derecho de propiedad. Lo anterior, robustece la investigación y propone una visión general sobre el objeto de investigación, brindando al lector un análisis completo o integral sobre la privación de bienes, máxime que las convenciones fueron diseñadas para implementarlas a nivel mundial y no necesariamente para Latinoamérica.

1. La Extinción de Dominio en la legislación de Colombia

La legislación colombiana sobre ED constituye la legislación más antigua de los países latinoamericanos, tiene rango constitucional (método constitucionalizador),[823] se trata de un código y no una ley y, además, este país posee una vasta experiencia judicial en su aplicación. También su constitucionalidad ha sido probada y salido indemne. Por la anterior razón, se considera necesario estudiar esta legislación primigenia en América Latina.

[823] Este concepto alude a lo siguiente: […] un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. Riccardo Guastini, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano" (trad. de José Ma. Lujambio) En: Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), (Madrid, España: Trotta-UNAM, 2003) p.49.

1.1 Breve recorrido histórico

Previo a este recorrido, es determinante entender las particulares características sociales, económicas, conflictos armados internos (guerrillas) y criminalidad organizada del pueblo colombiano, en la década de 1980, denominada también la 'década del terror'. Los extremos de violencia que sacudieron a la sociedad colombiana en esta década dejaron profundas heridas y un Estado debilitado, donde parecía que los carteles de la droga, los grupos paramilitares y la guerrilla, controlaban, o por lo menos influían en la institucionalidad del estado colombiano.

Ciertamente existieron muchas propuestas para enfrentar una situación tan compleja, sin embargo, el caos que vivía Colombia para finales de la década de 1980 llegó a su cenit con el asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, quien tenía un amplio apoyo de sectores que aspiraban a retomar la institucionalidad del Estado colombiano.

A partir de ese momento, estudiantes y sociedad civil en general, clamaron por una Asamblea Constituyente que erigiera las bases de un nuevo Estado colombiano. Se consideraba, en aquel momento, que era necesario una nueva Constitución como la vía para vencer la inestabilidad social y política. Se trataba, como dice Lemaitre, de "la idea de que con una reforma constitucional sí "habría futuro" como prometía Gaviria, o que la constituyente era "el camino" que nos sacaría de la desesperanza".[824]

En ese intento constitucional de recobrar la ilusión de los colombianos se promulgó el artículo 34 de la Constitución Política que en lo que interesa dispone: "*Articulo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social*."[825]

---

[824] Lemaitre Ripoll, J, "Los estudiantes de la Séptima Papeleta". *Semana,* 6 de marzo de 2010, http://www.semana.com/nacion/articulo/los-estudiantes-septima-papeleta/114006-3

[825] Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991, Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura, 2016, https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf. Desde que se inició con esta investigación, sorprende el concepto de 'moral social' utilizada en la constitución de Colombia, por tratarse de una noción sumamente imprecisa y que fue plasmada a finales del siglo pasado. Incluso, en algunos fallos de la corte de Colombia se ha interpretado que esta moral social se identifica con la 'moral cristiana', a pesar de que existan otras religiones. Lo discutible de un concepto de esta naturaleza, es que al final y por vía de interpretación, los tribunales pueden utilizarlo para fundamentar cualquier posición. Además, una característica distintiva de cualquier estado contemporáneo debería de hacer énfasis en la neutralidad, es decir, la visión de que una constitución no debe inclinarse o penalizar concepciones particulares sobre la ética o la moral, sino ofrecer un marco en el cual se pueda convivir según esas distintas concepciones potencialmente conflictivas. En el caso de Costa Rica, el caso más palmario es la declaratoria confesional del Estado.

Para la Constitución de Colombia, la extinción del derecho de dominio es aquella derivada de una declaración judicial en favor del Estado, de derechos subjetivos patrimoniales ilegítimos, que son el resultado de la ejecución de actividades ilícitas, esto significa, bienes y derechos que se encuentran en franca oposición al derecho de propiedad legítimo, bien sea por su origen (justo título) o por su destinación.[826]

Del citado artículo 34 de la CP de Colombia, se destacan dos premisas básicas: cualquier título que origine un derecho de propiedad, debe ser lícito y en segundo lugar, la función social y ecológica que es intrínseca a dicho derecho. Bajo este marco constitucional, cinco años más tarde, la ED vio la luz legal mediante la ley 333 de 1996.

Esta normativa estableció un procedimiento especial, promulgó causales específicas y delimitó por primera vez, desde el plano conceptual, la extinción de dominio en el artículo 1 y la acción extintiva en el artículo 7.[827] Sin embargo, la autonomía de este procedimiento respecto de la acción penal fue relativa, debido a que el tribunal constitucional de Colombia indicó que la extinción de dominio es distinta a la acción penal, pero "complementaria de las actuaciones penales".[828] Además, su procedencia dependía de tipologías delictivas, estableciéndose una lista de delitos para su procedencia.[829] Finalmente, se destaca que esta ley en el artículo 6, instauró

[826] En este sentido se pronuncia Santiago Vásquez Betancur, 24.

[827] Artículo 1o.- Del concepto. Para los efectos de esta Ley, se entiende por extinción del dominio la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Artículo 7o.- De la naturaleza de la acción. La acción de extinción del dominio de que trata esta Ley es de naturaleza jurisdiccional y de carácter real, y procederá contra el titular real o presunto o los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, y sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. En ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso. Si la acción penal se extingue o termina sin que se haya proferido decisión sobre los bienes, continuará el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal y procederá la declaración de extinción del dominio de aquellos bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias de que trata esta Ley.", https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2754. https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Sobre_el_Ministerio/fondelibertad/ley_333_1996.pdf

[828] Otro criterio muy importante de esta resolución consistió en declarar que la ED no era una confiscación y tampoco una pena, y que por ende estaba desprovista de un carácter punitivo. C-347-97. Corte Constitucional de Colombia, consultada 20 de agosto 2022, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-374-97.htm

[829] Esta circunstancia es similar al último proyecto de Costa Rica. El artículo 3 inciso 1 define la actividad ilícita estableciendo un catálogo de delitos, iniciando con los siguientes: "a) Delitos previstos en la Ley N.°7786 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y sus reformas, b) Legitimación de capitales…" Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio; 04 de enero del 2019", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019).

la procedencia de la ED sobre bienes equivalente, conforme lo habían sugerido los instrumentos internacionales.

En el año 2002 se hicieron dos reformas importantes: el decreto 1975 y la ley 793, permitiendo cierta evolución de la ED, al consagrarse causales liberadas del proceso penal, intemporalidad en el ejercicio de la acción por su retroactividad, la imprescriptibilidad y un procedimiento regido por principios y reglas propias.[830]

La aplicabilidad de este procedimiento centró su atención en dos aspectos básicos: el justo título[831] para los casos de bienes de origen ilícito y la función social y ecológica del derecho de propiedad para situaciones de destinación ilícita.[832] Otro aspecto importante fue la facultad de perseguir bienes con independencia de quien los detentara o tuviera en su poder, sin la necesidad de una conducta personal sancionatoria.[833] Finalmente, otro aspecto destacado y polémico a la vez, era la posibilidad de retribución para el particular que denuncie y contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, recibiría una retribución hasta del 5% del producto que el Estado obtenga por la liquidación de dichos bienes, lo cual fue una novedad en el proceso de ED. [834]

---

[830] Santiago Vásquez Betancur, 46.

[831] "Artículo 24. *Vigencia*. Esta Ley rige a partir de la fecha de, su promulgación. No obstante, la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes. En todo caso se entenderá que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, causa un grave deterioro a la moral social y es conducta con efectos permanentes." Oscar Augusto Toro Lucena, comp., *Código Extinción de Dominio (*Colombia) art. 24 ley 793 de 2002, p. 169.

[832] Santiago Vásquez Betancur, 46. Este autor realiza esa afirmación, basándose en el artículo 34 de la Constitución Política antes citado, para los casos de adquisición ilícita de bienes y para el segundo caso, la base sería el artículo 58 también de la Constitución colombiana, que establece la función social y ecológica del derecho de propiedad.

[833] El artículo 4 de la ley 793 del 2002 indicaba: "**Artículo 4°**. *De la naturaleza de la acción.* La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa." Congreso de Colombia," Ley 793 de 2002; 27 de diciembre, 2002": art. 4, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6954#:~:text=Art%C3%ADculo%201%C2%B0.,t%C3%A9rminos%20de%20la%20presente%20ley.

[834] "Artículo 6. *Retribución*. El particular que denuncie de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, recibirá una retribución hasta del 5% del producto que el Estado obtenga por la liquidación de dichos bienes, o del valor comercial de los mismos, dependiendo de la colaboración; cuando el Estado los retuviere para cualquiera de sus órganos o dependencias. Esta tasación la hará el Juez en la sentencia, de oficio, o a petición del Fiscal." Ley 793 de 2002; Colombia, 2002": art. 6.

Después de las experiencias legislativas del año 1996 y 2002 y de una vasta práctica jurisprudencial, se promulgó en el año 2014 el Código de Extinción de Dominio, que en teoría desarrolló ampliamente aspectos sustanciales y procesales de la ED, manteniendo garantías fundamentales a favor de todas las partes involucradas en el proceso y creando un procedimiento, en teoría, más ágil. Con esta reforma, se pensaba que existiría una separación definitiva del proceso penal.

El proceso legislativo de la ED en Colombia se cierra con reformas en el año 2017, que simplificaron el procedimiento extintivo, facultando a la Fiscalía archivar o presentar la demanda de extinción de dominio, sin necesidad de que un juez confirme los casos de improcedencia, como ocurría con la legislación anterior.

Nótese la tendencia de la legislación reseñada por agilizar y simplificar el procedimiento, persiguiendo la celeridad del proceso. Este aspecto es un claro indicio de que el procedimiento de ED en Colombia se prolonga en demasía, provocando una mora importante. [835]

1.2. Constitucionalidad de la Extinción de Dominio

Después de un recorrido sobre el nacimiento y reformas de la ED en Colombia, concierne realizar una descripción y revisión de la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de la Extinción de Dominio por parte de la Corte Constitucional de Colombia, a fin de profundizar sobre las razones que se han esgrimido para considerarla constitucional.

El primer voto que analizó la constitucionalidad y alcances de la ED fue el C-374-97, determinando que la ED es una sanción patrimonial, sin anexión al proceso penal, debido a que no estaba ligada a la declaratoria de culpabilidad penal, argumentando que su ámbito de aplicación es más amplio que el de represión propiamente penal. [836] Además, en este primer voto, la corte precisó que la joven legislación no era inconstitucional y particularmente analizó la constitucionalidad de los bienes equivalentes.

---

[835] En Colombia, al 15 de febrero de 2020, había 5488 jueces, entre jueces, magistrados de tribunal y de altas cortes, lo que significa que para los cincuenta millones de colombianos, la tasa es de 11 jueces por cada 100.000 habitantes. En comparación, la OCDE dice que el estándar óptimo es de 65 jueces por esa misma cantidad de personas." Cada año el 20% de casos judiciales quedan represados y suman congestión". El Tiempo, 19 de marzo de 2020, https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cifras-motivos-y-posibles-soluciones-a-la-congestion-judicial-en-colombia-474588. Otro síntoma de la mora judicial en los procesos de ED corresponde al voto constitucional T-441-20, Bogotá, del 16 de diciembre de 2020, en el caso de analizó un asunto de ED iniciado en el año 2005 y aun para el 2020, la Fiscalía no había presentado la demanda para la resolución de fondo respectiva. Corte Constitucional de Colombia," Voto Constitucional T-441-20; 16 de diciembre, 2020".

[836] Corte Constitucional de Colombia," Voto Constitucional C-374/97; 13 de agosto, 1997", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-374-97.htm

En el voto 409-97, analizó el derecho de propiedad y sus límites, advirtiendo que el derecho de propiedad 'lícitamente' adquirida, tiene restricciones, cargas y obligaciones derivadas de la función social que debe cumplir. El demandante afirmaba, que esa ley limitaba y menoscaba el derecho fundamental a la propiedad privada y garantías constitucionales como: la prohibición de la pena de confiscación, el principio según el cual la pena no debe trascender de la persona del delincuente, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos y la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes, según lo dispuesto en la constitución y en la Convención Americana de los Derechos Humanos. La Corte Constitucional respondió que no existía ninguna vulneración, el derecho de propiedad no es inherente a la persona humana, prevaleciendo el concepto de función social y "*menos todavía puede invocarse ese carácter fundamental para un pretendido derecho logrado en contravía de la moralidad o a contrapelo del orden jurídico."*[837]

Cuando sobrevino la reforma legal del año 2002, se interpuso una acción de inconstitucionalidad y la corte nuevamente se pronunció a favor de mantener la validez de la ED, ampliando sus argumentos. El recurso formulado, entre muchos ataques a la nueva legislación, afirmaba que no existía la necesidad de justo título. En esta ocasión, se hizo una amplia explicación sobre los alcances del artículo 34, el derecho de propiedad y la ED. Adicionalmente, afirmó que, en la historia del constitucionalismo colombiano, el derecho de propiedad y la acción de extinción de dominio han sido objeto de una regulación progresiva y que claramente se han delineado tres aspectos básicos. *"La exigencia de licitud para el título que origina el derecho de propiedad, la atribución de una función social y ecológica a ese derecho y su sometimiento a razones de utilidad pública o interés social."*[838]

El otro voto de interés corresponde al 071-18, en el que se precisó que la ED no es una excepción a la confiscación y que la Constitución de 1991 estipuló un régimen de la propiedad fundado en la solidaridad, que inserta la función social y ecológica, como un límite a ese derecho, con independencia de la licitud o no, del título de adquisición.[839]

---

[837] Corte Constitucional de Colombia," Sentencia C-409/97; 28 de agosto, 1997", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-409-97.htm

[838] Corte Constitucional de Colombia, "Sentencia C-710/03; 2003", https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm

[839] Corte Constitucional de Colombia, "Sentencia C-071/18; 2018", https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/C-071-18.htm

Finalmente, el voto 327 del año 2020, analizó una demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la ED que permiten la extinción sobre bienes de origen lícito de valor equivalente a los de origen ilícito que no pueden ser objeto de la acción por el reconocimiento de los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa o por no ser posible su localización, identificación o afectación material. Se trata de casos donde la propiedad es lícita por origen y destinación, pero bajo el concepto de valor equivalente se inicia un proceso contra posibles terceros de buena fe. La Corte Constitucional, condicionó la constitucionalidad de esos numerales, de conformidad con 3 premisas: i) la acción procede sobre bienes lícitos, sólo cuando estén en el mismo patrimonio de quien se enriqueció ilícitamente; ii) las actividades ilícitas de anteriores propietarios no son oponibles a terceros adquirentes de bienes lícitos ni se le puede exigir al particular hacer estudios del título o personales que exceden sus capacidades y iii) la acción sobre de bienes lícitos es subsidiaria y sólo procede cuando no resulte imposible perseguir bienes ilícitos por destrucción u ocultamiento.[840]

Resulta importante señalar que la Corte aclaró que la naturaleza de la acción de extinción de dominio no es exclusivamente real y menos personal, por esa razón es posible la persecución de bienes equivalentes. Debido a su naturaleza patrimonial, debe tenerse en consideración la conducta del adquirente y titular del derecho; es decir, está vinculada al "patrimonio de quien ha obrado de manera ilícita".[841]

Como corolario de esta sección, se coincide con el criterio que, según la Corte Constitucional de Colombia la ED y la legislación de ese país, la extinción de dominio contiene una sanción de naturaleza patrimonial y no simplemente de naturaleza real. El fundamento de esta conclusión se origina en la necesidad de una sentencia, que deberá declarar la privación de un derecho de propiedad determinado y lo transmita al Estado, no se trata de una simple consecuencia jurídica que se genera de manera automática, más bien, la consecuencia es la pérdida o privación de la propiedad en perjuicio de un titular. [842]

---

[840] Corte Constitucional de Colombia," Sentencia C327/20; 19 de agosto, 2020", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-327-20.htm

[841] Este criterio es similar al externado en el capítulo anterior, sobre el equívoco en la denominación de la acción, en el sentido de se trata de proceso contra el patrimonio del investigado y no solamente contra un derecho real, de ahí la propuesta para designarla como *actio in patrimonium y no actio in rem.*

[842] En este sentido se decanta Vásquez Betancur, 69-70. Además, agrega este autor: "En síntesis, la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es la de ser un instituto sancionatorio que se deriva por la realización de actividades ilícitas (acto o presupuesto de hecho), su objeto material está ceñido a aquellos derechos patrimoniales ilegítimos bien sea por origen o destinación ilícita, su consecuencia jurídica es la pérdida del dominio por medio de declaración judicial con efectos de cosa juzgada." Vásquez Betancur, 70.

1.3. Causales de extinción

Por lo general, las causales de ED responden a distintos fundamentos y tienen distintas características. En el caso de la legislación de Colombia, la causal por 'origen' y la 'destinación ilícita', son las dos causales básicas para la aplicación de la ED. A partir de estos dos conceptos se derivan presupuestos positivos u omisivos, que son precisados en el artículo 16 de la ley. Dentro de las nociones de 'origen' y 'destinación ilícita', nacen comportamientos o situaciones que suponen voluntad, conocimiento y conducta humana, por acción u omisión. En el plano subjetivo, habrá un afectado o un tercero, debiéndose examinar la posibilidad de atribución normativa, a fin de encontrar o desestimar, la existencia de un acto lesivo contra los principios y características del derecho de propiedad. Bajo el anterior contexto, el conocimiento profundo sobre aspectos civiles y constitucionales del derecho de propiedad resulta necesario e imprescindible.

De acuerdo con el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio de Colombia, son casuales de ED las siguientes: producto directo o indirecto de una actividad ilícita; objeto material de la actividad ilícita; que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas; que formen parte de un incremento patrimonial no justificado y que provienen de actividades ilícitas; que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas; aquellos que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas; que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes; de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia; de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe, exenta de culpa; de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos, también procederá respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley.[843]

[843] Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, comp; *Código de Extinción de dominio* (Colombia) 33-34. En cuanto a causales, el proyecto de ley costarricense sigue una línea muy semejante al código colombiano de ED, plasmando, en su artículo 17, una lista de 13 causales de ED. Las únicas dos causales del proyecto costarricense

Según la clasificación expuesta, se encuentran causales de origen y causales de destinación. En principio, no existe alguna causal que se pueda asociar con alguna de naturaleza personal y tampoco alguna causal de origen procesal. Según la doctrina colombiana, el código adoptó causales de carácter real; razón por la cual la valoración de ilicitud siempre va a recaer sobre una circunstancia del bien mismo, y no de su propietario, con excepción de las causales sobre bienes equivalentes, donde además de la condición real, exige la verificación de un aspecto personal. Lo anterior, no quiere decir que, en todas las causales, se deba prescindir de valoraciones de carácter *ad personam*, pues estas resultan necesarias para atribuir la consecuencia jurídica, particularmente en las causales de destinación ilícita.[844] Sobre este último punto valga recordar, que la atribución o imputación de una determinada causal en perjuicio de un afectado, pasa por el examen de presupuestos objetivos y también subjetivos, de ahí que el componente personal siempre estará presente, en algún grado, pero no en los términos y condiciones de la responsabilidad penal.

1.4. Actividad Ilícita

Como se verá, el concepto de 'actividad ilícita' del CED de Colombia tiene una notable diferencia con las restantes legislaciones que se analizarán. De acuerdo con el artículo 1 inciso 2 del citado código, por actividad ilícita se entiende todas aquellas conductas tipificadas como delictivas, con independencia de cualquier responsabilidad penal, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación.[845]

En razón de la amplitud del concepto, debe entenderse que el componente 'actividad ilícita,' involucra todo los delitos del Código Penal y cualquier otra ley donde esté tipificada alguna conducta penal presente o futura, incluso podría tratarse de conductas no necesariamente

---

que no están contempladas en la legislación colombiana corresponden a los presupuestos 11 y 13. El primero es, en realidad, una causal de tipo procesal (bienes en investigación penal sobre actividades ilícitas sin que se hubiese dictado el comiso), la segunda se refiere a bienes vinculados a persona condenada en otro país por actividades ilícitas. Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio; 04 de enero del 2019", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019), art.17.

[844] Gilmar Giovanny Santander Abril, 261.

[845] "Actividad Ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social." Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art. 1, página 25.

punibles.[846] Para algunos autores, esta disposición desbordó el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto el constituyente solo hizo alusión a las conductas que atenten gravemente contra la moral social o el patrimonio Público, o que generan enriquecimiento ilícito.[847] Es interesante notar que las normas que antecedieron al CED (Código de Extinción de Colombia) incluyeron un catálogo de actividades ilícitas, como así ocurre en las legislaciones que se estudiarán, también está contemplado en el proyecto de ley de ED en Costa Rica.[848]

Debido a la amplitud del concepto de actividad ilícita, algunos autores colombianos consideran que el legislador se extralimitó y perdió el objetivo de englobar únicamente aquellas actividades ilícitas que generan utilidades o alguna ventaja patrimonial.[849] Sin embargo, adquirir un derecho de propiedad de manera ilícita, con independencia de cualquier tipo de ilicitud, sigue teniendo una patología (nulidad absoluta) que no debería subsanarse, a pesar de que el autor no hubiese tenido rendimientos económicos. Este aspecto es relevante desde el punto de vista civil y constitucional, por cuanto cualquier negocio jurídico que adolezca de nulidad absoluta no debería de producir efectos ni tampoco son convalidables.

De forma específica, la actividad ilícita es sinónimo de hecho ilícito, se entiende como el supuesto de hecho por origen o destinación que establece un nexo de relación (no siempre de causalidad) que conecta un bien o patrimonio específico, con una actividad ilícita. Es el vínculo concreto entre el bien y la actividad ilícita y fija el alcance a las distintas causales de la ED: no justificado, producto, medio, instrumento, mezclado, utilizado, destinado a una actividad ilícita, o es equivalente a un bien originado en actividades ilícitas de imposible afectación.

Finalmente, resulta relevante destacar que en la legislación colombiana existe la política que se denomina *whistleblowing* (persona que alerta sobre personas u organizaciones que realizan actividades irregulares o ilícitas), poco conocida a nivel de Latinoamérica, pero

---

[846] De una lectura atenta del artículo 2, se desprenda que el legislador colombiano dejó abierta esa posibilidad al indicar "así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación". En este sentido se pronuncia Ricardo Rivera Ardila, 31.

[847] Ricardo Rivera Ardila, *La Extinción de Dominio*, 30. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia mediante el voto C-958/14 avaló esta disposición. Corte Constitucional de Colombia," Sentencia C-958/14; 10 de diciembre, 2014", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm#:~:text=La%20extinci%C3%B3n%20de%20dominio%20es,deterioro%20de%20la%20moral%20social.

[848] Se refiere a la Ley 333 de 1996, el Decreto 1975 de 2002, la Ley 793 de 2002, modificada por el artículo 72 de la Ley 1453 de 2011, así mismo la Ley 1336 de 2009. En todas estas leyes, se establecía un catálogo de delitos a los que se le aplicaría la ED.

[849] Ricardo Rivera Ardila, *La Extinción de Dominio,* 32.

ampliamente utilizado en países de tradición *common law*.[850] Específicamente el artículo 120 de la ley de ED, establece una retribución económica para el particular que contribuya en forma efectiva a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte pudiendo recibir una retribución de hasta el 5% del producto que el Estado obtenga por el remate de dichos bienes.[851]

1.5. La registración de bienes muebles e inmuebles en Colombia

Al igual que ocurre en la mayoría de los países con un sistema latino de inscripción de bienes, la legislación de Colombia establece el principio de publicidad registral, además los asientos registrales gozan de las presunciones de veracidad y exactitud, mientras no se demuestre lo contrario.[852] Es incuestionable que la función registral, al estar inspirada por el principio de publicidad, garantiza condiciones de seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria y aquella mobiliaria que obliga a su inscripción en un registro, facilita el perfeccionamiento de todo tipo de negocios jurídicos y evita la clandestinidad y el fraude negocial.

---

[850] Una explicación sobre el concepto *whistleblowing* es la siguiente: "la palabra inglesa *whistle blower* se traduce literalmente al español como " el que toca el silbato " y tiene inspiración en los antiguos policías ingleses, que hacían sonar su silbato para advertir la presencia de posibles delincuentes. No hay en español ninguna expresión de equivalente significado, siendo está a menudo traducida como " chivato", " soplón " o " delator ", todas con evidente matiz peyorativo que no contiene la expresión original en la lengua inglesa." Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Eduardo A. Fabián Caparrós, Nicolás Rodríguez García, dir, *Recuperación de activos y decomiso reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos* (España: Tirant lo Blanch, 2017), 137. Para esta investigación se utilizará la expresión original y algunas otras de contenido más neutro, como "denunciante," "informante", o alertador. "En todo caso, la institución del informante tiene antecedentes reconocidos desde la época romana La doctrina sitúa el precedente más remoto de la regulación del tratamiento del delator en el derecho público romano, donde llegaron a establecerse recompensas de diversa naturaleza para los denunciantes, tales como honores o pagos de un precio de lo recuperado en las multas. Citamos a título de ejemplo la Lex *Acilia Repetundarum* (año 123 a. C.), la *Lex Papia Poppaea* (año 9 a. C.) o la *Lex Iulia Maiestatis* (año 8 a. C). La veracidad de los hechos era ya entonces una de las condiciones para ser «premiado», ya que desde mediados del siglo I a. C. se castigaba a quienes acusaban con falsedad a otro de un crimen si obraban con dolo." Josep María Torrent I Santamaría y Laura Pérez Gil De Gómez, "Análisis de la directiva europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España en particular", *Revista de Derecho PUCP*, no. 85, (noviembre 26, 2020): 83, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22972.

[851] El artículo 120 del Código de ED de Colombia establece: "Artículo 120. *Retribución.* El particular que reporte de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, podrá recibir una retribución hasta del 5% del producto que el Estado obtenga por el remate de dichos bienes. Cuando el Estado los destinase para una entidad pública o para el cumplimiento de uno de los fines que le son propios, la retribución se determinará por el valor comercial del bien. La tasación la propondrá motivadamente la Fiscalía y la decidirá el Juez, quien de encontrarla razonable la hará figurar en la sentencia, guardando reserva de la identidad el particular." Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.120.

[852] Estatuto de registro de instrumentos públicos, ley número 1579 DE 2012, (octubre 1o) Diario Oficial No. 48.570 de 1 de octubre de 2012, artículo 3 inciso e). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1579_2012.html.

Además, como se mencionó en este apartado, el CEC admite la presunción de buena fe en la adquisición y destinación de bienes, siempre y cuando el titular hubiese procedido en forma diligente y prudente, exento de toda culpa.

Es indubitable que la publicidad registral amparada en el principio de buena fe registral le da contenido a la buena fe cualificada, término propio del proceso de extinción de dominio, pero no es el único elemento por considerar para dar tener por acreditada la buena fe calificada. Tampoco se debe homologar ambas figuras, la primera tiene como base un vicio que podría incidir en la titularidad del derecho; y, la segunda está en función a un vicio que afecta la condición jurídica del bien, por constituir objeto, instrumento, efecto o ganancia de la actividad ilícita.

2. La Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico de Guatemala

2.1 Breve evolución histórica

La legislación de ED en Guatemala se aprobó en el año 2010, después de que fue presentado un proyecto de ley en abril de 2009, entrando en vigor el 29 de junio de dos mil once. La iniciativa fue impulsada por la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), con la justificación de utilizar los posibles bienes muebles o inmuebles que se incauten a fin de colaborar con las instituciones del Estado que combaten al crimen organizado. [853]

Según refiere la propia Comisión Internacional, la ED fue parte de su enfoque estratégico, a fin de promover reformas legales e institucionales esenciales para sentar bases en el combate eficiente de la corrupción y el crimen organizado. La CICIG brindó también apoyo técnico en la elaboración de un reglamento a la ED, aspecto que no se encuentra en ninguna otra legislación. El mencionado reglamento regula el funcionamiento del Consejo Nacional de Bienes en Administración de Dominio (CONABED), y su órgano ejecutivo, la Secretaría Nacional de Bienes en Administración de Dominio (SENABED).[854]

El caso de Guatemala no se compara a la situación que vivió Colombia en la década de los años ochenta y noventa. Sin embargo, es notorio que Centroamérica en general, se ha

[853] Ángel Santiago, "El origen del patrimonio en la Ley de Extinción de Dominio: Aspectos probatorios" (Tesis de grado en Derecho, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Derecho, 2016)

[854] Este organismo fue creado por medio del acuerdo firmado entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala, tras la opinión consultiva favorable de la Corte de Constitucionalidad en mayo de 2007. Fue aprobado posteriormente por el Congreso de la República de Guatemala el 1 de agosto de 2007 y finalizó abruptamente en el año 2019.

convertido en un lugar de tránsito entre los países productores y el máximo consumidor del mundo, los Estados Unidos de América; además, los conflictos internos que vivió Guatemala hacia finales del siglo pasado, se han constituido en caldo de cultivo para la expansión de estructuras criminales y que, en muchos casos, se encuentran inquistadas en el aparato estatal.

Bajo el anterior contexto, el impulso de la CICIG y los convenios internacionales, Guatemala decidió promulgar la legislación de ED, como una forma de recuperar, a favor del Estado, los bienes, las ganancias, productos y frutos generados por las actividades ilícitas o delictivas, especialmente en casos relacionados al narcotráfico, crimen organizado, lavado de dinero y otros activos, entre otros.

De una revisión de la ley, se desprende que no ha sufrido mayores reformas sustanciales, con excepción de las realizadas en el año 2011 y 2012, cuando se hicieron algunos cambios a fin de ampliar o mejorar las conductas que serían consideradas como 'actividad ilícita'.

2.2 Revisión de constitucionalidad

La Constitución Política de la República de Guatemala en el numeral 39 reconoce y garantiza el 'derecho humano a la propiedad privada', y establece que toda persona puede disponer libremente de los bienes de acuerdo con la ley.[855] Al igual que la mayoría de las legislaciones, esta constitución no previó una norma expresa relacionada con las consecuencias de aquellos bienes que son obtenidos o adquiridos contraviniendo la ley, es decir de origen ilícito.

De acuerdo con la revisión legal efectuada, no se encontró evidencia de que esta legislación de ED se hubiese impugnado a nivel constitucional y cuando entró en vigor se determinó que no lesionaba garantía constitucional alguna.[856]

---

[855] "Artículo 39.- Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos." Instituto Nacional de Estadística de Guatemala, Constitución Política del Gobierno de Guatemala, https://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPoliticadelaRepublicadeGuatemala.pdf.

[856] Esta Afirmación es respaldada por el autor Cano Recinos Citado Ángel Santiago, "El origen del patrimonio en la Ley de Extinción de Dominio: Aspectos probatorios" (Tesis de grado en Derecho, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Derecho, 2016): 7. Posteriormente, fue cuestionada la atemporalidad de las medidas cautelares, debido a que no se fija un plazo máximo y por tanto se atenta contra el debido proceso. El artículo 22 de la ley de ED de Guatemala dice: "Medidas cautelares. Durante la fase de investigación, a solicitud del Fiscal General o del agente fiscal designado, el juez competente podrá decretar sobre los bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio, cuando se den las condiciones necesarias, las medidas cautelares pertinentes, que comprenderán: la suspensión de los derechos de propiedad o accesorios, cualquiera que sea su forma; la

No obstante, lo anterior, han existido voces que consideran ilegítimas algunas presunciones que implementó la ED. Específicamente, en lo relacionado con la nulidad *Ab initio* el artículo 3 de la citada ley se considera que la presunción razonable sobre el origen ilícito de los bienes, se puede inferir de los indicios o de las circunstancias objetivas del caso. Según algunos, mediante las presunciones y el principio de nulidad ab initio, se pueden extinguir los bienes de las personas por el solo hecho de estar acusadas, sin considerar la sentencia absolutoria o condenatoria del órgano jurisdiccional que lo juzgó.[857]

Se cuestiona violación al debido proceso, porque en el proceso penal podría ser absuelto el acusado, mientras que en el procedimiento de extinción de dominio no importa la inocencia del imputado, basta con que haya presunciones para extinguir sus bienes.[858] Sin embargo, la propia ley establece que la acción de extinción es distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal, aspecto que es común en todas las legislaciones que han implementado la ED. Por otra parte, la posibilidad de inferir la presunción razonable de ilicitud a partir de indicios tampoco representa una afrenta al debido proceso, en el tanto nuevamente es necesario aclarar que no se trata de un proceso penal y que en todo caso los indicios son utilizados en cualquier proceso de razonamiento judicial, incluso en el penal.[859]

---

anotación de la acción de extinción de dominio; el embargo, la intervención, inmovilización o secuestro de los bienes, de fondos depositados en cuentas o cajas de seguridad del sistema bancario o financiero y de los que se llegaren a depositar posteriormente, de títulos de valores y de sus rendimientos, o emitir la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su secuestro o incautación, así como cualquier otra medida cautelar que se considere pertinente…" Rosa María López Yuman**, "**Criterios de proporcionalidad para resolver la falta de temporalidad de las medidas de aseguramiento de bienes reguladas en la Ley de Extinción de Dominio" *Opus Magna Constitucional*, Tomo XVI (abril, 2019), https://opusmagna.cc.gob.gt/index.php/revista/article/view/12/30.

[857] Artículo 3 de la Ley de Extinción de Dominio, establece: "a) Nulidad Ab Initio. Se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o de la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocios jurídicos contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dicho negocio, en ningún caso constituyen justo título y son nulos ab initio. El conocimiento a la presunción razonable sobre el origen ilícito o delictivo de los bienes a que se hacen referencia el párrafo anterior se podrá inferir de los indicios o las circunstancias objetivas del caso". Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala) 76.

[858] Ángel Santiago, "El origen del patrimonio en la Ley de Extinción de Dominio: Aspectos probatorios" (Tesis de grado en Derecho, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Derecho, 2016)

[859] Si es evidente que la concepción de nulidad *ad initio* es muy distinta a la que plantea la ED de Colombia. En el caso de Guatemala en mismo artículo se definen aspectos relacionados con un presupuesto del derecho de fondo (nulidad ab initio) y aspectos probatorios (derecho adjetivo). El citado artículo 3 dispone lo siguiente: "Artículo 3. Principios. Para la observancia y aplicación de la presente Ley, regirán los principios siguientes: Nulidad Ab Initio. Se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos ab initio. El conocimiento o

En cuanto a la atribución o relación entre el bien y la actividad ilícita el artículo 2 menciona el concepto de "bienes en extinción de dominio y "vinculados con actividades ilícitas"

2.3 Causales de extinción

En esta legislación, están contempladas, en lo sustancial, las causales usuales en la normativa internacional, como las siguientes: que provengan directa o indirectamente de actividades ilícitas, instrumento del delito, bienes destinados a ser utilizados; producto proveniente de enajenación o permuta de otros bienes relacionados con una actividad ilícita, ocultamiento del origen ilícito, bienes transformados en otros bienes, bienes mezclados con bienes de fuente lícita, entre otros.[860]

Adicionalmente, se crearon otras causales poco usuales para aplicar la ED. Un caso es la causal relacionada con omisión o falsedad en una declaración jurada, establecida en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos. También, como causal se estableció el abandono de bienes relacionados con actividades ilícitas y la condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico y otros delitos relacionados, cuando existan bienes de la persona juzgada en el territorio nacional sin reclamar.[861] No existe alguna causal relacionada con bienes equivalentes, lo cual representa una falencia importante en esta legislación, al compararla con los convenios internacionales y la legislación colombiana.

En síntesis, en la legislación de Guatemala, se encuentran causales de origen, procesales,[862] por destinación y agrega dos categorías distintas: la primera, la comisión o

---

la presunción razonable sobre el origen ilícito o delictivo de los bienes a que hace referencia el párrafo anterior se podrá inferir de los indicios o las circunstancias objetivas del caso. b) Prevalencia. Las disposiciones contenidas en la presente Ley se aplicarán y se interpretarán de preferencia sobre las contenidas en cualquiera otra ley." Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala) art. 3, p.76-77. En la ED de Colombia, en lo que respecta a nulidad ab initio no se incluyen aspectos relacionados con aspectos probatorios. En esta dirección, el artículo 22, dispone: "Artículo 22. *Nulidad ab initio.* Una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá, que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad y por tanto los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa." Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio (Colombia)...*, art.22.

860 Marco Antonio Villeda, Ley de Extinción de Dominio, (Guatemala), art.4. 77-83.

861 Ibid. art.4. 82-83.

862 Cuando se menciona causal de naturaleza procesal, se refiere a que un determinado presupuesto se sustenta en un aspecto de orden procesal, ajeno a causas propiamente civiles, relacionadas con la afectación de un bien, sin confrontar su relación con su origen o destinación. La ley guatemalteca tiene una causal que ejemplifica muy bien esta categoría: "Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos…, provengan de actividades ilícitas o delictivas: f.1) Se haya declarado judicialmente el archivo o la

falsedad de la declaración jurada, que sería una causal personal o *in personam*, contrapuesto a los fines originales de la ED (no tendría directamente una naturaleza real); la segunda, sentencia extranjera originada en delitos de narcotráfico y otros, cuando existan bienes de la persona juzgada en el territorio nacional.

2.4 Actividad Ilícita

En cuanto al concepto de actividad ilícita, la ED promulgada de Guatemala no se aparta del concepto tradicional, identificándolo como el elemento anti normativo de la acción con independencia de la culpabilidad del titular del bien. Sin embargo, tiene una diferencia importante con la legislación de Colombia, en el sentido de que establece una lista taxativa de "actividades ilícitas", que dan lugar a la aplicación de la ED, por lo que no abarca a todos los delitos que su legislación establece.[863] Para tal efecto, tiene un variado catálogo que abarca las ilicitudes tradicionales de narcotráfico, lavado y crimen organizado, pero también se incluyen delitos de tipo aduanero, peculado, malversación, cohecho, conspiración, comercialización de vehículos robados, ingreso ilegal de personas y otros ilícitos propios de la delincuencia común.[864]

El artículo 2 define actividad ilícita como aquellas acciones u omisiones tipificadas como delitos de acuerdo con la lista descriptiva ahí consignada. Ello sigue el criterio general de que se debe probar que existe una vinculación entre el bien cuestionado y la actividad ilícita que le dio origen, entendiéndose que se debe llegar hasta el 'injusto penal' (acción u omisión, tipicidad y antijuridicidad), excluyéndose la necesidad de probar la culpabilidad.

Al igual que la legislación colombiana, la ED de Guatemala tiene una política de *whistleblowing*. Específicamente el artículo 20 de la ley de ED, establece una retribución económica para las personas que en forma eficaz contribuyan a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, pudiendo recibir una retribución de hasta

---

desestimación de la causa cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución…. f.2) No se pueda identificar al sindicado. f.3) El sindicado… en caso de fuga, se haya sustraído a la persecución penal o a la pena." Ibid. art.4, inc. F. Marco Antonio Villeda, Ley de Extinción de Dominio, (Guatemala), art.4, 80.

[863] El artículo 2 señala: Artículo 2. Definiciones. Para la aplicación de la presente Ley, regirán las definiciones siguientes: a) Actividades ilícitas o delictivas: Se entenderán por actividades ilícitas o delictivas que darán lugar a la aplicación de la presente Ley, las acciones u omisiones tipificadas como delitos, cometidos por la delincuencia común o por la organizada, siguientes: …" Marco Antonio Villeda, Ley de Extinción de Dominio… (Guatemala): art.4.

[864] Ibid., art.2, inc. a.

el 5% de los bienes declarados en Extinción de Dominio; sin embargo, difiere de la legislación colombiana a cuanto al procedimiento para definir la retribución.[865]

3. La Extinción de Dominio en la legislación de México

3.1 Antecedentes históricos

La ED en México, nació a partir de la iniciativa para modificar su sistema penal por parte del Poder Ejecutivo Federal, en el año 2007, y en ella se mencionan circunstancias relativas a la necesidad de adecuar la legislación a la experiencia y normativa internacional. De este impulso legislativo formó parte la reforma al artículo 22 constitucional que establece disposiciones relacionadas con la confiscación.

En la justificación de la reforma, se argumentó sobre la necesidad de que el Estado tuviese la posibilidad de privar a los particulares de sus bienes, cuando existan suficientes elementos para considerar que son instrumento, objeto o producto de actividades de la delincuencia organizada. Se mencionó que era necesario la declaratoria de responsabilidad penal y que en ocasiones los bienes pueden no tener una relación directa con los acusados, aunque exista prueba suficiente para demostrar que son instrumento, producto o un objeto o de un delito. En consecuencia, se propuso adicionar un cuarto párrafo al artículo 22 de la Constitución Política para establecer un procedimiento judicial independiente, distinto al proceso penal, donde se juzgue si el bien fue objeto, instrumento o producto de la delincuencia organizada y en caso de que se compruebe su ilicitud, se proceda a la aplicación de la ED a favor del Estado, exceptuándose aquellos bienes cuyos titulares adquirieron los bienes de buena fe. El objetivo era perseguir los bienes de la delincuencia organizada, independientemente de donde se encuentren o de su situación jurídica, con el fin de golpear sus estructuras financieras, lo que supuestamente permitiría un mayor combate al crimen organizado. [866]

---

[865] "…En el caso de bienes inmuebles, dicha retribución será sobre el valor catastral registrado en la Dirección de Catastro y valúo de En el caso de bienes muebles y demás bienes, dicha retribución se hará de conformidad con la tasación que realizará la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, de acuerdo con su reglamento. La retribución a la que se refiere el presente artículo no será aplicable a empleados, servidores o funcionarios públicos en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, ni a aquellas personas que hayan sido declaradas colaboradores eficaces con la justicia o se les haya otorgado el criterio de oportunidad. En todos los casos, el Ministerio Público solicitará al juez que el reconocimiento de la retribución se declare en la resolución, para que la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio proceda a la remuneración, con los fondos privativos contenidos en el presupuesto de la institución." Marco Antonio Villeda, Ley de Extinción de Dominio… (Guatemala): art.20, 64.

[866] Oscar Antonio Müller, "Extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa", *Criterio Jurídico*, No. 2 (2011),

En términos generales, la ED, formó parte de un grupo de reformas dirigidas a dar un trato 'especial' a un tipo específico de delincuencia. Dicha motivación generó varias modificaciones al texto constitucional (entre ellas, las adiciones a los artículos 16, 18, 19 y 20), dada la necesidad de contar con herramientas 'especiales' para combatir la delincuencia organizada, que se distingue por sus características especiales en su capacidad de operación, la sofisticación de sus actividades, el impacto social de los delitos que comete y su condición de amenaza en contra del Estado donde opera. En la reforma aludida, se reconoció que el crimen organizado, había rebasado la capacidad de respuesta de las autoridades. Por estas razones, se identificaron los delitos específicos con las siguientes finalidades: a) afectar a la delincuencia organizada en su patrimonio; b) debilitar su estructura; c) aumentar sus costos; d) reducir sus ganancias; e) dificultar su operación; y f) combatirla de manera frontal.[867]

De una revisión de la anterior justificación, no aparece nítidamente plasmado que la delincuencia en México para esa época había rebasado límites inimaginables, que generaron una enorme incertidumbre en la sociedad, dando lugar a reformas legales y creación de leyes, con la intención de acabar -o por lo menos disminuir- la delincuencia que aquejaba – y aun aqueja - a ese país. Algunos autores han señalado que, ante el clamor punitivo, el Estado mexicano respondió con cierta normativa y reformas legales que en apariencia intentaban atender las demandas sociales y que fue bajo ese contexto que fue emitida la ley de Extinción de Dominio.[868]

En el caso de México, por tratarse de un Estado Federal, a pesar de que se reformó la constitución, no se promulgó alguna ley de alcance nacional, por lo que cada uno de los 32 estados que lo componen, debían emitir su respectiva ley de ED.

---

https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=La+extinci%C3%B3n+de+dominio+en+la+legislaci%C3%B3n+mexicana%3A+su+justificaci%C3%B3n+jur%C3%ADdico-valorativa&btnG=

[867] Mireya Meléndez Alvaraz, Artículo 22, en Cossio Díaz José Ramón, coord, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada* (México: Tirant Lo Blanch, 2017) 514, citado por Jorge Rivera Evia, *El hecho ilícito como elemento de la acción de Extinción de Dominio, Derecho Penal para civilistas* (Ciudad de México, México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021),59.

[868] En este sentido se pronuncia Edgar Iván Colina Ramírez, *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio,*12-13. En sentido similar Jorge Rivera Evia afirma lo siguiente: "La AED se justifica como una de las medidas para combatir a cierta especie de delincuencia que hiere lastimosamente a la sociedad mexicana, impactando en el patrimonio criminal; su implementación en el sistema jurídico obedece a compromisos internacionales que nuestro país ha adquirido. Es un sistema de excepción. El peligro latente es que se convierta su ejercicio en la regla general y se erija en un "Derecho civil del enemigo", pues reduce drásticamente las garantías procesales de los litigantes (demandado y terceros), en comparación con otros procedimientos civiles.", Jorge Rivera 211.

Resulta particular que, en la propia reforma constitucional citada, se incluyeran los presupuestos o causales de la ED, así como los delitos para los cuales tendría aplicación la privación de bienes. Esta singularidad muestra una técnica legislativa diferente a la Constitución de Colombia, en la que además de plasmar un enunciado o principio, se le agrega un contenido específico, delimitando a nivel constitucional las reglas básicas para la aplicación del instituto o herramienta que se propone, contrario a la técnica utilizada en la constitución de Colombia, donde fue el legislador ordinario a través de una ley específica quien definió el contenido, presupuestos e ilicitudes a las cuales se aplicaría la privación de bienes.

De lo expuesto se constata, que la acción de extinción de dominio es un procedimiento judicial que desde su incorporación al sistema jurídico mexicano, se ha encontrado establecida directamente en la Constitución, al igual que ocurrió en el ordenamiento jurídico de Colombia.[869] En consecuencia, la ED en México tiene arraigo y génesis constitucional a partir de las reformas del artículo 22 de su Constitución Política efectuadas en el año 2008[870], posteriormente se hicieron modificaciones a la constitución en el año 2015 y también en el año 2019. En la reforma del año 2008, la Extinción de Dominio procedía en delitos relacionados con delincuencia organizada, infracciones penales contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de persona. En la modificación del año 2015, se adicionó el enriquecimiento ilícito como otro de los presupuestos para su procedencia; finalmente, en la reforma del año 2019, se agregaron los delitos relacionados con extorsión, corrupción, encubrimiento, recursos de procedencia ilícita, delitos cometidos por servidores públicos, y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

---

[869] Sin embargo, existe una diferencia importante debido a que en el caso de Colombia se adicionó el texto constitutivo para permitir la extinción de dominio, pero no se hizo una delimitación o configuración de la ED a nivel constitucional, dejando esa tarea al legislador, contrario a lo ocurrido en México, donde el legislador desde inició introdujo la acción de ED, pero delimitó y estableció sus elementos dentro del mismo texto constitucional.

[870]Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal; II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes: a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió. b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ciudad de México, México; Tirant lo Blanch, 2023), art.22.

En forma similar al caso de acaecido en Colombia, después de un período de utilización de la ED, se consideró necesario introducir diversas reformas para mejorar la aplicación práctica de esta acción.[871] En las modificaciones del año 2019, los legisladores se inclinaron por realizar una reforma profunda, tanto a nivel constitucional, como también a nivel legal. En el nivel infra constitucional, se promulgó una Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED), de alcance general -eliminándose las leyes estatales-, además se establecieron medidas a favor de las personas afectadas en sus derechos por el ejercicio de la acción de extinción de dominio, buscando garantizar el derecho de defensa para evitar la procedencia legítima del bien sujeto a dicha acción. Con la adición de otras actividades ilícitas para la procedencia de la extinción de dominio, se estimó que en el contexto mexicano los grupos criminales realizan diversas actividades ilícitas por las que obtienen mayores ganancias y numerosos bienes producto de dichas actividades, por lo que era necesario limitar y disminuir la capacidad económica de la delincuencia organizada.[872]

En el dictamen formulado por la Cámara de Senadores en el cual se explicó que con la modificación al texto constitucional en materia de extinción de dominio se pretendía cumplir con los siguientes objetivos: desvincular el procedimiento de la acreditación de la conducta delictiva de la persona que se reputa como propietaria del bien; que el procedimiento es de naturaleza civil; modificar el estándar probatorio, a fin de que en el proceso el Ministerio Público plantee que el bien bajo investigación tiene una procedencia ilegítima, en este último aspecto, se buscó establecer una inversión de la carga probatoria con estándares de probabilidad razonable; de modo que sería al titular a quien le corresponde probar la procedencia legítima del bien y así el Ministerio Público no tendría que probar la acreditación del hecho o la conducta delictiva. Además, se precisó que el procedimiento es sobre derechos reales o bienes incorporados al patrimonio de una persona y no sobre su eventual participación o responsabilidad en la comisión de ilícitos, ya sea para adquirir el bien, o para utilizarlo en

[871] Algunos consideran que para la elaboración de la ley del año 2019 se utilizó como base el texto de la Ley Modelo de Extinción de Dominio para América Latina, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Alicia Ramon Flores, Cesar Rodríguez Chacón y Humberto Chávez Meléndez, *Análisis Sistémico de la Extinción de Dominio, como herramienta en el combate a la delincuencia organizada y su impacto en el Sistema Fiscal* (Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2022) 106.

[872] Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio*, 18-19.

actividades delictivas. En resumen, lo esencial de la modificación está en determinar si el propietario del bien puede o no, acreditar su legítima procedencia. [873]

Conforme a lo anterior, es claro que la reforma a la norma constitucional pretendió, entre otros objetivos, simplificar cargas probatorias y reducir el estándar de prueba para la procedencia de la acción de Extinción de Dominio.

De acuerdo con el voto que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Nacional de Extinción de Dominio, los elementos de la acción de extinción de dominio son de aplicación estricta, no sólo por su configuración constitucional en el numeral 22 de la Constitución Política, sino porque corresponden a un régimen de excepción que implica la restricción de derechos de los gobernados (particularmente el derecho de propiedad) pues de lo contrario se correría el riesgo de que autoridades distintas al Poder Reformador de la Constitución variaran ese régimen de excepción.[874]

3.2 Revisión de constitucionalidad

La promulgación de la Ley Nacional de Extinción de Dominio (LNED) del año 2019 generó muchas críticas a nivel de sociedad civil, al punto que la Comisión Nacional de Derechos Humanos presentó en ese mismo año y dentro del plazo legal establecido, una acción de inconstitucionalidad contra la citada ley, ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),[875] contra varios de sus artículos, aduciendo diversas violaciones al derecho de defensa, debido proceso y al derecho de propiedad, entre otros.

El Tribunal encargado de resolver el recurso, mediante resolución del 21 de junio de 2021, publicada el 6 de enero de 2022, declaró inconstitucional varios artículos de la esa legislación. De una revisión de este voto de inconstitucionalidad, se destacan los siguientes aspectos de interés para la investigación: a.- se eliminó la distinción de aplicar ciertos delitos únicamente a la Ley Federal de ED, dejando de lado a las legislaciones locales, lo cual no estaba previsto en

[873] Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022": 248, http://sidof.segob.gob.mx/notas/5640305.

[874] Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad, p. 242.

[875] Del propio recurso se infiere que esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, tiene competencia para interponer recursos de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, dentro del plazo de Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad 100/2019…"

el artículo 22 de la Constitución, desembocando en una injustificada limitante a la procedencia de la acción de extinción de dominio. b.- se eliminaron algunas facultades que se le otorgaban al Ministerio Público, quien además, no podrá en adelante reservar la información, ni tampoco ordenar medidas cautelares sin autorización judicial[876]; c.- varios elementos subjetivos necesarios para la aplicación de la acción privación de bienes plasmados en la LNED, fueron declarados inconstitucionales por considerarse que no estaban previstos en la reforma constitucional;[877] d.- se declararon inválidos los párrafos IV y V del artículo 7, así como los párrafos V y VI del numeral 15 de esa norma, que permitían que la LNED fuese aplicada en contra de bienes obtenidos lícitamente, pero que se hayan destinado a ocultar o mezclar con bienes de ilícita procedencia, en consecuencia, el proceso de ED solo podrá aplicarse sobre bienes de origen ilícito, incluso declaró inadmisible la posibilidad de privar del dominio aquellos bienes de valor equivalente a los bienes ilícitos que no se pudieron localizar o incautar y por último dentro de lo que es necesario destacar, se declaró inválida la intemporalidad o imprescriptibilidad de la acción, considerándose que esa disposición resultaba excesiva y que no superaba el examen de proporcionalidad.[878]

De lo resuelto por ese tribunal, sobresale la imposibilidad de aplicar la acción de privación de bienes sobre aquellos que se hubiesen usado o utilizado en forma ilícita pero adquiridos de forma lícita (legítima procedencia). En otras palabras, la "legítima procedencia" de los bienes a que alude el artículo 22 de la Constitución no comprende ni el uso y tampoco el destino de los bienes.

3.3 Elementos básicos para la aplicación de la Extinción de Dominio

[876] Lo derogado indicaba: "…decrete la medida cautelar de aseguramiento de bienes sin control judicial previo".

[877] Entre ellos el inciso cuatro (4) del artículo 9 de la ley, que incorpora un elemento de la acción que no está previsto en el artículo 22 de la Constitución y dicho inciso, establece que uno de los elementos de la acción de extinción de dominio que deben quedar acreditados es: "El conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular, del destino del bien al Hecho Ilícito, o de que sea producto del ilícito. Este elemento no se tendrá por cumplido cuando se acredite que el titular estaba impedido para conocerlo."

[878] Lleva razón el tribunal constitucional cuando afirma que podría haberse operado "la prescripción de la acción penal, de cualquier modo el Estado (a través del Ministerio Público) conserve de forma permanente (a perpetuidad) la facultad para ejercer una acción que tiene por objeto la extinción de dominio de los bienes que considera están relacionados o tuvieron origen en un ilícito penal (ya prescrito). Como se ve, este argumento de *reductio ad absurdum* (reducción al absurdo), sirve para destacar que una medida como la aquí analizada ni siquiera es congruente con el resto del sistema, pues implica otorgarle al Estado una mayor facultad **(temporal)** para el combate a la delincuencia en una vía civil que en una vía penal; siendo que la vía penal es, por antonomasia, la vía más idónea y directa para hacerlo. "

A raíz del análisis que hizo el tribunal para resolver el recurso de inconstitucionalidad se hizo una extensa explicación de las razones que tuvo el legislador para realizar la reforma del año 2019. En este aspecto, el tribunal alude al hecho que después de varios años de utilización de la primera ley de ED en México, los proponentes de la reformar consideraron que era necesario ampliar la 'independencia' de la acción de ED, con respecto al proceso penal, dejando de lado uno de los elementos que establecía la legislación del año 2008: demostración del *cuerpo del delito*, esto es, el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.[879]

En el proceso legislativo de reforma al artículo 22 constitucional del año 2019, se advierte que la intención del poder reformador de la Constitución fue que el Ministerio Público no tuviera que probar el "hecho ilícito", lo que parecía acorde con la intención reiterada de los legisladores, de buscar más autonomía de este proceso con respecto al procedimiento penal. De esta forma, el texto vigente del artículo 22 constitucional, además de que estableció expresamente que la acción de extinción de dominio es de naturaleza civil, eliminó la exigencia de que debían existir elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito ocurrió, y en consecuencia, con la reforma lo esencial es la posible relación entre un determinado bien y alguna investigación de las conductas típicas indicadas en el mismo del artículo 22 de la Constitución y que el propietario del bien no pueda acreditar su legítima procedencia.

Además, el voto de la corte constitucional del año 2021 estableció de forma nítida que a partir de la reforma del artículo 22 de la CPM (Constitución Política de México), no es exigible acreditar algún elemento o presupuesto subjetivo como lo es *"el conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular, del destino del bien al hecho ilícito o de que sea producto del ilícito"*[880],

[879] Ley Federal De Extinción De Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos Nueva Ley Publicada En El Diario Oficial De La Federación El 29 De Mayo De 2009 Texto Vigente Última Reforma Publicada Dof 12-01-2016, https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/17e0fb21-14e1-4354-866e-6b13414e2e80/ley_fed_ext_dominio.pdf. La derogada Ley Federal de Extinción de dominio utilizaba el concepto de 'cuerpo del delito' para referirse al hecho ilícito, según concepto indicado en el inciso a) de la fracción II del artículo 22 de la Constitución de México, antes de la reforma del año 2019, que decía: "…a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito…"

[880] Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; página 248.

según lo indicaba el artículo 9, inciso 4 de la LNED, [881] allanando el camino para que los elementos que configuran la ED en México fuesen más laxos.

Como ya se adelantó, el artículo 22 de la Constitución Política de México, establece los elementos propios de la configuración de la ED, es decir, aclara cuales son los elementos de la acción que deben demostrarse en el proceso para la privación del dominio sobre algún bien.

Ahora bien, de una comparación entre el anterior y el actual diseño constitucional de la extinción de dominio en México, se aprecia que los casos de procedencia se ampliaron en la reforma acaecida en el año 2019 (pues ahora procede respecto de bienes relacionados con categorías de delitos y hechos ilícitos que antes no se consideraban para efectos de la extinción de dominio, como son los delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos, por mencionar sólo un ejemplo), pero además, los elementos de la acción que deben demostrarse en juicio son distintos. Los presupuestos de extinción que se desprendían del artículo 22 constitucional –previo a su reforma– (la vigente hasta antes de 14 de marzo de 2019) para que la acción de extinción de dominio resultara fundada, era necesario que se acreditaran aspectos básicamente penales como el "hecho ilícito" (sic); 22 y, para el caso en que el bien hubiere sido utilizado por un tercero para la comisión del ilícito, era necesaria la demostración de elementos "subjetivos" tales como el "conocimiento" del propietario de los bienes de que éstos eran utilizados para la comisión del ilícito en cuestión.

Sin embargo, a raíz de la reforma al artículo 22 de la Constitución, los elementos de la acción de extinción cambiaron sustancialmente, intentando desvincularla aún más de la materia penal y acercarla a la materia civil. El texto constitucional ahora no exige, como un presupuesto necesario, la acreditación de aspectos que atañen a la materia penal, como lo es el hecho ilícito penal y como ya se adelantó, tampoco obliga a la demostración de elementos subjetivos. [882]

---

[881] Este inciso de la ley indicaba: "El conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular, del destino del bien al Hecho Ilícito, o de que sea producto del ilícito. Este elemento no se tendrá por cumplido cuando se acredite que el titular estaba impedido para conocerlo." Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Nacional de Extinción de Dominio, publicada el 9 de agosto de 2019, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNED.pdf.

[882] Con posterioridad a la reforma constitucional de 2019 y con la promulgación de la Ley Nacional de Extinción de Dominio, pero antes de conocerse el resultado de la acción de inconstitucionalidad reseñada en este acápite, la doctrina del derecho mexicano, seguía guiándose por lo dispuesto en el artículo 9 de la LNED, de esta disposición entendían que la acción de ED estaba compuesta por cuatro elementos: el hecho ilícito, el elemento real (existencia de bienes de origen o destinación ilícita), el nexo de causalidad entre el primero y segundo y el elemento cognoscitivo o subjetivo. En este sentido Jorge Rivera Evia, 78.

Para el tribunal que declaró la inconstitucionalidad de la LNED, el actual artículo 22 constitucional señala expresamente que la acción de extinción de dominio resultará fundada siempre que concurran los siguientes tres presupuestos: a) Que la acción de extinción de dominio se ejerza sobre bienes de carácter patrimonial; b) Que esos bienes de carácter patrimonial, estén relacionados con la investigación de alguno de los hechos ilícitos enunciados de manera limitada en el cuarto párrafo del artículo 22 constitucional (hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos); y, además, c) Que con respecto de los bienes sobre los que se ejerza la acción de extinción de domino no esté acreditada la "legítima procedencia" de ellos.[883]

Con la reforma se invirtió la carga probatoria en lo referente a demostrar la legitimidad del bien, ahora recae en el titular y no en el Ministerio Público.[884] Obsérvese que es una especie de sustitución del principio de inocencia en materia penal, a fin de que el titular o poseedor del bien demuestre la legalidad de ese bien en particular. Además, se podría interpretar que salvo que el titular lo demuestre, se presume la ilegitimidad del bien. Esta circunstancia de la inversión probatoria y presunción de ilegitimidad no es ajena a los instrumentos internacionales estudiados, pero suele ser criticado por diversos sectores de la doctrina en México.[885] En la especie se trata de una especie de presunción *iuris tantum*, partiéndose de la ilegitimidad del bien (hecho negativo) y en consecuencia le corresponde a la parte accionada destruir esta

[883] Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022", http://sidof.segob.gob.mx/notas/5640305.

[884]Agrega la sentencia del tribunal mexicano: "… a contrario sensu la reforma establecería la carga probatoria con estándares de probabilidad razonable en quien se asuma o conduzca como propietario del bien. Tendría que probar la procedencia legítima del bien. Y el Ministerio Público no tendría que probar el cuerpo del delito o, en su desarrollo último, la conducta delictiva. (244 sentencia). Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022".

[885] Jorge Rivero Evia,52. En abono a este criterio se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ricardo Baena y otros versus Panamá del año 2001, en el numeral 125, que dice: "La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes." Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf

presunción y demostrar su legitimidad, debiendo probar un hecho positivo: la procedencia legítima del bien.[886]

El aspecto procesal de inversión de la carga de la prueba no es ajeno al proceso colombiano de ED. El artículo 152 del CED establece específicamente que en el proceso opera la carga dinámica de la prueba y por tal razón le corresponde al afectado probar los hechos que demuestren la improcedencia de la causal de extinción.[887]

3.4 Causales establecidas en la Ley Nacional de Extinción de Dominio

Originalmente en el artículo 7 de la LNED, se describían las causales por las cuales se podría entablar la acción, y el artículo 9 de la citada ley también hacía referencia a la clasificación de bienes ilícitos por origen e ilicitud por destinación. Sin embargo, con el voto del tribunal constitucional reseñado, esa normativa fue declarada inválida, quedando únicamente, las siguientes causales: bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos previstos en el párrafo IV de la Constitución Política de México, aquellos bienes transformados o convertidos (física o jurídicamente del producto), no acreditar la procedencia legítima de los bienes y aquellos bienes que constituyan ingresos, rentas, productos, rendimientos, frutos, accesorios, ganancias y otros beneficios derivados de los supuestos anteriores.[888]

La primera observación que debe hacerse es que en la normativa estudiada se omite hacer referencia a 'causales', pero en términos generales están plasmados los presupuestos usuales para la aplicación de la acción de ED, aclarando que debido al voto constitucional algunos de

---

[886] La regla tradicional en materia probatoria es la elaborada por Chiovenda, quien sistematiza una concepción con diferentes categorías, a saber: hechos constitutivos, que son aquellos que dan vida a una voluntad concreta de la norma y hacen nacer expectativas por parte de alguien; hechos extintivos, que son los que hacen cesar la voluntad la voluntad concreta de la ley; y hechos impeditivos, que son los que impiden el nacimiento de un derecho. A partir de esa clasificación se expuso que los hechos constitutivos los debía probar el actor y que los restantes el demandado. José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II (Madrid, España: Editorial Reus, 1977). En relación con la inversión de la carga probatoria también se explicado de la siguiente manera: "En realidad, cuando se habla de inversión de la carga de la prueba nos estamos refiriendo exactamente a supuesto de exoneración de la carga que le correspondería a una parte según la regla general enunciada y de la que nace una suerte de carga eventual de la contraprueba de un hecho"...", bien porque a través de ella la ley haya decidido dar por buenas de forma provisionad determinadas situaciones de hecho, bien porque mediante una presunción el favorecido por ella no tiene que probar el hecho que le beneficia. En definitiva, cuando la ley se separa del criterio general y distribuye de otra manera la carga de la prueba no está invirtiendo la carga de la prueba: está distribuyéndola de otra manera." María Isabel Romero Pradas, María Isabel González Cano, *La Prueba*, Tomo I (España: Tirant lo Blanch, 2017), 200.

[887] Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.152.

[888] Ley Nacional de Extinción de Dominio… (México), art. 7.

los presupuestos que originalmente se encontraban en la ley fueron declarados 'inválidos' por el tribunal constitucional. Como derivación de lo anterior, aquellos bienes de origen lícito que aunque hubiesen sido utilizados posteriormente en actividades ilícitas, estarían fuera del radio de acción de la ED. En consecuencia, los presupuestos que hoy en día se deben aplicar en la legislación mexicana se limitan a causales básicamente 'por origen'.

Por otra parte, de una comparación con las legislaciones de Colombia y Guatemala, la causal denominada 'no acreditar la procedencia legítima' resulta novedosa y a la vez cuestionable, en los términos explicados. Conforme al estándar probatorio de la LNED, el Ministerio Público está facultado para accionar sobre la presunción de procedencia ilegitima del bien, y trasladar la carga probatoria al demandado-titular del bien.[889]

Adicionalmente, la comparación también permite advertir que todos aquellos bienes de origen lícito que podrían tener alguna relación con las causales - ejemplo bienes lícitos mezclados con ilícitos o bienes de origen ilícito equivalentes a los ilícitos - no podrían ser susceptibles de extinción. De esta forma, en lo referente a causales, la legislación de México resulta más restrictiva que cualquiera de los sistemas legales estudiados. Sin embargo, esta particularidad tiene su origen en la resolución jurisdiccional constitucional estudiada en la sección anterior y no obedeció a una voluntad legislativa.

De modo similar a las restantes legislaciones estudiadas, la opción de perseguir bienes de personas fallecidas investigadas en un proceso penal no evita la posibilidad de enervar la acción de extinción de dominio, sus efectos se trasladan a los herederos, legatarios, causahabientes y cualquiera otra figura análoga que alegue derechos sobre los Bienes objeto de la acción.

Finalmente, merece destacar una diferencia importante con respecto a un tipo especial de bienes que puede ser objeto de la ED en esta legislación: derechos de posesión sobre sobre Bienes que correspondan al régimen de propiedad ejidal o comunal, objeto que es único y propio de esta legislación.[890]

---

[889] Según la noción tradicional de carga probatoria, la prueba sobre la ilegitimidad del bien le debería de corresponder a quien lo afirma y acusa, y no a la parte demandada. Pero en este caso, la obligación de probar la legítima procedencia de los bienes se traslada a la parte accionada, lo cual parece opuesto a las reglas tradicionales citadas.

[890] La palabra 'ejido', procede del vocablo latino exitus, que significa 'salida', es decir, lo que está a la salida de un lugar o su lindero. El Diccionario de Ciencias Jurídicas, lo define como "el campo común de todos los vecinos de un pueblo lindante con él, que no se labra y donde suelen reunirse los ganados o establecerse las eras. Tratase pues de un bien comunal. Otro tipo de ejido, que se da en algunos países iberoamericanos (México y Venezuela), es el que define…como la tierra dada a un grupo de población agrícola, que tenga por lo menos seis meses de

3.5 El hecho ilícito y la legítima procedencia

Se había adelantado que mediante el voto de inconstitucionalidad estudiado se había declarado la invalidez del artículo 9 de la LNED y que este numeral correspondía a la descripción de los elementos de la acción de ED. Dentro de la descripción que realizaba la ley se encontraba el requisito "La existencia de un hecho ilícito"; sin embargo, al declararse inválido ese numeral, el único requisito derivado del proceso penal es que los bienes patrimoniales perseguidos estén relacionados con la investigación de alguno de los hechos ilícitos enunciados en el artículo 22 constitucional: hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

De acuerdo con el texto actual del artículo 22 de la Norma Fundamental de México, el segundo elemento de la acción de extinción de dominio consiste en que el Ministerio Público acredite que los bienes de carácter patrimonial materia de la acción estén relacionados con la investigación de alguno de los hechos ilícitos enunciados de manera limitada en el cuarto párrafo del artículo 22 constitucional, según la descripción realizada en el párrafo anterior. Ahora bien, de acuerdo con la resolución 100/2019 tantas veces citada, el significado de que *"un bien esté relacionado con la investigación de algún hecho ilícito"*, no implica demostrar el hecho ilícito, basta identificar el bien materia de extinción de dominio con el objeto de una investigación substanciada en alguno de los delitos previstos de manera taxativa en el párrafo cuarto del artículo 22 constitucional.

Es decir, el elemento 'relación' -sinónimo de 'vinculación'-, de los bienes patrimoniales con la investigación de un hecho ilícito" implicará, demostrar, por ejemplo, que en una investigación penal de un delito los bienes patrimoniales materia de esa acción, son considerados como instrumento u objeto del hecho ilícito de que se trate o que fueron

---

fundado, para que la explote directamente con las limitaciones y modalidades que la ley señala; siendo, en principio, inalienable, inembargable, intransmisible, imprescriptible e indivisible." Manuel Ossorio, 277. La palabra ejido aparece por primera vez con su actual significado en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y actualmente, en lo que interesa dispone: "Art. 27…VII. Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ciudad de México, México; Tirant lo Blanch, 2023), art. 27.

empleados para ocultar o mezclar bienes producto de un hecho ilícito penal y evidentemente el estándar probatorio en la acción de extinción de dominio será distinto al de materia penal.[891] La carga probatoria para acreditar este segundo elemento de la acción recaería en el Ministerio Público, quien deberá demostrar su afirmación (hecho positivo) consistente en que los bienes sobre los que ejerce la acción de ED están relacionados con investigaciones derivadas de algunos de los hechos ilícitos antes señalados.

La modificación ocurrida no es menor, debido a que una cosa es acreditar el 'hecho ilícito' y otra muy distinta es demostrar que 'un bien está relacionado con la investigación de algún hecho ilícito. De tratarse del "hecho ilícito" para efectos de la extinción de dominio, conforme a la anterior legislación, implicaba acreditar el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los elementos normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. En definitiva, lo único que tendría que demostrarse es la identificación del bien y que esté está relacionado con delitos por hechos de corrupción, delincuencia organizada, etc. [892]

Como se ha expuesto, a la luz del texto constitucional, el tercer requisito de la acción es que no esté acreditada la "legítima procedencia".[893] El enunciado está en forma negativa a fin de constituir una especie de presunción en contra del patrimonio investigado, obligando a su titular a desvirtuar la presunción de ilegitimidad, en su lugar, el afectado debe probar la legítima procedencia, aspecto que es similar en la acción de ED en Colombia.[894]

Finalmente, es importante resaltar que el artículo 16 de la LNED establece una retribución económica para los informantes que brinden evidencia cierta y efectiva, asemejándose a la legislación de Colombia y Guatemala.[895]

---

[891] Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022.

[892] Para mayor abundamiento, de una revisión del texto constitucional de México, numeral 22, se observa que se eliminó la exigencia de que debían existir elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

[893] Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022.

[894] Es factible interpretar este elemento indicando que, salvo prueba en contrario, se considera el bien bajo investigación como de procedencia ilícita.

[895] "…Para el caso de que durante la etapa de preparación de la acción de extinción de dominio que realiza el Ministerio Público, se obtenga información cierta de alguna persona, que de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencia para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, podrá recibir una retribución de hasta el cinco por ciento del producto que el Estado obtenga por la liquidación y venta de tales Bienes, luego de realizados los pagos a que se refiere esta Ley, a juicio del Juez. Los falsos informantes o declarantes ante el Ministerio Público incurrirán en el delito de falsedad de informes dados a una autoridad o sus equivalentes en las leyes penales de las Entidades Federativas." Ley Nacional de Extinción de Dominio… (México), art. 16.

4. El decomiso de activos ilícitos en la Unión Europea

4.1 Propuestas de la Unión Europea sobre recuperación de activos

Es innegable que la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ya estudiada, promovió una nueva política criminal internacional enfocada en la persecución de los beneficios económicos ilícitamente obtenidos, atendiendo a la presunción de que la privación de las ganancias asegura un duro impacto a las actividades delictivas. Idéntica línea siguieron las Convenciones de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000) y contra la Corrupción (Mérida 2003). Una de las bases de esa política tenía relación directa con la modificación o ampliación de la figura del decomiso, iniciando con el decomiso de bienes por un valor equivalente al producto del delito, de bienes que hubieran sido previamente transformados o convertidos, el decomiso por un valor estimado cuando los bienes ilícitamente obtenidos hubiesen sido mezclados con otros de procedencia lícita y por último el decomiso sin condena incluida en la última de las Convenciones citadas.

A nivel europeo y en forma paralela a los instrumentos internacionales, también se tomaron importantes medidas en lo referente a las actividades ilícitas, hasta desembocar en la directiva del año 2014/42/EU. El propio Tratado de la Unión Europea (TUE) en el artículo 3, apartado 2, enuncia los grandes objetivos que persigue la unión, optando por dar mayor importancia a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) respecto al anterior Tratado de Niza, [896] puesto que, este objetivo está plasmado antes que la meta de realizar un mercado interior de comercio.[897] El otro paso importante fue el 'Programa de la Haya' y posteriormente el Programa de Estocolmo de 2010, donde se estableció una línea de acción dirigida a estrangular financiera y patrimonialmente a las organizaciones criminales hasta conseguir su 'muerte civil', usando el siguiente presupuesto: "la criminalidad organizada

[896] El Tratado de Niza, por el que se modifica el Tratado de la UE, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, se firmó en el año 2001. El objetivo del Tratado de Niza era reformar la estructura institucional de la Unión Europea para hacer frente a los retos que planteaba la nueva ampliación. El Tratado de Niza dota de más poderes legislativos y de control al Parlamento y amplía a un mayor número de ámbitos la votación por mayoría cualificada en el Consejo de la Unión Europea. Antonio Bar Cendón, *Los Tratados de la Unión Europea, versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007* (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010)

[897] También en la denominada Estrategia del Milenio sobre la prevención y control de la delincuencia, organizada el 27 de marzo de 2000, dentro de sus objetivos se destacaba el siguiente: "detectar, congelar, decomisar y confiscar los productos del crimen". Nicolás Rodríguez García e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *Decomiso y Recuperación de Activos Crime Doesn't pay* (Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020), 298.

existe y actúa, esencialmente por ánimo de lucro".[898] Esta propuesta vio la luz a través de la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso".[899]

A partir de los informes y comunicaciones citadas, los organismos de la Unión Europea empezaron a examinar acciones concretas para alcanzar los objetivos propuestos y optaron por reforzar el marco jurídico en materia de decomiso de activos como su principal estrategia. Bajo esa tesitura, en el mes de octubre de 2011 el Parlamento Europeo aprobó un informe en el que pide a la Comisión que emita una nueva legislación sobre decomiso, mencionando la necesidad de articular normas sobre el uso eficaz del decomiso ampliado y el decomiso no basado en condena, así como normativa referente al decomiso de activos transferidos a terceros y normas que atenúen la carga de la prueba.[900]

La necesidad de robustecer el marco normativo de los países miembros y de aproximar al máximo las normas mínimas de derecho sustantivo en materia de decomiso, culminó con la directiva 2014/42/UE, tantas veces citada, sobre embargo preventivo y decomiso que ha sido la referencia normativa principal de las reformas legales acometidas por la mayoría de los países europeos, incluyendo España en el año 2015. En esta Directiva se encuentran disposiciones sobre decomiso ordinario o directo, decomiso del valor equivalente o por sustitución, decomiso ampliado, decomiso no basado en condena y el decomiso respecto de terceros.

4.2 Reglamento UE

A pesar de la existencia de la directiva del año 2014, la UE continúo con la evaluación del decomiso y los objetivos propuestos, concluyendo que se requerían mejoras sustanciales y no un simple 'escaparatismo' (*window dressing)* normativo.[901] En este sentido se promulgó el

[898] Ibid, 299.

[899] La comunicación se identifica como COM/2008/0766, de fecha 20 de noviembre de 2008 puede consultarse en el siguiente sitio web: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/crime-does-not-pay.html.

[900] Francisco Jiménez Villarejo Fernández, Decomiso y Recuperación de Activos…,300.

[901] A riesgo de que el siguiente comentario no tenga mucha aceptación (en todo caso ninguna investigación debe satisfacer a un auditorio), las iniciativas de la UE contrastan con algunas de las legislaciones de extinción de dominio de América Latina estudiadas. Nuestra percepción para nuestra región es que se promulgaron para corresponder al clamor popular – en el caso de México- o en otros casos su creación obedeció a organismos externos preocupados en la situación interna – en el caso de Guatemala-. Es criticable la escasa articulación regional en materia de seguridad centroamericana, a pesar de que habitamos en una de las zonas más violentas y conflictivas del planeta.

reglamento 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.[902] Esta normativa introduce mejoras técnico-jurídicas que pretenden una recuperación de activos transfronteriza más rápida, eficaz, homogénea y consistente, construida a partir de lo existente.[903] El reglamento es directamente aplicable a todos los estados miembros y responde a la necesidad de instaurar un sistema normativo común para el embargo y el decomiso de los productos e instrumentos de la delincuencia en la UE. La relevancia de esta normativa es que no es necesaria transposición normativa por parte de los estados miembros, lo que evita que cada Estado promulgue su propia versión y en un incierto tiempo, lo que conlleva a concebirla como una normativa 'supranacional'[904].

El aspecto que interesa para esta investigación es que el reglamento incluye el decomiso sin condena previa, en supuestos de fuga, enfermedad o muerte del acusado, inmunidad, prescripción o cuando el autor del delito no pueda ser identificado o cuando un tribunal decida decomisar activos al considerarlos producto del delito en investigación, con la condición de que sean ordenados dentro de procedimientos de naturaleza penal.

Esta última condición debe matizarse, toda vez que la frase "procedimientos de naturaleza penal" hace referencia a un concepto autónomo y flexible del derecho de la UE, que incluye procesos propiamente penales y procedimientos que no son estrictamente penales, pero que

[902] Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (OJ L 303 28.11.2018, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1805/oj)

[903] Se afirma que el marco legal de la UE tenía tres limitaciones importantes que el reglamento debía superar: a.- en cuanto al ámbito de aplicación solo se aplicaba a decomisos declarados en sentencias condenatorias y decomisos ampliados, por ende, no abarcaba el decomiso sin condena el decomiso de terceros, b.- se limitaba a nueve categorías delictivas conocidas como 'eurodelitos'; c.- el procedimiento para reconocer y ejecutar las resoluciones eran lentas y complejas. Francisco Jiménez-Villarejo Fernández, 321-322. En lo referente a lo que se denomina 'Eurodelitos', el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece: "…El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.", https://lexparency.es/eu/TFUE/ART_83/.

[904] La noción de 'supranacionalidad' a veces se vuelve confusa, en esta investigación el concepto se utiliza en el sentido de que la supranacionalidad requiere que determinados organismos independientes y superiores a los Estados-naciones estén habilitados para dictar normas obligatorias para estos últimos y para tal efecto se requieren dos componentes: un órgano comunitario y competencia para expedir decisiones, con aplicabilidad inmediata, sin necesidad de actos de recepción por los Estados partes.

tienen el denominador común de que cumplen con las garantías procesales mínimas – derecho al debido proceso -, que han esbozado los tribunales de la UE y varias directivas sobre derechos procesales.[905]

En otros términos, una resolución de decomiso adoptada sin una condena penal firme, entra en el ámbito de aplicación del Reglamento cuando, aun dictada en un procedimiento separado y autónomo de naturaleza civil o *in rem,* lo fuere con pleno respeto de las garantías propias de un proceso penal, incluyendo el principio de presunción de inocencia.[906] No interesa si el órgano que dictó la resolución sea civil o administrativo, lo importante es el cumplimiento de las garantías procesales. Valga acotar en este punto, que las razones que llevaron a emitir un reglamento con tal nivel de flexibilidad obedecen a las situaciones particulares de países como Italia, Irlanda, Reino Unido y otros países más de la UE, que habían adoptado procedimientos civiles o administrativos de confiscación (decomiso) de activos de naturaleza *in rem*. Recuérdese que Italia es un referente, fue el primer miembro de la UE que desde el año de 1965 adoptó un sistema de confiscación preventivo de bienes para luchar contra las manifestaciones de la Mafia.[907] Fue precisamente la delegación italiana quien solicitó a la Comisión Europea extender el alcance del reglamento para poder utilizar su sistema de confiscación preventiva antimafia, que tiene naturaleza administrativa.[908]

En definitiva, aquellas medidas cautelares reales adoptada en un procedimiento no penal sin condena, dirigidas a preservar o decomisar el producto del delito, podrían en principio,

---

[905] Se refiere a los denominados "criterios Engel", establecido en el caso Engel y otros contra los Países Bajos, según jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Engel y otros v. Países Bajos.* Organismo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia: 5100/71 [ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071], del ocho de junio de 1976, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-165148%22]}

[906] Francisco Jiménez – Villarejo Fernández, *Recuperación de Activos en la Unión Europea,* 335. Este mismo autor fortalece este criterio con la siguiente afirmación: "…se puede argumentar que la noción de "procedimientos en materia penal" parece referirse, además de los procedimientos penales en sentido estricto, también a aquellos procedimientos judiciales que)i) están vinculados a un delito, en el sentido que se refieren a bienes relacionados con una conducta delictiva, y (ii) a pesar de la clasificación inicial o naturaleza como procedimientos civiles o administrativos de conformidad con la legislación nacional, revisten garantías procesales similares a las de un proceso penal o, más bien, atraen las garantías esenciales del derecho penal" Ibid., 337.

[907] Estos antecedentes fueron mencionados por el Informe de la Evaluación de Impacto de los servicios de la Comisión Europea, como documento adjunto de la Propuesta de Reglamento de las órdenes de embargo y decomiso, según apartado 3.5 del informe. Citado por Francisco Jiménez – Villarejo Fernández, 331.

[908]Sobre la extensión el concepto "procedimientos en materia penal", se puede revisar la orientación general que emitió el servicio jurídico de la Unión Europea, a fin de adoptar un término 'ambiguo' para incluir las resoluciones de decomisos no estrictamente civiles, puede visitarse el siguiente enlace del sitio web de la Unión Europea: https://www.consilium.europa.eu/es/search/?filetypes=PAGE&Keyword=decomiso. Igual que la situación de Italia, en el caso de Reino y los sistemas que se rigen bajo el *common law,* estos poseen el mecanismo conocido como *civil confiscation,* que no es un procedimiento propiamente penal.

corresponder dentro de la noción de 'procedimientos en materia penal', con la necesaria condición de que concurran en dicho procedimiento las garantías procesales inherentes a cualquier proceso de naturaleza penal.[909]

4.3 Adopción de la normativa comunitaria sobre el decomiso en España

A partir de las normas mínimas de la directiva 2014/42/UE, el legislador español hizo varias reformas a su legislación a fin de incorporar la directriz aludida. Para tal efecto realizó cambios a nivel sustancial y también procesal, ejecutando reformas en el Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras.[910] En el campo sustantivo se hizo una reforma importante, para modificar la regulación del decomiso ampliado, decomiso autónomo o sin condena y el decomiso de bienes de terceros, buscando crear instrumentos agiles y efectivos para incautar bienes procedentes de algunas actividades ilícitas.[911] Desde el ámbito procesal se reguló un procedimiento del decomiso autónomo para resolver las solicitudes que pudiese presentar la Fiscalía en pieza separada al procesal penal principal.

En lo que interesa, se hizo una reforma del decomiso declarando el legislador que su naturaleza no es penal y en su lugar lo consideró una consecuencia accesoria según se lee en el título VI denominado "De las consecuencias accesorias", usando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[912]

---

[909] De otro lado, los decomisos o confiscaciones que están fuera del alcance del Reglamento son aquellos puramente civiles o administrativas no relacionadas con actividades delictivas. La anterior conclusión se basa en el considerando 18 del preámbulo del Reglamento cuando menciona: "(18) Los derechos procesales establecidos en las Directivas 2010/64/UE (1), 2012/13/UE (2), 2013/48/UE (3), (UE) 2016/343 (4), (UE) 2016/800 (5) y (UE) 2016/1919 (6) del Parlamento Europeo y del Consejo deben aplicarse, en el ámbito de aplicación de dichas Directivas, a los procesos penales contemplados en el presente Reglamento en lo que respecta a los Estados miembros vinculados por dichas Directivas. En cualquier caso, las garantías establecidas en la Carta deben aplicarse a todos los procedimientos contemplados en el presente Reglamento. En particular, se deben aplicar las garantías esenciales de los procesos penales establecidas en la Carta a los procedimientos en materia penal que no sean procesos penales, pero se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento." Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (OJ L 303 28.11.2018, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1805/oj), pág. 303/3.

[910] La Ley Orgánica número 1/2015, de 30 de marzo que corresponde a la modificación del Código Penal y la ley 41/2015, de 5 de octubre de 2015 que corresponde a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La primera se puede revisar en el siguiente enlace: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_leyorganica1_esp.pdf y la segunda se localiza en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10726

[911] Líneas atrás se indicó que la directiva de la Unión Europea se dirigía únicamente a las ilicitudes denominadas 'eurodelitos'.

[912] Según lo menciona Teresa Aguado Correa, este aspecto ha sido controvertido en el derecho español. Afirma que existen opiniones disidentes al criterio del legislador, entre ellos Garrido Carrillo, quien afirma que "la interpretación que realiza el legislador español es una interpretación sesgada y e interesada, que no recoge el verdadero sentir y pronunciamiento del tribunal". Teresa Aguado Correa, *Decomiso y Recuperación de Activos*

Lo destacable de la reforma es que el Código Penal español, en el art. 127.3, previó la posibilidad de que un órgano jurisdiccional penal pudiera acordar el decomiso de los efectos, medios, bienes, instrumentos y ganancias provenientes de un delito de una persona, pese a que a esta no se le hubiese impuesto una pena "... por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita".[913] Además, por su naturaleza civil puede ser impuesto con criterios menos estrictos que el decomiso propiamente penal, especialmente de prueba,[914] y puede dirigirse contra las personas jurídicas y los herederos de los responsables.

Crime Doesn't Pay, 63. Ciertamente el tema no es pacífico, sin embargo, lo relevante es la opción que el legislador tomó al considerar el decomiso de naturaleza distinta a la penal. Para los efectos de la investigación interesa destacar que algunas de las críticas por un sector académico en contra de la ED, toma como punto de partida la naturaleza penal de la ED. Según la autora, la naturaleza no penal del decomiso sin condena, se apoya en la jurisprudencia del TEDH, quien afirmó que "el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal' pues 'dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción' (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. 2Liechtenstein)",Teresa Aguado Correa, 63. En un sentido similar Walsh vs. The United Kingdom, App no. 696/05, 21 noviembre 2002, https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_43384-05

[913] El artículo 127 ter del Código Penal de España dispone: "Artículo 127 ter. 1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal." Fernández Bautista, Silvia, Víctor Gómez Martín, Santiago Mir Puig, Carolina Bolea Bardón, Juan Carlos Hortal Ibarra, Carlos Castellví Monserrat, Sergi Cardenal Montraveta, et al. *Comentarios al Código Penal* (España: Tirant Lo Blanch,2015), recuperado desde https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788491191452. Estos mismos autores refuerzan la tesis sobre la naturaleza civil del decomiso sin condena: "En este precepto se regula el decomiso sin condena o decomiso civil, que se considera tiene naturaleza civil, por tener carácter real e ir contra los bienes no contra las personas. Está previsto en el mundo anglosajón y en Latinoamérica, por su influencia. Las directrices han sido elaboradas por el GAFI, con un documento de 19-2-2010, sobre mejores prácticas de confiscación…" Ibid. 438. En sentido contrario, Teresa Aguado Correa apoyada en resolución de un tribunal español, insiste en considerar que se trata de una tercer tipo o género de sanciones de naturaleza penal, diferente a la pena y a la medida de seguridad. Teresa Aguado Correa, *Decomiso y Recuperación de Activos*…65.

[914] Según una sentencia sobre decomiso autónomo de un tribunal español del año 2022, el sistema de valoración de prueba en estos procesos no corresponde al estándar denominado 'más allá de toda duda razonable', según esta resolución, "La inferencia goza de probabilidad prevalente lo que satisface las exigencias de prueba para estimar acreditado uno de los presupuestos del decomiso autónomo contra el acusado rebelde." Sala de lo Penal del Tribunal Supremo," Sentencia No. 100/2022: Recurso de Casación; 09 de setiembre de 2022, numero de procedimiento 3882/2020, https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#. El asunto es complejo, actualmente prevalece la idea de formular criterios distintos en el proceso civil y en el proceso penal: en el proceso civil el criterio es la probabilidad prevalente, o de la *preponderance of evidence*. En el proceso penal, por el contrario, el

El otro aspecto relevante fue la reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo el proceso de decomiso autónomo y regulando la intervención de terceros en el proceso de decomiso, dándole contenido a las disposiciones sustanciales. Las anteriores reformas posibilitaron la persecución de bienes en poder de terceros ajenos a los acusados o investigados en el proceso penal.

Mediante un nuevo procedimiento previsto en el artículo 803 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR),[915] el Fiscal tiene la potestad de plantear una pretensión de decomiso de bienes, efectos o ganancias provenientes del delito, o un valor equivalente a los mismos. No se trata de una pretensión punitiva, es solo la reclamación de bienes o derechos que se encuentran vinculados con la comisión de un hecho delictivo o su autor, no tiene por objeto analizar las responsabilidades penales de alguna persona en particular.

La procedencia de este proceso es optativa -lo define el órgano acusador denominado Ministerio Fiscal-, no debe haberse ejercido con anterioridad y existen dos supuestos: a.- cuando el Fiscal se limite en la solicitud de acusación a pedir el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación, constituyéndose en una especie de decomiso autónomo diferido, de oportunidad o de conveniencia y b. cuando se solicite debido a la comisión de un hecho punible cuyo autor hubiese fallecido, que no pueda ser enjuiciado debido a su rebeldía, ante la incapacidad de acudir a juicio por estar exento de responsabilidad penal.[916] Lo anterior significa que en el primer supuesto debe existir una sentencia firme y en el segundo supuesto se da ante la imposibilidad de que el proceso finalice.

---

criterio típico es el de la prueba más allá de toda duda razonable o *proof beyond any reasonable doubt*. Estos criterios son notablemente distintos y de ahí que en esta sentencia se opte por seguir el 'alma civil' del procedimiento autónomo.

[915] Se creó en la ley con el título "Artículo 803 ter e. Objeto. 1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p. 2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos: a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación. b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio. 3. En el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme." Juan Montero Aroca y Juan Luis Gómez Colomer, *Ley de Enjuiciamiento Criminal Estatuto de la víctima del delito ley del jurado 30ª Edición anotada y concordada* (España: Tirant lo Blanch, 2021), 333-334, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788413976839.

[916] Según Planchadell Gallardo, "El art. 127 ter CP se refiere a los supuestos de fallecimiento, enfermedad crónica con existencia de riesgo de prescripción del delito, extinción de la responsabilidad (art. 130 CP) y exención de la

De acuerdo con el artículo 127 antes citado, el decomiso se podría plantear en cualquier tipo de delito doloso y tratándose de acciones delictivas imprudentes se aplicaría el decomiso en aquellos casos donde la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. Una de las críticas que realizan algunos autores españoles se centra en el hecho que la directiva europea solo mencionaba los 'eurodelitos' y que el legislador español fue más allá de lo ordenado por la directiva, permitiendo aplicar el decomiso a prácticamente todos los delitos.[917]

4.4 Aspectos procesales del Decomiso Autónomo

De acuerdo con la reforma del 2015, el artículo 803 ter o 1 LECR,[918] determina que el procedimiento de este tipo de decomiso tiene que seguir los trámites previstos en el artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, optando el legislador por aplicar a este decomiso normas y principios procesales civiles, pero por un órgano jurisdiccional de naturaleza penal, ejercida por

---

responsabilidad (art. 20 CP); mientras que el art. 803 ter e.b) LECR lo hace con respecto al fallecimiento del acusado y la imposibilidad de enjuiciamiento por encontrarse en rebeldía o situación de incapacidad para comparecer. Esta última disposición normativa es más restrictiva a la hora de establecer los supuestos de decomiso autónomo. Andrea Planchadell Gallardo en *Decomiso y Recuperación de Activos Crime Doesn't Pay*, 129.

[917] Esta reflexión la realiza Teresa Aguado Correa cuando dice: "En el Código Penal tuvo lugar una ambiciosa reforma de la regulación del decomiso que tomó como punto de partida la Directiva 2014/42/UE, como unas normas mínimas que el legislador consideró insuficientes para "facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos". La reforma del Código Penal en esta materia estuvo presidida, una vez más, por el principio "más vale que sobre que falte". Las normas sobre embargo y decomiso contempladas en la Directiva 2014/42/UE tienen un ámbito de aplicación limitado a nueve de los eurodelitos contemplados en el art. 83.1.1.° TFUE, limitación del ámbito de aplicación motivada por el principio de proporcionalidad que ha sido ignorada por el legislador español en la LO 1/2015, habiendo elevado a régimen general aplicable a casi cualquier tipo de infracción, el régimen especial previsto en la Directiva 2014/42/UE para infracciones penales que son "especial gravedad" (art.83.1.1."TFEU), pág. 6.

[918] "Artículo 803 ter g. Procedimiento. Serán aplicables al procedimiento de decomiso autónomo las normas que regulan el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sean contradictorias con las establecidas en este capítulo." Encinar del Pozo, Miguel Ángel. *Ley de Enjuiciamiento Criminal con Jurisprudencia Sistematizada ICAM* (España: Tirant lo Blanch, 2018), 1211, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788491903444, pág. 1211. Las disposiciones del título III están previstas a partir del artículo 437 y hasta el artículo 447 de la LECI. Este tipo de juicios en realidad es un proceso relativamente simple (semejante a un proceso sumario de los previstos en el Código Procesal Civil de Costa Rica), previsto para asuntos de poca complejidad y se conocen asuntos como: desahucios, demandas posesorias, tercerías, procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (artículo 753), demandas de separación y divorcio contenciosos, nulidad del matrimonio y las demás del Título IV del Libro I del Código Civil (artículo 753), entre otros. El comentario anterior se hizo después de revisar la LECV de España. Sonia Calaza López, Miguel Ángel Encinar del Pozo, David Vázquez García, María de la Fe Amarillo Vozmediano, María Belén Rizo Gómez, Gloria González Sancho, Mercedes de Prada Rodríguez, et al., *Ley de Enjuiciamiento Civil con Jurisprudencia* (España: Tirant lo Blanch, 2018), https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788490863428. El proceso inicia con una demanda, un emplazamiento para contestar, citación a una vista oral y finalmente la sentencia. Es perceptible el fin de buscar un procedimiento ágil en su tramitación y decisión.

el Ministerio Fiscal y aplicando en forma supletoria la LECR. A pesar de las críticas,[919] es evidente que, tanto en Costa Rica como en España, los jueces penales deben conocer asuntos civiles cuando se trata de pretensiones civiles acumuladas a la acción penal, de modo que no se trata de materia novedosa. Aunque se trata de una circunstancia controvertida, es palpable que este tipo de procedimiento no cuestiona, ni presupone la culpabilidad penal de la persona investigada o su propietario, por lo que no se están afectando las garantías que no se amplían de forma similar a las decisiones judiciales puramente patrimoniales, al igual que ocurre en la ED.

Conforme a la normativa citada, para que el órgano jurisdiccional ordene el decomiso autónomo se pueden señalar los siguientes presupuestos: a.- que no hubiese mediado sentencia penal condenatoria y b.- que la ilicitud del activo perseguido se hubiese acreditado dentro del proceso contradictorio previsto -de naturaleza civil-. Acreditar la ilicitud del bien objeto de decomiso implica relacionar ese bien específico con algún ilícito, significa vincular bien y actividad ilícita, por lo que existe similitud entre la ED. Relacionado con este segundo presupuesto, se requiere que la persona o personas físicas o jurídicas, objeto del proceso penal, se encuentren 'formalmente' acusadas, lo cual quiere decir que se debe existir una acusación formal una vez concluida la investigación -encausado- y no podría tratarse de un simple sospechoso o investigado.[920]

Además, de los presupuestos anteriores y conforme a lo estudiado, se requiere que el procedimiento penal se hubiese paralizado por las causas agrupadas en el 127 ter I antes citado: fallecimiento o enfermedad crónica, rebeldía y que esté exento de responsabilidad penal o por haberse extinguido la acción penal.

De esta breve revisión parece tener razón un autor español cuando comenta que se trató de configurar un "decomiso con alma civil en un cuerpo penal".

A primera vista no pareciera que este tipo de decomiso tenga el alcance de la ED o del *civil forfeiture (decomiso civil estadounidense)*, sin embargo, tiene la virtud de haberse enquistado en el sistema jurídico español sin la necesidad de realizar grandes cambios en su legislación penal. Admitió la posibilidad de privar de bienes a las personas encausadas en

[919] Las críticas se hacen por su posible afectación a derechos y garantías del acusado, como la presunción de inocencia y los principios procesales que se aplican al proceso penal. Sobre el particular véase: Nicolás Rodríguez García, *El decomiso de activos ilícitos* (Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2017), 196.

[920] Nicolás Rodríguez García, 199.

procesos penales y terceros, sin necesidad de que exista una sentencia penal condenatoria y también tiene el beneficio de que no fue necesario crear un procedimiento específico para ello, en este punto el legislador ibérico consideró que se podrían cumplir con los objetivos de la directiva europea, utilizando un procedimiento civil ya establecido en su legislación procesal.

De otro lado, la reforma también incluyó como novedad el decomiso de bienes de terceros regulado en el art. 127 *quater* CPE.[921] Una interpretación que en doctrina se ofrece de esta disposición legal, consiste en la posibilidad de considerar la procedencia del decomiso sobre los bienes de personas que supuestamente son responsables de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos 'terceros' a efectos del decomiso. En los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva, conozca que han sido transferidos para evitar su decomiso (art. 127 quater CPE), se estaría ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales tipificada en el art. 301.1 CPE. En el caso de que el tercero hubiese tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, se configuraría el delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia (art. 301.3 CPE).[922]

Los anteriores supuestos también evidencian cierta prioridad en ejecutar la privación de bienes sin necesidad de una condena penal. Lo interesante son los presupuestos establecidos para ello, que incluso invierten la carga de la prueba, a pesar de tratarse de un proceso penal. Pese a lo anterior, está claro que tanto en España como en Costa Rica existen fuertes críticas a este tipo tratamiento en materia de decomiso o Extinción de Dominio. Pareciera que algún

[921] "Artículo 127 quater. 1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado." Fernández Bautista, Silvia, Víctor Gómez Martín, Santiago Mir Puig, Carolina Bolea Bardón, Juan Carlos Hortal Ibarra, Carlos Castellví Monserrat, Sergi Cardenal Montraveta, et al. *Comentarios al Código Penal* (España: Tirant Lo Blanch, 2015), https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788491191452.

[922] Como una crítica a la reforma, algún sector de la doctrina avala esta posición. Véase Teresa Aguado Correa, en *Decomiso y Recuperación de Activos Crime Doesnt't Pay*, 71.

sector de la doctrina penal muestra cierta indiferencia al cambio radical en el mundo de la criminalidad. Se declaran fieles cooperadores en la lucha contra la delincuencia en sus variadas formas, pero a la vez intentan hacerlo solo con sus propias reglas, como si fuesen las únicas capaces de asegurar las garantías de defensa propias de un Estado de derecho.

5. Conclusiones del capítulo

El nacimiento de las legislaciones de ED estudiadas está marcada dentro de un contexto de violencia generalizada, grupos delincuenciales, economías ilícitas e informales, y la inseguridad en general que esos estados padecían, pero que en realidad aun sufren.

Con la excepción de Colombia, la legislación de México y Guatemala siguió el camino trazado por los convenios internacionales, bajo la premisa de que el crimen no debe resultar provechoso para sus partícipes. Se exceptúa al Estado de Colombia debido a que su primera ley data de 1996 y que su reforma constitucional de 1991 ya apuntaba hacia la posibilidad de extinguir el dominio en los casos de adquisiciones ilícitas de bienes.

Si distinguimos la ED como un instituto de derecho sustancial -perspectiva sustancial- y también como una acción que posee su propio procedimiento procesal -perspectiva procesal, notaremos que las legislaciones estudiadas efectivamente crearon normas y principios de derecho sustancial y también establecieron un proceso específico para desarrollar y aplicar la normativa de fondo. Una excepción con respecto a lo anterior sería la legislación de Guatemala que además de crear una ley, promulgó un reglamento donde regula aspectos procesales referente a la administración de los bienes que se incauten.

Aunque no se pueda aplicar por completo la noción de homogenización jurídica a las tres legislaciones estudiadas, si es posible encontrar una misma estructura conformada por un objeto de carácter patrimonial, una actividad ilícita y las causales o presupuestos por los que se persigue un determinado objeto patrimonial, ya sea que se trate del producto, instrumento, medio u otros calificativos que enumera la ley de cada país, relacionados con la actividad ilícita.

La legislación que presenta algunos rasgos diferenciadores es la Ley Nacional de Extinción de Dominio de México. Sin embargo, esta circunstancia obedece al voto que declaró algunos artículos de la ley inconstitucionales, además, eliminó la posibilidad de perseguir bienes por destinación ilícita, debido a que el texto constitucional solo estableció causales de extinción por origen y no tomó en cuenta las causales relacionadas con el uso y destino de los bienes. De la constitucionalización de la ED en la legislación de México, queda en evidencia

que si bien la constitucionalización del derecho es necesaria, cuando se crea una normativa constitucional rígida, disminuye la capacidad de responder a los cambios económicos, sociales y políticas de cada Estado; adicionalmente las omisiones tienen graves consecuencias, como en el caso del artículo 22 de la Constitución de México, que se subsanan únicamente con futuras enmiendas constitucionales. El balance se vuelve necesario, porque la adaptabilidad es el mérito, y la inseguridad el defecto de las constituciones flexibles.

En términos generales, las tres legislaciones estudiadas intentaron crear una acción procesal que se nutre del proceso penal -actividad ilícita-, del derecho civil, derecho público y del Derecho Constitucional, pero con características distintas al proceso penal, administrativo o al proceso civil puro.

Al incluirse dentro de la comparación entre las legislaciones latinas y el decomiso autónomo de la Unión Europea, se nota una clara disparidad en cuanto al tipo de proceso y algunos de los principios que rigen para ambos procedimientos. Sin embargo, ambos institutos tienen un objetivo común, que es despojar a los titulares de aquellos bienes que fueron adquiridos, usados, mezclados u otras circunstancias previstas en la ley, mediante actuaciones ilícitas. Se pretende enfrentar al flagelo de la delincuencia con fines económicos, de la economía ilícita y los crímenes de ‘cuello blanco’ -por ejemplo, la corrupción-, a través de la confiscación de su patrimonio, con el propósito de disminuir su poder económico.

Pese a ciertos objetivos similares, existe un contraste evidente entre la Unión Europea y su forma de legislar en conjunto, con la situación en América Latina. La legislación sobre ED existente a la fecha en esta región del mundo obedece a circunstancias internas e individuales de cada país, sobre todo de violencia interna, mientras que las directivas de la Unión Europea sobre esta materia son producto de los consensos establecidos por los representantes de cada uno de los ‘euro estados’.

VI CAPÍTULO. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A pesar de la longevidad de algunas constituciones y normativa legal, hay consenso en admitir que el derecho de propiedad no es inmutable; sin embargo, cada vez que se agitan o pretenden mover sus cimientos, acuden en su auxilio fuerzas de muy diversa índole en busca de la ansiada perpetuidad de sus bases liberales. Los procesos de creación-modificación de la propiedad fueron (y siguen siendo) contingentes. Su creación y o modificación ha sido a menudo violenta y *ad hoc*, y a menudo ha privilegiado las pretensiones de ciertos grupos económicos sobre determinados bienes o derechos subjetivos patrimoniales. En otras palabras, el derecho de propiedad ciertamente es el eje del sistema económico capitalista -esto no es ninguna novedad-, también es fruto de una convención políticamente constituida y con ciertos matices, pero nunca un 'derecho natural' y menos inmutable. Aunque algunos minimizan la importancia del derecho privado en general, su supervivencia está en función de la existencia de las relaciones privadas entre los individuos; solo si estas desaparecieran totalmente dentro de un sistema de corte totalitario, el Derecho Civil no tendría posibilidad de continuar.

Si el sistema económico de occidente está más vigente que nunca, es evidente que existirán diversas fuerzas que inciden sobre el derecho de propiedad, además, estas pueden provenir de muy diversos sectores y de distintas causas. Lo destacable es que surgen transformaciones de cada proceso disruptivo, constructivo, o incluso destructivo de ese derecho; requieren de estudio y crítica. Es precisamente en este punto donde la ED debería de valer, y como elemento de investigación, resulta útil indagar si en su nacimiento y desarrollo se agitan los cimientos del derecho de propiedad.

Para esta faena, esta investigación se enfocará en algunos temas tradicionales civilistas sobre el derecho de propiedad que también fueron abordados en las legislaciones de ED; no obstante, se le añadieron nuevos elementos o características que podrían tener varias implicaciones en la teoría y práctica de lo que hasta hoy se ha conocido sobre este derecho medular del sistema económico occidental.

Se inicia con la noción de Buena Fe que es de construcción netamente civil, sus alcances, el estudio de un nuevo concepto sobre la Buena Fe, calificado como 'exenta de culpa,' la denominación y el rol del tercero o afectado, la importancia de nulidad de pleno derecho, el instituto de la prescripción y el concepto de retrospectividad. El capítulo finaliza con una sección donde se explican algunos de los efectos de la ED sobre la estructura y la función del Derecho de Propiedad

1. La noción de Buena Fe

1.1 Generalidades

El concepto conocido como 'buena fe' resulta clásico en la doctrina del derecho privado, pero en la práctica se encuentra presente en todo el ordenamiento jurídico en general, debido a un sinnúmero de aplicaciones en el campo jurídico.[923] Como ya se ha mencionado, en el caso de Costa Rica, con ocasión de la reforma al título preliminar del Código Civil, se promulgó una norma general contenida en el artículo 21 del Código Civil que especifica una obligación y principio general de derecho: "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe."[924] La noción de buena fe, como suele ocurrir en el ámbito jurídico, es un término

[923] Este elemento se encuentra en una serie de normas dispersas y de diferentes materias. En el caso de la legislación de Costa Rica, el Código de Familia lo menciona en su artículo 66, relativo a los efectos derivados del matrimonio declarado nulo; el Código de Trabajo, en su artículo 19, especificando que el contrato de trabajo obliga a lo que en él se expresa, según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley; la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuando establece como obligación de los funcionarios públicos el demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades conferidas por la ley (artículo 3) o la protección del denunciante de buena fe (artículo 8), etc. Sobre este concepto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha dispuesto. "De esta forma se obvia, al restringir sus alcances, una regulación más general de ese principio, pues el mismo también opera en el campo de los derechos reales (fundamentalmente en lo relativo al derecho de propiedad), en el derecho de familia (patria potestad), derecho comercial (concurrencia desleal y quiebras) y en el derecho laboral." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: res. 53 – 1998; 27 de mayo, 1998", 15:10 horas (Master lex, 2023), considerando III, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=49010&Tipo=3. Una definición jurídica del término buena fe es la siguiente: "Imperativo ético que debe regir el ejercicio de todo derecho subjetivo, porque aunque este signifique la concesión de un poder jurídico a una persona, este poder ha de ejercitarse de buena fe dentro de los límites derivados del contenido del derecho propio (...) Como tal imperativo que rige el ejercicio de los derechos subjetivos, en Derecho Civil posee un doble sentido: subjetivo, referido a la intención con la que obran las personas (arts.433 y 1950 del CC) y objetivo, por referencia a las consecuencias comúnmente admitidas de los comportamientos humanos". Juan Manuel Fernández Martínez, *Diccionario Jurídico* (España: Thomson Reuters, sexta edición, 2012), 122. En el Código Civil de Costa Rica, pueden identificarse, diversas normas relacionadas con el principio de buena fe: artículos 284, 285, 286, 305, 306, 321, 327, 328, 329, 330, 333, 507, 508, 513, 533, 804, 1065, 1143, entre otros. También en el Código de Comercio de Costa Rica este principio está presente en las siguientes normas: 43, 53, 70, 449, 542, entre otras.

[924] A propósito de la buena fe, en el año 2022, la Sala Constitucional de Costa Rica ratificó varias sentencias de la Sala Primera que determinó que las personas que adquirieron tierras dentro de territorios de pueblos originarios,

jurídico indeterminado, pero está claro que puede identificarse preliminarmente como un límite en el ejercicio del derecho subjetivo, entendiéndose como aquel comportamiento que es socialmente considerado como leal, es decir, que responde a ciertos valores que la sociedad, en un contexto y lugar determinado, interpreta o relaciona con la lealtad, rectitud y la honestidad. En forma preliminar, la buena fe implica que los derechos subjetivos se ejercitarán con la necesaria honestidad y lealtad.[925]

Como norma básica de comportamiento, cumple -entre otras- una función 'informadora' del ordenamiento jurídico, en el sentido de que establece reglas axiológicas a través de un grupo de valores sobre los cuales existe una especie de 'consenso colectivo': lealtad, equilibrio, honestidad, solidaridad, diligencia, transparencia, probidad, protección de la confianza, y otros más.[926]

---

después de que entró en vigor la Ley Indígena de 1977, actuaron de mala fe y que la adquisición de esas propiedades bajo esas circunstancias era absolutamente nula. De esta forma, la Sala Constitucional, por mayoría, declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 2015, 2020 y 2021. El fallo estableció que, por tratarse de ventas nulas, no existía buena fe en ese tipo de adquisiciones, y por ende, el Estado costarricense no está en la obligación de indemnizar a los compradores no indígenas y tampoco estaba obligado a ejercer la potestad expropiatoria" a favor de los terceros no indígenas que compraron tierras bajo esas circunstancias. En esa jurisprudencia de la Sala Primera "se establece la regla de derecho de que es nula toda adquisición, por parte de personas no indígenas, de tierras dentro de las reservas indígenas con posterioridad a la promulgación de la citada ley". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Acción de Inconstitucionalidad: resolución 2022-024725; 19 de octubre de 2022, 12:41 horas," expediente 21-017138-0007-CO, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1120920.

[925] Otra definición que se sitúa del lado de la buena fe como fuente de ciertos deberes de conducta, la brinda Fernández Martínez: "Imperativo ético que debe regir el ejercicio de todo derecho subjetivo, porque este signifique la concesión de un poder jurídico a una persona, este poder ha de ejercitarse de buena fe dentro de los límites derivados del contenido del derecho propio…" Juan Manuel Fernández Martínez, Diccionario *Jurídico*, 122.

[926] Sobre los principios generales del derecho también se afirma que "actúan como meta normas. Se trata de lo que puede considerarse como su significado metodológico en el que aparecen entendidos como *principia cognoscendi*, o como la expresión "principios del derecho" tiene un sentido primordialmente ontológico, como *principia essendi* a los que remite el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas. Los principios generales del derecho pueden entenderse también, en su dimensión axiológica, como los *prima principiu*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico…" Santiago Carretero Sánchez, *La Practicidad de los Principios Generales del Derecho* (Editorial: Tirant lo Blanch, 2020), 16, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/show/9788413552101?showPage=49. De una lectura atenta de las distintas posiciones en esta materia, podría interpretarse que los principios de derecho cumplen ciertas y distintas funciones dentro de un ordenamiento jurídico. En este sentido, podrían tener las siguientes funciones: informadores del ordenamiento jurídico (dar sentido a través de criterios axiológicos), como criterios interpretativos de los derechos, como limitante de los derechos subjetivos y también como criterios integradores (lagunas) del ordenamiento jurídico. Además, no escapa a esta investigación la ambigüedad de lo que se denomina 'principios generales del derecho.' El término 'principio' sugiere la idea de inicio, origen o causa de algo. Sin embargo, en el lenguaje jurídico los principios generales del derecho aparecen, en la mayoría de las veces, como las consecuencias o resultados. En algunas ocasiones son consecuencia de la doctrina, que los elucida en sus construcciones teóricas dirigidas al análisis, elaboración y sistematización de los sistemas jurídicos; de la jurisprudencia o del legislador. En realidad, los 'principios' están más cerca del final que del 'principio.' En este

1.2. Buena fe subjetiva

En la configuración tradicional del principio de buena fe -utilizada en textos legales-, se identifican dos significados muy relacionados entre sí, pero que no resultan idénticos. El primero consiste en un estado psicológico (convicción) y no volitivo, cuya esencia está fundada en la ignorancia o en un error interno del individuo; en este sentido, existe una íntima convicción del sujeto de que está obrando correctamente, cuando en realidad no lo es.[927] A este estado interno del individuo, es lo que se le suele denominar buena fe subjetiva -se considera el estado del sujeto-, por lo general, está asociada al campo de los derechos reales.[928]

1.3. Buena fe objetiva

En cuanto a la buena fe objetiva, se le ha entendido como "principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones, deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo," el del *bonus vir* (al modelo del hombre honesto y correcto), que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De esta forma, la buena fe objetiva es una especie de regla ética,[929] presupone una exigencia de comportamiento diligente, transparente y probo. En forma más específica y referida al tráfico jurídico o al comercio en general, el tipo objetivo se entiende como un conjunto de reglas objetivas referidas a la honradez.[930]

---

sentido véase la crítica que realiza Pérez Luño sobre los 'principios generales del Derecho.' Antonio Enrique Pérez Luño, "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?," *Revista Estudios Políticos*, no. 98, (1997): 9-24, https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3309.

[927] Picasso se refiere a este tipo de buena fe de la siguiente forma: "Es una creencia o, inversamente, una ignorancia. En la medida en que por hipótesis la realidad creída no coincida con la auténtica, la buena fe se basa en un error." Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen III, 458. En forma más precisa, el propio Picazo indica: "…buena fe significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo, la creencia, nacida de un error excusable, de que la conducta que realiza o ha realizado no va contra derecho…" Luis Díez -Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, sexta edición, 60

[928] Para ilustrar esta vertiente, el artículo 285 del Código Civil de Costa Rica indica: "En todos los casos en que la ley exige posesión de buena fe, se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe; pero si la posesión fuere de buena fe en su principio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho. Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el derecho de poseer." Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil...*, 175.

[929] Para efectos de esta investigación, la regla ética se entiende en uno de sus significados tradicionales: "aquel conjunto de normas morales que rigen la conducta de las personas en cualquier ámbito de la vida." Real Academia de la Lengua Española, Diccionario *de la Lengua Española* vigésima segunda edición, tomo 5 (Madrid, España; Espasa, 2001), 683.

[930] Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, 60.

En conclusión, la buena fe objetiva no se fundamenta en la posible creencia o ignorancia que justifica un error –buena fe en sentido subjetivo–, se cimenta en la aprobación de una conducta, de acuerdo con los códigos de comportamiento colectivo de personas 'razonables' y honestas, conforme a los usos sociales -costumbres- imperantes en una determinada circunstancia. Se podría afirmar que el artículo 21 del Código Civil de Costa Rica sigue la línea de la buena fe objetiva al plasmarse la frase "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe."[931]

Por los objetivos de esta investigación, los despliegues más significativos y que interesan de la buena fe se encuentran en el negocio jurídico, especialmente en el contractual, donde tiene enorme trascendencia, en el entendido de que este principio es parte de la estructura misma de la noción de contrato y en la práctica es aplicado en varios contextos del negocio jurídico, trascendiendo su función interpretativa.[932] Esta particularidad está íntimamente relacionada con una corriente del Derecho Privado del siglo anterior, que propugnó por la introducción de corrientes de 'moralización' en los negocios jurídicos con el objetivo de impedir resultados que, de otra manera, se consideran contrarios a los postulados de la justicia.[933]

1.4 La presunción de buena fe y de exactitud de los asientos registrales

La presunción de buena fe es un principio históricamente admitido desde la época romana;[934] sin embargo, ha existido discusión sobre el alcance de las presunciones e incluso su

[931] Esta disposición es casi idéntica al artículo 7 inciso 1 del Código Civil español que dice: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe." Código Civil comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias…, 63.

[932] Como ya fue mencionado, un fallo de la Sala Constitucional ratificó sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica que indican que las personas que adquirieron tierras dentro de territorios de pueblos originarios, después de que entró en vigor la Ley Indígena de 1977, actuaron de mala fe y que la adquisición de esas propiedades era nula. En esa jurisprudencia se establece la regla de derecho de que es nula toda adquisición, por parte de personas no indígenas, de tierras dentro de las reservas indígenas con posterioridad a la promulgación de la citada ley, por ende, su actuación fue de mala fe. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: resolución 2022-024725.

[933] Además del artículo 21 del Código Civil tantas veces citado, otro ejemplo de esta corriente sería el artículo 631 del Código Civil: "También es ineficaz la obligación que tenga por objeto una cosa o acto que fuere física o legalmente imposible. La imposibilidad física debe ser absoluta y permanente, y no temporal ni relativa, con respecto a la persona que se obliga. La imposibilidad legal existe: …2. Respecto a los actos ilícitos como contrario a la ley, a la moral o las buenas costumbres". Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil*, 45.

[934] A modo de ejemplo, la denominada 'presunción muciana;' que consiste en presumir que determinados bienes en poder de la mujer provenían del marido, ésta es la acepción tradicional o romana, basada en un texto que Pomponio atribuye al jurista Quinto Mucio Scaevola. Pomp. D. 24, 1, 51: Dice Quinto Mucio, que cuando vino a controversia de donde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es más verdadero y honesto, que si no se demuestra de donde lo tenga, se considere que fue a poder de ella de su marido o de quien bajo la potestad de él estuviese.

significado. Por esa razón, para efectos de esta investigación se entiende que, en el caso de la buena fe, se trata de una presunción de las denominadas 'presunciones aparentes' o 'presunciones impropias.' Ello significa que una ley específica establece que un hecho determinado debe considerarse como verdadero, hasta tanto no se pruebe lo contrario.[935]

En materia civil costarricense, tratándose de la posesión, los presupuestos de la buena y la mala fe se encuentran regulados en los artículos 285 y 286 del Código Civil. El artículo 286 del citado código establece la presunción de la buena fe, al señalar expresamente que "en caso de duda, se presume la buena fe de la posesión," de aquí se deriva que la regla para declarar la mala fe es su plena demostración o necesidad de probarla. [936]

En este caso, en la estructura de la presunción no existe un hecho base del cual derivar una conclusión o hecho presumido -igual ocurre con la presunción de inocencia-, en otras palabras, no existe un razonamiento ajustado a las reglas de la lógica. En consecuencia, no se exige la prueba de algún hecho base -premisa- para demostrar una conclusión, sin más se admite que el hecho presumido es verdadero. Debido a su estructura, se considera que se trata de presunciones relativas -*iuris tantun*- por dos aspectos básicos: el primer elemento que se deriva de esta estructura se refiere a la dispensa a una de las partes de probar un hecho -el hecho presumido- o la conclusión. Ello se traduce en que el hecho presumido deja de formar parte de las condiciones exigidas por la norma para la producción de ciertos efectos jurídicos, lo cual se conoce en doctrina como "*relevatio ab onere probandi*." En segundo lugar, tienen la característica de que admiten prueba en contrario -también denominada prueba negativa-,

---

Pero parece que Quinto Mucio aprobó esto para evitar respecto de la mujer una torpe ganancia." Raymundo Gama Leyva, *Las presunciones en el Derecho*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2019), 27, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788491905653

[935] Este autor agrega, citando a Joseph Unger, que este tipo de presunciones se contraponen a las 'verdaderas' presunciones que corresponden al esquema 'si se da a' se presume b, existiendo un hecho del cual se parte (el supuesto de la presunción); por otro, la circunstancia que constituya su meta. Por el contrario, en las presunciones aparentes se establece simplemente que debe presumirse b, sin hacer depender el resultado de alguna circunstancia previa. ibid., 88-89.

[936] "Artículo 286.- En caso de duda, se presume de buena fe la posesión." Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil, art. 286*. La jurisprudencia sobre el particular es abundante. Una sentencia que es utilizada a nivel del Tribunal Agrario es la resolución 230-F-90 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las dieciséis horas del veinte de julio de mil novecientos noventa, que en lo que interesa dispuso: "XXVII.- ... Finalmente, en lo que respecta a la mala fe, esta Sala desde principios de siglo viene interpretando que para poder declarar ésta, es necesaria su prueba, pues los lineamentos del artículo 285 del Código Civil -tanto en lo que es mala fe subjetiva como objetiva- debe ser probada por quien alega su existencia, adquiriendo el numero 286 carácter prevalente respecto del 285, al establecer que "en caso de duda, se presume de buena fe la posesión." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Casación": res. 00230-90; 20 de julio, 1990, 04:00 pm (Master Lex, 2023), considerando XXVII, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=39141&Tipo=3.

permitiendo a la contraparte la posibilidad de desvirtuar la presunción para evitar que produzca los efectos jurídicos previstos, por ejemplo, demostrar la mala fe. [937]

El otro aspecto que es necesario determinar es si las presunciones tienen una naturaleza sustantiva o procesal. El tema no es pacífico, el Tribunal Agrario de Costa Rica en sus resoluciones sobre buena fe y mala fe, ha utilizado el artículo 317 del derogado Código Procesal Civil para consolidar la tesis de que la mala fe debe probarse por quien la alega; en consecuencia, se podría pensar que tiene naturaleza procesal.[938] El actual artículo 41.1 del Código Procesal Civil, al establecer las reglas sobre carga probatoria, establece las mismas premisas del citado artículo 317 del anterior código, pero con un presupuesto novedoso, "las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales a la carga de la prueba." [939] Precisamente este sería el caso de una norma como la relacionada con la buena fe, que establece una presunción legal que exime a la parte a demostrar este concepto; en sentido inverso, obliga al contrario a su demostración, por lo que se trata de una suposición o ficción legal del tipo *iuris tantum*.

En el caso del hecho presumido 'buena fe,' se comulga con la idea que se trata de un elemento constitutivo que es relevante para la producción de ciertos efectos jurídicos, eximiendo de prueba a una parte gracias a la presunción. En consecuencia, no es acertado considerar que en este tipo de presunciones lo único que se hace es invertir la carga de la prueba; por ende, tienen naturaleza procesal. Sin perjuicio de que existan casos donde la única función sea la inversión de la carga probatoria, tratándose de la buena fe, su función es determinar los efectos jurídicos de la presunción. De esta forma, no serían equiparables los enunciados 'se presume la buena fe' y 'la carga de la prueba de la mala fe corresponde a X.' En el primer supuesto, se ordena la aplicación de los efectos jurídicos derivados de la buena fe, en el caso concreto de la regla del artículo 296 del Código Civil, si existe duda se presume la buena fe en

---

[937] Raymundo Gama Leyva, *Las presunciones en el Derecho*, 78

[938] Tribunal Agrario, "Recurso de Apelación: res. 929 – 2018; 27 de setiembre 2018, 13:55 horas" (Master Lex, 2023), considerando VII, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=451968&Tipo=3.

[939] "Artículo 41.- Disposiciones generales sobre prueba 41.1 Carga de la prueba. Incumbe la carga de la prueba: 1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho. 2. A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba…" Sergio Artavia Barrantes, *Código Procesal Civil, tomo I*, 333-334.

la posesión -efecto jurídico-; no sólo se describe a quién corresponde le corresponde probar la mala fe. En el evento de que no resulte demostrada la mala fe, además de que las consecuencias jurídicas de la mala fe no serían aplicables, también existiría la obligación de aplicar las consecuencias jurídicas de la buena fe.[940]

En lo atinente a la adquisición de los derechos reales, se entiende que la adquisición valedera es aquella realizada de buena fe, aunque en el derecho positivo costarricense no está previsto expresamente, para aquellas adquisiciones realizadas al amparo de la fe pública registral. Otra situación ocurre cuando estamos en presencia de adquisiciones a *non domino*, u otras situaciones donde se discute alguna patología en el negocio jurídico base de la adquisición. Por esta razón, se ha considerado necesario hacer una integración de los artículos 21, 286 (presunción de buena fe), 455, 456, 457, todos del Código Civil, específicamente, del 847 del Código Civil que menciona la imposibilidad de perjudicar al titular que de buena fe ha adquirido, a pesar de que se anule posteriormente su derecho.[941]

En cuanto a los derechos reales inscribibles, a partir de la fe pública registral se presume que la información que este publicita es veraz, cierta, que quien adquiere a su amparo no podría verse perjudicado por acciones posteriores que no constaban en la publicidad registral. Esto significa que existe una presunción de autenticidad o exactitud de los asientos registrales. [942]

---

[940] En este sentido, se decanta Raymundo Gama Leyva, Las presunciones en el Derecho, 100.

[941] "Artículo 847.- Los efectos de la nulidad comprenden también a los terceros poseedores de la cosa, objeto del acto o contrato nulo, salvo lo dispuesto en los Títulos de Prescripción y de Registro de la Propiedad. Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovecha a las otras. Las acciones rescisorias no podrán hacerse efectivas contra terceros poseedores de buena fe sino en los casos expresamente señalados por la ley. (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 4327 de 17 de febrero de 1969. Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*, art. 847. Sobre este tema, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, transcribiendo parte de un voto de la Sala Constitucional ha consignado: "…*Importante resulta señalar que el tercero que recibe la tutela por parte tanto del artículo 456 del Código Civil como por la jurisprudencia impugnada, es el tercero de buena fe. Cuando una persona adquiere un derecho real de quién, según los datos contenidos en el Registro Público, posee su titularidad y legitimación para transmitir, recibe protección del ordenamiento jurídico; hasta tanto no se demuestre su mala fe o su conducta contraria a derecho*." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, "Recurso de Casación: res. 000347-F-2007, 11 de mayo 2007, 10:20 horas" considerando IX, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=35494&Tipo=3. También el artículo 848 del Código Civil costarricense utiliza el concepto de buena fe. Artículo 848.- Aunque su crédito estuviere sujeto a condición o a término, el acreedor puede demandar judicialmente que se decrete la ineficacia a su respecto, de los actos de disposición del patrimonio mediante los cuales su deudor cause perjuicio a sus derechos, si concurren las siguientes condiciones: … La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe. Quedan a salvo los efectos de la inscripción de la demanda de revocación en el Registro Público. Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*, art. 848.

[942] En este mismo sentido la jurisprudencia en Costa Rica ha expresado: "…El Principio de Fe Pública Registral, consagrado de una interpretación amplia, dilatada y extensa, de los artículos 267, 456 y 457 del Código Civil, en correlación con el artículo 66 del citado Reglamento, consiste en la protección que se brinda a la apariencia jurídica

Sin embargo, como ocurre en la mayoría de las presunciones, se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario.[943] Sobre este punto, merece la pena mencionar que el voto de la Sala Constitucional número 2022-24725, referente a los territorios indígenas, expresamente advirtió que la publicidad registral no convalida algún acto traslativo de dominio efectuado al margen de la ley. [944]

1.5 El Sistema Registral y el elemento de la buena fe en la adquisición de bienes inscritos

Es innegable que la función de cualquier registro de bienes, al estar inspirado por el principio de publicidad, garantiza condiciones de seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria y aquellos bienes muebles inscribibles, facilita el perfeccionamiento de todo tipo de negocios jurídicos y asegura las condiciones que evitan la clandestinidad y el fraude negocial. Dentro de los distintos elementos que componen el sistema,

---

mostrada por el Registro. Dentro de su aspecto positivo, presume que los asientos del Registro son exactos por corresponder a la realidad jurídica extraregistral…" Sala Primera de la Corte "Recurso de Revisión: res. 945; 10 de noviembre 2004, 02:30 horas (Master Lex, 2023), considerando IV, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=34012&Tipo=3.

[943] "Artículo 267. Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad. Artículo 456. (*) La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro. Artículo 457. (*) Las acciones de rescisión o resolución no perjudicarán a tercero que haya inscrito su derecho. Exceptúanse: 1. Las acciones de rescisión o resolución que deban su origen a causas que, habiendo sido estipuladas expresamente por las partes, consten en el Registro. 2. Las acciones rescisorias de enajenaciones en fraude de acreedores, en los casos siguientes: 1. Cuando la segunda enajenación ha sido hecha por título lucrativo; y 2. Cuando el tercero haya tenido conocimiento del fraude del deudor. Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*, arts. 267, 456, 457. De una revisión de los artículos 267, 456 y 457 del Código Civil aquí transcritos no se desprende que se trate de una presunción iure et iure.

[944] "PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA. "…este Tribunal descarta que la jurisprudencia cuestionada desatienda el principio antedicho. Así, debe reiterarse que, con independencia de lo que se advierta registralmente, la propiedad integrada a una reserva indígena es intransmisible por disposición expresa de ley, de modo que no es posible recurrir a la buena fe registral o a una presunta confianza legítima para convalidar un acto negocial absolutamente nulo, efectuado en contravención al ordenamiento jurídico. Véase, una vez más, que la delimitación física de las reservas indígenas está establecida a través de distintos decretos ejecutivos, debidamente publicados; además, existe una prohibición legal expresa para que las personas no indígenas adquieran estas propiedades, por lo que los actos de traspaso son nulos. Por ello, la eventual omisión del Registro Público de consignar la afectación de reserva indígena sobre un inmueble de ninguna manera convalida algún acto traslativo de dominio efectuado al margen de la ley, ni constituye una causa idónea para que el adquirente de tal negocio nulo reclame una indemnización en los términos del ordinal 5 de la Ley Indígena, como pretende la parte recurrente…" Acción de Inconstitucionalidad: resolución 2022-024725; 19 de octubre de 2022, 12:41 horas," expediente 21-017138-0007-CO, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1120920.

la buena fe actúa en determinados supuestos que permiten cumplir con el objetivo primordial de brindar seguridad en el tráfico de bienes.

Conviene distinguir que la buena fe en materia de derechos reales no debe mezclarse o confundirse con las distintas acepciones que de este concepto existe. Específicamente, debe separarse la buena fe en el ejercicio de los derechos, que sería una categoría amplia referida a la conducta honesta, honrada o leal, con la buena fe en la adquisición de los derechos reales, que se dirige propiamente al conocimiento o creencia[945] del adquirente, por ello, se estaría ante una buena fe de naturaleza subjetiva.[946]

Por otra parte, en la mayoría de los países con un sistema latino de inscripción de bienes, lo cual incluye a las legislaciones estudiadas de Colombia, México, Guatemala y por supuesto Costa Rica, establecen, con ligeras variantes, el principio de publicidad registral, en consecuencia, los asientos registrales gozan de las presunciones de veracidad y exactitud, mientras no se demuestre lo contrario. [947]

Es relevante agregar que, en la adquisición de los derechos reales, no siempre el sistema registral exige buena fe. En situaciones 'normales,' la legislación no exige una condición semejante. En principio, la persona adquiere un bien inmueble o un vehículo automotor con vista en la publicidad registral, con independencia de sus motivos, como lo sería el deseo de perjudicar a otra persona, o con el fin de elevar o disminuir los precios de los terrenos de una zona determinada, entre otros supuestos. En estas hipótesis, de ninguna manera puede afirmarse que es nula la adquisición o que existe alguna patología negocial.

---

[945] Se coincide con la tesis que en realidad se trata de un aspecto intelectivo y no volitivo como sería la noción de 'creencia', se trata de conocimiento o desconocimiento por parte del adquirente, sobre el fraude del transmitente o sobre situaciones jurídicas extraregistrales que afectan al bien objeto del negocio. José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* (Madrid, España: Editorial Civitas, tomo II, primera edición, 1993), 307. Este mismo autor realiza una inteligente comparación afirmando: "En Derecho Hipotecario, insistimos una vez más que lo que interesa es el homo ignorans o sapiens y no el 'hombre creyente'…" José Manuel García García, 308.

[946] Para García García la acepción 'buena fe' no parece adecuada en el campo de la adquisición de los derechos reales, debido a que no se trata de un conflicto sobre buena o mala fe, se trata de un problema de exigir o no exigir el requisito del desconocimiento de ciertas situaciones o eventos por parte del adquirente. José Manuel García García, tomo II, p. 303. En esta línea de pensamiento se muestra el artículo 457 del CC de Costa Rica, antes citado, al establecer que quien ha inscrito su derecho no le perjudica las acciones de rescisión o resolución que surgen con su posterioridad, estableciendo la excepción de fraude de acreedores, siempre y cuando se cumpla con dos supuestos, uno de ellos consiste en el posible conocimiento que tercero hubiese tenido del fraude del deudor. En suma, se trata del desconocimiento de alguna inexactitud registral por parte del adquirente.

[947] En el caso de Colombia está previsto en la siguiente ley: la ley 1579 DE 2012, (octubre 1o) Diario Oficial No. 48.570 de 1 de octubre de 2012, artículo 3 inciso e). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1579_2012.html.

De acuerdo con lo estudiado en el capítulo III, sección I, para el caso de Costa Rica, la adquisición y perfección del negocio se produce con el simple acuerdo de cosa y precio, con independencia de si existió mala o buena fe del adquirente. Como ya se adelantó, la buena o mala fe tiene relevancia en otras situaciones relacionadas con vicios o nulidades que un posible adquirente conocía o no antes de la celebración de un determinado contrato, tal y como lo afirma el citado artículo 457 del CC.

El otro aspecto necesario para abordar el tema siguiente está relacionado con el tipo de buena fe que exige la doctrina y el Código Civil de Costa Rica para aquellos casos que sea necesario su aplicación. En el caso de España, la doctrina mayoritaria se decanta por admitir que no es necesaria una especial o cierta diligencia por parte del adquirente. [948]

En el caso de Costa Rica, el artículo 457 estipula que las acciones rescisorias o de nulidad en fraude de acreedores, ocurre cuando se dan los siguientes presupuestos: traspaso a título gratuito y que el tercero hubiese tenido conocimiento del fraude. No exige un específico conocimiento, aunque se hubiese tratado de un desconocimiento fundado en la negligencia. Esto quiere decir que la culpa en términos civiles o su negligencia no tienen ningún efecto sobre el desconocimiento. El artículo citado menciona "conocimiento del fraude" a secas, sin aditamento alguno, incluso en cuanto a los requisitos para la usucapión en el Código Civil de Costa Rica, tampoco se menciona que se debe tratar de una buena fe específica o diligente.

En términos simples, tratándose de la adquisición de bienes inscritos, la idea de una diligencia específica está excluida, le basta a cualquier persona común y corriente acudir únicamente a la publicidad registral para indagar el estado jurídico de la finca o bien inscrito para que esté protegido por las presunciones registrales. Como tesis de principio, no le corresponde indagar más allá de lo que informa la publicidad registral para que cumpla con el requisito de que desconocía algún tipo de inexactitud que pudiese afectar al objeto de la negociación. No importa si el desconocimiento es excusable o inexcusable. Además, la duda

[948] José Manuel García García afirma: "La doctrina dominante rechaza, con razón, que la buena fe del articulo 34 LH tenga que adicionarse con la diligencia, no exigida de ningún modo por el citado precepto." Este mismo autor citando a Roca Sastre dice: "La buena fe, como requisito para la protección del tercer adquirente en nuestro sistema hipotecario, está fundada sustancialmente en el error de éste; pero por imponerlo el artículo 34 de la ley es independiente de la idea de culpa, o sea, de la excusabilidad del error. Por consiguiente, el desconocimiento o ignorancia de da del transferente, operará aunque tal desconocimiento o ignorancia la inexactitud registral o de los vicios posibles de la titularidad registra sea producto de la negligencia del adquirente". José Manuel García García p.312.

sobre el conocimiento tampoco puede generar o inclinarse por la mala fe, no existen estadios intermedios, las situaciones dubitativas no destruyen la convicción del desconocimiento, a lo sumo, generarían posibles sospechas o indicios, que son insuficientes para enervar la presunción del 457 del CC.[949]

Aun tratándose de la buena fe tradicional, De acuerdo con el análisis realizado, la presunción sobre la buena fe siempre ha sido relativa, por admitir prueba en contrario y estar expuesta a situaciones donde la posición del adquirente podría verse comprometida y eventualmente perder el derecho adquirido, de lo contrario no estarían previstos algunos requisitos para que la adquisición no perjudique al tercero de buena fe.

Sin perjuicio de lo expuesto, el concepto de Buena Fe ha tenido una relevancia significativa en las reformas al sistema de contratos del Código Civil en Francia. Hoy, el concepto denominado Buena Fe es concebido como principio general de los contratos, al lado de la libertad contractual o de la fuerza obligatoria. En este sentido el artículo 1104 del Código Civil de Francia dice: "Los contratos se negocian, se forman y se ejecutan de buena fe". [950]

2. Alcances del concepto de Buena Fe 'exenta de culpa' en la Extinción de Dominio

Resulta novedoso que, en la mayoría de las legislaciones donde se ha instaurado la ED, se hubiese dispuesto crear una especie de buena fe calificada o 'cualificada,' denominada 'exenta de culpa,'[951] a fin de que los terceros adquirentes de bienes en proceso de ED, o demandados en general puedan defenderse y evitar la privación de sus bienes.[952] Desde vieja

---

[949] En este sentido se expresa José Manuel García García haciendo eco de una jurisprudencia de un tribunal español, p.317.

[950] « Art. 1104. *Les contrats doivent être négociés, formes et exécutés de bonne foi*. » Code Civil Annoté, 1400.

[951] Este concepto lo utilizó la Corte Constitucional de Colombia en el voto C-1007 del año 2002 y, dentro del fallo, también se menciona otra sentencia del año 1958. También de una revisión de la legislación colombiana, el término fue acogido en el Código de Comercio de Colombia, en varios artículos y se menciona que está inspirado en el Código de Comercio de Italia. En este sentido, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia," Sentencia C-1007/02; 18 de noviembre, 2002", expediente R.E.121, Sentencia https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-1007-02.rtf.

[952] El Código de Extinción de Colombia sobre el particular establece: "Artículo 3°. *Derecho a la propiedad.* La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente. Además, consigna una presunción de buena fe, en cierta forma relativa, obsérvese: "Artículo 7°. *Presunción de buena fe.* Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa." Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.3 y 7. En el caso de la LNED de México se indica: Artículo 2. Para efectos de esta Ley se entenderá por: … III. Buena Fe: Conducta diligente y prudente exenta de culpa en todo acto o negocio jurídico relacionado con los Bienes objeto del procedimiento de extinción de dominio…" Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio*, 69. En la normativa de Guatemala además de consignarse una definición del concepto se deja claramente establecido los requisitos para que opere, según el reglamento de su ED: "Artículo

data se ha entendido en la doctrina del derecho registral y en la legislación de esa materia, que los adquirentes de buena fe están protegidos de aquellos vicios que desconocían y que no estaban presentes en la publicidad de los bienes muebles e inmuebles que se registran, en consecuencia, la pregunta es inevitable: ¿se tratará de un tipo distinto de buena fe?

A primera vista, pareciera que la buena fe 'calificada' es un concepto distinto al tradicional, sin embargo, ese primer acercamiento no basta para arribar a conclusiones definitivas; por esa razón, en este apartado se intentará responder la interrogante planteada, contraponiéndolo al concepto tradicional, para ello se hará una breve explicación de la legislación comparada elegida para esta investigación, partiendo de la legislación en esta materia de Colombia.

2.1 Buena fe exenta de culpa en Colombia

La noción de buena fe 'exenta de culpa' ha tenido un notable desarrollo en la doctrina y jurisprudencia de Colombia, lugar del cual se han nutrido las restantes legislaciones latinoamericanas.[953] Según esta doctrina, existe una buena fe 'simple' y la buena fe 'exenta de

2. Abreviaturas y definiciones. Para los efectos del presente reglamento, se entenderá por: …Tercero de buena fe exento de culpa ni simulación de negocios: Es aquella persona individual o jurídica, que ha obrado con lealtad y certeza de que el titular del bien es realmente so propietario y que el mismo proviene de una actividad lícita, quedando amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto· de su buena fe cualificada, la propiedad del bien ha sido reconocida en su titularidad y por lo tanto ese derecho real no puede ser objeto de la extinción de dominio.". En cuanto a los requisitos este mismo artículo menciona: 1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error; 2. Que al adquirir el derecho sobre el bien, se verifiquen todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos o disposiciones legales; 3. El adquirente debe tener la creencia y convicción de que está adquiriendo un bien lícito a su legítimo propietario y siempre que no concurran las siguientes circunstancias: a) Se pretenda dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza; b) Se pretenda ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho; e) Concurran declaraciones falsas respecto al convenio o negocio para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes o la naturaleza ilícita de éstos." En la ley no existe una definición del concepto, pero se alude en forma expresa en el artículo 5 que dice: "Naturaleza de la acción. La acción de extinción de dominio es de naturaleza … sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del negocio.". Acuerdo Gubernativo no. 514-2011 de Guatemala, Reglamento *de la Ley de Extinción de Dominio*; 27 de diciembre 2011 (Guatemala), 53 y 54. Finalmente, el proyecto de ley en Costa Rica indica en lo que interesa: "7) Buena Fe: Conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes o derechos enunciados, en el artículo relacionado con las causales para extinción de dominio de esta ley." Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571, art.3.

[953] El artículo 7 del Código de Extinción de Dominio de Colombia indica expresamente: "Presunción de Buena fe. Se presume la buena fe en todo o negocio jurídico relacionado con la adquisición y destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa." Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.3, 26.

culpa,' esta última se supone que está en un estamento superior a la primera y también se le conoce como 'creadora de derecho,' según lo expuesto por la jurisprudencia de Colombia.[954]

Conforme a la doctrina estudiada, cualquier principio del derecho puede actuar como un límite a un determinado derecho subjetivo, en este caso, además de tener esa función, la buena fe también está prevista como una barrera al poder extintivo del Estado, e incluso así está moldeado en el artículo 3° que dice: *"*La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente."[955] Lo anterior evidencia la fuerza e importancia del principio, en el tanto que es quizás la herramienta más eficaz -por no decir que la única- contra la extinción del derecho de propiedad.

En esta legislación, pero sobre todo en su jurisprudencia, se hace la distinción entre la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa. La primera se interpreta como aquella donde el participante obra con lealtad y honestidad en un negocio, en suma, se trata de la buena fe que se 'exige' a todas las personas en general (moral colectiva, reglas éticas, moral social, u otras nociones semejantes).[956] Según la jurisprudencia de Colombia, la buena fe cualificada tiene la virtud de 'crear' una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía, interpretando una máxima legada por el antiguo derecho al moderno que la jurisprudencia en Colombia identifica como: *inve communis facit jus* (el error común crea derecho).[957] Según esta teoría, a diferencia de la buena fe simple que exige únicamente convicción recta y honesta, la buena fe cualificada exige dos elementos para su configuración:

---

[954] El desarrollo de esta teoría se puede revisar en la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, "Sentencia C-1007/02; 18 de noviembre, 2002", expediente R.E.121, https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-1007-02.rtf. Si se parte del origen del error común desde época romana, se notará que el principio obedeció a situaciones en las cuales una determinada persona que tenía prohibición de ejercer cargos públicos, en la práctica lo hacía. Luego se presentó el problema de anular con efectos retroactivos, todos los actos incluso sentencias que había emitido el falso funcionario o funcionario de hecho, llegándose a la decisión de evitar anular las actuaciones realizadas por el suplantador.

[955] Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.3, 25.

[956] Conforme a lo estudiado sería una buena fe de naturaleza objetiva. Sin embargo, por el contenido de lo que se entiende por 'moral' y 'ética', el asunto es discutible, existiendo distintas posiciones sobre admitir o no una especie de moral o reglas éticas colectivas o sociales. El primer escollo es definir o elegir, cual es el tipo de buena fe que se debe exigir a todas las personas y en segundo lugar, quien o quienes, y cómo se toma esa decisión, e incluso en qué momento. En no pocos casos, la respuesta a esas interrogantes termina siendo arbitrarias o se dejan en manos de los intérpretes 'autorizados' del derecho: jueces o funcionarios administrativos. Se deja sobre el tapete la imposibilidad de encontrar fórmulas racionales para resolver las interrogantes, y para esta investigación se considera dudoso que exista un método racional para determinar 'éticas universales' o similares.

[957] Mario German Iguarán Arana, 95-96.

conciencia de obrar con lealtad y, en segundo lugar, se exige tener la seguridad de que el transmitente es realmente el propietario, lo cual demanda investigaciones adicionales que comprueben tal situación; de esta forma, la buena fe simple exige sólo cierto nivel de conciencia o convicción, mientras que la buena fe cualificada, además de 'conciencia, exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la certeza de que el tradente es el propietario y que no se trata de un acto ilícito.[958] Este último aspecto está relacionado con investigaciones adicionales que debería realizar el adquirente a fin de comprobar en grado de 'certeza' que el bien por adquirir no proviene de actividades ilícitas, lo que viene a resquebrajar la tradicional teoría denominada "apariencia jurídica"[959] de la cual la fe pública registral es uno de sus pilares, en lo atinente a que bienes inscritos sean muebles inscribibles o bienes inmuebles.

Para la jurisprudencia constitucional colombiana, la buena fe exenta de culpa exige ser probada por quien requiere consolidar jurídicamente una situación determinada, por ende, se deben probar dos aspectos: un aspecto subjetivo, "que consiste en obrar con lealtad y, de otro lado, uno objetivo, que exige tener la seguridad en el actuar, la cual solo puede ser resultado de la realización actuaciones positivas encaminadas a consolidar dicha certeza."[960] Por otro lado, esta misma sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia del año 2002 transcribe otro fallo, pero del año 1958, mencionando tres requisitos para la concurrencia de la buena fe: que la situación jurídica aparente tenga las condiciones de existencia real de modo tal que esa creencia sea colectiva, o sea que cualquiera en esa misma situación actuaría de la misma forma

[958] Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, "Sentencia C-1007/02; 18 de noviembre, 2002", expediente R.E.121, https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-1007-02.rtf.

[959] Un estudio pormenorizado de esta teoría se encuentra en la obra de Juan Marcos Rivero Sánchez, *La apariencia de la situación jurídica* (San José, Costa Rica; Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2000) . En cuanto a las raíces del concepto de 'apariencia', se coincide con Diez Picazo cuando afirma: "La protección a la apariencia hunde sus raíces en la protección general del tráfico jurídico y del comercio de los bienes, que tutela la confianza y expectativas puestas por terceros en determinadas situaciones con el sacrificio del titular verdadero. De ahí que se hable en estos casos de adquisiciones a *non domino:* se consagra la inatacabilidad de la situación del adquirente que reúna determinados requisitos que a continuación expondremos, pese a que ha adquirido de un no titular" Luis Diez Picazo y Antonio Gullón *Sistema de Derecho Civil...*, 68. Se entiende que los medios de publicidad registral dan la apariencia de realidad, aunque no lo sea. De esta forma, quien adquiere con vista en la información registral será protegido por la fe pública registral, aunque su transmitente no lo sea, circunstancia conocida como "adquisición a non domino".

[960] La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, "Sentencia C-1007/02, ., 18 de noviembre, 2002" https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-1007-02.rtf. Se hace la observación que esta sentencia fue citada y sirvió de base para la resolución Nº 18946 – 2015, dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica que valoró los 20, 21 y 22 de la Ley número 8754 del veintidós de julio del dos mil nueve, Ley contra la Delincuencia Organizada.

(error común o error colectivo);[961] que la adquisición se realice dentro de las condiciones legales establecidas, y que exista buena fe en el adquirente (creencia sincera).[962]

De un análisis de los requisitos esbozados, se comprueba que la sentencia mezcla criterios subjetivos y objetivos tradicionales sobre la buena fe, además, utiliza otro elemento jurídico para sustentar el argumento: el 'error común' plasmado en el aforismo "*error communis facit jus*."[963]

Según la jurisprudencia y doctrina de Colombia, del aforismo citado se desprende que no es posible aplicar la ED en aquellos casos de error común o yerro calificable como generalizado o imposible de advertir (común al standard del hombre medio ideal), a pesar de los cuidados y diligencia realizada por un adquirente en el *iter* de la negociación.[964] En principio, este elemento niega protección a los alegatos de buena fe simple, su órbita de aplicación va más allá, exigiendo un desconocimiento específico de la relación del tercero con una causal extintiva de origen, proceso atinente a actos positivos de investigación relacionados con actividades de verificación, constatación y estudio profundo de las particularidades del negocio jurídico, sus costos, beneficios, publicidad registral si existe, los sujetos involucrados; es decir, una adecuada debida diligencia que incluso podría interpretarse como 'debida diligencia reforzada,' de acuerdo con algunas las tendencias recientes dictadas en el sistema financiero.[965]

---

[961] Otra línea de pensamiento sería entender el error común como un error invencible, legitimador de derechos subjetivos y de obligaciones correlativas, a fin de otorgar una especie de eficacia 'convalidatoria'. En este sentido aduce Iguarán Arana: "Error invencible. Será aquél que, aun con las debidas precauciones, no se pudo evitar, teniendo en cuenta las circunstancias culturales, sociales, etc. Del individuo. Que el derecho o situación jurídica aparente tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente y diligente no pueda descubrir la verdadera situación." Mario Germán Iguarán Arana y William de Jesús Soto Angarita, 112.

[962] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia, Sentencia C-1007/02.

[963] Podría resultar discutible la aplicación de este principio a la buena fe exenta de culpa. Un criterio diferente es razonar que el error común no es constitutivo o creador de algún derecho, el verdadero significado de este error es la convalidación del acto contrario a derecho o la conversión del negocio nulo, permitiéndole así que produzca efectos, que en circunstancias normales no debería producir. De otro lado, su origen está relacionado con situaciones entre poder público y los particulares, que incluso ha permanecido hasta nuestros días como sería el caso del matrimonio putativo y en el derecho administrativo, el funcionario de hecho. Sin embargo, muchas de estas situaciones modernamente son resueltas a través de la doctrina del error en el negocio jurídico y la determinación de si se trata de un error vencible o invencible.

[964] En esta línea de pensamiento se pronuncia el autor Santiago Vásquez Betancur,175. Sobre la debida diligencia en el proceso de acción de ED.

[965] Las expresiones "standard de hombre medio ideal" y "debida diligencia reforzada", son aspectos conocidos en la doctrina jurídica y aplicadas a diversas situaciones. En cuanto al concepto de 'debida diligencia reforzada', este se ha utilizado en el sistema financiero para exigir una mayor diligencia de los Bancos con respecto a sus clientes y evitar el ingreso de dinero provenientes de actividades ilícitas.

En lo tocante a esta legislación, el artículo 7 del CED alude a la buena fe exenta de culpa, tanto para causales de origen como también por destinación, a pesar de que, cuando se analiza la configuración de la buena fe y sus distintas facetas, se notará que siempre se apunta al momento de la adquisición de los derechos reales, no así a su uso o utilización.

La buena fe exenta de culpa estaría prevista, principalmente, para las causales de origen de la ED y su análisis es factible cuando una persona se encuentre en la posición de un tercero, condición que se revisará en la sección siguiente. Partiendo de lo anterior, este principio tendría un efecto limitador del poder extintivo del Estado, para aquellos supuestos relacionados con causales por origen -directo o indirecto-, donde el titular demuestre tener la condición de adquirente de buena fe calificada.

Otro aspecto necesario de explicar para entender el origen del calificativo 'exenta de culpa' es el hecho de que el concepto está presente en la legislación de Colombia en varias disposiciones normativas desde antes de la existencia de la ED, concretamente en el Código de Comercio[966] y el artículo 83 de la Constitución Política de 1991.[967] Sobre los efectos de la constitucionalización del principio de buena fe prevista en el artículo 83 de la CP de Colombia, la Corte le ha otorgado un alcance y contenido muy emotivo afirmando que consiste en "la voluntad expresada por el Constituyente de que este principio ilumine 'la totalidad del ordenamiento jurídico' y lo haga a título de garantía del particular ante el universo de las actuaciones públicas."[968]

De acuerdo con lo estudiado, en la legislación de Colombia en la adquisición de bienes no basta las presunciones registrales y que exista buena fe del adquirente, debe existir buena fe calificada.

2.2 Buena fe exenta de culpa en la legislación de Guatemala

El artículo 5 de la ley de ED de Guatemala establece la mención que la ED se aplicará "sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del

[966] Este código menciona muchas disposiciones donde se solicita la buena fe exenta de culpa. "Artículo 768. Buena Fe en la Posesión. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio."

[967] "El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia indica: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

[968] Corte Constitucional de Colombia, "Sentencia T-487: 11 de agosto, 1992, expediente T-2047. A título de observación nótese que no menciona el calificativo 'exenta de culpa'.

negocio." De lo comentarios sobre la ED que realizan juristas guatemaltecos, se extrae que esta disposición está inspirada en la legislación colombiana; sin embargo, lo particular es que no hay un desarrollo o definición del concepto a nivel legal, en su lugar, se optó por la promulgación de un reglamento, circunstancia única en todas las legislaciones estudiadas, lo cual resulta cuestionable desde el punto de vista de la jerarquía de las normas y lo consagrado en la doctrina tradicional del derecho administrativo.[969] Mediante acuerdo gubernativo número 514-2011, se promulgó el Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio que, en su artículo 2 inciso m), define 'buena fe' como aquel individuo que ha actuado "con lealtad y certeza," de que el transmitente es realmente es propietario, y que el bien provenga de una actividad lícita.[970]

De lo dispuesto por el numeral reglamentario se deducen los siguientes elementos: la lealtad y la certeza que serían aspectos propios de la buena fe, pero las nociones de 'realmente es propietario' y 'procedencia ilícita' corresponden a dos aspectos sobre los que se debe tener buena fe, certeza o seguridad - que sea el verdadero propietario y que no tenga procedencia ilícita-. De lo estudiado, queda claro que el aspecto 'lealtad' corresponde a la buena fe de naturaleza objetiva y está relacionada con la buena fe simple, de acuerdo con la clasificación expuesta. El sustantivo 'certeza' efectivamente corresponde a un elemento de la buena fe cualificada, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia de Colombia. La frase 'realmente es propietario' es un aspecto ajeno a la noción de buena fe y no encuentra parangón en la legislación comparada, tampoco en el proyecto de ley en Costa Rica. Esta calificación u obligación del adquirente, definida como 'realmente es propietario,' se trata de un atributo que se resuelve a nivel del derecho civil, en todo caso, recuérdese que según la teoría de 'la

[969] La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica, que en nuestro caso, ha sido recogida por el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública."

[970] Acuerdo Gubernativo no. 514-2011 de Guatemala, Reglamento *de la Ley de Extinción de Dominio, 53-54*.

apariencia,' dependiendo de ciertas circunstancias, se aplica la noción de 'adquisición *a non domino,*' debiéndose proteger al tercero que adquirió de buena fe de un 'no titular'.[971]

En cuanto a los requisitos, este mismo artículo menciona los mismos presupuestos que la jurisprudencia colombiana establece: "1. La apariencia del derecho debe ser de tal condición, que 'todas' las personas al considerarlo incurran en el mismo error (error común); 2. Que en la adquisición del bien, se verifiquen todas las condiciones exigidas por las leyes aplicables al contrato; 3. El adquirente debe tener la creencia y convicción de que está adquiriendo un bien lícito proveniente de su legítimo propietario, pero además, se requiere que no concurran las siguientes circunstancias: a) se intente dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza; b) Se pretenda ocultar al verdadero titular del derecho; e) se otorguen declaraciones falsas respecto al negocio, para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes o la naturaleza ilícita de éstos." [972]

Esta legislación no establece una presunción de buena fe, por el contrario, establece una presunción negativa sobre los bienes objeto de extinción, en el sentido de que, salvo prueba en contrario, se presume que provienen de actividades ilícitas.[973]

2.3 La Buena Fe exenta de culpa en la legislación de México

En cuanto a esta legislación, el artículo 2 de la Ley Nacional de ED define buena fe en los siguientes términos: "… III. Buena Fe: Conducta diligente y prudente exenta de culpa en todo acto o negocio jurídico relacionado con los Bienes objeto del procedimiento de extinción de dominio."[974] En materia de buena fe, la legislación mexicana también utiliza una buena fe calificada, pero de previo usa los adjetivos 'diligente y prudente.'

---

[971] En el caso de Costa Rica esta protección se encuentra en los artículos 456 y 457 del Código Civil. El primer artículo indica: "La inscripción no convalida Artículo 456.- La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los at o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro." Carlos Adolfo Picado Vargas, Código Civil, …382-385.

[972] Acuerdo Gubernativo no. 514-2011 de Guatemala, Reglamento *de la Ley de Extinción de Dominio,* 53-54.

[973] "Artículo 6. Presunción legal. Para los efectos de la presente Ley, se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes, dinero, productos, frutos o ganancias que hayan sido adquiridos o negociados, en cualquier tiempo, y que estén sometidos o puedan estar sometidos a la acción de extinción de dominio, la cual debe estar fundamentada de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la presente Ley, provienen de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate." Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio,* art.6

[974] Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio,* 69.

Adicionalmente, el artículo 15 de la mencionada ley complementa la disposición inicial para fijar, en primer lugar, una presunción de buena fe en la adquisición de los bienes, a su vez, se establecen algunas condiciones que el titular debe probar para acceder a la protección.[975] En este sentido, la legislación dispone una presunción de buena fe en la adquisición de bienes, para aquellos casos donde la parte demandada acredite ciertos hechos probatorios relacionados con el negocio, de un modo semejante a la legislación de Guatemala, pero distinto en su contenido.[976] Es necesario hacer la aclaración de que, como resultado de la acción de inconstitucionalidad, esta abarcó aquellos incisos referidos a la buena fe sobre el uso, destino o utilización de los bienes.

De acuerdo con la jurisprudencia de México -anterior a la ley de ED del año 2019-, el principio de presunción de inocencia no resulta aplicable al proceso de ED debido a la inexistencia de una imputación en contra del demandado por la comisión de un delito. Sin

---

[975] Artículo 15. Se presumirá la Buena Fe en la adquisición [y destino] de los Bienes. Para gozar de esta presunción, la Parte Demandada y la o las personas afectadas, dependiendo de las circunstancias del caso, deberán acreditar suficientemente, entre otras: …" (Párrafo declarado inválido por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad notificada para efectos legales 22-06-2021 y publicada DOF 06-01-2022, en la porción normativa "y destino"). Ley Nacional de Extinción de Dominio, art.15, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNED.pdf.

[976] "…I. Que consta en documento, de fecha cierta y anterior a la realización del Hecho Ilícito, de conformidad con la normatividad aplicable; **II.** Que oportuna y debidamente se pagaron los impuestos y contribuciones causados por los hechos jurídicos en los cuales funde su Buena Fe, o justo título; **III.** Que el bien susceptible de la acción de extinción de dominio fue adquirido de forma lícita y en el caso de la posesión, que esta se haya ejercido además el derecho que aduce de forma continua, pública y pacífica. La publicidad se establecerá a través de la inscripción de su título en el registro público de la propiedad correspondiente, siempre que ello proceda conforme a derecho y en otros casos, conforme a las reglas de prueba; **IV.** La autenticidad del contrato con el que pretenda demostrar su justo título, con los medios de prueba idóneos, pertinentes y suficientes para arribar a una convicción plena del acto jurídico y su licitud; **V.** [El impedimento real que tuvo para conocer que el bien afecto a la acción de extinción de dominio fue utilizado como instrumento, objeto o producto del Hecho Ilícito o bien, para ocultar o mezclar Bienes producto del Hecho Ilícito;] *Fracción declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad notificada para efectos legales 22-06-2021 y publicada DOF 06-01-2022.* **VI.** [En caso de haberse enterado de la utilización ilícita del bien de su propiedad, haber impedido o haber dado aviso oportuno a la autoridad competente. Se entenderá por aviso oportuno, el momento en el cual la Parte Demandada o la Persona Afectada, hace del conocimiento a la autoridad competente por cualquier medio que deje constancia, de la comisión de conductas posiblemente constitutivas de los ilícitos materia de la extinción de dominio, en el bien del que sea titular, poseedor o tengan algún derecho sobre él, LEY NACIONAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios *Última Reforma DOF 22-01-2020,* 9 de 63 siempre y cuando se realice antes de su conocimiento de la investigación, la detención, el aseguramiento u otras diligencias necesarias para el resguardo de los detenidos o Bienes, o] *Fracción declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad notificada para efectos legales 22-06-2021 y publicada DOF 06-01-2022* VII. Cualquier otra circunstancia análoga, de conformidad con la normatividad aplicable. En cualquier momento del proceso, el Juez permitirá que la Parte Demandada o la o las personas afectadas acrediten los supuestos anteriores, en todo acto jurídico relacionado con los Bienes objeto de la acción de extinción de dominio." Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio,* 15.

embargo, la circunstancia de que este principio penal no se considere extensivo al proceso de extinción de dominio no implica soslayar el respeto a la dignidad humana del demandado y el trato procesal imparcial, traducido en la satisfacción de su garantía de defensa adecuada; para tal efecto, se parte de la presunción de buena fe a partir de la cual se activa la dinámica del *onus probandi,* y se distribuye la carga probatoria que corresponde a cada una de las partes.[977]

A pesar de lo que plantea la jurisprudencia transcrita, la garantía de la presunción de buena fe es relativa, debido a que su existencia dependerá de que la parte demandada demuestre las condiciones que se establecen en el artículo 15 de la LNED de México, lo que implica una inversión de la carga probatoria, además, contradice la forma habitual de considerar a una presunción en el derecho civil. Por tradición, una presunción obliga a dar por cierto lo que está presumido de forma legal, en tanto no se produzca la demostración del hecho contrario (presunción *iuris tantun*). En este caso, la presunción requiere prueba o demostración de ciertos elementos por parte del investigado que, en principio, se le releva de la obligación de probar, lo cual muestra cierta incongruencia entre lo que se suele considerar una presunción y lo plasmado en esta norma.[978] Sin perjuicio de lo expuesto, es conveniente explicar que esta misma regla indica que, para gozar de los beneficios de la buena fe, las partes afectadas deben acreditar 'entre otras,' luego se menciona la lista de circunstancias, lo cual significa que no se trata de una lista taxativa de eximentes, dejando abierta la posibilidad de que la parte interesada demuestre o acredite otras circunstancias para que opere la buena fe.

2.4 La buena fe en el proyecto de ley en Costa Rica

Este proyecto de ley define el principio de buena fe como aquella: "Conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes o derechos enunciados, en el artículo relacionado con las causales para extinción de dominio de esta ley".[979] Esta disposición guarda una semejanza con lo definición de buena fe en la ley de

[977] Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio...,* 10-11

[978] En un sentido similar el recurso de inconstitucionalidad presentado por la comisión de Derechos Humanos de México, sobre este artículo indicó: "Lo anterior, dice, genera una antinomia, ya que por un lado crea una expectativa de presunción respecto a la "buena fe" y, posteriormente, exige la comprobación de esa circunstancia. Esto, a decir de la Comisión Nacional, implica una contradicción que genera inseguridad jurídica y contraviene además el artículo 22 constitucional en el cual se establecen con claridad los elementos para la procedencia de la extinción de dominio y el artículo 15 de la ley traspasa esos límites". Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022, p.47. También es importante acotar que en el CED de Colombia no existe alguna norma que obligue a la acreditación de requisitos para demostrar la buena fe.

[979] Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571: art.2.

ED en México, utiliza los adjetivos diligente y prudente y califica al principio de buena fe como 'exento de culpa.' En la misma dirección que la legislación de México y Guatemala, se establece en el artículo 16 del proyecto de ley, los parámetros sobre los cuales deberá acreditarse la buena fe, con la diferencia de que no parte de una presunción de buena fe, pero menciona un concepto semejante "Todo acto o contrato que otorgue derechos patrimoniales a su titular, se considerará de buena fe", y luego describe seis presupuestos para acreditarla.[980]

En principio, este artículo 16 no indica en forma expresa que se trata de una enumeración taxativa a diferencia de la legislación de México, sin embargo, no se observa que se trate de supuestos de hecho con un sentido limitativo, más bien se interpreta como proposiciones planteadas de un modo ejemplificativo o enunciativo; máxime que, en el artículo 140 del proyecto, se menciona que para la aplicación de la ED se acudirá en forma supletoria el Código Procesal Penal y el Código Procesal Contencioso Administrativo.

De otro lado, aunque en el artículo 16 no use el vocablo 'presunción', en el numeral 63 del proyecto menciona como una de las funciones del Ministerio Público desvirtuar la presunción de buena fe, por lo que ambos términos, se considerará de buena fe y presunción de buena fe, se interpretan como sinónimos.[981]

2.5 El nuevo eje dogmático de la buena fe al amparo de la ED

Con excepción de la legislación de Guatemala, el CEDC de Colombia, la ley de ED de México y el proyecto de ley en Costa Rica sobre ED establecen expresamente la presunción de

[980] Artículo 16. Acreditación de la buena fe. Todo acto o contrato que otorgue derechos patrimoniales a su titular se considerará de buena fe, siempre y cuando se acredite que: 1) El titular, tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos, derechos o instrumentos. 2) El titular desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos, o cuando teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente. 3) El titular no adquirió derecho alguno sobre los bienes, productos, derechos o instrumentos, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos, le habría sido transferido para efectos de evitar la posible pérdida por extinción de dominio. 4) El titular hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos, derechos o instrumentos. 5) El titular de un derecho real, que sin mediar negligencia, imprudencia o impericia, otorgó un crédito o facilitó productos o instrumentos financieros o bursátiles, cumpliendo con las debidas diligencias exigidas por la normativa vigente en esta materia. 6) El titular de acciones, cuotas o derechos que representen total o parcialmente el capital de una persona o estructura jurídica, desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos que conforman el activo societario, o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente. Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571, art.16.

[981] Artículo 63- Investigación Patrimonial. El Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, investigarán los hechos que puedan configurar alguna causal de extinción de dominio, respecto de los bienes que lleguen a su conocimiento. Dicha investigación tendrá como propósito: … 5) Desvirtuar la presunción de buena fe de los posibles titulares de derechos reales sobre bienes objeto de extinción…" Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, art. 63.

buena fe en la adquisición de bienes. Sin embargo, este tipo de presunción tiene un contenido y función muy distinta al concepto tradicional empleado en la adquisición de los derechos reales, según lo expuesto en la sección anterior.

De un breve repaso se desprende que en Guatemala la presunción de buena fe es negativa al extremo de indicar que, salvo prueba en contrario, se presume que los bienes provienen de actividades ilícitas, en consecuencia, la carga probatoria recae siempre en el titular.[982]

La legislación de Colombia, origen de la buena fe cualificada, admite la presunción de buena fe en la adquisición y destinación de bienes, pero al enunciado general, flexible y abierto, de seguido se condiciona afirmando "siempre y cuando el titular hubiese actuado en forma diligente y prudente, exento de toda culpa".[983] Se trata de aquella persona que hizo todo lo que un "buen hombre de negocios" realiza en el giro de sus actividades comerciales, obrando con lealtad y la seguridad de que el 'tradente' es realmente el propietario; además realizó todas las investigaciones adicionales que comprueben tal situación en grado de certeza, dejando prueba de las diligencias que los registros y archivos actualmente existentes permiten, incluyendo los bienes sujetos de inscripción. No distingue entre adquisición o el uso, de modo tal que debe entenderse que esa debida diligencia aplica para cualquiera de los dos supuestos.

Respecto de la carga de la prueba, el inciso primero del artículo 152 del CEDC establece su carga dinámica y le corresponde al afectado (titular del bien objeto de extinción) probar los hechos que sustenten la improcedencia de la causal de extinción de dominio.[984] Es decir, no basta la publicidad registral, aplica la inversión de la carga de la prueba, la única opción del afectado es presentar la prueba que recopiló previo a la ejecución del negocio jurídico que realizó y de esta forma demostrar la buena fe cualificada.

---

[982] "Artículo 6. Presunción legal. Para los efectos de la presente Ley, se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes, dinero, productos, frutos o ganancias que hayan sido adquiridos o negociados, en cualquier tiempo, y que estén sometidos o puedan estar sometidos a la acción de extinción de dominio, la cual debe estar fundamentada de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la presente Ley, provienen de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate." Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio*, art. 6.

[983] "Art.7. Presunción de buena fe. Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.". Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio*, 26.

[984] "El instituto de la carga dinámica de la prueba significa en esencia que el *onus probandi* reca en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de aportar la prueba pertinente para demostrar su afirmación, sin consideración de su posición de demandante o demandado" Mario Germán Iguarán Arana, William de Jesús Soto Angarita, 119.

En el caso de la legislación de México, también se presume la Buena Fe en la adquisición de los bienes; sin embargo, obliga a los titulares de los bienes, a probar suficientemente ciertas circunstancias, [985] pero a diferencia de la legislación de Colombia no se exige una especie de buena fe calificada en los términos señalados anteriormente. De una revisión de las circunstancias que se deben probar, se notará que las condiciones requeridas son aspectos básicos, como: documento escrito con fecha cierta, constancia sobre el pago de tributos, la publicidad registral, y otras circunstancias que fueron plasmadas para los bienes en general y no solamente para aquellos que son susceptibles de registración. En cuanto a la carga de la prueba, sigue la tendencia procesal de establecer la carga dinámica de la prueba, según lo dispone el artículo 102 de su ley. [986] De acuerdo con la sentencia de inconstitucionalidad estudiada en el capítulo IV, el artículo 22 de la Constitución establece la regla de que el demandado o afectado por el ejercicio de la acción, si pretende que ésta no prospere, tiene la carga que demostrar un solo aspecto, a saber: la legítima procedencia del bien.[987] De otro lado, recuérdese que fue declarada la inconstitucionalidad de extinguir el dominio tratándose del uso o destino de los bienes en la legislación de México.

En cuanto al último proyecto de ley en Costa Rica, el artículo 16 menciona "que todo acto o contrato que otorgue derechos patrimoniales se considerará de buena fe, siempre y cuando se

[985] "Art. 15. Se presumirá la buena fe en la adquisición de los bienes. Para gozar de esta presunción, la parte demandada y la o las personas afectadas, dependiendo de las circunstancias del caso, deberán acreditar suficientemente…**I.** Que consta en documento, de fecha cierta y anterior a la realización del Hecho Ilícito, de conformidad con la normatividad aplicable; **II.** Que oportuna y debidamente se pagaron los impuestos y contribuciones causados por los hechos jurídicos en los cuales funde su Buena Fe, o justo título; **III.** Que el bien susceptible de la acción de extinción de dominio fue adquirido de forma lícita y en el caso de la posesión, que esta se haya ejercido además el derecho que aduce de forma continua, pública y pacífica. La publicidad se establecerá a través de la inscripción de su título en el registro público de la propiedad correspondiente, siempre que ello proceda conforme a derecho y en otros casos, conforme a las reglas de prueba; IV. La autenticidad del contrato con el que pretenda demostrar su justo título, con los medios de prueba idóneos, pertinentes y suficientes para arribar a una convicción plena del acto jurídico y su licitud; VII. Cualquier otra circunstancia análoga, de conformidad con la normatividad aplicable. En cualquier momento del proceso, el Juez permitirá que la Parte Demandada o la o las personas afectadas acrediten los supuestos anteriores, en todo acto jurídico relacionado con los Bienes objeto de la acción de extinción de dominio." Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio...,* 74.

[986] "Artículo 102. Corresponde a cada una de las partes probar su dicho, salvo que a juicio del Juez alguna de las partes se halle en mejor situación para aportar los medios de prueba sobre los hechos materia del debate, caso en el cual, el Juez requerirá de manera precisa y justificada a la parte en mejor situación, que aporte el o los medios de prueba y le dará término para ello, con la prevención aplicable para el caso de no exhibir el o los medios de prueba requeridos." Alberto Nava Garcés, L*ey nacional de extinción de dominio...*art.102, 93.

[987] Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022", 255

acredite que…", [988] y luego establece una lista taxativa de circunstancias que confirmarían esa buena fe. Nótese que esta disposición opta por eliminar el vocablo presunción y lo sustituye por "considerará de buena fe", aunque en el artículo 63 del proyecto se utiliza las palabras 'presunción de buena fe'.

Algunas de las circunstancias del artículo 16 están previstas para supuestos relacionados con el uso o destino de los bienes, en otros casos, se trata de bienes o derechos no inscribibles. El único presupuesto que está relacionado con la adquisición de bienes sujetos a inscripción se refiere al supuesto tercero, vinculado con casos donde en apariencia existe simulación en el contrato; en consecuencia, el titular no adquirió en la realidad derecho alguno. En cuanto al uso o destino de los bienes, existen supuestos donde se exige del titular algún grado de diligencia; por tanto, se trata de una buena fe que no admite el actuar negligente o descuidado del titular.

En lo relacionado con la carga probatoria, el artículo 43 del proyecto establece ciertas obligaciones para el Ministerio Público, a su vez, se indica expresamente que quien alegue algún derecho sobre el bien tendrá la posibilidad de aportar los medios probatorios idóneos. Este artículo se complementa con el 63 que obliga al Ministerio Público a acreditar el vínculo entre titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto o causal de extinción de dominio, podrá desvirtuar la presunción de buena fe de los posibles titulares de derechos reales. Por otro lado, conforme lo establece el artículo 26 del citado proyecto a favor del afectado o titular de

[988] "Artículo 16- Acreditación de la buena fe. Todo acto o contrato que otorgue derechos patrimoniales a su titular, se considerará de buena fe, siempre y cuando se acredite que: 1) El titular, tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos, derechos o instrumentos.2) El titular desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos, o cuando teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente. 3) El titular no adquirió derecho alguno sobre los bienes, productos, derechos o instrumentos, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos, le habría sido transferido para efectos de evitar la posible pérdida por extinción de dominio. 4) El titular hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos, derechos o instrumentos. 5) El titular de un derecho real, que, sin mediar negligencia, imprudencia o impericia, otorgó un crédito o facilitó productos o instrumentos financieros o bursátiles, cumpliendo con las debidas diligencias exigidas por la normativa vigente en esta materia. 6) El titular de acciones, cuotas o derechos que representen total o parcialmente el capital de una persona o estructura jurídica, desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos que conforman el activo societario, o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente." También tienen relación directa con el tema de la buena fe los siguientes artículos plasmados en el proyecto: "Artículo 23- Nulidad de pleno derecho, Son nulos de pleno derecho, todos los actos, negocios y contratos celebrados sobre bienes que se encuentren en alguna de las causales de extinción de dominio, excepto para los terceros de buena fe, y así lo declarará el juez de extinción de dominio que conozca la causa. "Artículo 69- Archivo de las diligencias. Finalizada la investigación, el Ministerio Público podrá ordenar el archivo de las diligencias por las siguientes causas: 1) Los bienes o derechos que se identificaron, no se ajustan a ninguna causal de extinción de dominio. 2) Quienes ostentan el derecho o el bien, son terceros de buena fe." Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571, art. 16.

los bienes, se le brinda una serie de derechos o garantías para que defiendan su derecho de propiedad. Estas garantías, lejos de ser una inversión de la carga de la prueba, son parte de un sistema diseñado sobre los principios de la carga dinámica de la prueba.[989]

Desde este breve recorrido, no queda duda de que la noción de buena fe adquiere un significado distinto al tradicional. Es importante aclarar que la presunción de buena fe no está pensada únicamente para los bienes inscribibles y que la ED actúa tanto en presupuestos de adquisición de bienes, como en supuestos relacionados con el uso y destino de un patrimonio específico.

A la luz de las disposiciones relacionadas con la buena fe en las legislaciones revisadas, si se valora únicamente los supuestos de adquisición de derechos reales inscribibles, se concluye que la publicidad registral no es suficiente para que un adquirente tenga la seguridad de que su derecho sea inatacable. Sin embargo, esta afirmación tiene ciertos matices o grados, según la legislación que se examine.

Es notorio que, en el caso de Colombia, la publicidad registral le da contenido a la buena fe cualificada o calificada, pero no es el único elemento por considerar para tener por acreditado tal elemento. En consecuencia, no se debe homologar la publicidad registral con la buena fe calificada, la primera tiene como base la seguridad del adquirente de un derecho inscribible; la segunda está en función de un vicio que afecta la condición jurídica del bien, por constituir objeto, instrumento, efecto o ganancia de la actividad ilícita. Realizada la anterior aclaración, tratándose de la legislación de Colombia, la publicidad registral y los principios que la informan

[989] "Artículo 26- Derechos del afectado. Además de todas las garantías expresamente previstas en esta ley, el afectado tendrá también los siguientes derechos: 1) Tener acceso al proceso, directamente o a través de la asistencia y representación de un abogado, en los términos de la presente ley. En caso de aquellos afectados que no hayan sido localizados o de aquellos desconocidos en el proceso, contarán con un curador procesal que los represente. 2) Conocer los hechos y fundamentos que sustentan la pretensión de extinción de dominio, expuestos en forma clara, completa y comprensible, en las oportunidades previstas en esta ley. 3) Oponerse a la pretensión del Ministerio Público de que se declare la extinción de dominio. 4) Presentar prueba de descargo para solicitar su respectiva valoración y participar en la práctica de pruebas. 5) Probar el origen legítimo de su patrimonio y de los bienes cuyo título se discute, así como la licitud de su destino. 6) Probar que los bienes de que se trata el proceso no se encuentran en las causales de procedencia para la extinción de dominio. 7) Probar que respecto de su patrimonio, o de los bienes que específicamente constituyen el objeto de la acción, se ha producido una decisión favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada dentro de un proceso de extinción de dominio, por identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa. 8) Controvertir las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes. 9) Renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio. 10) Demostrar la adquisición por causa lícita que justifica el incremento de su patrimonio. 11) Todos los demás previstos en esta ley." Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571, art. 26.

no bastan para asegurar la inatacabilidad de una determinada adquisición de un bien inscrito. Además de la verificación de la información registral, se requiere que el adquirente hubiese actuado sin culpa, que realizó todas las diligencias necesarias para asegurarse que ese bien o derecho específico tuviese una procedencia lícita.

La legislación de México no establece expresamente la necesidad de que exista una buena fe calificada; no obstante, si algún titular pretende que no prospere la acción de ED, tiene la carga de demostrar la legítima procedencia del bien, a pesar de la presunción de buena fe en la adquisición de bienes.

En cuanto a Costa Rica, existe una presunción de buena fe, pero se deben acreditar algunos presupuestos dependiendo del tipo de causal que se trate. Es evidente que es un tipo de buena fe distinta a la tradicional o clásica, debido a que existen condiciones para su procedencia. De acuerdo con el artículo 7 del último proyecto de ley tramitado en la Asamblea Legislativa, en la definición de buena fe se indica "exenta de toda culpa," en forma similar a la legislación de Colombia.[990] Además de una revisión de los presupuestos para acreditar la buena fe, el adquirente tiene la obligación de demostrar la procedencia lícita del bien en aquellos casos donde el titular lo adquirió, "en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos, le habría sido transferido para efectos de evitar la posible pérdida por extinción de dominio." En el caso del uso o destino de los bienes, concurre una obligación de diligencia por parte el propietario a fin de comprobar la buena fe, de una forma similar a los requisitos que establece el código de Extinción de Dominio de Colombia.

En el caso de Costa Rica, el quinto texto sustitutivo del proyecto de ley 19571 establece una especie de carga dinámica de la prueba que, doctrinariamente, es conocida como la posibilidad de trasladar esta carga de probar los hechos a la parte que está en mejores condiciones para hacerlo.[991] Aunque parezca imprudente o violatoria de derechos, esta fórmula

---

[990] "…7) Buena Fe: Conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes o derechos enunciados, en el artículo relacionado con las causales para extinción de dominio de esta ley…" Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571, 2019, art.3 inc.7.

[991] La noción de carga dinámica de la prueba tiene amplio desarrollo en Argentina. Uno de sus precursores es Jorge Walter Peyrano, quien define esta noción de la siguiente forma: "El instituto de la carga dinámica de la prueba significa en esencia que el *onus probandi* recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de aportar la prueba pertinente para demostrar su afirmación, sin consideración de su posición de demandante o demandado". Jorge Walter Peyrano et al., "*Cargas probatorias dinámicas*," (Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2008), 638.

implica un reconocimiento de la desigualdad en que se hallan las partes respecto del hecho a probar, aunque se trate del Ministerio Público.[992]

En primer término, el contenido de la buena fe dirigido a los bienes inscribibles toma un nuevo sentido que obliga al adquirente, en menor o mayor grado, a realizar diligencias adicionales a la simple revisión de la publicidad registral. Ese deber de diligencia es mayor en el caso de Colombia y Guatemala, sin duda. Para el caso de México, existen ciertas circunstancias que se deben demostrar, pero se relacionan más con bienes no inscribibles. No se observa que la acreditación de la buena fe para bienes inscribibles en esta legislación sufra modificaciones importantes.

En cuanto al proyecto de ley de Costa Rica, como tesis de principio, no se vislumbra una modificación importante en cuanto a la adquisición de bienes inscritos. De un modo similar a la legislación de México, las circunstancias para acreditar la buena fe están dirigidas a los bienes no inscritos y presupuestos relacionados con el uso y destino de los bienes.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el adquirente de un derecho inscribible deba asumir una posición pasiva en un eventual proceso en su contra. De una revisión integral del proyecto de ley, se deduce una modificación importante a nivel de la noción tradicional de la buena fe. Mientras que en su visión tradicional se requiere demostrar la mala fe, quien la alega debe probarlo; de lo contrario, se presume la buena fe, empero tratándose de la acción de ED, el titular debe acreditar su posición como adquirente de buena fe, a fin de evitar la pérdida de su derecho. Por esta razón, en esta investigación se considera que la Buena Fe es una

[992] "La Sala reitera que, en materia de control de constitucionalidad, una vez que ab initio se establecen indicios claros de censura, recae en la contraparte una carga probatoria que debe llevar a concluir que las acciones no eran de tal naturaleza, máxime cuando la recurrida se encuentra en mejores posibilidades de aportar prueba a la causa (carga dinámica de la prueba), toda vez que la Administración dispone de caudales de información y recursos públicos para descartar alguna discriminación o violación a un derecho fundamental; pese a lo cual, en el sub examine, la recurrida no logra desacreditar con prueba fehaciente el agravio de los recurrentes." Sala Constitucional, Resolución Nº 25167 – 202, 21-Oct-2022 Expediente: 22-016697-0007-CO. Conviene afirmar que, aun tratándose del proceso penal, existen situaciones donde el acusado tiene la carga probatoria de probar algunos hechos o aspectos. La Sala Tercera sobre este punto ha dispuesto: "En este orden de ideas, ha razonado esta Sala que: "…Si bien, el tema de la carga de la prueba, cuando se está en discusión la dinámica fáctica del hecho acusado que pretende demostrar el quebranto del principio de inocencia, le corresponde a la representación fiscal. La demostración de que el encartado reúne ciertas condiciones personales, que le son favorables para la aplicación de una norma en particular, en un determinado momento procesal, le son también asequibles a la defensa del mismo." Sala Tercera de la Corte, Resolución Nº 362 – 2019, 03-Abr-2019 Expediente: 17-033858-0042-PE.

herramienta o mecanismo de defensa -quizás la más importante- con que cuenta el titular para defenderse adecuadamente de la demanda planteada en su contra.

A propósito de examinar a la Buena Fe como recurso defensivo, valórese que desde la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, las recomendaciones del GAFI, [993] expresamente se indicó en la sección referente al 'Decomiso,' afirmando que "Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe."

La intervención del afectado o el titular del objeto del proceso extintivo no puede interpretarse como la simple necesidad de comunicarle el inicio del proceso, se busca que el afectado pueda ejercer su derecho de defensa y no que se convierta en un mero espectador. El respeto a los derechos de terceros de buena fe es una constante en las legislaciones estudiadas, a pesar de que el afectado tenga que acreditar determinadas circunstancias. Confirmar la condición de buena fe significa, desde el punto de vista procesal, que se trata de una verdadera excepción en beneficio del titular, a fin de contrarrestar la acción de ED.

Por otra parte, tomando como referencia la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva ya estudiada, no queda duda de que el tipo de acreditación se refiere a la primera. La buena fe objetiva presupone que se realicen acciones o actos específicos, no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a la buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, no basta creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente, en fin no basta creer que se obra conforme a buena fe o que el bien por adquirir tiene procedencia lícita, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe derivadas de una norma específica. Si se examina la buena fe desde este ángulo, se llega a la conclusión de que la buena fe objetiva supone deberes de comportamiento que deben probarse. En otras palabras, no se presume la transparencia, la diligencia en una determinada negociación o los resultados de la investigación sobre el bien, más allá de la información registral. Todos estos comportamientos deberían de encontrar un

[993] Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas Ley No. 7198 de 25 de setiembre de 1990, Publicada en La Gaceta No. 196 de 17 de octubre de 1990…art.5, inc.8

referente exterior u objetivo -más allá que un cierto estado de conciencia, cuya existencia debe ser demostrada por quien la aduce.[994]

Otra forma de comprender la diferencia apuntada consiste en examinar los presupuestos que se establecen en los delitos denominados legitimación de capitales y la acción de capitales emergentes tipificada en la Ley contra la Delincuencia Organizada, para la acreditación de la buena fe. [995]

En el primer caso, el artículo 93 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo establece la obligación de respetar los derechos de los terceros de buena fe, para el momento de aplicar las reglas del comiso de bienes. De acuerdo con esta normativa, el reclamante o titular de los bienes objeto de comiso, está en la obligación de acreditar una serie de circunstancias a fin de demostrar que posee la condición de tercero de buena fe. Como ya se adelantó, de los cinco presupuestos indicados en el artículo 93 citado, cuatro de ellos están reproducidos textualmente en el artículo 16 del último texto sustitutivo del proyecto de ley en Costa Rica.[996]

---

[994] Lo que se intenta establecer es la necesidad de distinguir entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva, a fin de evitar su aplicación inapropiada. Ciertamente, en materia posesoria la buena fe se presume, pero en la práctica esa regla también se ha adoptado para la buena fe objetiva, cuando en realidad esta última sí debiera requerir su demostración.

[995] Con respecto a la legitimación de capitales se establece lo siguiente: "Terceros de Buena Fe. Artículo 93.- Las medidas y sanciones referidas en los artículos precedentes a este capítulo, se aplicarán sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. Conforme a derecho, se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos, a quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos. Artículo 94.-El tribunal o la autoridad competente dispondrá la devolución de los bienes, productos o instrumentos al reclamante, cuando se haya acreditado y concluido que: a) El reclamante tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos. b) Al reclamante no puede imputársele autoría de ningún tipo ni participación en un delito de tráfico ilícito o delitos conexos objeto del proceso. c) El reclamante desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente. d) El reclamante no adquirió derecho alguno a los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible secuestro y comiso. e) El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos. "Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo: No. 7786; art. 93 y 94.

[996] Los incisos a, c), d) y e) del artículo 93, son exactamente los mismos presupuestos de los incisos 1, 2, 3 y 4 del proyecto de ley. Asamblea Legislativa, Proyecto de ley expediente 19571, art. 93.

En el caso de capitales emergentes también se establece la posibilidad de que el tercero de buena fe se apersone al proceso y ejercite sus derechos impidiendo el decomiso del bien objeto de comiso.[997]

De lo expuesto se colige la función y contenido que tiene la Buena Fe en la actualidad. No se trata de una simple presunción que debe destruir el Ministerio Público u órgano acusador. Para que opere en el ámbito de la acción de ED o, en la materia penal y tratándose del comiso en los delitos mencionados, además de requerir un estado de conocimiento del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio (análisis de la publicidad registral para el caso de bienes inscribibles), exige también un cierto nivel de diligencia 'básica' que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del bien o derecho transmitido.[998]

En otras palabras, el tercero de buena fe registral no se equipará al tercero de buena fe que consagra la acción de Extinción de Dominio. Pese a que el sistema registral costarricense sigue asentándose sobre las presunciones emanadas de la fe pública registral, de acogerse el último proyecto de ley de ED y tratándose de bienes inscribibles, el adquirente estaría en la obligación de realizar algunas diligencias adicionales a la revisión de la publicidad registral. Sin embargo, esta circunstancia no es novedosa en la legislación costarricense, basta recalcar el artículo 93 de la Ley sobre estupefacientes y otros, que establece una serie de presupuestos que debe probar el tercero de buena fe para defenderse de un posible comiso.

De lo expuesto, se pueden inferir dos funciones básicas de la buena fe dentro del proceso extintivo: en las causales de origen impide la privación del patrimonio investigado, saneando la posible invalidez de un negocio jurídico inválido y en las causales por destinación, también permite neutralizar el proceso extintivo demostrando la debida diligencia o la imposibilidad de conocer que el uso o destino de un bien específico era de naturaleza ilícita, o que hubiere sido

[997] "Artículo 29.- Terceros de buena fe. Las medidas y sanciones contempladas en la presente Ley y en la Ley N.º 8204, en cuanto a decomiso, se aplicarán sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. Los terceros interesados que cumplan los presupuestos establecidos en los artículos 93 y 94 de la Ley N.° 8204, tendrán tres meses de plazo, contado a partir de la comunicación mencionada en el artículo 84 del mismo cuerpo legal, para reclamar los bienes y objetos decomisados. El tribunal podrá diferir hasta sentencia la resolución de lo planteado por la persona interesada; pero, vencido el plazo señalado en esta norma sin la intervención de algún tercero, se decretarán el comiso y traspaso definitivo del dominio a favor del ICD." No. 8754: Ley Contra La Delincuencia Organizada; 22 de julio, 2009", art.29. En el mismo sentido el artículo 52 de la Ley contra la Delincuencia Organizada. Asamblea Legislativa, "No. 8754: Ley Contra La Delincuencia Organizada.

[998] Un ejemplo sería si una persona adquiere los bienes en un contexto en el que un sujeto diligente habría tenido motivos o razones para sospechar de su origen ilícito, o de que de ese modo se dificultaba el decomiso de los mismos, entonces no se cumpliría con esa carga ética de diligencia básica.

utilizado para la comisión de un delito. En consecuencia, la buena fe en la ED actúa como elemento negativo o excluyente de las causales de ED, en el tanto neutraliza la consecuencia jurídica de la privación. Se trata de una causa de que exime de responsabilidad al titular por falta de concurrencia del elemento subjetivo.

Para cerrar este apartado valga aclarar que la buena fe no está directamente relacionada con la actividad ilícita o las causales, que son presupuestos esenciales de la ED estudiados. Tampoco tiene relación con la atribuibilidad entre el objeto y la actividad ilícita. No obstante, no ocurre lo mismo tratándose de la atribuibilidad entre titular-causal, porque en este caso le corresponde al órgano acusador establecer el vínculo o la relación entre los posibles titulares de derechos reales objeto de la acción de ED, y el presupuesto de la causal de extinción.[999] A partir de lo anterior, es posible inferir que la buena fe se erige en un componente subjetivo de la atribuibilidad entre un titular de un derecho y la causal de extinción, favoreciendo al titular cuando así se demuestre. En sentido contrario, lo anterior no quiere decir que la mala fe sea un componente que deba demostrarse para que prospere la acción.[1000]

Por tratarse de elemento subjetivo que excluye la responsabilidad del titular, al igual que ocurre en las causales de exclusión de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador o incluso en materia penal -algunos modos de inimputabilidad-, usualmente la carga de la prueba le corresponde al afectado.

2.6 La buena fe en la Extinción de Dominio y los efectos de la falsedad documental del art. 493 del C.P.P.

A pesar de que no se trata de un tema novedoso, el proyecto de ED y la doctrina en esta materia no tienen ninguna incidencia en la disposición legal del artículo 492 del C.P.P. de Costa Rica, más la profusa jurisprudencia penal que establece la obligación de restituir el derecho de propiedad a su dueño original en aquellos casos que se demuestre la falsedad documental.[1001]

---

[999] El artículo 63 del proyecto establece que el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial investigarán los hechos y esta tendrá como propósito, entre otras cosas: "4) Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de la causal de extinción de dominio. 5) Desvirtuar la presunción de buena fe de los posibles titulares de derechos reales sobre bienes objeto de extinción."

[1000] Para ejemplificar este punto, el órgano acusador podría usar algunos indicios relacionados con los nexos que podría tener el titular del bien con la causal, a saber: nexos económicos, laborales, familiares o sociales entre otros.

[1001] "Artículo 492.- Sentencia declarativa de falsedad instrumental. Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado. Si es del caso ordenará las rectificaciones registrales que correspondan. Si el documento ha sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiera establecido la falsedad total o parcial. Si se trata de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará

Huelga reiterar, en los procesos penales donde se discute y se demuestre la falsedad de alguna escritura pública referida a bienes inscribibles, la figura del tercero de buena fe no tiene ninguna opción legal de que su derecho de propiedad se mantenga; en su lugar, se restituye el bien o derecho al propietario original que resultó afectado con la falsedad.

Sin embargo, es relevante reconocer que de lo estudiado sobre la buena fe, se concluye que el proyecto de ley en Costa Rica, algunas convenciones internacionales suscritas por Costa Rica, la legislación comparada sobre ED, las normas *soft law* del GAFI y la doctrina en general sobre este tipo de instrumentos coinciden en ofrecer a los titulares de derechos y bienes, en procesos de extinción, una herramienta defensiva utilizando el mecanismo del tercero y de la buena fe, aun y cuando tengan la obligación de probar ciertas circunstancias, con el fin de contrarrestar la acción de ED. Mientras que la acción de ED brinda una defensa o forma de exclusión para evitar la pérdida a quien acredite ser adquirente de buena fe, aunque se trate de un concepto diferente, o con mayores requisitos al tradicional, el artículo 492 del C.P.P., el decomiso administrativo de dinero transfronterizo, y los titulares de territorios indígenas que adquirieron con posterioridad a la ley y decretos ejecutivos, dejan en total desamparo a cualquier tipo de tercero, pese a que se demuestre la buena fe.

El otro aspecto que podría tener relación con la acción de ED, consiste en valorar que en algunos supuestos donde ha existido falsedad documental cometido por un grupo de personas organizadas y que cumplan con los requisitos del artículo 1 de la Ley de Delincuencia Organizada, sería factible aplicar la ED; en consecuencia, sería posible que en un proceso penal por falsedad documental relacionada con delincuencia organizada se reintegre el bien al propietario afectado y despojado del bien, mientras que si ese mismo asunto fuese tramitado en la jurisdicción especializada de ED, podría mantenerse al titular que demuestre la buena fe en los términos que señala la ley. En este sentido, el artículo 492 del C.P.P. sería inaplicable por tratarse de legislación especial y posterior a la promulgación de la legislación especial.

---

al margen de la matriz, en los testimonios que se hayan presentado y en el registro respectivo." Asamblea Legislativa, Código Procesal Penal, Ley No. 7594, 10 de abril de 1996, (Master Lex, 2023), art. 492, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-N/principal.aspx?item=108976&Tipo=1. La controversia entre las disposiciones legales de los artículos 456, 457 del Código Civil versus este artículo 492 del CPP y la jurisprudencia que ampara esas disposiciones legales, no forma parte de los objetivos de esta investigación, pero en todo caso, tampoco se considera que exista relación entre la buena fe que se pregona en la doctrina de la ED y la controversia aludida. Esto quiere decir que aun y cuando se aprobara el proyecto de ley, el artículo 492 del CPP no sufriría ninguna modificación y tampoco la legislación civil, de modo que no debería de existir cambio alguno en la jurisprudencia relacionada con falsedad documental de instrumentos públicos.

2.7 Corolario

A partir de un cotejo sobre la configuración de la buena fe en las legislaciones de México, Guatemala y proyecto de ley en Costa Rica, se puede adelantar que el perfil de la buena fe en materia de ED establece ciertas condiciones para la parte demandada, con el objetivo de que de que estas acrediten ciertas circunstancias para su procedencia mientras que en la legislación colombiana no existen requisitos expresamente establecidos para la acreditación de la buena fe. En consecuencia, se trata de una buena fe distinta a la que existe en la legislación civil, donde no opera una única y determinada configuración legal, permitiendo flexibilidad en su interpretación y aplicación práctica.

De otra parte, esa configuración legal que se realiza en las distintas legislaciones no es uniforme, pero debería de interpretarse que los presupuestos para la procedencia de la buena fe establecidos en las distintas legislaciones estudiadas son enunciativos y no una lista taxativa. Algunas expresiones como 'exenta de culpa' y 'conducta diligente y prudente' muestran con un significado uniforme en las legislaciones, aunque es evidente que la interpretación y aplicación de esos conceptos en la práctica podrían sufrir distintos grados de metamorfosis.[1002] Finalmente, es relevante entender que, salvo la legislación mexicana, las restantes no establecen presunciones sobre la buena fe en la adquisición de bienes.

Sin perjuicio de lo anterior, la función de la buena fe trasciende su papel integrador o informador del ordenamiento jurídico, para erigirse en la principal herramienta de defensa -por no decir la única- con que cuenta la persona investigada a fin de evitar la extinción de su derecho de propiedad; de esta forma, su principal función es limitar el poder extintivo del Estado y constituye un elemento excluyente de responsabilidad a favor del titular del bien investigado.

3. Nociones sobre el tercero de buena fe y afectado

3.1 La noción de 'Tercero'

En las distintas legislaciones de ED se menciona a un protagonista importante: 'el tercero' quien, como titular de un bien bajo investigación, podría resultar perjudicado o eximido ante

[1002] Esta afirmación hace alusión a lo que desde hace mucho el realismo norteamericano ha distinguido entre *law in books* and *law in action*, las reglas en el papel (*paper rules*) y las reglas efectivas (*real rules*).

un proceso de privación del dominio. Sin embargo, pocas veces se repara en examinar qué se entiende por 'tercero' para los efectos del derecho civil, además de la ED[1003].

En la legislación costarricense la noción de "tercero" se deriva del concepto de 'tercero civil,' establecido en el artículo 1025 del Código Civil que dicta: "Los contratos no producen efecto sino entre las partes contratantes, no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes."[1004] De esta forma, los 'terceros' son aquellos que no se vinculan con el contrato, ni tampoco son parte del contrato, por cuanto no concurrieron a su formación. Lo anterior se complementa con el artículo 455 del Código Civil que dispone: "…Se considerará como tercero aquél que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción…" En suma, tercero es aquello que no es parte de una relación jurídica, llámese contrato u otras formas de vinculación de naturaleza jurídica.

En el caso de bienes inscribibles, el artículo 456 del CC de Costa Rica es la norma legal por excelencia que protege a una clase especial de esta categoría, el 'Tercero Registral de Buena Fe,' al disponer que "los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro."[1005] En este caso, se trata del tercero registral.

Tratándose de bienes inscribibles, obsérvese la dificultad que enfrentaría el tercero registral acerca de este tipo de bienes. A partir de la normativa civil, la regla es que cualquier invalidez o ineficacia que no conste en el registro no perjudica al tercero que adquirió con vista en la publicidad registral e ignoraba la patología. Esto significa que cualquier derecho inscrito de un tercero registral, a pesar de que existan amenazas o situaciones de invalidez que afectan la relación jurídica inscrita precedente -negocio jurídico anterior-, conforme al principio de fe

---

[1003] Como lo explica Alvarado Valverde, refiriéndose al Derecho Español, la definición de tercero registral tiene larga discusión histórica, pues afirma: "El origen de esta pugna doctrinal y jurisprudencial residen en la misma regulación que de la figura del tercero realiza la Ley Hipotecaria Española, dado que su planteamiento básico se ubica en dos artículos diferentes…a saber: el 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria Española. La pugna básicamente surge pues los monistas consideran que ambos artículos regulan al mismo tercero hipotecario, mientras que los dualistas consideran que la regulación separada obedece a la existencia de situaciones distintas y por tanto, se refieren a dos tipos diversos de terceros". Jorge Enrique Alvarado Valverde "*Apuntes para el Análisis de la Figura del Tercero Registral en Costa Rica***"**, *Revista del Registro Nacional*, no. 2 (2010): 16.

[1004] Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*, art.1025.

[1005] Carlos Adolfo Picado Vargas, *Código Civil...*, 382-384.

pública registral, esa amenaza quedaría neutralizada e impediría que la patología le afecte.[1006] Incluso, podría ocurrir que tenga conocimiento de la invalidez y, aun así, la fuerza de la fe pública registral lo ampararía.

3.2 El tercero o el 'afectado' en la legislación comparada en estudio

Como así se mencionó, en las legislaciones en estudio el concepto de buena fe suele ir precedido de la palabra 'tercero,' para completar la tradicional noción de 'tercero de buena fe.'

Previo al estudio de la figura del 'tercero,' es necesario dilucidar algunos aspectos sobre la posición de los sujetos con respecto a un determinado derecho real o con relación a derechos patrimoniales de cualquier índole, debido a que la relación sujeto-objeto resulta compleja en ocasiones, por cuanto en ocasiones, se conjugan distintas facultades que un titular o varios, pueden ejercer con respecto al derecho subjetivo de que se trate, o a los bienes o derechos en general. De esta forma, se podrían encontrar usufructuarios, acreedores, arrendatarios, copropietarios, titulares de servidumbres y otras relaciones jurídicas que confieren ciertas facultades y derechos a sus titulares, con ello tienen un interés en menor o mayor grado de distinta naturaleza sobre el patrimonio sujeto a extinción.[1007]

Si la acción de ED tiene por objetivo la privación un determinado derecho patrimonial, es evidente que sobre ese objeto podrían existir diversos intereses en juego, de esto se colige la necesidad de crear una denominación genérica para referirse a cualquier interesado, sintetizado en los textos legales de ED con el vocablo de 'afectado.'[1008] Para la legislación de Colombia,

---

[1006] Esta posibilidad derivada de la fe pública registral es lo que se denomina principio de inoponibilidad. Sobre este concepto escribe García García: "El objetivo del principio de inoponibilidad…es sencillamente poner de relieve que la en la legislación vigente existe un tercero…que no necesita, para la protección registral, de todos los requisitos de este último precepto, sino que le basta con el requisito de la inscripción, o al menos, según las variantes de la inoponibilidad, que no tiene por qué exigirse siempre el requisito de la onerosidad, ni mucho menos el de previa inscripción, ni tampoco esa buena fe especial y extraña que exige una diligencia excesiva para cualquier persona corriente. José Manuel García García, 31.

[1007] De hecho, parte de las obligaciones del ente acusador o actor de la acción de ED, tiene el deber de identificar no solamente a los bienes o derechos objeto de extinción, sino también a sus titulares y posibles afectados en general. En este sentido el artículo 132 del CED de Colombia indica: Artículo 132. *Requisitos del acto de requerimiento al juez.* El requerimiento presentado por el fiscal ante el juez de extinción de dominio es un acto de parte, mediante el cual se solicita el inicio del juicio y se fija de manera definitiva la pretensión de la Fiscalía frente a los bienes objeto del trámite. Este requerimiento deberá cumplir como mínimo los siguientes requisitos: 1. La identificación y ubicación de los bienes…6. Identificación y lugar de notificación de los afectados reconocidos en el trámite. Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.132

[1008] El CED de Colombia sobre este concepto menciona: "Artículo 1°. *Definiciones.* Para la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 1. Afectado. Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso…" También el artículo 30 configura y amplia el concepto de 'afectado'. "Afectados. Se considera

el afectado es todo aquel que alegue tener algún derecho sobre el bien -también sería un sujeto procesal-; en el canon 30 del CEDC, se mencionan algunos supuestos que configuran esa condición.[1009] Desde el punto de vista procesal, el 'afectado' tendría la condición de parte pasiva en el proceso -legitimación pasiva o sujeto pasivo-, debido a la relación que tienen con los bienes en proceso de extinción.

Dentro de las distintas categorías de 'afectados,' se encuentra la noción de 'tercero' que aparece disgregado en las tres leyes de extinción de dominio estudiadas y también en el proyecto de Costa Rica. Por lo general, el concepto aparece asociado a la noción de buena fe, pero de una revisión de las legislaciones estudiadas se deduce que no es una regla absoluta debido a que, en varios supuestos, no está asociado al principio citado. Sin embargo, para efectos de esta sección, el 'tercero' que interesa corresponde al 'tercero de buena fe' o al tercero como dueño de un derecho de propiedad. Además, valga aclarar que ese tercero dueño de un derecho de propiedad podría tratarse de una persona física o de una persona jurídica.

---

afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción extinción de dominio: 1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio. 2. Tratándose de los derechos personales o de crédito se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue estar legitimada para reclamar el cumplimiento de la respectiva obligación. 3. Respecto de los títulos valores se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue ser tenedor legítimo de esos bienes o beneficiario con derecho cierto. 4. Finalmente, con relación a los derechos de participación en el capital social de una sociedad, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de algún derecho real sobre una parte o la totalidad de las cuotas, partes, interés social o acciones que son objeto de extinción de dominio. Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art.1, 2 y 4.

[1009] La legislación de Guatemala no realiza una definición de 'afectado' pero lo contempla en forma indirecta en su legislación en dos artículos de su ley: Articulo 10. Protección de derechos. Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos de los que pudieren resultar afectados, y en particular los siguientes:…4 Toda persona que por las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, hubiere sido afectada en sus derechos o bienes, podrá reclamar como tercero interesado dentro del procedimiento de acción de extinción de dominio, cuando ésta ponga en riesgo la recuperación de sus bienes o el pago de la indemnización que le corresponda como daños y perjuicios, y el juez o tribunal resolverá en la resolución definitiva conforme a la prueba y los porcentajes correspondientes…" Marco Antonio Villeda Sandoval, art.10, 89, 91 y 92. En el caso de México, claramente se define a la Persona Afectada de la siguiente forma: "Cualquier persona física o jurídica que alegue una vulneración a su derecho en relación con el bien objeto del procedimiento de extinción de dominio;" y en el numeral 86 se indica: "Toda Persona Afectada que considere tener interés jurídico sobre los Bienes materia de la acción de extinción de dominio deberá comparecer dentro de los treinta días hábiles siguientes, contados a partir de cuando haya surtido efectos la publicación del último edicto, a efecto de dar contestación a la demanda, acreditar su interés jurídico y expresar lo que a su derecho convenga." Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio,* art.86. El proyecto de Costa Rica define al afectado en términos similares al CED de Colombia: "…6) Afectado: Persona física o jurídica que se presume titular de un bien o derecho principal o accesorio sobre un bien objeto de extinción de dominio…" Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art. 10.

3.2.1 El tercero o afectado en Colombia

En la normativa de Colombia, este concepto se encuentra regulado en los cánones 16 inciso 10 y artículo 22 del código, en aspectos relacionados con la causal de bienes equivalentes y en lo referente a la nulidad *ab initio*, en forma semejante al proyecto de ley de Costa Rica.[1010] Nótese que en esa legislación la presunción de buena fe está normada en el artículo 7 del citado código, sin embargo, en dicha disposición se omite mencionar al tercero, solamente se hace alusión a un sujeto que es identificado como "el titular de un derecho." Lo que se intenta explicar es el hecho de la separación entre los conceptos 'tercero' y 'buena fe,' en consecuencia, bien se trate de un tercero en los términos civiles o un 'afectado,' se debe de cumplir con los requisitos que establece el concepto de buena fe exenta de culpa.

3.2.2 El tercero o afectado en Guatemala

En el caso de Guatemala, su ley de ED define en el artículo 5 la naturaleza de la acción, haciendo la aclaración de que la ED se aplicará "… sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del negocio."[1011] Finalmente, en el artículo 36 de la ley, ante la causal de bienes equivalentes, también hace la salvedad para proteger a los terceros de buena fe exentos de culpa.[1012]

En cuanto al reglamento de la ED en Guatemala, el artículo 2, inciso m, dispone: "…) Tercero de buena fe exento de culpa ni simulación de negocios: Es aquella persona individual o jurídica, que ha obrado con lealtad y certeza de que el titular del bien es realmente su propietario y que el mismo proviene de una actividad lícita…"

[1010] "Artículo 16…10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa el artículo 22 que dice: "Nulidad ab initio. Una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá, que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad y por tanto los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos ab initio. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa." Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, art.16.

[1011] Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala), art. 3, inc. a, p.83.

[1012] "Artículo 35. Bienes por valor equivalente. En la misma sentencia, el juez o tribunal competente hará declaración de extinción de dominio sobre bienes de valor equivalentes del mismo titular, cuando en la ejecución de la sentencia no resultare posible identificar, ubicar o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la acción. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de terceros de buena fe, exentos de culpa o de simulación del negocio. Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala), art. 35, inc. a, p. 129.

3.2.3 El tercero en México

En la legislación de México, el artículo 12 de la LNED salvaguarda los derechos de terceros de buena fe ante la acción de ED, además, el artículo 183 posibilita el levantamiento de una medida cautelar contra determinado bien, siempre que se acredite que los bienes objeto de esa medida fueron adquiridos por un tercero de buena fe.[1013] Por otra parte, no existe el concepto de 'afectado.'

3.2.4 Proyecto de Ley en Costa Rica

El artículo 23 del proyecto de ley de Costa Rica sanciona con nulidad de pleno derecho los negocios que se encuentren en alguna de las causales de extinción, excepto para los terceros de buena fe. Además, en la causal de bienes equivalentes de bienes lícitos, no es posible su aplicación cuando se acredite que el titular es un tercero de buena fe, al igual que sucede en las demás legislaciones estudiadas. Finalmente, la segunda causal para ordenar el archivo de las diligencias de investigación es la demostración de que el titular del bien o derecho es un tercero de buena fe.[1014]

3.3 Corolario

De este breve repaso de la figura del tercero, se notará que las distintas legislaciones, incluyendo el proyecto de ley Costa Rica, este concepto no necesariamente se asocia con la buena fe. El tercero de buena fe sería una especie del género 'afectado.' Como tesis de principio, se podría afirmar que todo aquel sujeto que califique como 'tercero' es un 'afectado,' pero no a la inversa.

[1013] Artículo 12. Ningún acto jurídico realizado sobre Bienes afectos a la acción de extinción de dominio los legitima, sin perjuicio de los derechos de terceros de Buena Fe. En todos los casos, se entenderá que la adquisición ilícita de los Bienes no constituye justo título… "Articulo 184. Son causas justificadas para que el Ministerio Público o el servidor público es quien delegue esa facultad, previo acuerdo con el Fiscal, pueda solicitar el levantamiento de la medida cautelar: I La constancia fehaciente en los autos de que los Bienes objeto de la medida fueron adquiridos por un tercero de Buena Fe…", Alberto Nava Garcés, *Ley Nacional de Extinción de Dominio*, 73 y 109.

[1014] "Artículo 17 … inciso 12) Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien. Artículo 23- Nulidad de pleno derecho. Son nulos de pleno derecho, todos los actos, negocios y contratos celebrados sobre bienes que se encuentren en alguna de las causales de extinción de dominio, excepto para los terceros de buena fe, y así lo declarará el juez de extinción de dominio que conozca la causa. Artículo 69- Archivo de las diligencias. Finalizada la investigación, el Ministerio Público podrá ordenar el archivo de las diligencias por las siguientes causas: 1) Los bienes o derechos que se identificaron, no se ajustan a ninguna causal de extinción de dominio. 2) Quienes ostentan el derecho o el bien, son terceros de buena fe. Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571, art. 17.

Como derivación de las anteriores premisas, y aplicando la noción de tercero como aquel ajeno a una relación jurídica, la diferencia entre el concepto genérico y su especie radica en considerar como tercero a la persona que es ajena a las actividades ilícitas que motivaron el inicio de la acción de ED.[1015] En esta línea de pensamiento, el tercero de la ED es aquel que no está vinculado a la causal extintiva de dominio o aquel tercero que, si bien adquirió bajo una figura contractual un bien en investigación, le cobija la buena fe exenta de toda culpa.

En definitiva, aquellos afectados que no participaron en las conductas ilícitas investigadas pero que, a través de un contrato, tienen un vínculo esencial con una causal extintiva[1016] o que no detentan buena fe cualificada, estarían expuestos a la pérdida de su derecho de propiedad. Por el contrario, aquel afectado, pero en su condición de 'tercero' que resulta extraño a una causal extintiva de dominio o en su condición de tercero de buena fe exento de culpa, no podría atribuírsele responsabilidad alguna; por ende, su patrimonio estaría a buen recaudo.[1017]

Este aspecto representa un cambio significativo en las adquisiciones de bienes inscritos que podrían ser objeto de extinción, por lo que se debe cumplir con una buena fe cualificada no prevista en la mayoría de los códigos Civiles. Sin duda, representa un impacto importante en materia de fe pública registral que agrega nuevas obligaciones para cualquier adquirente de bienes inscritos.[1018]

4. Nulidad de ab initio o de pleno derecho

4.1 Conceptualización general

[1015] En todo caso, aquel que tuvo alguna participación en la actividad ilícita es evidente que no tendría la condición de tercero, de modo que el concepto de tercero únicamente estaría reservado para los que no participación en las actividades ilícitas, o son beneficiarios de la buena fe exenta de culpa.

[1016] A modo de ilustración, piénsese en la persona que adquiere un bien a sabiendas de su origen ilícito a fin de ayudar a ocultar o encubrir su origen.

[1017] En este sentido se decanta Vásquez Betancur, pág. 246. Además, este autor cita una resolución judicial de un tribunal colombiano que dice: "refirió que los terceros en extinción de dominio como categoría sustancial son "aquellas personas ajenas a las actividades ilícitas", sin embargo, en virtud de un negocio jurídico adquirieron un derecho patrimonial objeto de la acción de extinción de dominio, de parte de los que son los afectados directos." Santiago Vásquez Betancur, 246.

[1018] Aparejado a lo anterior, podría existir una eventual afectación a la celeridad en el tráfico mercantil. Recuérdese que uno de los objetivos del mercantilismo, globalización y otros aspectos asociados a las sociedades de corte capitalista, es la fluidez y dinamismo en el tráfico inmobiliario. La transmisión de los derechos reales en una forma ágil pero segura, es lo que demanda cualquier sistema de transmisión de bienes. En la medida que la confianza en la fe pública registral sea insuficiente para brindar seguridad, ello repercutiría en la agilidad del sistema de transmisión de bienes.

El otro concepto de naturaleza civil que suele incluirse en las legislaciones de ED consiste en la denominación nulidad *ab initio* o 'nulidad de pleno derecho,' concepto sobre el cual gravita el poder extintivo del Estado. [1019]

La alocución latina *ab initio* significa 'desde el inicio,' y se deriva del latín ab ('desde') más *initio*, que corresponde al singular ablativo de *initium* ("principio").[1020] Es una forma de invalidez que acontece desde el principio o desde el instante de la acción. Esta clase de nulidad produce sus efectos de pleno derecho, se trata de una acción, documento, transacción o negociación, que no debería tener efectos jurídicos. Consiste en una calificación previa, que actúa a partir de ese momento; por ejemplo, si una persona firma un contrato bajo coacción o engaño, el contrato se considera absolutamente nulo *ab initio*, desde su origen. En suma, se trata de una nulidad absoluta, que es retroactiva y que no se puede convalidar, a diferencia de la nulidad relativa.[1021]

No obstante, la amplitud de la doctrina sobre la patología negocial, para esta investigación nulidad *ab initio* es sinónimo de nulidad absoluta o también conocida como de 'pleno derecho.' La nulidad absoluta es aquella sanción que priva a un acto jurídico de sus efectos propios, en virtud de un defecto grave existente para el momento de su celebración. La sanción puede presentarse expresamente consagrada en algún texto legal, y aun en forma implícita, suele recaer sobre un vicio estructural, se configura como una especie de "patología congénita" que impide el despliegue de sus efectos. Esta anomalía podría provenir de aspectos formales, omisión de formas solemnes absolutas en los contratos que las requieren (donación de inmueble inscrito elaborado en documento privado); o de obstáculos sustanciales en los

[1019] El código de Extinción de Dominio de Colombia se refiere a esta nulidad en los siguientes términos: "Artículo 22. Nulidad ab initio. Una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá, que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad y por tanto los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.

[1020] El diccionario jurídico de Manuel Ossorio indica: "Ab initio. Locución latina y española que significa desde el comienzo o desde tiempo inmemorial o muy remoto." 2

[1021] En ocasiones, la nulidad relativa también es denominada como rescisión o anulabilidad El criterio para distinguir la nulidad y la anulabilidad es la visibilidad del vicio, que es manifiesto en los actos absolutamente nulos (art. 835 del Código Civil, referente a la nulidad absoluta) y no manifiesto en los anulables (art. 836 del Código Civil, referido a la nulidad relativa). En la nulidad el vicio es objetivamente determinado por la ley, visible, ostensible, patente, taxativo, fijado apriorísticamente, advertible a simple vista, no necesita ser "descubierto" y está definido en una hipótesis normativa. Ello no quiere decir que no se precise de una sentencia judicial.

presupuestos esenciales del negocio jurídico, por ejemplo: vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto o ilicitud en la causa.[1022]

De acuerdo con la legislación de Costa Rica, las principales diferencias entre la nulidad absoluta y la anulabilidad o nulidad relativa (también denominada, por el Código Civil costarricense, como rescisión[1023]) se identifican a partir de tres aspectos: según la legitimación activa para reclamarla, si es declarable de oficio o no, posibilidad de convalidación, según la eficacia y, finalmente, la prescriptibilidad de la acción. En cuanto a la legitimación, la nulidad absoluta puede reclamarla cualquier persona interesada, mientras que la nulidad relativa está reservada para aquellas personas en cuya protección se establece la sanción de nulidad. La declaratoria de oficio está prevista para la nulidad absoluta, pero la nulidad relativa solo a petición de parte. Los actos anulables pueden ser subsanados (mediante convalidación o ratificación), pero la nulidad absoluta no tiene este remedio. El acto anulable produce sus efectos mientras no se dé la declaratoria judicial, en contraposición a la nulidad absoluta que no produce efecto alguno. Por esa razón, la sentencia de anulabilidad es constitutiva y la sentencia de nulidad absoluta es declarativa.[1024] Además, a nivel doctrinal se afirma que la acción declarativa de nulidad no prescribe nunca (en Costa Rica no ocurre de esta forma, por cuanto el artículo 868 del Código Civil, posibilita la prescripción de la acción mediante la prescripción ordinaria); en cambio, la acción de anulación se extingue por prescripción. [1025]

De este breve repaso doctrinal queda en evidencia la inexistencia de una categoría especial de nulidad denominada 'nulidad *ab initio,'* se trata de la tradicional nulidad absoluta que la doctrina y los textos legales siempre han conocido.

4.2 Nulidad Ab initio aplicada a la Extinción de Dominio

[1022] Carlos Alberto Ghersi, *Contratos Civiles y Comerciales*, cuarta edición (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1998), 296.

[1023] Los artículos 840 y 841 del Código Civil de Costa Rica indican: Artículo 840. Para que la ratificación expresa o tácita sea eficaz es necesario que se haga por quien tiene derecho de pedir la rescisión y que el acto de ratificación se halle exento de todo vicio de nulidad. Artículo 841. El plazo para pedir la rescisión será el de cuatro años que se contarán: En el caso de violencia desde que hubiere cesado. En los actos y contratos ejecutados o celebrados por el menor, desde que el padre, madre o tutor tuvieren conocimiento del acto o contrato, y a falta de ese conocimiento, desde que el menor fuere emancipado o mayor. En los demás casos, desde la fecha de celebración del acto o contrato. Todo lo cual se entiende y se observará cuando la ley no hubiere señalado especialmente otro plazo. Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*…, arts. 840 y 841.

[1024] Víctor Pérez Vargas, Derecho Privado, tercera edición (San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta LIL S.A., 1994), 333.

[1025] Víctor Pérez Vargas, ibid. 332.

La Extinción de Dominio en la legislación de Colombia establece la nulidad del objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición, así como los subsiguientes contratos que versen sobre dichos bienes y que, en ningún caso, esos actos constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*.

En el caso de la ED de Guatemala, define la nulidad *ab initio* como aquella "adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas, o se han constituido en fraude a la ley; los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos *ab initio*." [1026]

Con una redacción distinta a la legislación de Colombia, se da entender que existe nulidad absoluta cuando en la adquisición o disposición de bienes, o en la constitución del patrimonio de origen ilícito, a sabiendas de esa condición; además agrega que los actos o contratos relacionados con "dichos negocios" no constituyen justo título. En principio, se agrega en la definición un elemento subjetivo -conocimiento de la ilicitud- y por otra parte se hace alusión a "dichos negocios," cuando debería de referirse a 'bienes' o al objeto ilícito, tal y como está redactada la definición de nulidad *ab initio* en Colombia. [1027]

En el caso del proyecto de ley de Costa Rica, el artículo 23 se refiere a la "nulidad de pleno derecho," calificando como nulos todos los actos y contratos celebrados sobre bienes que están en alguna causa de ED, así será declarado por el juez que conozca de la causa.[1028]

En la legislación de México se omite por completo cualquier referencia a nulidad de pleno derecho o nulidad *ab initio*, en consecuencia, se prescinde de la doctrina de la invalidez del

---

[1026] Marco Antonio Villeda Sandoval, *Ley de Extinción de dominio* (Guatemala), art. 3, inc. a, p.76.

[1027] Si se utiliza el antecedente de la legislación de Colombia la oración debería de decir: "Los actos y contratos que versen sobre dichos bienes, en ningún caso constituyen justo título y son nulos ab-initio." Debido a las características de la ED, los actos y contratos que se declaran nulos giran en torno a bienes, derechos y otros; se trata de derechos de propiedad que siempre tendrá por objeto una posición jurídica-privada de contenido patrimonial. No parece coherente que después de mencionar actos y contratos, estos últimos versen sobre 'negocios', que sería el género de la especie contratos.

[1028] "Artículo 23- Nulidad de pleno derecho. Son nulos de pleno derecho, todos los actos, negocios y contratos celebrados sobre bienes que se encuentren en alguna de las causales de extinción de dominio, excepto para los terceros de buena fe, y así lo declarará el juez de extinción de dominio que conozca la causa." Se observa que esta disposición sobre la nulidad en el proyecto de ley costarricense está redactada de forma sencilla, sin contradicciones y además coincide con la doctrina de la nulidad absoluta, en el sentido de que el juez debe declararla. Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571, art.23.

negocio jurídico. Esto plantea la interrogante ¿es necesario fundamentar la acción en algún motivo de invalidez del negocio jurídico en los procesos de privación de bienes? o, ¿si es suficiente para su justificación legal, la circunstancia de que el objeto del proceso de extinción esté vinculado con algún hecho ilícito? En nuestro criterio, en los ordenamientos jurídicos donde no se constitucionalice la ED, se requiere de la existencia de algún vicio de invalidez en el negocio de adquisición o en el uso de ese derecho para justificar la privación. En el caso de México, su legislación de ED no establece la nulidad ab initio, pero no se trata de una omisión, por cuanto la base para justificar la acción de ED se deriva de las reformas constitucionales; por ende, no requiere de la aplicación de supuestos relacionados con patologías negociales.[1029]

Otra característica de esta nulidad aplicada a la ED consiste en entender que esta patología se asocia a las causales de ED por origen ilícito, que sería el presupuesto donde tendría cabida el análisis de la ilicitud del objeto en proceso de extinción, aspecto que no se toma en cuenta en las causales por destinación. Además, la nulidad se circunscribe a la nulidad del objeto o de la causa del negocio.

Para que una declaración de esta naturaleza produzca los letales efectos que prevé la legislación, es imperativo tener en cuenta que los distintos códigos civiles establecen las condiciones sobre la licitud del objeto y del elemento causal, así como su contrariedad con las leyes, el orden público y las buenas costumbres, de acuerdo con lo estudiado.[1030]

4.3 La constitucionalización de la Extinción de Dominio: ¿Una necesidad?

Al margen de la posible inmadurez de la doctrina sobre la ED, sus adaptaciones regionales o sus contextos socioeconómicos, es evidente que una fundamentación homogénea de la ED resulta difícil de hallar a nivel latinoamericano, sin embargo, es importante notar que, en México y Colombia, el instituto de la ED fue plasmada en sus respectivas constituciones. De inmediato surge la interrogante acerca de la necesidad u obligación de que esta herramienta se

[1029] El artículo 22 de la CP de México al configurar los requisitos de procedencia de la ED, no requiere otros elementos legales para. Fundamentar su procedencia. "Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legitima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos…" Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ciudad de México, México; Tirant lo Blanch, 2023), art. 22

[1030] Véase cap. III, sección 4, "Licitud en la adquisición y la transmisión del Derecho de Propiedad", pág.182.

encuentre prevista en la carta fundamental de cada país que la abriga, o que la pretende instaurar, para que no se declare su inconstitucionalidad.

Para obtener una respuesta, es conveniente empezar revisando el tema de la confiscación y su relación con la ED, debido a que en no pocas ocasiones se suele identificar ED con la confiscación de bienes. En las constituciones de las legislaciones estudiadas es uniforme la prohibición de la pena de confiscación.[1031] En el caso de las cartas fundamentales de Colombia y México, existe autorización constitucional para la privación de bienes de procedencia ilícita, en Colombia también procede la privación en el caso de la destinación ilícita y recuérdese que en el caso de México esa posibilidad está vedada. En la constitución de México, se agrega en el mismo canon que prohíbe la confiscación y extinción de dominio, la excepción del comiso o decomiso de bienes derivados de un proceso penal.

De ese breve repaso, es patente la proscripción de la confiscación; sin embargo, no existe uniformidad en lo referente a la constitucionalización de la extinción de dominio o el decomiso o comiso de bienes procedentes del delito. En las legislaciones estudiadas, sus códigos procesales penales establecen la posibilidad de incautar, decomisar o disponer el comiso de bienes derivados de un delito, empero, casi nunca se ha discutido sobre la necesidad de constitucionalizar el comiso de bienes para darle legitimidad.[1032] Tomando en cuenta el ejemplo

---

[1031] Reza el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia: Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. En el caso de la Constitución de México, el artículo 22 expresa: "Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia…" Finalmente, la constitución de Guatemala sobre el particular dispone: "Artículo 41 Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido.

[1032] A pesar de la multivocidad del término "decomiso", en tratados internacionales, este se utiliza como sinónimo de "comiso". Así ocurre con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que, en su artículo 2 inciso g), estipula que: "g) Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente". Convención contra la Corrupción," artículo 2. Por su parte, el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero, y de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, menciona expresamente: "3) Decomiso: Pérdida definitiva de bienes, instrumentos y efectos, que provengan de la comisión de un delito, por decisión de autoridad judicial competente, conforme al Artículo 1, letra l, de la Convención." Sistema de Integración Centroamericana

del comiso en materia penal, es notorio que el punto de encuentro en las legislaciones estudiadas es la admisibilidad de esas privaciones a partir de lo previsto en el texto fundamental; en otras palabras, el comiso en materia penal es conforme a la constitución por cuanto no contradice el derecho de propiedad previsto en la carta fundamental.

En consecuencia, si el comiso no requiere de su constitucionalización, no existe razón legal para que la privación del dominio de procedencia o destinación ilícita también deba plasmarse en las cartas fundamentales de los países que la implementen. Lo determinante es la conformidad o no con el derecho de propiedad previsto en cada CP, atendiendo a su función social y ecológica, más su contenido esencial.

5. Intemporalidad

En la aplicación de la legislación de ED en el tiempo, resulta indispensable precisar si es factible aplicar la acción a presupuestos acaecidos antes de la vigencia de la norma. Lo que se analiza en este punto es determinar si la acción extintiva procede aplicarla a las siguientes situaciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor: momento en que se originaron los recursos obtenidos de la actividad ilícita, la fecha en la que se adquirieron los bienes objeto de extinción o el momento histórico en que ese derecho de propiedad en particular resultó implicado en una actividad ilícita. Para este análisis, se hace necesario precisar el fundamento de la prescripción en su faceta extintiva; posteriormente, se analizarán los conceptos de imprescriptibilidad, retroactividad y retrospectividad.

5.1 Fundamento de la prescripción extintiva

La Sala Constitucional de Costa Rica ha esbozado, de manera acertada, que no existe un derecho constitucional a la prescripción extintiva; efectivamente, de una revisión del texto constitucional no es posible deducir una especie de derecho a la prescripción extintiva de los derechos subjetivos o de las obligaciones. Sin embargo, ello no es óbice para entender que sí

[SG-SICA], "Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos; 12 de julio, 1997", https://bit.ly/36NmmO2. En el caso del comiso la experta en Derecho Penal Rosaura Chinchilla aclara que la figura del comiso, tal y como está regulada en Costa Rica, si bien guarda algunas relaciones con la figura de la confiscación (el Estado asume la titularidad de bienes de terceros), está muy distante de mantener la naturaleza que tuvo dicha sanción, en el sentido de sanción general, aplicable a todos los bienes del condenado, en tanto que el comiso procede única y exclusivamente sobre aquellos que indica la norma, es decir, sobre los bienes con los que se comete el delito o aquellos otros provenientes o que sean provecho de la comisión del ilícito penal, según la actual fórmula del artículo 110. Rosaura Chinchilla Calderón," Constitucionalidad, Naturaleza Jurídica y Límites del Comiso en Costa Rica ", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, no.* 5 (2013): 623, https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12454

existe el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, principios que no resultarían vulnerados por el poder estatal, siempre y cuando los plazos establecidos para un determinado presupuesto de hecho sean razonables, proporcionales y estén definidos por la legislación.[1033]

Es incuestionable que, tanto la prescripción como la caducidad en cualquier rama del derecho, son institutos de orden público, fundados en razones de certeza, legalidad; además se interpreta que son de orden imperativo. Los rasgos anteriores no impiden asegurar que su particular régimen sea una cuestión de pura política legislativa, lo que justifica su relatividad en dos dimensiones: en un sentido geográfico (lugar) y a nivel histórico (momento).[1034]

Bajo los anteriores argumentos se interpreta que la prescripción extintiva tiene como fundamento la tutela del orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas entre particulares; también entre el Estado y los administrados. Para abonar su existencia, se suele argumentar que la postergación indefinida del ejercicio de las acciones y derechos por parte de su titular provoca incertidumbre y evidente zozobra en los individuos, atenta contra la estabilidad patrimonial, por lo que la prescripción intenta abolir esas situaciones de incerteza, producidas por el transcurso del tiempo.[1035]

No obstante, lo expuesto y atendiendo a la naturaleza del derecho en cuestión, existen situaciones jurídicas de particular relevancia que son imprescriptibles. En este sentido, tratándose de la nulidad absoluta, la opinión doctrinal predominante es que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible; sin embargo, como ya se adelantó, en Costa Rica se establece que la prescripción de este tipo de patologías se convalida en un plazo de diez años.[1036] De otro

---

[1033] " (…) No existe, por otra parte, ninguna norma constitucional que obligue al Estado a seguir determinadas reglas en cuanto a la prescripción de los derechos y obligaciones, de tal forma que el problema planteado, deja de ser un tema de relevancia constitucional, con la salvedad señalada supra, de que se elimine del todo la prescripción de la acción penal, porque en ese caso, sí podríamos estar frente a una violación del principio de seguridad jurídica que exige certeza para el ciudadano, en cuanto a la limitación o afectación de sus derechos se refiere; desde este punto de vista, ningún ciudadano está obligado a soportar una afectación indefinida a un proceso penal.(…)" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," resolución No. °2002-3498; 17 de abril, 2002".

[1034] En este sentido, Guillermo, Pedro del Olmo García, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Esther Arroyo Amayuelas, Francisca Ramón Fernández, Andrés Domínguez Luelmo, Manuel Jesús Marín López, *La Prescripción Extintiva,* 1era edición (Valencia, España: Tirant Lo Blanch , 2014), 416.

[1035] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, nº 76-95; 12 de julio, 1995, 15:00 horas. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia nº 49-97 de las 15 horas del 27 de junio de 1997.

[1036] Diego Baudrit Carrillo, "La temporalidad de la acción de Nulidad absoluta y la perpetuidad de la excepción", *Revista Judicial,* no. 25 (1983), https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/repositoriocorte/Busqueda/infoDoc.aspx?c=daD38SHKZ218sAUTMWWS5TUA0360. Este mismo autor, considera que la prescripción como acción prescribe en diez años, pero la prescripción como

lado, en materia penal existe la necesidad de que el Estado tenga un límite al derecho punitivo, a fin de evitar que el Estado se convierta en un perseguidor infinito por lo que, consecuentemente, es ineludible que existan plazos determinados.[1037]

5.2 Imprescriptibilidad

Si se parte de una de las bases de la ED, la nulidad absoluta, lo tradicional es utilizar el antecedente romano que consideraba a la acción de nulidad absoluta como perpetua; el contrato nulo, por ser considerado como si no existiese, por tanto, no puede ser objeto de confirmación ni de prescripción.[1038]

Las legislaciones de ED de Colombia y Guatemala consagran la imprescriptibilidad de la acción de ED,[1039] lo cual, es congruente en apariencia con las características de la acción de nulidad absoluta, pero el tema no es pacífico.[1040] Otra explicación para establecer la imprescriptibilidad consiste en admitir que la adquisición ilícita de bienes tiene efectos

---

excepción es imprescriptible. Para ello se fundamenta en el artículo 837 del Código Civil que dispone: "…no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria…" Gerardo Parajeles Vindas, *Código Civil*…, art. 837.

[1037] Tal afirmación no es una regla absoluta, existen situaciones de política legislativa o de derecho internacional que promueven la imprescriptibilidad de ciertos delitos como los crímenes de lesa humanidad. Aprobación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Naciones Unidas 1969) 8717, (NOTA: Mediante decreto ejecutivo N° 35177 del 17 de marzo de 2009, la República de Costa Rica, se adhiere a la presente Convención).

[1038] Corresponde al principio romano "*quod ab initium vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*" que significa "Lo que está viciado desde su inicio no puede convalidarse con el transcurso del tiempo". En el mismo sentido se decanta el tratadista Víctor Pérez Vargas, cuando afirma: "Se afirma – en doctrina- que la declaración de ser nulo el contrato puede pedirse en cualquier tiempo, mientras subsista interés suficiente en el demandante. "Víctor Pérez Vargas, Derecho Privado, p.332.

[1039] El artículo 21 del Código de Extinción de dominio de Colombia indica: "Intemporalidad. La acción de extinción de dominio es imprescriptible. La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley. En el mismo sentido la Legislación de Guatemala, dispone: "Artículo 7. Autonomía da la acción. La acción de extinción de dominio prevista en la presente Ley es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal…". Oscar Toro Lucena y Eduardo Cajicá, *Código Extinción de Dominio*, art. 21

En el caso de Guatemala no menciona en forma expresa que se puede aplicar la extinción a supuestos acaecidos antes de la vigencia de la ley. En el caso de México, la Ley Nacional de Extinción de Dominio establecía la imprescriptibilidad de la acción, pero mediante acción de inconstitucionalidad fue declarada inconstitucional mediante sentencia del Suprema Corte de Justicia de la Nación, Estados Unidos Mexicanos, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad, Res. No. 100/2019; DOF, 06 de enero 2022, http://sidof.segob.gob.mx/notas/5640305

[1040] En el último proyecto de ley de Costa Rica no se establece la imprescriptibilidad de la acción, por el contrario, el artículo 18 establece: "Prescripción de la acción de extinción de dominio. Una vez iniciado el proceso de extinción de dominio y al no presentarse ninguna causal de interrupción, la acción prescribirá a los diez años..." Asamblea Legislativa, "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada): Ley de Extinción de Dominio; 04 de enero del 2019", *La Gaceta*, No 3 (4 de enero, 2019).

permanentes; en consecuencia, el transcurso del tiempo no tendría ningún efecto reparador o de convalidación.[1041]

5.3 Retrospectividad y retroactividad

El CED de Colombia incluye el concepto de retrospectividad en el mismo artículo que declara la imprescriptibilidad, cuando menciona que la ED se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley.[1042] Desde este punto de vista, se entiende que la extinción de dominio es de carácter 'retrospectivo' -que es un presupuesto distinto a la imprescriptibilidad de la acción- lo cual implica utilizar una determinada norma a hechos anteriores a su entrada en vigor, pero que nunca consolidaron una legítima situación jurídica. En un inicio pareciera un concepto novedoso y que resquebraja el principio de irretroactividad; sin embargo, la Ley contra la Delincuencia Organizada menciona la aplicación de capitales emergentes con "retrospectiva hasta de diez años", de modo que el concepto fue adoptado en la legislación de Costa Rica desde el año 2009 y además, como se ha mencionado reiteradamente, ya fue revisada su constitucionalidad.

En otras palabras, la aplicación retrospectiva de la ley de extinción de dominio sobre bienes o activos ilícitos se sustenta en la falta de 'consolidación' del derecho de propiedad del bien o del activo en proceso de extinción, debido a la existencia de un título inválido de adquisición o disposición. Por tanto, la retrospectividad significaría el reconocimiento de un derecho de propiedad nulo, por lo que no tendría relevancia si es anterior o no a la vigencia de la ley.[1043] La Corte Constitucional de Colombia ha precisado que la retrospectividad no era absoluta, en el sentido de que únicamente aplicaba para aquellas adquisiciones o destinación

---

[1041] Ricardo Rivera Ardila, *La Extinción de Dominio*, 146.

[1042] En la legislación de Guatemala no se incluye la retrospectividad y tampoco en la legislación de México. En el último proyecto de ley de Costa Rica, el artículo 19 dispone la retrospectividad, pero con un plazo de hasta quince años: "Artículo 19- Retrospectividad de la acción de extinción de dominio. La extinción de dominio podrá declararse en los casos en los que se presenten las causales cuando se acrediten los presupuestos para su procedencia, con una retrospectiva de hasta quince años…" Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, art. 19.

[1043] En esta línea de pensamiento la Corte Constitucional de Colombia ha señalado: "No se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales. Simplemente se está haciendo explícita por la ley una condición que el ordenamiento jurídico imponía, desde el momento en que se produjo la adquisición de la propiedad y que, por tanto, era suficientemente conocida por los infractores: la propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse." (C-373 del 13 de agosto de 1997.

ilícita de los bienes o derechos que hubiesen sido realizados con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a la medida de extinción.[1044]

Según la jurisprudencia de Colombia y la doctrina existente en ese país, el concepto de retrospectividad no es sinónimo de retroactividad. Una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas,[1045] por esa razón, al existir una nulidad absoluta, ese derecho en particular no se ha consolidado, ergo, no se está afectando el principio constitucional de irretroactividad de las leyes.

Además de los argumentos expuestos, se afirma que los motivos que llevaron al legislador de Colombia a permitir la retrospectividad de la acción, fue evitar la consolidación de enormes fortunas ilícitas nacidas a contrapelo de la propiedad legítima y legalmente adquirida. Otra razón fue evitar la expansión de fenómenos delictivos generados a partir de la adquisición de dinero proveniente de actividades delictivas.[1046]

Los conceptos de imprescriptibilidad y retrospectividad son temas álgidos y controversiales en esta materia. La anterior afirmación encuentra respaldo en la inconstitucionalidad declarada en México y en el año 2021 la Corte Constitucional de Ecuador acogió parcialmente las objeciones por inconstitucionalidad, declarando que ambos institutos dentro de la acción de extinción de dominio no eran compatibles con el derecho a la seguridad jurídica y con el principio de legalidad, advirtiendo que vulneraba ambos principios. La Corte de Ecuador consideró que la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio transgrede la seguridad jurídica e impone una carga excesiva y desproporcionada a todas las personas, al requerir que las justificaciones respecto a la licitud de todo bien y de los fondos utilizados para adquirirlo deban ser preservadas a perpetuidad a riesgo de que, en un tiempo futuro, infinito e

[1044] Corte Constitucional sentencia C-374 de 1996. Esta sentencia esgrime al no existir un derecho consolidado que proteger, dado que la expectativa de un derecho que se ampara en actos ilegítimos no puede ser protegida, queda expedita la vía de la acción de extinción de dominio sobre bienes cuya adquisición derive de actos ilícitos, lo cual no implica que se esté aplicando el procedimiento de manera retroactiva.

[1045] El artículo 34 de la CP de Costa Rica consagra el principio de irretroactividad de las leyes. "Artículo 34.A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas." La Sala Constitucional desde vieja data, sobre este principio ha declarado: "El artículo 34 de la Constitución Política prohíbe dar carácter retroactivo a la ley cuando ello vaya en perjuicio de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Ambos conceptos han sido claramente definidos por la doctrina constitucional y la jurisprudencia nacional." (Sentencia 1119-90)

[1046] En este sentido se pronuncia Ricardo Rivera Ardila, *La Extinción de Dominio*, 150.

indeterminado, el Estado les exija demostrar la licitud del bien so pena de ver extinguido su derecho de dominio.[1047]

6. El impacto de la ED en la estructura y función del Derecho de Propiedad

El efecto que posee las formas de extinción de dominio en todos sus grados y escenarios incide directamente sobre la estructura y la función del derecho de propiedad.[1048] A lo largo de esta investigación se ha mencionado la multiplicidad de contenidos que puede tener la función y la estructura de los derechos reales en general. Desde esta óptica, el derecho de propiedad no es la excepción, lo que trae como consecuencia la generación de distintos estatutos dominicales, según se ha explicado. Como se indica en algunos votos de la Sala Constitucional comentados en esta investigación, la estructura de un derecho real como el de propiedad, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real, derivados de la legislación constitucional y de la legislación ordinaria o tradicional – Código Civil -, y modificados por la legislación especial, para responder a las necesidades de cualquier estado de derecho (entiéndase grupos de interés económico) en cada momento histórico. De ahí que la diversa estructura y función de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, conduce a hablar de diversos tipos o estatutos de propiedad.[1049]

El concepto de estructura de la propiedad se entiende como ese abanico de derechos, facultades y deberes que surgen de un determinado contenido propietario, en consecuencia, se trata de ese halo de libertad personal que envuelve ese derecho, que en algunos casos podría ser amplio y en otros restringido. Pero resulta que esa estructura no puede verse únicamente como una obligación negativa del Estado de no lesionar esa esfera de libertad individual, sino como también se ha mencionado, implica la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales

[1047] Corte Constitucional del Ecuador, dictamen 1-21-OP/21, 17 de marzo del año 2021, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic4NGU0YWE4MS1jMWMyLTRhNjItYTk0MC04NjliZTQyZGQ3NjYucGRmJ30=

[1048] La resolución de la Sala Constitucional número 16629-2012, fue de las primeras en caracterizar a los derechos reales a través de su estructura y función. En la doctrina clásica se considera que los institutos jurídicos se pueden estudiar desde el punto de vista estructural, preguntándose el investigador por los elementos que los componen (de qué están hechos), y desde el punto de vista funcional, lo que significa que la atención se fija en los resultados que proporcionan (para qué sirven). Desde esta óptica, se podría encontrar en la estructura el momento estático y en la función un elemento dinámico. La visión de esta investigación no es mostrar un abismo entre la imagen del derecho de propiedad como momento de la praxis (función) y el derecho de propiedad como objeto abstractamente considerado (estructura), sino hacer posible una comprensión global, considerándolo partes de un todo.

[1049] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia," resolución No. 16669-2012; 28 de noviembre, 2012".

derechos, y de los valores que los representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte de una persona en particular.[1050]

De otro lado, el análisis funcional permite comprender el para qué sirve ese derecho subjetivo y cuáles son sus contornos, fijando la utilidad económica, social y ambiental para el cual fue diseñado un tipo de derecho de propiedad en particular. No hace falta insistir que cualquier derecho subjetivo fundamental, está inmerso dentro un ordenamiento objetivo que actúa en una determinada sociedad. De esta forma ese elemento estructural no puede escindirse de las funciones para las cuales fue diseñado un determinado derecho de propiedad. Aspectos como facultad, poder, deber, obligación, pretensión, etc., de un determinado derecho subjetivo, deben interpretarse 'funcionalmente', esto es, en estricta correspondencia con las actividades o hechos que despliega ese derecho en la práctica, no basta señalar lo que es, sino además debe conocerse el 'para qué' fueron creados.[1051]

Desde esta perspectiva, los elementos estructurales del derecho de propiedad no se oponen a su función, son caras de una misma moneda. Como indica Barnes, no hay problema en admitir que la propiedad sea un derecho subjetivo y que la teoría de la funcionalización resulta compatible con la naturaleza de un derecho subjetivo en particular.[1052]

De una revisión de los aspectos conceptuales esbozados, es factible encontrar que dentro de la estructura misma del derecho de propiedad existen las obligaciones positivas del Estado para contribuir al mejoramiento de ese derecho o por lo menos para evitar su deterioro. Se ha insistido en esta investigación que la existencia de una economía oculta -también denominada economía ilícita- introducida por distintos actores en una determinada sociedad, provocan enormes distorsiones en la economía, disminución de ingresos tributarios, informalidad en el empleo y otros efectos que son obstáculos para el mejoramiento y desarrollo de cualquier Estado de Derecho.

[1050] Esta opinión es sustentada por varios autores, entre ellos Fernando Rey Martínez quien afirma: "La intervención del Estado en la regulación de los derechos seria. pues, "verdaderamente constitutiva". La teoría institucionalista entraña una visión realista de los derechos fundamentales ya que parte de la observación de que éstos no dependen exclusivamente de su proclamación y, en su caso, protección jurisdiccional, "sino de su organización y configuración, así como de su vigencia efectiva en la sociedad. lo que no es posible sin una actuación positiva, de ordenación y fomento, de los poderes públicos. Fernando Rey Martínez, 1994, 154.

[1051] El autor Javier Barnes Vázquez lo denomina 'Derecho Subjetivo Funcional'. Ver Javier Barnes Vázquez, 111.

[1052] Javier Barnes Vázquez, 110.

Bajo la anterior tesitura, las herramientas legales o acciones estatales que priven los bienes de aquellas personas que realizan determinadas actividades prohibidas sin derecho a indemnización lejos de afectar la estructura del derecho de propiedad, lo fortalece. El hecho de que el poder estatal suprima los derechos y obligaciones derivados de un derecho de propiedad sin indemnización, a consecuencia de una adquisición ilícita o un uso prohibido del bien, lejos de constituir una violación a la libertad individual de su titular, se erige en un correctivo y en un presupuesto necesario de cualquier derecho subjetivo, por cuanto solo el poder estatal podría enmendar o reconducir esa transgresión. La privación de bienes obtenidos ilegalmente supone un fin preventivo, por cuanto la realización de una actividad ilícita no debería entrañar un beneficio para su autor o partícipe, ni para los terceros de mala fe, pues de lo contrario existiría un enriquecimiento injusto.

De esta forma, la ED actúa sobre la dimensión subjetiva del derecho de propiedad suprimiendo las facultades y extinguiendo el derecho, a fin de contribuir en el desarrollo económico de un Estado y de esta forma evitar que la libertad individual traspase las fronteras que cualquier derecho subjetivo posee.

De una comparación de las causales de la ED con la estructura del derecho de propiedad, se podrá notar que tanto las causales denominadas "por origen", como también las denominadas 'por destinación', actúan básicamente sobre la estructura del derecho de propiedad, eliminando los atributos diseñados para un titular determinado, a raíz de un abuso o transgresión en las facultades concedidas, que podría ocurrir en la adquisición o en el uso de ese derecho de propiedad específico. De esta forma, todo derecho subjetivo tiene un límite, esta frontera, por lo general, está en su propio contenido. Por lo tanto, el derecho de propiedad tiene sus límites en las facultades, poderes, pretensiones y deberes que la propia legislación le concede o reconoce a su titular, se trata de una especie de frontera natural, quien actúa fuera de esos límites no lo hace en ejercicio de su derecho y en consecuencia se ve expuesto distintos efectos o sanciones, hasta culminar con la posibilidad de la privación de su derecho.

CONCLUSIONES GENERALES

Abordar el estudio de la acción de Extinción de dominio, o cualquier otra herramienta jurídica que de alguna forma incida en las características sustanciales, o afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad privada y del patrimonio en general, requiere en primer término, del análisis de su régimen y jurisprudencia constitucional.

Resulta ineludible comprender que la garantía de cualquier derecho fundamental es el género de cualquier manifestación -especie- que la normativa legal establezca. En otros términos, el derecho de propiedad privada plasmado en la constitución es el género de todos los demás tipos de propiedades que la legislación defina, o que los poderes públicos pudiesen promulgar en el futuro.

Al utilizar un concepto genérico de propiedad privada y también de hermenéutica material, que realiza la Sala Constitucional, se tiene la ventaja que ambos conceptos son los que orientan las decisiones macro ante los modernos desafíos, es decir, que la propiedad constitucional debe tener la capacidad de responder a las cuestiones fundamentales y novedosas de la colectividad -como serían los procesos de privación del dominio sin indemnización- sin tener que modificar el texto constitucional cada vez que se presenten.

La anterior tarea se complementa con la revisión evolutiva constitucional de ese derecho y sus distintas vicisitudes, a lo largo de más de dos siglos de historia. En esta exploración evolutiva, quedan en evidencia cuatro rasgos característicos de los procesos evolutivos, con respecto al derecho de propiedad en la historia constitucional de Costa Rica: la visión del derecho de propiedad privada identificada como un **derecho natural y sagrado**, la propiedad como **libertad-garantía**, en este sentido las nociones de persona y derecho de propiedad son conceptos presociales y por tanto el Estado tiene la obligación de reconocer y evitar atentados externos; con la introducción del concepto de función social, la idea de **propiedad-deber**, finalmente con la advenimiento de la función ecológica, el último concepto se transforma en **la propiedad-deber más la preservación del medio ambiente,** como forma de garantizar la sobrevivencia de la propia especie humana. La descripción anterior -que no es novedosa para la doctrina-, sirve de plataforma para plantear un quinto rasgo evolutivo que esta investigación ha dejado entrever: **la propiedad lícita.** Este último rasgo no significa que nunca hubiese estado presente, representa la expresión de las profundas mutaciones sociales, económicas y políticas que las sociedades han sufrido en las últimas décadas y la necesidad de visibilizar la

condición de licitud para que la propiedad no se convierta en propiedad-disfunción, como un concepto contrario a lo que en algún momento con la introducción de la función social se denominó propiedad-función. Otro ingrediente de este nuevo rasgo, consiste en la atención que ahora recibe el momento dinámico del derecho de propiedad, en detrimento de la titularidad. En esta misma línea de pensamiento, la función social también es que la propiedad sea legítima, tanto en su uso y explotación, como también en su adquisición.

Como se infiere de cualquier otra disposición constitucional análoga, si el Estado tiene un deber de protección sobre esos derechos y los titulares de la propiedad un derecho a la protección de su patrimonio es comprensible la necesidad de que el primero ejecute nuevas formas concretas de intervención, defensa y protección ante el peligro que provoca la adquisición y el uso de bienes y derechos de forma ilícita. Este punto es medular, para entender y ubicar a las distintas herramientas jurídicas que los organismos internaciones y los Estados han promovido y ejecutado para defender adecuadamente las amenazas que conlleva lo que se ha denominado en esta investigación como ‘economía oculta’ o ‘economía subterránea’.

La posible utilización del poder estatal para crear herramientas jurídicas que actúan sobre el patrimonio ilícito, mediante acciones como la Extinción de Dominio, penalización de capitales emergentes u otras acciones análogas, sin indemnización ni condena penal, son además de admisibles, obligatorias, para cualquier Estado de Derecho contemporáneo.

El otro aspecto relevante de la propiedad constitucional es su objeto, tratándose de contenidos patrimoniales de muy diversa estirpe, calificables como situaciones jurídicas privadas de naturaleza patrimonial, vinculadas con un titular de derecho. Sin embargo, de la revisión efectuada a las legislaciones sobre la ED, se denota que su objeto rebasa al derecho de propiedad y a los derechos reales en general, admitiéndose la privación de cualquier bien o activo que tenga un valor o interés económico y de ahí la calificación por la opta esta investigación para denominarla acción contra el patrimonio y no simplemente como una acción de naturaleza real. En consecuencia, la posible acción de Extinción de Dominio y en general todas las acciones de esta naturaleza, podrían recaer sobre un derecho de propiedad, pero también se aplican a los derechos de crédito, a ciertos derechos inmateriales o patrimoniales que son susceptibles de valoración económica, como lo serían las concesiones administrativas, y los derechos personalísimos, entre otros.

Como se indicó, el rasgo denominado propiedad-licitud, impregna cualquier situación jurídica privada de naturaleza patrimonial. El tipo de utilidad privada para cualquier titular de bienes y derechos en general debe ser legítima. En consecuencia, el soporte de cualquier derecho de propiedad debe configurarse de una forma tal, que no infrinja las reglas del ordenamiento jurídico. Como ha señalado la jurisprudencia constitucional mediante el voto 2015-18946, quien adquiere bienes ilícitamente o derivado de actividades ilícitas, no tiene la garantía prevista en el artículo 45 de la CP, por tener un vicio originario o por la utilización ilícita del bien, no es susceptible de convalidación y que además faculta al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.

Los anteriores argumentos encuentran respaldo en el hecho indubitable que la constitución garantiza una economía de mercado, pero dentro de un Estado Social de Derecho, permitiendo a los titulares de situaciones jurídicas privadas de naturaleza patrimonial, ejercer sus atributos dentro de los límites de la constitución y el marco legal, es decir, dentro del terreno de la licitud.

De todas formas, el horizonte de los elementos de la función social y ambiental no es un elemento inmutable, en el tanto dependerá de las circunstancias socioeconómicas de un Estado determinado, pero ello no impide afirmar que, dependiendo del contexto, este concepto podría abarcar la necesidad de garantizar, por medio de sanciones penales, el mantenimiento de un orden económico creado y vigilado por el Estado. Si esta función alcanza hasta la última ratio, con mayor razón puede actuar sobre formas híbridas de sanción, incluyendo la privación de aquellos bienes que hubiesen sido adquiridos de forma ilícita.

A partir de la creación de un instituto como la ED y otras herramientas similares, se evidencia un nuevo hito en la dinámica del derecho de propiedad, que pasa de tener su foco de atención en la atribución de su titularidad, como así se evidencia en la codificación tributaria del Código de Napoleón, a centrar su atención en el propio ejercicio del derecho, su momento dinámico, que abarca tanto la adquisición como la utilización de los bienes. Una muestra de ello son las distintas causales por origen y destinación previstas en la legislación de Extinción de Dominio

Pese a las transformaciones e inmisiones estatales en el derecho de propiedad, se concluye que el contenido esencial de ese derecho protege las facultades de goce (ejercicio) y disposición, pero le corresponde al legislador ordinario decidir la dirección en que han de

ejercitarse las actividades económicas de los particulares, en suma, el Estado tiene la potestad de decidir sobre el curso de la actividad económica de una sociedad, incentivando ciertos sectores o regulando otros. Ello provoca lo que en esta investigación se ha denominado como '**relativización' de los derechos**, en contraposición al otrora derecho absoluto enarbolado en el liberalismo, pero que todavía hoy en día algunos predican.

En virtud de los argumentos esbozados, los diversos instrumentos jurídicos creados para la privación del derecho de propiedad sin indemnización que fueron adquiridos o utilizados ilícitamente son conformes al derecho de propiedad constitucional. En sentido contrario, la acción de ED no afecta negativamente el núcleo o contenido esencial del derecho de propiedad previsto en el artículo 45 de la Constitución Política de Costa Rica. Su impacto es positivo, necesario y forma parte de las obligaciones que el derecho de defensa de la propiedad exige a un Estado de Derecho.

El rasgo denominado propiedad-licitud, traslada la discusión al tema de la licitud-ilicitud, aspectos que son preocupaciones esenciales en cualquier Estado de Derecho, que apuntan a dos ámbitos contradictorios de la conducta de los hombres. En consonancia con los criterios de propiedad-licitud, Función Social, injerencia estatal y acciones positivas que el Estado debe tomar para salvaguardar un determinado derecho fundamental, las fronteras de lo lícito-ilícito son movibles, flexibles, adaptables a las circunstancias, pero, sobre todo, permanentemente revisada en atención a las circunstancias que, en cada etapa de su historia acepta, jerarquiza y determina, para su convivencia, una determinada comunidad.

Huelga afirmar, que el derecho tiene y debe contar, permanentemente, con lo ilícito (Código Penal, responsabilidad civil, infracciones tributarias, y muchas otras) y que gran parte de su dinámica tiende, precisamente, a adoptar decisiones para prevenirlo, limitarlo, impedirlo o establecer sus consecuencias, cuando ha ocurrido, en un intento de reparar lo ilícito, lo antijurídico, con base en actuaciones lícitas que subsigan a aquel (ejemplo la privación del derecho). Es precisamente dentro de este marco que una herramienta como la Extinción de Dominio se transforma en indispensable para la mejor convivencia humana, en consecuencia, reafirma su impacto positivo a favor de las situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial, lo que evita los efectos negativos que provoca la economía subterránea o los flujos financieros ilícitos, entre otros.

El otro aspecto relacionado con la dinámica del derecho de propiedad está referido a un punto neurálgico de la investigación: la privación o extinción de estos derechos. Lo primero que debe aclararse es que el tema sobre la privación de bienes no es novedoso, han existido diversos procedimientos para privar de ese derecho a sus titulares desde vieja data, como lo comprueban los ejemplos señalados en esta investigación (artículo 78 de la Ley de Jurisdicción Agraria, ley del ITCO, entre otras). En materia de derechos reales administrativos, son varias las disposiciones legales que sancionan con la cancelación del derecho de concesión distintos supuestos de incumplimientos por parte de los concesionarios y en materia penal también existen procedimientos para extinguir el derecho de propiedad sin indemnización y sin condena penal. En consecuencia, pese a que Costa Rica no ha promulgado una ley específica sobre ED en los términos que lo han realizado otras legislaciones, a lo largo de la investigación se han citado y documentado diversos instrumentos y acciones legales que tienen ese objetivo, en conclusión, algunas formas de ED no son extrañas en la legislación costarricense. Un procedimiento que se acerca a la legislación de ED es la acción denominada "Capitales Emergentes" que se tramita en la vía contenciosa administrativa, esta acción ilustra y respalda la afirmación sobre la existencia, desde hace varios años, de procedimientos similares a las acciones de Extinción de Dominio existentes en otros países de Latinoamérica.

Debido a la amplitud de procedimientos y casos de extinción de bienes sin indemnización distintos a los previstos en el Código Civil, se concluye que no existe algún patrón o procedimiento definido, o presupuestos genéricos para proceder a la privación. Existen causales de extinción que, si bien exigen algún nexo causal entre los bienes sobre los que recae y la infracción que se juzga, existen otras formas de privación que no requiere conexión alguna, que se concretan con la sola comprobación de una omisión específica, sin importar la procedencia o relación entre el bien y una posible ilicitud.

De lo anterior se comprueba la flexibilidad en esta materia y las amplias prerrogativas del poder estatal para extinguir los derechos de propiedad de sus titulares, sin la necesidad de utilizar un debido proceso de naturaleza penal, culpabilidad u otros requisitos propios en materia de decomiso de bienes. Adicionalmente, existen en Costa Rica otras formas de privación de bienes que no necesariamente implican indemnización, como en los casos previstos en la Ley de Emergencias, sin embargo, nunca se ha cuestionado la inconstitucionalidad o la necesidad de aplicar los principios del proceso penal.

A propósito de las causales de extinción del dominio previstos en el Código Civil, resulta importante considerar la posibilidad de introducir en el Código Civil una sistematización de las formas de extinción del derecho de propiedad, para incluir como medio de extinción, la sentencia firme que se dicte con motivo de una acción de ED, al igual que se hizo con el artículo 1907 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

Es importante agregar un elemento adicional que abona la tesis de la importancia de instrumentos como ED, consiste en plantear algunas limitaciones del comiso tradicional en la legislación de Costa Rica al no incluir la posibilidad de incautar ganancias indirectas, como el comiso impropio, e reemplazo o de valor equivalente, presupuestos que si son amasados en los instrumentos de privación y recuperación de activos, semejantes a la ED.

A los elementos propios de la propiedad constitucional, hay que agregarle el impulso internacional para que las naciones, dentro del marco de sus legislaciones internas, promuevan la utilización de herramientas de decomiso, comiso o confiscación de bienes por origen y destinación ilícita relacionada con actividades ilícitas o delitos graves, mostrando una tendencia hacia la ampliación de actividades ilícitas sobre las que se debe actuar, iniciando con el tráfico de estupefacientes para luego extenderse a otras tipologías criminales como el lavado de activos, la financiación a terrorismo, la corrupción, la trata de personas, entre otras. Además, esta intervención o impulso de los organismos internacionales está íntimamente relacionado con la sofisticación que ciertos grupos o personas logran introducir en la economía legal sus ganancias o productos derivados de actuaciones ilícitas.

A partir del análisis de las distintas legislaciones y la doctrina sobre ED, la investigación ensayó una conceptualización de este instituto. Se escrutaron algunos puntos comunes de las legislaciones estudiadas que permitiera amalgamar un concepto que sea entendible, pero además útil. Para tal efecto, primero se localizaron los siguientes elementos comunes y propios de la legislación estudiada: a.- procura perseguir los dividendos económicos que genera cierto tipo de criminalidad, principalmente aquella derivada de la globalización, sin ello implique la existencia de homogenización entre las legislaciones; b. se despoja a sus titulares de aquellos derechos subjetivos patrimoniales ilegítimos, por origen o destinación; c. preserva y defiende los derechos de propiedad que cumplen con los requisitos propios del negocio jurídico y la función social y ambiental que le es inherente; la privación se realiza sin derecho a compensación o contraprestación a favor de la persona privada de sus bienes; d. la declaratoria

de privación es jurisdiccional y se ordena a favor del Estado o de alguna institución de derecho público; e. tiene como límite natural la demostración de la buena fe por parte del afectado.

Se puede definir la acción de ED como un instrumento jurídico de política criminal y civil, creado por el poder Estatal con el propósito de perseguir los activos derivados de actividades delictivas, mediante la declaración judicial que extingue, priva, o decomisa a favor del Estado, todos aquellos bienes o activos susceptibles de valoración económica (objeto material) que pertenecen a particulares, que han vulnerado el derecho de propiedad legítima (bien jurídico), a partir de la efectiva demostración de alguna de las causales extintivas de dominio, definidas en cada legislación.

La Extinción de Dominio, como instituto y como acción contra el patrimonio de los particulares, se configuraría como una especie de 'facultad o derecho de persecución' semejante a los atributos que posee cualquier derecho real. Al extrapolar la acción de ED con los procesos de persecución en materia civil, se encuentran semejanzas significativas, con la única diferencia de la causa de la persecución (ilicitud en la adquisición o en el uso) y la legitimación activa, que en el caso de la ED corresponde al Estado.

La anterior afirmación sirve para responder a una de las interrogantes de la investigación: ¿Se justifica el traslado de las facultades del dominio o derecho de propiedad al Estado? Sobre este cuestionamiento, la investigación responde en un modo afirmativo, pero con una variación en cuanto su fundamento, dejando de lado las teorías sobre el 'dominio inminente' y acogiendo la tesis weberiana sobre el Estado como última ratio de todos los poderes, lo que conlleva a justificar que ese poder último es quien decide el cómo y cuándo imponer sanciones a los demás miembros de una sociedad determinada.

Es ineludible que todas las legislaciones estudiadas afirman que la acción de ED es autónoma. Sin embargo, de una revisión profunda de esta afirmación, se desprende que se trata de afirmación relativa. En la 'huida' desde el derecho penal, se pretende que la ED tenga sus propias reglas, causales, principios y otros atributos que la hagan libre de las ataduras del proceso penal. Pese a que es independiente del juicio de responsabilidad penal, hay tres elementos que lo vincula con el proceso penal: el primero es la participación del Ministerio Público, Fiscalía o su homólogo acusador (autoridad competente) y en segundo lugar, el componente básico de la normativa de la ED es la existencia de 'actividad ilícita', que siempre será una conducta penal debidamente tipificada en la legislación de cada país, que representa el

carácter antijurídico o antinormativo de la ED, con independencia de la culpabilidad del titular (injusto penal) y tercer lugar, parte de la prueba recabada en el proceso penal se traslada a la acción de ED.

En los presupuestos para la aplicación de la ED, el límite material o sustancial de la acción que se pretende es la buena fe (exenta de culpa o cualificada). Este último concepto está presente en todas las legislaciones sobre Extinción de Dominio, defiende las situaciones jurídicas privadas de contenido patrimonial, estableciendo los requisitos y condiciones en las que sería improcedente aplicar la ED. Es importante considerar que, contrario a lo que se pregona, el alcance de la buena fe como límite sustancial de la ED evita la arbitrariedad y fortalece el derecho de defensa, contradiciendo las críticas que recaen sobre el objeto de estudio. Contrario a lo que ocurre con la acción de ED, y a propósito de las críticas, se traen a colación un supuesto legal y otro jurisprudencial donde la buena fe es simplemente ignorada: decomiso de dinero al salir del país y aplicación del 492 del CPP, para los casos de falsedad documental.

Mediante el método comparativo usado en algunos de los temas investigados, se debe resaltar la particular reforma constitucional de México. Este ordenamiento optó por incluir los presupuestos o causales de la ED, así como los delitos para los cuales tendría aplicación la privación de bienes, dentro del propio artículo 22 constitucional que se refiere a la confiscación y sus excepciones. Esta singularidad muestra una técnica legislativa diferente a la Constitución de Colombia. Además de plasmar un enunciado o principio en su constitución, se le adhirió un contenido específico, delimitando a nivel constitucional, las reglas básicas para la aplicación del instituto o herramienta que se propone, contrario a la técnica utilizada en la constitución de Colombia, donde fue el legislador ordinario a través de una ley específica, quien definió el contenido, presupuestos e ilicitudes a las cuales se aplicaría la privación de bienes. Sin embargo, esa técnica tiene la desventaja de impedir la flexibilización en la promulgación de la legislación, lo cual conllevó a la declaratoria de inconstitucionalidad y de esta forma la legislación de ED en México solo permite aplicar la privación a causales por origen, impidiendo aplicar la acción a los bienes que se hubiesen usado o utilizado en forma ilícita, pero adquiridos de forma lícita (legítima procedencia). En otras palabras, la “legítima procedencia” de los bienes a que alude el artículo 22 de la Constitución no comprende ni el uso y tampoco el destino de los bienes, lo que conlleva a concluir que en México no es posible declarar la extinción de bienes por causas relacionadas con el uso o utilización ilícito de bienes.

La Unión Europea definió su estrategia en esta materia, a través de la denominada directiva 2014/42/UE y un reglamento promulgado en el año 2018, referente al embargo preventivo y decomiso de bienes. El aspecto que interesa para esta investigación es que el reglamento europeo incluye el decomiso sin condena previa, pero limitado a los siguientes supuestos: fuga, enfermedad o muerte del acusado, inmunidad, prescripción o cuando el autor del delito no pueda ser identificado o cuando un tribunal decida decomisar activos al considerarlos producto del delito en investigación, con la condición de que sean ordenados dentro de procedimientos de naturaleza penal o incluso civil. La relevancia de esta normativa es que no es necesaria transposición normativa por parte de los estados miembros, lo que evita que cada Estado promulgue su propia versión y en un incierto tiempo, lo que conlleva a concebirla como una normativa 'supranacional'.

En el caso de España, se hicieron las respectivas reformas y lo significativo es que el Código Penal español previó por primera vez en el art. 127.3, la posibilidad de que un órgano jurisdiccional penal pudiera acordar el decomiso de los efectos, medios, bienes, instrumentos y ganancias provenientes de un delito de una persona, pese a que a esta no se le hubiese impuesto una pena "... por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido, último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita". Además, por su naturaleza civil puede ser impuesto con criterios menos estrictos que el decomiso propiamente penal, especialmente de prueba (probabilidad prevalente) y puede dirigirse contra las personas jurídicas y los herederos de los responsables.

De acuerdo con el artículo 127 antes citado, el decomiso se podría plantear en cualquier tipo de delito doloso y tratándose de acciones delictivas imprudentes se aplicaría el decomiso en aquellos casos donde la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año, con ello el marco de acción va más allá que la directiva europea que solo mencionaba los nueve 'eurodelitos'. Al comparar esta legislación de España con la acción de ED estudiada, es notoria la diferencia. El decomiso autónomo tiene un ámbito de acción muy restringido, en comparación con la ED y además se sigue manteniendo en el ámbito penal. El punto de encuentro es la posibilidad de extinguir el dominio sin necesidad de una condena penal.

Con base en el estudio y análisis la propiedad constitucional, los elementos civiles del derecho de propiedad y la legislación y doctrina sobre la Extinción de Dominio, se abre la

posibilidad de indagar, si la herramienta de extinción de dominio en Latinoamérica sacude o no, los cimientos del derecho de propiedad.

En dicha línea de investigación, los efectos que tiene la ED sobre el Derecho de Propiedad sugieren un cambio evolutivo importante: la propiedad-licitud, que significa la relevancia de la propiedad adquirida y utilizada en forma lícita. Por otra parte, las nuevas formas de privación de bienes no tienen secuelas que resquebrajen o agiten los cimientos del Derecho de Propiedad. Del análisis efectuado se concluye que esta forma de privación de activos no contraviene el Derecho de Propiedad Constitucional, por el contrario, lo vigoriza. En realidad, los apoyos que se mueven corresponden a la materia penal y de ahí las fuertes críticas que recibe de este sector. Lo que esta investigación ha visualizado es el predominio de conceptos e institutos propios del Derecho Civil trasladados a la Extinción de Dominio, tanto en su concepción de Instituto, como en sus rasgos procesales.

Ese reforzamiento de los principios y conceptos del Derecho de Propiedad Constitucional lícita, sus distintas formas de propiedad, y la influencia del Derecho Patrimonial Civil en la acción de ED, se visualizan en varios de las cuestiones que se han abordado a lo largo de esta investigación. En materia de derecho probatorio, los cambios no son menores en comparación con las formas de valorar la prueba en los sistemas penales. Con la decisión de variar la carga probatoria por sistemas dinámicos propios del Derecho Procesal Civil se rompe el dogma del principio de inocencia en materia penal. La influencia de algunos institutos del Derecho Civil en las herramientas de privación y recuperación de activos, alcanzan el propio proceso penal, como ocurre con el Decomiso Autónomo en la legislación de España. En el Decomiso Autónomo previsto en la legislación de España, a pesar de que no se trata de un proceso separado y distinto al penal, para efectos de valoración probatoria, no se aplica el estándar denominado ‘más allá de toda duda razonable’, y en su lugar se opta por el concepto civil de ‘probabilidad prevalente’.

En cuanto al derecho de fondo de naturaleza civil o comercial, se derivan algunos impactos importantes. En primer lugar, un elemento civil que está presente en todas las legislaciones estudiadas es la regla de la Buena Fe. A pesar de que su configuración legal en las distintas legislaciones no es uniforme, el uso de calificativos como: ‘exenta de culpa’, ‘conducta diligente y prudente’, implica una variación importante en la concepción tradicional de la buena fe. Se muta de una noción de buena fe simple a una Buena Fe calificada o reforzada, al

requerirse una conducta diligente y prudente, tanto en la adquisición como en la utilización y uso de los bienes, aspectos que están ausentes en la buena fe simple.

Se concluye que la función de la buena fe trasciende su función integradora o informadora del ordenamiento jurídico, para erigirse en la principal herramienta de defensa -por no decir la única- con que cuenta la persona investigada -afectado- a fin de evitar la extinción de su derecho de propiedad; de esta forma, su principal función es limitar el poder extintivo del Estado y constituirse en una forma de exclusión de responsabilidad en la acción de ED. Esta eximente de responsabilidad, es una condición excepcional que concurre en la configuración de un hecho típico de la Extinción de Domino, pero que debido al acontecimiento de la Buena Fe evita aplicar la tipicidad extintiva, y por tanto no produce la privación del dominio que se pretende. La notoriedad de este elemento se refuerza con la reforma del Código Civil en Francia, que ahora exige la buena fe en la contratación en todas sus fases advirtiendo que los contratos se negocian, se forman y se ejecutan de buena fe.

El segundo elemento que sufre alguna mutación en el campo civil se refiere al concepto de tercero, que es sustituido en la legislación en algunas ocasiones, por la denominación de 'afectado' o 'afectados'. Por lo general, el concepto aparece asociado a la noción de buena fe, pero de una revisión de las legislaciones estudiadas se deduce que no es una regla absoluta debido a que, en varios supuestos, no está ligado al principio citado. Esto deviene en una separación entre los conceptos de 'tercero' y la noción de 'buena fe,' en consecuencia, bien se trate de un tercero en los términos civiles o un 'afectado,' se debe de cumplir con los requisitos que establece el concepto de buena fe exenta de culpa. El tercero de buena fe sería una especie del género 'afectado.' Como tesis de principio, se podría afirmar que todo aquel sujeto que califique como 'tercero' es un 'afectado,' pero no a la inversa. Como derivación de las anteriores premisas, al aplicar la noción de tercero como aquel ajeno a una relación jurídica, la diferencia entre el concepto genérico y su especie radica en considerar como tercero a la persona que es ajena a las actividades ilícitas que motivaron el inicio de la acción de ED.

El otro concepto de naturaleza civil que suele incluirse en las legislaciones de ED consiste en la denominación nulidad *ab initio* o 'nulidad de pleno derecho,' concepto sobre el cual se afirma que gravita el poder extintivo del Estado. Sin embargo, desde el punto de vista legal y doctrinal, no existe una categoría especial de nulidad denominada 'nulidad *ab initio,'* se trata de la tradicional nulidad absoluta que la doctrina y los textos legales siempre han conocido.

Otra característica de esta nulidad aplicada a la ED consiste en entender que esta patología se asocia a las causales de ED por origen ilícito, que sería el presupuesto donde tendría cabida el análisis de la ilicitud del objeto en proceso de extinción, aspecto que no se toma en cuenta en las causales por destinación. El elemento que delimita la nulidad en la ED es que esta se circunscribe a la nulidad del objeto o de la causa del negocio.

Si se toma en cuenta el ejemplo del comiso en materia penal, o cualquier otra acción que extinga el derecho de propiedad sin indemnización, se concluye que la admisibilidad de estas acciones legales se cimenta en el texto fundamental sobre el derecho de propiedad, específicamente el artículo 45 de la Constitución Política. En otras palabras, el comiso en materia penal y otras acciones extintivas sin indemnización, son constitucionales por cuanto no contradice el derecho de propiedad previsto en la Constitución Política y no, porque estén previstas como excepción en el artículo 40 de la COP que se refiere a la confiscación. En consecuencia, si el comiso y acciones similares no requieren de su constitucionalización, no existe razón legal para que la privación del dominio de procedencia o destinación ilícita también deba plasmarse en las cartas fundamentales de los países que la implementen. Lo determinante es la conformidad o no con el derecho de propiedad previsto en cada CP, para atender su función social y ecológica, más su contenido esencial.

La investigación no discute la concepción del Derecho Penal como última ratio, en el fondo lo que se cuestiona es la omisión de analizar las herramientas de privación y recuperación de activos desde una óptica integral, debido a la necesidad de incluir el conocimiento profundo del derecho civil, que no solamente es fuente subsidiaria en las distintas leyes, además, se requiere para valorar y analizar cada una de las causales de extinción de dominio, que tienen relación directa con el negocio jurídico o el uso y utilización de los bienes. La atención de la extinción del derecho de propiedad debe centrarse en el Derecho Civil, donde el tópico de la extinción de los derechos reales es ampliamente tratado en la doctrina civil y en la mayoría de los códigos civiles de Hispanoamérica. Sus raíces en la legislación agraria colombiana e incluso en la legislación costarricense, sumado a su parecido con el comiso penal, demuestra una especie de sincretismo entre lo civil y lo penal. Esos fundamentos civiles son más nítidos tratándose de aquellas causales denominadas *de origen*.

La circunstancia anterior está íntimamente relacionada con el derecho de propiedad y su función social, como lo ha dejado claro tanto el Tribunal Constitucional Colombiano y también

la Sala Constitucional de Costa Rica en los votos que se han comentado a lo largo de esta exposición. El derecho de propiedad no es absoluto, tiene limitaciones y, sobre todo, está destinado a cumplir determinadas funciones dentro de la sociedad donde actúa. Cuando esas funciones son abandonadas o sustituidas por otras de carácter ilícito, no hay otro remedio que intervenir privando al propietario de su titularidad, con independencia de su responsabilidad propiamente penal. Esta intervención, lejos de violar el derecho humano de la propiedad, lo que hace es reafirmar la naturaleza misma del derecho de propiedad.

Por tratarse de uno de los derechos ejes del sistema económico, eran de esperar reacciones contrarias y fuertes críticas a la normativa, en todos los países donde se ha implementado o que se pretende implementar como ocurre en Costa Rica. Se aduce que se trata de una *confiscación*; pero tal denominación no obedece al uso gramatical y jurídico del término "confiscación" sino más bien a un uso de tipo persuasivo que proyecta un contenido emocional de matiz negativo.

Por otra parte, también se comprende que, por su similitud, se aduzca que las bases de la acción de ED provengan del comiso penal, lo cual no se niega. Pese a su gran parecido, la ED no constituye un nuevo tipo de comiso, sino que representa un procedimiento alternativo, que opera con relativa autonomía del proceso penal. En cambio, el comiso sigue teniendo un contenido accesorio, subordinado o dependiente del proceso penal. Su suerte depende del resultado penal y de ahí su insuficiencia para cargar con las formas delincuenciales del siglo veintiuno. Esta carencia se observa en aquellos casos donde su efectividad es limitada, por ejemplo, cuando se comprueba la muerte del imputado, se reconoce la prescripción de la acción penal, bienes pretendidos que se encuentran inscritos a favor de terceros o personas jurídicas, fueros o inmunidades, ausencia o fuga del imputado, criterios de oportunidad y otros.

No debe extrañar que algunas de las causales previstas en la legislación tengan una naturaleza o connotación sancionatoria, basadas en normas que se refieren a la conducta del titular del derecho, permitiendo o poniendo a disposición ese bien para fines ilícitos. Sin embargo, ese carácter sancionatorio se califica de naturaleza civil y no penal; las sanciones propiamente dichas no se limitan a la materia penal, también la sanción civil tiene una larga tradición en el Derecho Privado (enriquecimiento injusto o sin causa), laboral y administrativo. Al respecto, cabe anotar que algunas objeciones a este tipo de acciones ya han sido discutidas y resueltas dentro del contexto europeo ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, donde se le ha reconocido plena validez y eficacia a la figura denominada "decomiso sin

condena", semejante a la ED, al considerarla como un instituto de naturaleza sancionatoria no penal.

De lo expuesto, esta investigación considera que la Extinción de Dominio no afecta a la propiedad constitucional, tutelada en el artículo 45 de la Constitución Política, reafirmando la importancia de la licitud de los elementos del negocio jurídico en la adquisición por título traslativo de los derechos reales, pero además reafirma la necesidad de la licitud en los derechos de uso y utilización de los bienes de los particulares. La afectación para sus titulares únicamente ocurre a consecuencia de un negocio jurídico o de una utilización ilícita de bienes.

La mayoría de las objeciones que se presentan sobre este tipo de formas de recuperación y privación de activos ya superaron el control de constitucionalidad en aquellos países donde se ha implementado. También, dentro del contexto europeo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, le ha reconocido plena validez y eficacia a la figura denominada "decomiso sin condena", semejante a la ED, al considerarla como un instituto de naturaleza sancionatoria no penal. Este mismo Tribunal, ha enfatizado que el decomiso sin condena "no tiene una naturaleza propiamente penal, no está basada en la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, resulta más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto, debido a que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello pone de manifiesto que no se trata de un régimen de sanción. (Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 696/2005, *Dassa Foundation* vs. Liechtenstein).

Al margen de que se trate de simple 'escaparatismo', la necesidad de crear acciones para la recuperación y privación de activos derivados de la criminalidad no admite discusión. La omisión de tomar acciones concretas en esta materia representa un grave riesgo para la estabilidad democrática de cualquier Estado de Derecho, lo que lleva implícita la consecuencia que en el futuro se denomine a los países omisos con las palabras 'paraísos legales'.

Esta investigación no califica de fracaso la lucha contra cierto tipo de criminalidad transnacional y menos se puede atribuir esa responsabilidad a una rama específica del Derecho, y más bien se aboga por la conformación de equipos de juristas de distintas ramas del derecho que contribuyan a mejorar o crear la legislación que este país requiere en materia de extinción de activos.

Finalmente, nunca debe olvidarse que las dificultades inician cuando se tiene la ilusión de que las leyes penales, civiles o mixtas, por sí mismas, sean la solución mágica a este conflicto. Lo grave es que este pensamiento lentamente se transforme en una peligrosa alucinación.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Aguado-Correa, Teresa. Cinco años después de las reformas del decomiso: does crime still pay? En *Decomiso y recuperación de activos "Crime doesn´t pay*." Berdugo, Ignacio y Rodríguez, Nicolás, eds. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.

Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Volumen I, octava edición. Barcelona, España: Bosch Editor, 1994.

Albaladejo, Manuel. *Derechos Reales, La propiedad II*, primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.

Albaladejo García, Manuel, Alonso Espinosa y Francisco. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan.* Murcia, España: Universidad: Secretariado de Publicaciones, 1989.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid, España: CEC ,1993.

Álvarez Caperochipi, José. *Curso de Derechos Reales, Propiedad y Posesión*. Madrid, España: Civitas, 1986.

Ander-Egg, Ezequiel. *Técnicas de Investigación Social.* Alicante, España: Editorial Hvmanitas, 1983.

Atienza Navarro, María Luisa, Salvador Carrión Olmos, P Chamorro Matamoros, Mario Clemente Meoro, José Ramón de Verda y Beamonte, Jesús Estruch Estruch, Raquel Guillén Catalán, María Teresa Marín García de Leonardo, Luz María Martínez Velencoso, María Jesús Monfort Ferrero, Javier Plaza Penadés, María José Reyes López, Adela Serra Rodríguez y Juan A Tamayo Carmona. *Derecho Civil II Obligaciones y Contratos*, quinta edición. Coord. José Ramón Verda y Beamonte. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Barnes Vázquez, Javier. *La propiedad Constitucional El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario.* Madrid, España: Civitas, 1988.

Bell, Daniel. *El Advenimiento de la Sociedad post-industrial.* Madrid, España: Alianza Editorial, 1976.

Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. *Tratado de contratos 5 Tomos*, tomo I. Madrid, España: Editorial: Tirant lo Blanch, 2020.

Biondi, Biondo. *Los bienes*. Barcelona, España: Bosch casa editorial, 1961.

Blasco Gascó, Francisco. *Manuales de Derecho Civil y Mercantil, 1ª edición.* Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2016.

Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano.* Madrid, España: Editorial Reus, 1929.

Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Bienes*, quinta edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1981.

Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*, sexta edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1990.

Bunge, Mario. *La Investigación Científica: Su Estrategia y Su Filosofía*, segunda ed. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1987.

Caballenas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1983.

Carbonell, Miguel. *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, s*egunda edición. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2023.

Carbonell, Miguel. *Introducción al Derecho Constitucional.* México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2015.

Carbonnier, Jean. *Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual*, tomo II, volumen II. Barcelona, España: Bosch Casa Editorial, 1971.

Carretero Sánchez, Santiago. " *La Practicidad de los Principios Generales del Derecho*", Editorial: Tirant lo Blanch, 2020, "https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/show/9788413552101?showPage=49

Casilda Béjar, Ramón. *Capitalismo Crisis y reinvención.* Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2019.

Castellanos Ruiz, Esperanza, Javier Carrascona González, Alfonso Luis Calvo Carvaca, Celia Caamiña Domínguez y Juliana Rodríguez Rodrigo. *Tratado de Derecho Internacional Privado.* Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2020.

Castillo González, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Cendón, Antonio Bar. *Los Tratados de la Unión Europea, versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.* Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

Cerdeira Bravo de Mansilla Guillermo, Pedro del Olmo García, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Esther Arroyo Amayuelas, Francisco Fernández, Andrés Domínguez Luelmo y Manuel Marín López. *La Prescripción Extintiva*: 1era edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014.

Colin, Ambrosio y Capitant, Henry. *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, 2a ed. Madrid, España: Reus, 1941.

Colina Garea, Rafael. "*La Función Social de La Propiedad Privada En La Constitución Española de 1978*, Universidad de la Coruña," 1995. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1164/ColinaGarea_Rafael_TD_1995.pdf.

Cornu, Gerald. *El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica, primera edición.* San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2000.

De los Mozos, José Luis. "Teoría General de La Propiedad," en *Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. La Propiedad: Ensayos.* San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

De Tocqueville, Alexis. "Études économiques, politiques et littéraires," en Michel Lévy, ed., *Œuvres complètes, vol. IX.* París, 1866, https://fr.wikisource.org/wiki/%C5%92uvres_compl%C3%A8tes_d%E2%80%99Alexis_de_Tocqueville,_L%C3%A9vy/Note_sur_la_classe_moyenne_et_le_peuple

Díaz Arias, David y Christine Hatzky. *¿Cuándo pasará el temblor? crisis, violencia y paz en la américa latina contemporánea.* San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Centro de Investigaciones Históricas de América Central, 2019.

Diez Picazo, Luis. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I. Madrid, España: Civitas, 1995.

Diez Picazo, Luis. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen III. Madrid, España: Civitas, 1995.

Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 7 edición, quinta reimpresión. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2005.

Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, tomo III, sexta edición. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1997.

Di Martino Ortiz Rosa Elena, Marcos Villamayor Huerta y Gustavo Sánchez Paniagua. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Asunción, Paraguay: Testanova, 2012.

Diez Soto, Carlos Manuel. *Lecciones de Introducción al Derecho Patrimonial.* Cartagena, Colombia: Universidad Politécnica de Cartagena, 2017, https://1library.co/document/zp08oloq-lecciones-de-introduccion-al-derecho-patrimonial.html

Duguit, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón, 2ª Edición.* Madrid, España: Blass y Cía., 1920.

Encinar del Pozo, Miguel Ángel. *Ley de Enjuiciamiento Criminal con Jurisprudencia Sistematizada ICAM.* España: Tirant lo Blanch, 2018.

Enneccerus Ludwig, Kipp, Theodor y Martín Wolff. *Tratado de Derecho Civil*, segunda edición, tercer tomo, volumen primero. Barcelona, España: Bosch casa Editorial, 1951.

Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Penal.* Bogotá, Colombia: Legis, 2003.

Expósito Carlos, Li Yuefen y José Pablo Bohoslavsky. *Deuda Pública y Derecho Internacional.* Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015.

Fallas Vega Elena, Llihanny Linkimer Bedoya y Marina Ramírez Altamirano. Coord. *Constitución Política de la República de Costa Rica.* San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005.

Fernández Bautista Silvia, Víctor Gómez Martín, Santiago Mir Puig, Carolina Bolea Bardón, Juan Carlos Hortal Ibarra, Carlos Castellví Monserrat y Sergi Cardenal Montraveta. *Comentarios al Código Penal.* España: Tirant Lo Blanch, 2015, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788491191452

Fernández Martínez, Juan Manuel. *Diccionario Jurídico.* España: Thomson Reuters, sexta edición, 2012.

Ferrajoli, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Colombia, 2010.

Finocchiaro, Stefano. *La confisca "civile" dei proventi da reato.* Milán, Italia: Criminal Justice Network, 2018.

Garrido Falla Fernando, Alberto Palomar y Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo,* Volumen I. 15° ed. Madrid, España: Editorial Tecnos S.A., 2010.

Alberto Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*, cuarta edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, cuarta edición, 1998.

Gómez de la Torre Ignacio, Fabián Caparrós Eduardo y Rodríguez García Nicolás. Dir. *Recuperación de activos y decomiso reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos.* España: Tirant lo Blanch, 2017.

Greenberg, Theodore. *Recuperación de Activos Robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena.* Bogotá, Colombia; Mayol Ediciones, 2009.

Haba, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica fundamental. Bases de Valoración en el Discurso Jurídico.* San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2016.

Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2012.

Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) Del Derecho,* Tomo II. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012.

Hernández Estévez, Sandra Luz, Rosalío López Durán. *Técnicas de Investigación Jurídica*, Segunda Ed. Ciudad de México, México: Oxford University Press México, 1998.

Hernández Gil, Antonio. *La Función Social de la Posesión*. Madrid, España: Alianza Editorial S.A., 1969.

Hernández Valle, Rubén. *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad.* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2017.

Hernández Valle, Rubén. *La tutela de los derechos humanos.* San José, Costa Rica: Ediciones Juricentro, 1977.

Herrera, Enrique. *Práctica método lógico de la investigación jurídica,* segunda reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2006.

Heywood, Andrew. *Introducción a la Teoría Política.* Ciudad de México, México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, https://bit.ly/3qGhWDY.

Hobbes, Thomas. *De Cive.* Madrid, España: Alianza Editorial, 2016 [1868].

Ibáñez Jiménez, Javier. *Derecho de Blockchain*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2018.

Iguarán Arana, Mario y William Soto Angarita. *La Extinción de Dominio y los Terceros de Buena Fe Exenta de Culpa.* Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2015.

Infante Ruiz Francisco y Francisco Olivia Blánquez. *Los contratos ilegales en el derecho europeo.* Barcelona, España: Inred, 2009.

Jiménez Franco Emmanuel, José Fernández Ajenjo, Nicolás Rodríguez García, Gabriel Orsi y Fernando Rodríguez López. *Corrupción y Desarrollo.* Madrid, España: Tirant lo Blanch, 2017.

Jiménez Quesada, Mario Alberto. *Desarrollo Constitucional de Costa Rica*, cuarta edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992.

Konrad Zweigert, Hein Kotz, *Introducción al Derecho Comparado,* tercera edición. Ciudad de México, México: Universidad de Oxford, 2002.

Lacruz Berdejo, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho.* Barcelona, España: Bosch, 1980.

Lasarte, Carlos. *Compendio de Derechos Reales*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012.

Lauroba Lacasa, Elena. *El derecho de Propiedad en la Construcción del Derecho Privado Europeo.* Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2018.

López Bello, Héctor. *Manual de Lógica Formal para su Empleo Práctico en el Derecho, Elementos de Razonamiento Lógico para la Justicia Administrativa.* Ciudad de México: Tribunal Federal de Justicia Administrativa, 2018.

López Medina, Diego. *El derecho de los Jueces en América Latina: historia, usos y técnicas.* Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Uniandes, 2000.

Lorenzetti, Ricardo Luis y Pablo Lorenzatti. *Derecho ambiental.* Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2020.

Maldonado Ramos, Jaime. *Código Civil, comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias,* octava edición. Madrid, España: Lefebvre, 2021.

Martínez Manríquez, María Mayanín. "La armonización del Marco Jurídico de la propiedad como presupuesto de la interacción de sistemas jurídicos diversos y protección de Derechos Humanos". Tesis para obtener el grado de Maestra, en Derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2016, https://bit.ly/3rf4aYq.

Martínez Sánchez, Wilson. Coord. *Extinción del Derecho de Dominio en Colombia.* Bogotá, Colombia: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC, 2017, https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf

Messineo, Franscesco. *Manual de Derecho Civil y Comercia*l, tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídico-Europa-América, Chile, 1954.

Meza Jiménez, Meza. Algunas implicaciones jurídicas del TLC sobre la organización y actividad constitucional y administrativa de Estado costarricense. En Flores-Estrada y Hernández, coords, *TLC con Estados Unidos: Contribuciones para el debate.* San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de Costa Rica, 2004.

Meza Lázarus, Álvaro José. *La función Social de la Propiedad*. San José, Costa Rica: URUK Editores, 1984.

Molina Jiménez, Iván. *Cortar una espiga más: estudios sobre Costa Rica en la época de la independencia.* San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 2021.

Molina Jiménez, Iván. *Los pasados de la memoria. El origen de la reforma social en Costa Rica (1938-1943).* San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Nacional de Costa Rica, 2008.

Montero Aroca, Juan y Juan Luis Gómez Colomer. *Ley de Enjuiciamiento Criminal Estatuto de la víctima del delito ley del jurado 30ª Edición anotada y concordada.* España: Tirant lo Blanch, 2021.

Montes, Vicente L. *La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo.* Madrid, España: Editorial Civitas S.A., 1980.

Muñoz conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal.* Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2001.

Murcia Ramos, Baudillo. *El Enriquecimiento Ilícito y la Extinción de Dominio.* Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

Nava Garcés, Alberto. *Ley Nacional de Extinción de Dominio, referencia a sus aspectos básicos.* México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.

Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho de Propiedad Privada.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1979.

Obregón Quesada, Clotilde. *Costa Rica la Constitución de la Provincia, los textos constitucionales y los proyectos 1812-1823,* volúmenes I-IV. San José, Costa Rica: Editorial UCR, 2007.

Ortíz Mora, Guadalupe. *Derecho Registral Patrimonial.* San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015.

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ruy Diaz, 2000.

Páez, Marisol. "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados". *Revista de Estudios Internacionales*, 39, no 153 (abril-junio, 2006): 5-36.

Parada, Ramón. D*erecho Administrativo III.* Madrid, España; Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.

Parajeles Vindas, Gerardo. *Código Civil, Concordado, con anotaciones de acciones de inconstitucionalidad, y espacios para anotaciones en cada artículo.* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2002.

Pastorino, Leonardo Fabio. *De la concepción liberal de la propiedad privada inmueble, a la función social y a la función ecológica.* Buenos Aires, Argentina: U.N.L.P., 2018.

Planiol Marcel y Georges Ripert. *Derecho Civil -Parte A*, volumen 3. Ciudad de México, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A., 1997.

Pegararo, Lucio. *Glossario di Diritto pubblico comparato.* Roma, Italia: Carocci Editore, 2011.

Peña Quiñones, Ernesto. *El Derecho de Bienes.* Bogotá, Colombia: Librería Jurídicas Wilches, 1995.

Pérez, Antonio Enrique. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y de la Teoría del Derecho.* Sevilla, España: Innovación Editorial Lagares, 2003.

Peralta, Hernán. "*El Pacto de Concordia: Orígenes del Derecho Constitucional de Costa Rica*, segunda edición". San José, Costa Rica: 1955., http://www.asamblea.go.cr/sd/Otras_publicaciones,

Perales Soler, David y José Antonio Belso Martínes. *Introducción a la Economía.* España: Tirant lo Blanch, 2018.

Pérez, Antonio Enrique. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y de la Teoría del Derecho.* Sevilla, España: Innovación Editorial Lagares, 2003.

Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*, tercera Edición. San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, 1994.

Picado Vargas, Carlos Adolfo. *Código Civil, Concordado, explicado con jurisprudencia, aforismos romanos, esquemas, términos jurídicos e índice analítico por vocablos, tomo I.* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2014.

Piza Rocafor, Rodolfo. *Ensayos. La Propiedad*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

Porchy-Simon Stéphanie. Droit Des Obligations. Paris: Edition Dalloz, 15 Edition, 2022. Pugliatti, Salvatore. *La proprietá nel nuovo Diritto*. Milano, Italia: Editores Giuffré, 1964.

Quesada Avendaño, Florencia. *La modernización entre cafetales*. San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2011.

Ramírez Altamirano, Marina. Comp. *Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada, concordada, y con jurisprudencia constitucional.* San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 2005.

Ramón Flores, Alicia; Rodríguez Chacón, César, Chávez Meléndez, Humberto. *Análisis Sistémico de la Extinción de Dominio, como herramienta en el combate a la delincuencia organizada y su impacto en el Sistema Fiscal.* Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2022.

Rey Martínez, Fernándo. *La Propiedad Privada en la Constitución Española.* Madrid, España: Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Reyes Sánhez, Leria; Serrano, María. Eds. *Derecho Civil Patrimonial II,* 2a edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanc, 2016.

Rivera Ardilla, Ricardo. *La Extinción de Dominio*, 3ª ed. Bogotá: Leyer Editores, 2020.

Rivera Evia, Jorge. *El Hecho Ilícito como Elemento de la Acción de Extinción de Dominio. Derecho Penal para Civilistas.* Ciudad de México, México: Tirant Lo Blanch, 2021.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. *La Apariencia de la Situación Jurídica.* San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2000.

Rodotá, Stefano. *El terrible Derecho, estudios sobre la Propiedad Privada*, traducción de Luis Diez Picazo. Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2019.

Rodríguez García, Nicolás; Gomez de la Torre, Ignacio. *Decomiso y Recuperación de Activos Crime Doesn't pay.* Valencia, España: Editorial Tirant Lo blanch, 2020.

Rodríguez García, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos.* Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2017.

Rojas Aravena, Francisco. *Seguridad humana, nuevos enfoques*, 1ª edición. San José, Costa Rica: FLACSO-Secretaría General, 2012.

Rojas Bolaños, Manuel. *Lucha Social y Guerra Civil en Costa Rica 1940-1948.* San José, Costa Rica: Editorial Porvenir, 1979.

Romero Martínez, Juan Manuel. *Contribuciones para una teoría de los derechos humanos*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2020.

Romero Pradas, María Isabel y María Isabel González Cano. *La Prueba*, Tomo I. España: Tirant lo Blanch, 2017.

Rui, Jon y Ulrich Sieber. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe.* Berlin, Alemania: Duncker and Humblot, 2015.

Sabogal Quintero, Moisés. *El Enriquecimiento Ilícito, El Lavado de Activos, El Testaferrato y la Extinción de Dominio en Colombia.* Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.

Sáenz Carbonell, Jorge. *El despertar Constitucional de Costa Rica.* San José, Costa Rica: Libro Libre, 1985.

Salas Marrero, Oscar y Rodrigo Barahona Israel. *Derecho Agrario*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1980.

Salas Porras, Ricardo. *Derecho Penal General.* San José Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., 2020.

Salvioli, Fabían. *Introducción a los Derechos Humanos.* Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.

Sánchez Romero, Cecilia. *Jurisprudencia Constitucional.* San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, 1984.

Sancho González, Eduardo, Rubén Hernández, Adrián Vargas, Marina Ramírez, Hugo Muñoz, Mario Granados, L, Paulino Mora y Gilbert Armijo. *Temas Claves de la Constitución Política.* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.

Santaellla Quintero, Héctor. *La propiedad privada constitucional: una teoría*. Madrid, España: Marcial Pons, 2019.

Santander Abril, Gilmar. "Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas". Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, 2018.

Santiago, Ángel. "El origen del patrimonio en la Extinción de Dominio: Aspectos probatorios". Tesis de grado en Derecho, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Derecho, 2016.E

Sanz Gaite María Antonia, Javier Alberto Zaragoza Aguado, José Luis González Cussac, Demelsa Sánchez, José María Paredes Castañon, Fabián Caparrós y José Ramón Navarro Miranda. *Tratado de Derecho Penal Económico.* Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2019, https://biblioteca-tirant-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/cloudLibrary/ebook/info/9788413131542

Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana [SICA]. *Las Cortes de Cádiz y su influencia en Centroamérica Presentaciones para el "Diálogo sobre Integración Centroamericana".* Ciudad Merliot, El Salvador: 2012.

Serrano Alonso, Eduardo. *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos, Teoría General del Contrato,* tomo II, volumen I. Madrid, España: Edisofer, 2008.

Sierra Bravo, Restituto. *Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica.* Madrid, España: Editorial Paraninfo, 2003.

Solís Avendaño, Manuel Antonio. *La Institucionalidad Ajena: los años cuarenta y el fin de siglo.* San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2006.

Solís Fallas, Alex. *El Pensamiento Jurídico de Rodrigo Facio.* San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2017.

Tarigo, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil II,* segunda edición. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

Toro Lucena, Oscar Augusto. Comp. *Código Extinción de Dominio: Ley 1708/2014, modificado ley 1849 de 2017.* Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021.

Torrealba Navas, Federico. *Lecciones de Contratos, Primera Parte: Elementos del Contrato,* primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Isolma, 2009.

Ulate Chacón, Enrique. *Manual de Derecho Agrario y justicia agraria.* San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.

Ulate Chacón, Enrique. La función económica-social y ambiental de la propiedad. *En Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano: las nuevas limitaciones agroambientales en la legislación y en la jurisprudencia*. Coordinadores Alfredo Massart y Ángel Sánchez Hernández, 297-323. Pisa, Italia: Edizioni Ets, 2001.

United Nations. *World Urbanization Prospects: the 2005 Revision.* New York, United States: Population Division, 2006, https://digitallibrary.un.org/record/622619

Universidad Estatal a Distancia y Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Constitucional. *Recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena,* Tomo II. San José, Costa Rica: Editorial E.U.N.E.D., Costa Rica, 2000.

Valverde Villa, Manuel. *El origen del crédito territorial en España en el siglo XIX*. Barcelona, España: Bosch editor, 2021.

Vásquez Betancur, Santiago. *De la Extinción de Dominio en Materia Criminal.* Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2020.

Vega Carballo, José Luis. *Orden y progreso*: *La Formación del Estado Nacional.* San José, Costa Rica: Instituto Centroamericano de Administración Pública, 1981.

Vescovi, Enrique. *Derecho procesal civil*. Montevideo, Uruguay: Idea, 1974.

Villeda Sandoval, Marco Antonio. *Ley de Extinción de dominio.* Guatemala: Distribuidora de Libros Modernos S.A., 2020.

Víquez Solís, Ronald. *Régimen Legal de la Zona Marítimo Terrestre: ley y reglamento,* I edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007.

Wills Betancur Luz María, Sandra Eliana Cataño Berrío y Jonathan Zapata Flórez. *Manual de la Teoría del Negocio Jurídica.* Antioquia, Colombia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Yglesias Mora, Roberto. "Alcance del principio: "en materia de muebles, la posesión equivale al título con especial referencia al derecho costarricense". Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

Zaffaroni, Eugenio. Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2005.

Zeledón, Ricardo. *Código Agrario, quinta edición.* San José, Costa Rica: Editorial Porvenir S.A., 1992.

Zeledón, Ricardo. *Código Civil y Realidad*. San José, Costa Rica: Alma Mater, 1987.

Zeledón Zeledón, Ricardo. *Ensayos La Propiedad*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

Zúñiga Morales, Ulises. Comp. *Código penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad.* San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., 2012.

Zúñiga Morales, Ulises. C*ódigo Penal,* 17 edición. San José, Costa Roca: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2005.

Zweigert, Konrad y Hein Kotz. *Introducción al Derecho Comparado,* tercera edición. Ciudad de México, México: Universidad de Oxford, 2002.

NORMATIVA NACIONAL

Constitución Política de Costa Rica

Asamblea Constituyente. "*Constitución Política 1847*; 10 de febrero, 1847", https://bit.ly/3tWsoF3 .

Asamblea Constituyente, "*Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica*; 10 de abril, 1844", https://bit.ly/3wa9axj.

Asamblea Legislativa. "Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio, (anteriormente denominada); Ley de Extinción de Dominio; 04 de enero del 2019". *La Gaceta*, No. 3 (4 de enero, 2019).

Asamblea Legislativa, "No. 19571: Ley de Extinción de Dominio; (10 de diciembre, 2015)", http://www.asamblea.go.cr/sd/SiteAssets/Lists/Consultas%20Biblioteca/EditForm/19571%20dictamen%20un%C3%A1nime%20afirmativo%20Comisi%C3%B3n%20Narcotr%C3%A1fico.pdf

Asamblea Legislativa. "No. 9036: Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER); 11 de mayo de 2012". *La Gaceta*, No. 102 (29 de mayo, 2012).

Asamblea Legislativa. "Ley No. 8754: Ley Contra La Delincuencia Organizada; 22 de julio de 2009". *La Gaceta* No. 143.

Asamblea Legislativa, "*Ley No. 8774: Ley Contra la Delincuencia Organizada*; 22 de julio, 2009".

Asamblea Legislativa. *"Ley No. 8302: Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; 1 de julio, 2003".

Asamblea Legislativa. "Ley No. 7788: Ley de la Biodiversidad; 30 de abril, 1998". *La Gaceta*, No. 101 (27 mayo, 1998).

Asamblea Legislativa. "Ley No. 7607: Reforma constitucional; 29 de mayo, 1996". *La Gaceta*, No. 115 (18 de junio, 1996).

Asamblea Legislativa. "No. 7554: Ley Orgánica del Ambiente; 4 de octubre de 1995", https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27738&nValor3=93505&strTipM=TC .

Asamblea Legislativa. "*Ley No. 7495: Ley De Expropiaciones*; 3 de mayo de 1995".

Asamblea Legislativa. "*No. 7198: Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas;* 25 de setiembre de 1990".

Asamblea Legislativa. "*Ley No. 7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*; 11 de octubre de 1989".

Asamblea Legislativa. "*Ley No. 4240: Ley de Planificación Urbana*, 15 de noviembre, 1968".

Asamblea Legislativa. "*Ley No. 2825: Ley de Tierras y Colonización*; 14 de octubre, 1961".

Asamblea Legislativa. "Ley No. 276: Ley de Aguas; 27 de agosto, 1942". Master Lex: art. 31, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-N/principal.aspx?item=52227&Tipo=1

Asamblea Legislativa. "Ley No. 13: Ley General sobre Terrenos Baldíos; 10 de enero, 1939". *La Gaceta,* No. 13.

Asamblea Nacional Constituyente de la República de Costa Rica. *Actas de la Asamblea Constituyente,* tomo I, 1949.

Poder Ejecutivo. "Ley No. 8557: Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción; 29 de noviembre, 2006". *La Gaceta,* No. 242 (18 de diciembre, 2006.

Ronald Víquez Solís, *Régimen Legal de la Zona Marítimo Terrestre: Ley y reglamento,* I edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Recurso de Amparo: sentencia 2006-018065-CO"; 15 de diciembre, 2006 09:05 horas". Expediente 09-004274-0007-CO, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=406976&Tipo=3

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Acción de Inconstitucionalidad: resolución. 2022-024725; 19 de octubre de 2022, 12:41 horas". Expediente 21-017138-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Acción de Inconstitucionalidad; resolución 13270 – 2019; 17 de julio, 2019 16:50 horas". Expediente 17-003086-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. "Recurso de amparo: resolución 2019-012776; 12 de julio, 2019 9:30 horas".

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. "Proceso Ordinario: voto 04155-2019; 28 de noviembre, 2019, 02:40 pm. horas". Expediente 13-000315-0298-AG.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. "resolución 808-2016; del 05 de agosto, 2016 9:58 horas".

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso Ordinario: voto 0098-2015; 07 de enero, 2015, 09:00 am. horas”. Expediente 14-003285-0007-AG

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Proceso Ordinario: voto 0098-2015; 07 de enero, 2015, 09:00 am. horas”. Expediente 14-003285-0007-AG.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Consulta Judicial: voto 18946-2015; 02 de diciembre, 2015 11:02 horas”. Expediente 13-007644-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución 2014-003969; 1 de abril, 2014”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Resolución: voto 2012-16629, 28 de noviembre de 2012, 16:31 horas”. Expediente 12-012513-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo: voto 5052-2011; 15 de abril, 2011, 11:21 horas”. Expediente 10-016575-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo: voto 4716-2011; 08 de abril, 2011, 10:50 horas”. Expediente 11-002337-007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución 2011-02097; 23 de febrero, 2011 14:52 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución 8624 – 2008; 21 de mayo, 2008 17:15 horas”. Expediente: 07-009967-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Consulta legislativa: resolución 2008-4569; 16 de marzo, 2008 14:30 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “resolución 15272 – 2008;10 de octubre, 2008”. Expediente 08-007832-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Sentencia 7137-2007; 23 de mayo, 2007 16:47 horas.”

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo: resolución 18065 – 2006; 27 de noviembre, 2009 09:56 horas”. Expediente 08-015052-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución 3150-2006; 10 de marzo, 2006 10:57 horas”. Expediente 03-009216-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: resolución 13330 – 2006; 6 de setiembre, 2006 17:33 horas”. Expediente 05-013228-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “voto 00788 – 2005; 27 de octubre de 2005 09:00 horas”. Expediente 99-001182-0183-CI.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución. 2004-02166; 27 de febrero, 2004 12:26 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Hábeas Corpus: resolución 02771; 4 de abril, 2003 11:40 horas”. Expediente: 02-005494-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: resolución 2002-3498; 17 de abril,-2002”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: sentencia 9084-02; 18 de setiembre, 2002 15:06 horas”. Expediente 02-006365-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: “Recurso de amparo: resolución 1369 – 2002; 8 de febrero, 2002 10:53 horas”. Expediente: 01-010054-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Proceso Ordinario Agrario: voto 00689-2002; 06 de setiembre, 2002, 09:50 horas”. Expediente 99-000234-0387-AG.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: sentencia 9084-02; 18 de setiembre, 2002 15:06 horas”. Expediente 02-006365-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “sentencia 766; 26 de setiembre, 2001 16:10 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: sentencia 2001-01391; 14 de febrero, 2001 14:52 horas”. Expediente 99-007599-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad: voto 01920 – 2000; 01 de marzo, 2000, 03:27 p. m. horas”. Expediente 99-004733-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “voto 10352-2000; 22 de noviembre, 2000 14:58 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo: voto 4007; 12 de mayo, 2000, 09:11 horas”. Expediente 00-001876-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: voto 00148-1999; 12 de enero, 1999 14:36 horas”. Expediente 98-004933-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: sentencia 01551; 6 de marzo, 1998”. Expediente 17-001110-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación: resolución 53 – 1998; 27 de mayo, 1998, 15:10 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: voto 2765-97; 20 de mayo, de 1997 15:03 horas”. Expediente 95-004527-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “voto 4587; 5 de agosto, 1997 15:45 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo: voto 0311-97; 15 de enero, 1997, 16:12 horas”. Expediente 3922-V-96.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia 550-95; 9 de enero, 1996”. Expediente No. 0142-V-93. Master Lex, 2023, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=558563&Tipo=3

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: resolución 2345-96; 17 de mayo, 1996 9:24 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: voto 4205-96; 20 de agosto, 1996 14:33 horas”. Expediente 92-000282-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Hábeas Corpus: resolución 3887-94; de 3 de agosto, de 1994 15:m3 horas”, expediente 94-003887-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: sentencia 5097-93; 15 de octubre, 1993”. Expediente 91-002882-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: sentencia 3705-93; 30 de julio, 1993 15:30 horas”. Expediente 92-001754-0007-CO, https://servicios.masterlex.com/2018Mlxi-JE/principal.aspx?item=566506&Tipo=3

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “sentencia 3494; 19 de noviembre, 1992 14:30 horas”.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “sentencia 00106; 8 de julio, 1992 14:55 horas”. Expediente 921001060004CI.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Consulta legislativa preceptiva: resolución 1991-0720; 16 de abril, 1991 15:00 horas”. Expediente 91-000577-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “resolución 00189 – 1991; 30 de octubre, 1991 14:00 horas”. Expediente 91-000189-0004-CA.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación: resolución 00030 – 1991; 20 de marzo,1991 14:40 horas”. Expediente 91-000030-0004-CI.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución 1990-1275; 10 de octubre, 1990 15:45 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de amparo: resolución 1990-1243; 3 de octubre, 1990 15:35 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “voto No. 311-90; 23 de marzo, 1990 08:30 horas”.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Proceso ordinario civil: resolución 00230-1990, 20 de julio, 1990 16:00 horas”. Expediente 90-000230-0004-AG.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: voto 479-90; 11 de mayo, 1990 17:00 horas”. Expediente 89-000059-0007-CO.

Tribunal Agrario de la Corte Suprema de Justicia, “resolución 398 – 2020; 05 deMayo,2020”. Expediente: 09-000170-0419-AG.

Tribunal Primero Civil. “resolución 484-F-2008; 30 de mayo, 2008 08:25 horas”.

Tribunal Segundo Civil de la Corte Suprema de Justicia. “Sección II, 00273 – 2003, 20 de agosto, 2003 08:35 horas”. Expediente99-000048-0183-CI.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Acta de independencia de Centroamérica

Asamblea Constituyente Francesa. *“Declaración de Los Derechos Del Hombre y Del Ciudadano. Francia; 1789”.* https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Asamblea Legislativa de Guatemala, “Ley de Extinción de Dominio: Decreto Número 55-2010; 23 de diciembre, 2010”, https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf

Asamblea Legislativa de la República del Salvador. “Decreto número 534: Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República del Salvador; 2013”, https://bit.ly/3xuWBkn

Code Civil Annoté. 122 édition. Paris; Editions Dalloz, 2023.

Code Civil Francés, modificado por Code Civil, modifié par *Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016,* https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118032/#LEGISCTA000032040794

Código Civil Francés. "Código Napoleón", San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001.

Congreso de Colombia," Ley 793 de 2022; 27 de diciembre, 2002", https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6954#:~:text=Art%C3%ADculo%201%C2%B0.,t%C3%A9rminos%20de%20la%20presente%20ley.

Congreso de Colombia. "No. 1708: Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia"; 20 enero, 2014, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475#:~:text=La%ctado20extinci%C3%B3n%20de%20dominio%20es,naturaleza%20alguna%20para%20el%20afe.

Congreso de la República de Guatemala. "Decreto 55-2010: Ley de extinción de dominio y su reglamento; 23 de diciembre, 2010". Diario de Centroamérica, No. 97. (29 diciembre, 2010):

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

Constitución Política del Gobierno de Guatemala, https://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPoliticadelaRepublicadeGuatemala.pdf

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, https://bit.ly/30x39Re

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia: 1948.

Ley Espacio Virtual de Asesoría, Gobierno de Colombia; Gestor Normativo, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2754

Ley Federal De Extinción De Dominio. "Reglamentaria del Artículo 22 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos; Nueva Ley Publicada En El Diario Oficial De La Federación, 29 de mayo, 2009". Texto Vigente Última Reforma Publicada Dof 12-

01-2016, https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/17e0fb21-14e1-4354-866e-6b13414e2e80/ley_fed_ext_dominio.pdf

Poder Ejecutivo, Colombia. “Decreto No. 1465; 10 de julio 2013”, *Diario Oficial*, No. 48847 (10 de julio, 2013).

RESOLUCIONES JUDICIALES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

Corte Constitucional de Colombia, consultada 20 de agosto 2022, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-374-97.htm

Corte Constitucional del Ecuador, dictamen 1-21-OP/21, 17 de marzo del año 2021, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic4NGU0YWE4MS1jMWMyLTRhNjItYTk0MC04NjliZTQyZGQ3NjYucGRmJ30=

Corte Constitucional de Colombia. “217. La resolución de la CC de Colombia es la C-189 de 2006”, FJ 8.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-006/93: 18 de enero, 1993, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-006-93.htm.

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia C-071/18; 2018”, https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/C-071-18.htm

Corte Constitucional de Colombia.” Sentencia C327/20; 19 de agosto, 2020”, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-327-20.htm

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia C-409/97; 28 de agosto, 1997”, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-409-97.htm

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia C-710/03; 2003”, https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm

Corte Constitucional de Colombia, ”Sentencia C-958/14; 10 de diciembre, 2014”, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm#:~:text=La%20extinci%C3%B3n%20de%20dominio%20es,deterioro%20de%20la%20moral%20social.

Corte Constitucional de Colombia. “sentencia T-244-12: 26 de marzo, 2012”.

Corte Constitucional de Colombia. “sentencia T-487: 11 de agosto, 1992”. Expediente. T-2047

Corte Constitucional de Colombia: “voto C-1007 del año 2002; 3 de septiembre de 2002”, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1007-02.htm.

Corte Constitucional de Colombia," voto Constitucional C-374/97; 13 de agosto, 1997", recuperado desde https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-374-97.htm

Corte Constitucional de Colombia," Voto Constitucional T-441-20; 16 de diciembre, 2020".

Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, "Demanda de Inconstitucionalidad: voto número C-1007-02, 18 de noviembre, 2002," consulta el 10 de mayo de 2020, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1007-02.htm.

Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. "Sentencia C-1007/02; 18 de noviembre, 2002". Expediente R.E.,121, https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-1007-02.rtf.

Tribunal Constitucional de España, "Recurso de inconstitucionalidad: sentencia 11/1981; 25 de abril, 1981". Expediente ECLI:ES:TC:1981:11. https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/11

Tribunal Constitucional de España, "Recurso de inconstitucionalidad: sentencia 37/1987; 26 de marzo, 1987". Expediente ECLI:ES:TC:1987:37, https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/769

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, "Sentencia E.D., 261 Sala de Extinción de Dominio del 4 de octubre de 2019," en: Vásquez Betancur, *De la extinción de dominio...,* 161.

Tribunal Supremo Sala de lo Penal. "Sentencia núm. 100/2022, Fecha de sentencia: 09/02/2022, Tipo de procedimiento: Recurso de Casación, Número del procedimiento: 3882/2020, Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 08/02/2022", https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#. (ESPAÑA)

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, "Acción de Inconstitucionalidad 100/2019; 06 de enero, 2022", http://sidof.segob.gob.mx/notas/5640305

"Voto C-1007 del año 2002; 3 de septiembre, 2002", https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1007-02.htm.

REVISTAS

Arburola Valverde, Allan. "La teoría de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal". *Revista Judicial,* No. 95 (2010).

Arias, Juan Luis. "Las Limitaciones a la Propiedad en nuestra historia constitucional". *Revista de Ciencias Jurídicas,* No. 15, (1970).

Alvarado Valverde, Jorge Enrique. "Apuntes para el Análisis de la Figura del Tercero Registral en Costa Rica". *Revista del Registro Nacional,* No 2 (2010)

Baudrit Carrillo, Diego. "La temporalidad de la acción de Nulidad absoluta y la perpetuidad de la excepción", *Revista Judicial*, no. 25 (1983), https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/repositoriocorte/Busqueda/infoDoc.aspx?c=daD38SHKZ218sAUTMWWS5TUA0360.

Carmona Sánchez, Luis Alberto. "Convergencias y Divergencias entre la Sociedad Industrial y La Sociedad Postindustrial". *NOVUM, Revista de Ciencias Sociales Aplicadas,* No. 2(10), (2020): 150-164, https://revistas.unal.edu.co/index.php/novum/article/view/89650/75827

Carnevali, Raúl. "La Criminalidad Organizada". *Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.* vol. 16, No. 2, (2010).

Centas Ormachea, Enrique. "El Abuso del Derecho". *Derecho PUCP*, No. 51 (1997).

Cervini, Raúl. "El Lavado De Activos Como Proceso Desestabilizador De La Economía". VI Encuentro Nacional Sobre Prevención Del Lavado De Activos Y Financiación Del Terrorismo. Buenos Aires, Argentina, 29 de abril de 2010, https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/63/83

Chinchilla Calderón, Rosaura. "Constitucionalidad, Naturaleza Jurídica y Límites del Comiso en Costa Rica". *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales.* No. 5 (2013), https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12454

Clavero, Bartolomé. "Propiedad como Libertad: Declaración del derecho de 1812". *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 60 (1990).

Conejo, María Esther. "Los Siete Sabios de Grecia Enfoque Crítico". *Revista de Filología y Lingüística XIIl,* No. 2 (1987).

Cordero Quinzacara, Eduardo. "De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad". *Revista de Derecho (Valparaíso),* No. 31, (2008): 493-525.

Doménech Pascual, Gabriel. "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable". *Revista para el Análisis del Derecho*: *Indret,* No. 1 (enero 2012): 1-60.

Gatti, Edmundo. "Propiedad y Dominio: origen, concepto, caracteres, terminología". *Revista Lecciones y Ensayos,* No. 24 (1996).

Gutiérrez, Alberto y Carlos Granados. "Nacionalismo, Frontera y Excepcionalismo Verde en Costa Rica". *Anuario de Estudios Centroamericanos,* vol. 46 (2020): 1-28.

Hassemer, Winfried. "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica",* No. 8 (1994).

Herreros López, Juan Manuel. "La relación jurídica y la Situación Jurídica". *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, 2003,

http://hdl.handle.net/11268/4910.

Instituto de Defensa del Café de Costa Rica. "*Revista del Instituto de Defensa del Café"*, No. 1 (1934), https://www.sinabi.go.cr/exhibiciones/tesoros%20de%20la%20biblioteca%20nacional/los%20gremios%20y%20sus%20publicaciones/Instituto_defensa_del%20cafe_n-1_jun_1934.pdf

Juanes, Norma. "La Causa del Contrato". *Revista de la Facultad*, vol. 3, No. 1 (2012).

Jurado Fernández, Julio. "La Jurisprudencia Constitucional y la Regulación del Mercado". *Revista ciencias jurídicas*, No. 110 (2006): 37-68.

Landaburo, Liosday. "Crimen organizado y economía ilegal Entrevista a Daniel Sansó-Rubert Pascual". *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, No. 18, (2016): 125-136, https://www.redalyc.org/jatsRepo/5526/552656690009/html/index.html-

Legerén-Molina, Antonio. "Retos Jurídicos que plantea la Tecnología de la Cadena de Bloques. Aspectos Legales de Blockchain"**.** *Revista de Derecho Civil, VI*, No. 1 (2019).

López Yuman, Rosa María. "Criterios de proporcionalidad para resolver la falta de temporalidad de las medidas de aseguramiento de bienes reguladas en la Ley de Extinción de Dominio". *Opus Magna Constitucional*, Tomo XVI (abril, 2019), https://opusmagna.cc.gob.gt/index.php/revista/article/view/12/30

Marinucci, Giorgio. "La responsabilità penale delle persone giuridiche". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, No. 50 (2007).

Martínez Rangel Rubí, Garmendia Soto Reyes y Ernesto. “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”. *Revista Política y Cultura,* No. 37 (2012).

Müller, Oscar Antonio. “Extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa”. *Criterio Jurídico,* No. 2 (2011), https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=La+extinci%C3%B3n+de+dominio+en+la+legislaci%C3%B3n+mexicana%3A+su+justificaci%C3%B3n+jur%C3%ADdico-valorativa&btnG=

Pereira Otero, Cristian Alexander. “Aproximación Jurídica al Contenido y Alcance, Del Núcleo Esencial del Derecho Fundamental a la Libertad Individual en el Constitucionalismo Colombiano”. *Revista Temas Socio Jurídicos,* 33, No. 67 (julio-Diciembre 2014).

Sacco, R. “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”. *American Journal of Comparative Law,* No. 39 (1992).

Sagot Rodríguez, Álvaro. “Los Derechos de la Naturaleza, una visión jurídica de un problema paradigmático”. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica,* No. 125 (diciembre 2018): 63-102

Sconda, Mariana Verónica. “Principio de la inviolabilidad de la propiedad, Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina”. *Revista de Derecho Privado,* No. 24 (enero-junio, 2013).

Rodríguez Rosario, Mariángel. “La justicia en la sociedad del conocimiento y la información”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba,* No. XI-2, (2020): 103-126. https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/content_type:4/sociedad+del+conocimiento/WW/vid/853616509

Tabares, Felipe. “La reforma del Código Civil Francés. Un premio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico”. *Revista Verba Iuris, 12,* No. 38, (2017).

Torres Hernández, Margarita y Gertrud Peters Solórzano. **“**Expropiación de la finca cafetalera La Caja en Costa Rica en el entorno de la Segunda Guerra Mundial”. *Revista Electrónica de Historia Diálogos,* vol. 14, No. 2 (2013).

Ulate Chacón, Enrique. "Bicentenario del Código Civil Francés". *Revista Judicial de Costa Rica*, (29 y 30 de noviembre, 2004), https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_88/002-bicentenaroicodigofrances.htm

Ulate Chacón, Enrique. "Código Civil: Evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones". *Revista de Ciencias Jurídicas,* No. 115 (enero-abril, 2008):107-128.

Ulate Chacón, Enrique. "El uso del suelo y nuevas formas de usucapión en la propiedad agraria y forestal en Costa Rica". *L'accès à la terre et ses usages: variations internationales*, No. 8-9 (junio, 2009): 1-16.

Ulate Chacón, Enrique. "Las acciones protectoras de la propiedad privada y otros derechos reales en materia agraria". *Revista Judicial de Costa Rica*, No. 91 (abril, 2009): 159-183.

Ulate Chacón, Enrique. "La función social, económica y ambiental de la propiedad (limitaciones agroambientales a la propiedad)". *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 97 (2002): 67-113.

Vega Carballo, José Luis. "El pensamiento económico – social de Rodrigo Facio". *Revista De Ciencias Sociales*, No. 138 (2012).

SITIOS WEB

Josué Alfaro, "Diputados quitan potencia a la Ley de Extinción de Dominio: ICD preferiría que no se apruebe," *Semanario Universidad*, 6 de noviembre de 2018, https://semanariouniversidad.com/pais/diputados-quitan-potencia-a-ley-de-extincion-de-dominio-icd-preferiria-que-no-se-apruebe

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica". (San José, C.R.: La Asamblea. 2014): http://www.asamblea.go.cr/ca/ral_comentado/ral_comentado.pdf.

"Cada año el 20% de casos judiciales quedan represados y suman congestión". El Tiempo, 19 de marzo de 2020: https://cutt.ly/mTdiSsw https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cifras-motivos-y-posibles-soluciones-a-la-congestion-judicial-en-colombia-474588

Civil Asset Forfeiture Reform Act Of 2000 public Law, No. 106–185, april 25, 2000. Consulta el 28 de noviembre, 2019, https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/01/act-pl106-185.pdf

Comité Internacional Geneve. "*Destrucción y confiscación de bienes del adversario*", https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule50#Fn_A99AC025_00001

Conf. Vervaele, J.A.E. "Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?". http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "*Caso Palamara Iribarne Vs. Chile,* 22 de noviembre de 2005", https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/palamarairibarne.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "caso Ivcher Bronstein v. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001". (reparaciones y costas), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

Gobierno del Bicentenario. "*Comunicados," País se prepara para próxima evaluación del GAFI en el 2020".* https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2019/03/pais-se-prepara-para-proxima-evaluacion-del-gafi-en-el-2020/.

Gobierno del Bicentenario. "*País se prepara para próxima evaluación del GAFI en el 2020*". Última actualización 01 de abril 2020, https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2019/03/pais-se-prepara-para-proxima-evaluacion-del-gafi-en-el-2020/.

Global Financial Integrity. "*Transnational crime is a $1.6 trillion to $2.2 trillion anual "business", find new GFI report",* https://gfintegrity.org/press-release/transnational-crime-is-a-1-6-trillion-to-2-2-trillion-annual-business-finds-new-gfi-report/

Granier y otros Radio Caracas Televisión) v. "Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015". (excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf

Iglesia Católica. *"Encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII",* http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

Iglesia Católica. "*Carta Encíclica Quadragesimo Anno de su Santidad Pío XI",* http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html

Instituto del Café de Costa Rica. "*Historia del café en Costa Rica*", http://www.icafe.cr/nuestro-cafe/historia

Instituto Costarricense Sobre Drogas. ¿Qué Es La GAFI?, última modificación 2019 , http://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/inter-uif/gafi.

Lemaitre Ripoll, J. "Los estudiantes de la Séptima Papeleta". *Semana,* 6 de marzo de 2010, http://www.semana.com/nacion/articulo/los-estudiantes-septima-papeleta/114006-3

Mémoli v. Argentina, "Sentencia de 22 de agosto de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)": https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay. "Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso", ttp://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf

Ministerio de Gobernación de la República de Costa Rica. "R*eglamento número 20, del 20 de julio de 1849, Reglamento de Policía",* https://www.sinabi.go.cr/biblioteca%20digital/libros%20completos/reglamento%20de%20policia%20no%2020%201849/Reglamento%20de%20Policia%20N.20.pdf

Ministerio de la Presidencia y Ministerio de Justicia y Paz. "Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas, 40932- MP-MJP"; 6 de marzo, 2018", https://www.mjp.go.cr/Comunicacion/Nota?nom=Gobierno-continua-avances-para-la-implementacion-del-Mecanismo-General-de-Consulta-a-Pueblos-Indigenas#:~:text=El%20Gobierno%20contin%C3%BAa%20con%20la,de%20la%20Organizaci%C3%B3n%20Internacional%20del

Naciones Unidas. "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988", https://www.un.org/es/.

Organización de los Estados Americanos. "Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)". (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969):, https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Programa Estado de la Nación [PEN] y Consejo Nacional de Rectores [CONARE]. "*Sexto Estado de la Región 2021*". (San José, Costa Rica.: PEN), https://repositorio.conare.ac.cr/handle/20.500.12337/8115

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). "*Informe de Desarrollo Humano 1994. Nuevas dimensiones para la seguridad humana"*. (Nueva York, Estados Unidos: PNUD, 1994): 25, https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/8dac83db-6da7-4d63-9d61-bc641d065d31.pdf

Programa Hemisférico para la Prevención y el Control del Lavado de Activos en los Sistemas Financieros. "*Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito*", http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/conv_estrasburgo.htm

República Federal de Alemania. "*Ley Fundamental de la República Federal de Alemania".* https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf

Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (OJ L 303 28.11.2018, p. 1, ELI): http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1805/oj

SICA. "*Alianza para el desarrollo sostenible de Centro América".* (Managua, Nicaragua, 1994): http://repositorio.iica.int/handle/11324/9095

SICA. "Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos". Conexos; 12 de julio, 1997, https://bit.ly/36NmmO2.

Steiner, Christian, Patricia Uribe. Coord. "Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada" (Distrito Federal, México: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014): https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "*Caso Engel y otros v. Países Bajos".* Organismo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia: 5100/71 [ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071], (8 de junio de 1976), https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-165148%22]}

Vincenzo Mongillo. "El decomiso de las ganancias de la corrupción en Italia. En busca de las garantías perdidas". *Criminal Justice Network*: actualización 14 de diciembre de 2018,

https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/el-decomiso-de-las-ganancias-de-la-corrupcion-en-italia-en-busca-de-las-garantias-perdidas

DICCIONARIOS

Black's Law Dictionary. 6ª edición. St.Paul, Minn, United States of America: West Publishing Co. 2021.

Diccionario de la Lengua Española. *Real Academia Española*; vigésima segunda edición: 2001, tomo 5.

Océano uno. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado.* Barcelona, España: Grupo Editorial Océano, 1994.

Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. Consulta 10 de mayo del 2021 <https://dle.rae.es>.

APÉNDICE I

SINOPSIS DE UN CASO DE CAPITALES EMERGENTES EN COSTA RICA

Comentario: La relevancia de este caso es que fue publicitado en los medios de comunicación masivo en el mes de marzo del año 2023.

1.- Datos Generales

- Número de expediente: **22-001835-1028-CA**
- Tipo de proceso: Incremento capital sin causa lícita aparente (Capitales Emergentes).
- Tribunal: Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda
- Fecha de Entrada: 30/09/2022 08:26:46

- **Órgano que acusa**: Fiscalía Adjunta contra la legitimación de Capitales y Persecución Patrimonial (Ministerio Público)

Investigados: ICCAEN S.A. representada por Andrey Josué Alvarado Elizondo

2.- Contenido del caso

- **Origen**: Recepción de información confidencial
- **Identificación del objeto patrimonial**: matrícula de Alajuela número 12064-A-013.
- **Hecho relevante**: mediante escritura pública se adquirió el derecho descrito por la suma de cincuenta millones de colones pagados mediante dinero en efectivo.
- **Justificación sobre el origen**: "actividades laborales propias y ahorros familiares".
- **Hipótesis**: el dinero utilizado en la compra y venta "carece de causa lícita que justifique su tenencia… "
- **Perfil socioeconómico del investigado**: se determinó que el investigado tenía un perfil socio económico incompatible con el bien adquirido, según los siguientes indicios: sin cuotas en la CCSS y no estaba inscrito en la Dirección General de la Tributación Directa, o sea que no era contribuyente, trabajador asalariado o trabajador independiente. Sin giro comercial conocido. La sociedad se creó un mes antes de la transacción. Tampoco se determinó actividad o giro comercial de la empresa ICCAEN S.A.
- **Transacción realizada**: compraventa de un derecho en una finca inscrita, por un valor de 50 millones de colones pagados en dinero en efectivo.
- **Pretensión:** Se pide la pérdida definitiva a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas, del derecho sobre la bien inmueble finca número 12064-A-013.
- **Notificación al demandado:** efectuada, pero el demandado nunca se apersonó al proceso.
- Se ordenó notifica al Estado y al ICD, pero solo el Estado se apersonó.
- **Medida cautelar típica:** Se ordenó la inmovilización del inmueble (la Fiscalía pidió anotación de demanda).
- **Consecuencia:** se declaró la rebeldía, no existió contención.
- **Sentencia, hecho no probado.** No consta en el expediente prueba fehaciente que permita tener por acredito la causa lícita del origen.
- **Se declaró con lugar la demanda**
- "Por tanto: De conformidad con artículo 58.3 del Código Procesal Civil, se declara CON LUGAR la gestión presentada por Licenciada Mariamalia Murillo Kopper, representante de la Fiscalía Adjunta de Legitimación de Capitales y se adiciona y aclara la sentencia número 338-2023 de las catorce horas y veintidós minutos del veinticuatro de febrero del año dos mil veintitrés, para que el Por tanto se lea: Con fundamento en la normativa citada, y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 1, 2, 20, 21 y 22 de la Ley N° 8754, Ley Contra la Delincuencia Organizada, SE ACOGE la petición de la Fiscalía Adjunta de Legitimación de Capitales en su condición de acusador. En consecuencia, se condena a la sociedad ICCAEN S.A representada por Andrey Alvarado Elizondo, a la pérdida del inmueble del Partido de Alajuela matrícula 12064-A-013; tal condena implica la inmediata pérdida de dicho bien a favor del Instituto Costarricense Contra las Drogas (ICD). Firme esta sentencia procédase a librar los comunicados del caso para que se haga efectivo lo así dispuesto, ordenando el comiso inmediato de ese patrimonio en la forma ya dispuesta. El inmueble del Partido de Alajuela matrícula 12064-A-013, deberá ser inscrito en el Registro Nacional de la Propiedad a nombre del Instituto Costarricense contra las

Drogas. Además se ordena la comunicación de dicho fallo a la Unidad de Recuperación de activos del Instituto Costarricense contra Drogas, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 8204. Se resuelve con condena al pago de las multas de ley, ambas costas de esta acción y las costas de la investigación a la sociedad ICCAEN S.A representada por Andrey Alvarado Elizondo. En lo demás se mantiene incólume la sentencia. Notifíquese. Licda.- Erika Andrea Rojas Chavarría Juez(a)**."**[1053]

- **Sentencia firme.**

[1053] Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, expediente judicial número 22-001835-1028-CA, Incremento Capital sin causa lícita aparente (Capitales Emergentes), Fiscalía Adjunta de Legitimación de Capitales contra ICCAEN S.A.