

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO:
FUNDAMENTOS DE LAS CAUSALES EXTINTIVAS**

GILMAR GIOVANNY SANTANDER ABRIL

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS EN CONVENIO CON LA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C., 2018**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO:
FUNDAMENTOS DE LAS CAUSALES EXTINTIVAS**

GILMAR GIOVANNY SANTANDER ABRIL

**Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho
Penal**

**Director:
Dr. Nelson Camilo Sánchez**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS EN CONVENIO CON LA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C., 2018**

*A la memoria de mi padre Jairo Enrique.
Quien sembró en mí el interés por alcanzar
el ideal del valor justicia.*

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación no hubiese sido posible sin el valioso aporte de quienes de manera directa o indirecta contribuyeron en su construcción aportando ideas, insumos o apoyando en algún momento la formación de mi criterio profesional, en especial extendiendo mi más profundo sentimiento de gratitud a los profesionales y juristas que influenciaron el presente trabajo: Julio Ospino Gutiérrez, Dennis Cheng, Nelson Mena, Karen Quesnel, Pedro Oriol Avella Franco, Clemencia García de Useche, Kristian Hölge, David Álamos, Mónica Mendoza Betancourt, Andrés Ormaza Mejía, Andrea del Pilar Agudelo, Alfonso Trilleras, Pedro Enrique Aguilar León, Jaime Granados Peña, Jairo Ignacio Acosta Aristizabal, Wilson Alejandro Martínez, Carlos Augusto Oviedo Arbeláez, Ana Isabel Guerra Jordán, Miriam Gerardine Aldana Revelo, Martín Alexander Osorio, Walther Javier Delgado Tovar, Michel Diban, Carlos Eduardo Cárdenas Chinchilla, Manuel de Jesús Roldan Álvarez, Francisco Zabala Brizuela, Soraya Carolina Calix Ponce, Jorge Domínguez, Celestina Ordaz, Porfirio López, Carmen Colon, María Domínguez, Beatriz Eugenia Arenas Montalvo, Ana Fenney Ospina Peña, Vilma Yanneth Medioreal, Beatriz Martínez, Jorge Pardo, Jaime Jaramillo y demás compañeros y amigos apasionados por este tema.

De la misma forma, agradezco de manera especial las lecciones impartidas por los maestros Dr. Luis Gracia Martín, Dr. Eduardo Fabián Caparros, Dr. Alejandro Gómez Jaramillo, Dr. Nicolás García, Dra. Paula Andrea Ramírez Barbosa, Dr. José Ramón Serrano Piedecabras, Dr. José Luis González Cussac, Dr. Fernando Molina Fernández, y Dr. Oscar Julián Guerrero, cuyas enseñanzas me permitieron ampliar la visión del derecho y fueron fundamentales para la realización del presente estudio.

CONTENIDO

Introducción	15
I. Contexto	22
A. Influencia de la criminalidad organizada en la concepción de la extinción de dominio	22
1. Necesidad de reafirmar los valores ético sociales y fomentar la cultura de la legalidad	23
2. Reconocimiento de nuevas formas de impunidad	29
3. Necesidad de reconocer la importancia del enfoque patrimonial del combate a la criminalidad	31
4. Diagnóstico y acciones de fortalecimiento del sistema normativo	39
B. Antecedentes	51
1. Decreto 1188 de 1974, primer Estatuto Nacional de Estupefacientes	52
2. Ley 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacientes	53
3. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988	59
4. Decreto 1856 de 1989	64
5. Decretos 1895 de 1989	67
6. Decreto 2790 de 1990. Extinción de dominio en delitos de orden público	70
7. Constitución Política de 1991	73
8. Código de Procedimiento Penal - Decreto 2700 de 1991	78
9. Decreto 1874 de 1992	81
10. Ley 333 de 1996	82
11. Decreto Legislativo 1975 y Ley 793 de 2002	86
12. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003	93

13. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI	95
14. Ley 1708 de 2014. Código de Extinción de Dominio	96
a) Distinción entre extinción de dominio de la acción para hacerlo efectivo	100
b) Precisión jurídica del concepto	101
c) Reconocimiento de diferentes clases de causales de distinta naturaleza jurídica	102
d) Reconocimiento de la buena fe objetiva o calificada como el elemento subjetivo de la extinción de dominio	102
C. Aproximación conceptual	104
II. Naturaleza de la extinción de dominio en Colombia	114
A. Estado de la discusión	114
B. Elementos de discusión frente a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio	120
C. Importancia de la identificación de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio	128
D. Naturaleza jurídica “de la acción”	131
1. Perspectiva penal de la “acción de extinción de dominio”	134
2. Perspectiva civil de la “acción de extinción de dominio”	139
3. Perspectiva administrativa de la acción de extinción de dominio	143
4. Naturaleza actual de la acción en el nuevo código	149
E. La naturaleza jurídica de la extinción de dominio como instituto de derecho sustancial	155
1. Distinción de la naturaleza sustancial de la extinción de dominio de la naturaleza jurídica del comiso penal	157
2. La extinción de dominio como instituto de derecho sustancial, desde la perspectiva de la teoría de la norma	160
3. La extinción de dominio como consecuencia civil de las actividades ilícitas	174

a)	Consecuencias y efectos de la naturaleza civil	190
(1)	Intemporalidad de la declaración de extinción de dominio: imprescriptibilidad y retrospectividad	190
(2)	No consolidación de derechos por tradición entre vivos y por causa de muerte	197
(3)	Efectos probatorios frente a la carga de la prueba	198
(4)	La buena fe objetiva, calificada o ética actúa como generadora de derechos, de acuerdo con los postulados del Derecho Civil	200
4.	La extinción de dominio como instituto de carácter sancionatorio	203
a)	Consecuencias y efectos de la naturaleza de carácter sancionatorio	212
(1)	La buena fe exenta de culpa actúa como el elemento negativo de las causales de extinción de dominio de naturaleza sancionatoria	212
(2)	Posibilidad de admitir prescriptibilidad e irrestropectividad	215
III.	Causales de extinción de dominio	217
A.	Clases de causales	221
1.	Según su naturaleza jurídica	222
a)	Causales básicas o sustanciales: origen y destinación	223
(1)	Carácter alternativo en la estructuración de la pretensión extintiva	227
(2)	Moderación de los criterios de congruencia	228
b)	Causales procesales o adjetivas	232
(1)	Causal procesal por terminación de la acción y por bienes sobrevivientes	234
(2)	Causal procesal sobre bienes con situación jurídica insoluta	235
2.	Según la norma que sustenta la causal	241
a)	Causales constitucionales	241
b)	Causales legales	247

3.	Según los efectos procesales que produce	251
a)	Causales presupuesto de la acción	251
b)	Causales presupuesto de la acción y presupuesto directo de la extinción de dominio	254
c)	Causales presupuesto subordinado de la extinción de dominio	256
4.	Según el objeto de valoración	258
a)	Causales personales	258
b)	Causales reales	261
5.	Utilidad de la clasificación	263
B.	Concepto de "causal"	264
C.	Esquema de la extinción de dominio y elementos estructurales de las causales	275
1.	Elementos relacionados con las condiciones objetivas de reconocimiento de la causal	279
a)	El bien o derecho pretendido	280
(1)	Bienes no susceptibles de extinción de dominio	284
(2)	Dificultades de bienes pasibles de extinción de dominio frente a algunos delitos	286
b)	La circunstancia ilícita	288
(1)	Idoneidad de la circunstancia ilícita	292
(2)	Independencia de la circunstancia ilícita	294
c)	La actividad ilícita	298
(1)	Actividad delictiva culposa	303
(2)	Actividad ilícita omisiva	308
(3)	Actividad delictiva en tentativa	310
(4)	Actividad ilícita no delictiva	311
2.	Elementos que se relacionan con las condiciones de atribución de la consecuencia jurídica	314
a)	La relación jurídica legítima de los titulares de derechos (titularidad)	315
(1)	Relaciones jurídicas y presunciones posesorias	320

(2) Utilidad de la identificación de las relaciones jurídicas legítimas	321
b) Nexos de relación entre el titular y la causal	325
c) Capacidad dispositiva	330
D. Causales en el nuevo Código de Extinción de Dominio	335
1. Causal primera: bienes producto de una actividad ilícita	338
a) Descripción	340
b) Objeto	343
c) Fundamento	346
d) Clases	346
(1) Producto directo	347
(2) Producto indirecto	351
e) Aspectos problemáticos	352
(1) Bienes producto que a su vez son objeto material del delito	352
(2) Copropiedades	354
(3) Posesiones	355
(4) Derechos eventuales, condicionales o futuros	356
(5) Expectativas de derechos	358
(6) Producto ilícito que cumple función social	362
2. Causal segunda: bienes que son objeto material de una actividad ilícita	364
a) Descripción	365
b) Objeto	366
c) Fundamento	371
d) Clases	373
(1) Bienes objeto de actividades ilícitas que serían pasibles de medidas de restablecimiento del derecho	373
(2) Bienes objeto de actividades ilícitas que deben ser destruidos	375
(3) Bienes objeto de actividades ilícitas con vocación probatoria	376

(4) Bienes objeto de la actividad delictiva que representan una ganancia o aprovechamiento para el autor o partícipe	376
e) Aspectos problemáticos	377
(1) Re victimización - Bienes objeto de restablecimiento del derecho	377
(2) Bienes objeto de destrucción	380
(3) Conflictos entre extinción de dominio y restablecimiento del derecho.	381
3. Causal tercera: bienes por conversión o transformación	383
a) Descripción	385
b) Objeto	386
c) Fundamento	387
d) Clases	387
(1) Transformación:	388
(2) Conversión	390
e) Aspectos problemáticos	390
(1) Transformación de sociedades - casos "paradójicos"	391
(2) Adición de titulares de derechos sobre el bien durante el proceso de transformación o conversión	392
4. Causal cuarta: bienes producto de un incremento patrimonial no justificado	393
a) Descripción	395
b) Objeto	396
c) Fundamento	399
d) Clases	400
(1) Incremento de un patrimonio general o integral	400
(2) Incremento parcial o sobre bienes determinados	401
e) Aspectos problemáticos	401
(1) Los incrementos patrimoniales de fuente lícita justificados	402
(2) Acreditación del incremento patrimonial no justificado.	
La problemática del dictamen pericial	404

(3) Retrospectividad de la acción y necesidad de utilizar criterios lógico razonables	408
5. Causal quinta: bienes medio o instrumento de actividades ilícitas	409
a) Descripción	410
b) Objeto	411
a) Fundamento	412
b) Clases	413
(1) Bienes instrumento de la actividad ilícita	414
(2) Bienes que sirven de medio para la actividad ilícita	415
c) Aspectos problemáticos	418
(1) Improcedencia del reconocimiento del principio de proporcionalidad	418
(2) Problemática de las sociedades - abuso del derecho por fuera de la capacidad dispositiva	420
(3) El desconocimiento de los componentes subjetivos de la causal	422
6. Causal sexta: bienes destinados a actividades ilícitas	424
a) Descripción	424
b) Objeto	426
c) Fundamento	427
d) Clases	428
e) Aspectos problemáticos	430
7. Causal séptima: ganancias, rentas, frutos, y otros beneficios de bienes ilícitos	431
a) Descripción	432
b) Objeto	433
c) Fundamento	433
d) Clases	434
(1) Bienes que constituyen la ganancia indirecta de una actividad ilícita	434
(2) Rentas, frutos y beneficios	435
e) Aspectos problemáticos	435

(1) Legitimación de la extinción de las ganancias derivadas de bienes lícitos destinados ilícitamente	435
(2) Beneficios no susceptibles de extinción de dominio	437
(3) Casos de tensión entre frutos o beneficios de bienes ilícitos como ganancias de actividades lícitas	437
8. Causales octava y novena: bienes lícitos destinados para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia	439
a) Descripción	440
b) Objeto	442
c) Fundamento	442
d) Clases	444
(1) Bienes de origen lícito destinados a mezclar bienes de ilícita procedencia	444
(2) Bienes de origen lícito destinados a ocultar bienes de ilícita procedencia	446
e) Aspectos problemáticos	447
(1) Ocultamiento de bienes o recursos ilícitos en sociedades	447
(2) Valoración extensiva de las causales	448
(3) Casos de aparente mezcla	449
9. Causal décima y undécima: Bienes equivalentes	450
a) Descripción	451
b) Objeto	454
c) Fundamento	455
d) Clases	458
(1) Cuándo es imperativo reconocer los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa	458
(2) Cuando se acredita la imposibilidad de identificar, ubicar o localizar el bien investigado	459
(3) Cuando es imposible la afectación material	460
e) Presupuestos	462
f) Aspectos problemáticos	463
(1) Extensión de los bienes equivalentes a los bienes de destinación ilícita	463

(2) Estimación del valor del bien equivalente	464
(3) Aparente enriquecimiento sin causa del Estado en los casos de enajenación del bien pretendido	466
IV. CONCLUSIONES	469
V. Bibliografía	480

INTRODUCCIÓN

Desde su concepción, la extinción de dominio ha presentado una evolución doctrinal y jurisprudencial caracterizada por una constante discusión en torno a su naturaleza jurídica. De hecho, su estudio ha oscilado entre dos perspectivas totalmente diferentes: de una parte, se ha intentado reconocer a esta figura como un novedoso instituto jurídico¹ autónomo e independiente del derecho penal, para lo cual, se ha sustentado su legitimación en el régimen constitucional del derecho a la propiedad privada; de otro lado, se ha cuestionado su legitimidad y validez a partir de la confrontación de sus reglas con los principios generales del derecho, especialmente aquellos del derecho penal o sancionatorio, pues se le ha asimilado a un instituto de tal naturaleza.

Sin embargo, no hay duda en la actualidad sobre su eficacia. Los fines propuestos al momento de su creación (Ministerio de Justicia, 1996) se vienen cumpliendo con una importante efectividad, permitiendo así que una figura derivada del tradicional comiso penal, pero que no exige la preexistencia de una condena penal previa, haya logrado consolidarse como uno de los institutos más eficientes en la lucha contra la delincuencia de todo nivel. Incluso, esta eficiencia se ha

¹ Si bien se ha descrito a la extinción de dominio con distintos calificativos (como acción, herramienta jurídica, instrumento jurídico, procedimiento especial), el presente trabajo parte de la idea de reconocerla con la categoría de instituto jurídico de carácter sustancial, pues su descripción coincide con la definición doctrinal de este concepto (Estevez, 1956), ya que en esta figura se puede identificar un conjunto de proposiciones jurídicas debidamente articuladas unas con otras y que están dotadas de individualidad propia, perfectamente diferenciable de otros institutos que le resultan similares, como el comiso penal, la confiscación, la expropiación, el decomiso administrativo, la incautación, la recuperación de activos, entre otros. Hasta el momento, solo la legislación boliviana reconoce expresamente la figura como un instituto jurídico y no como una simple acción (Ley 913 de 2017, art. 67, marzo 16).

extendido a otras legislaciones que han adoptado esta nueva figura jurídica y buscan beneficiarse de sus bondades².

El presente trabajo se inspira en aquel extremo que se ha preocupado por revisar la legitimidad y validez de las reglas sustanciales de la extinción de dominio, que son las que mayores problemas prácticos y de interpretación suelen presentar, impactando seriamente su efectividad³. Si bien la indebida interpretación de una norma por parte de la autoridad responsable de su aplicación puede considerarse como un referente inapropiado para adelantar un trabajo de investigación académica, no por ello se debe seguir evadiendo el debate para procurar penetrar a fondo en el estudio de esta figura desde una perspectiva empírico analítica, y aventurarse

² Este instituto ha sido adoptado con el nombre de extinción de dominio por Colombia (Ley 1708 de 2014), México (Ley Federal y leyes Estatales de Extinción de Dominio), Guatemala (Decreto 55 de 2010) y El Salvador (Decreto 534 de 2013); mientras que Honduras lo ha concebido como Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito (Decreto 27 de 2010); y Pérdida de Dominio tanto en Perú (Decreto Legislativo 1104 de 2012) como en Bolivia (Ley 913 de 2017), conservando todos la misma esencia de desarrollar una figura jurídica que responda al criterio de comiso *in rem*, que pueda ser declarado por sentencia judicial de manera autónoma e independiente del proceso penal.

³ A pesar de su eficiencia, no se pueden desconocer los problemas de efectividad que presenta la figura, como bien se relaciona en el estudio citado en la exposición de motivos del Código de Extinción de Dominio (Fiscal General de la Nación, 2013), donde se pone de presente las enormes dificultades que existían para que un bien afectado dentro de este proceso llegara a ser objeto de una sentencia efectiva, pues el porcentaje de devolución de bienes era también importante, lo que a nuestro juicio, es producto de malas prácticas investigativas y judiciales, toda vez que las autoridades responsables de su aplicación suelen afectar bienes para luego investigar su origen o destinación ilícita, cuando el “deber ser” del proceso extintivo es el de investigar primero para estructurar una pretensión seria de extinción de dominio previo a cualquier afectación cautelar, lo que permite anticipar que en Colombia existen dos corrientes o tendencias frente a la aplicación práctica de esta figura; una que podemos denominar “técnico eficientista”, donde prevalecen los intereses de política criminal que buscan utilizar la extinción de dominio como un instrumento de incautación de posibles bienes ilícitos, ya que los esfuerzos institucionales se enfocan primero a incautar o afectar los bienes para luego investigar su origen o destinación ilícita; y, otra tendencia, que se puede denominar “sustancial efectiva”, que, a *contrario sensu*, se enfoca en la estructuración seria de una pretensión extintiva previo a una afectación material, con el fin de procurar obtener sentencias de extinción de dominio más efectivas; es decir, reduciendo el espacio a posibles errores judiciales y garantizando al máximo el respeto de los derechos de los afectados. A esta última corriente se adscribía el Código de Extinción de Dominio, cuyos fundamentos sustanciales son de interés del presente trabajo, no así su reforma contenida en la Ley 1849 de 2017, sobre aspectos procesales y de administración de bienes, en la cual se reconoce un evidente retroceso de corte eficientista.

así a realizar una aproximación a su construcción dogmática a partir de la definición de su naturaleza jurídica, la identificación de los fundamentos que legitiman las causales y la identificación de los elementos estructurales que las conforman.

Hasta el momento, tanto la jurisprudencia como la doctrina han evadido el debate de intentar elaborar un análisis dogmático y profundo de las reglas sustanciales contenidas en las leyes de extinción de dominio. De una parte, se tienen aquellos estudios que han avanzado de manera destacada en la identificación y descripción de la extinción de dominio⁴; de otra, surgen aquellos trabajos que, con importantes argumentos derivados de una perspectiva eminentemente penal, se oponen o cuestionan la legitimidad y validez de sus disposiciones⁵, encontrando como común denominador en la mayoría de textos escritos sobre el tema, una preferencia por abordar el estudio de la extinción de dominio desde una perspectiva descriptiva; es decir, estudiando esta figura dentro del marco del derecho adjetivo, pues se suele encasillar a la extinción de dominio como una simple acción judicial, desconociendo de esta manera su carácter de instituto de derecho sustancial.

⁴ A pesar que en Colombia se ha producido una importante literatura al respecto, existen algunos trabajos que se han ocupado de trascender la labor descriptiva de la figura y de profundizar en su estudio, entre los cuales se destacan los estudios de Dr. Julio Ospino Gutiérrez "La Acción de Extinción de Dominio" (2008); el Dr. Fabio Espitia Garzón con su libro *La Extinción del Derecho de Dominio* (2003); el Dr. Jorge Humberto Betancur Echeverri, en su libro "Aspectos sustanciales de la extinción de Dominio de Bienes" (2004); el Dr. Alfonso Trilleras Matoma con su tesis de maestría "La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano" (2009); el Dr. Jorge Enrique Pardo Ardila, con su tesis de maestría "La extinción de dominio, partes y tercera" (2013); el Dr. José Iván Caro Gómez, con su tesis "Los terceros en la acción de extinción de dominio en Colombia".

⁵ Esta postura es defendida principalmente en los estudios del Dr. Pedro Pablo Camargo "La Acción de Extinción del Dominio" (Camargo, 2009), quien reconoce la extinción de dominio como una excepción a la prohibición de la pena de confiscación; en México, por el Lic. Eduardo Martínez Bastidas, para quien la extinción de dominio es una institución propia del derecho penal del enemigo (Martínez-Bastida, 2014); y en Costa Rica, la Dra. Patricia Vargas, quien se opone a la existencia de formas de comiso por fuera del proceso penal y ve a la extinción de dominio como una simple "etiqueta" que se le coloca a una figura de naturaleza sancionatoria que no puede prescindir ni desconocer las garantías del derecho penal (Vargas González, 2017).

Son precisamente estas posturas antagónicas las que mayores elementos aportan a la discusión sobre la identificación de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, entendiendo ésta, en los términos propuestos por el profesor español José Lois Estévez, quien resalta la importancia de comprender un instituto a partir de conocer con exactitud la categoría jurídica donde debe ser ubicado (Estévez, 1956 p. 167). En el presente caso, resulta imperioso conocer cuál es la ubicación que debe tener la extinción de dominio dentro del sistema jurídico colombiano, para así poder responder al principal interrogante que ha sido común en las discusiones alrededor de esta figura jurídica, que es el de determinar cuál es realmente la naturaleza jurídica de las disposiciones que sustentan o fundamentan la extinción de dominio como un instituto de derecho sustancial, para poder identificar, a partir de dicha naturaleza, el contenido, los límites y el alcance de sus principales disposiciones.

Resolver este interrogante, permitirá contar con una base sólida sobre la cual se puede edificar toda la teoría que sustente y explique las causales de extinción de dominio, que para efectos del presente trabajo, se reconocen como las principales disposiciones y el eje central sobre el cual se erige toda la normatividad creada alrededor de la figura de extinción de dominio, pues dependiendo de la posición que se adopte, se podrán comprender con claridad los factores que legitiman al Estado a privar a un ciudadano de sus bienes al aplicar una causal concreta. Esta respuesta permitirá también identificar las reglas e institutos jurídicos sustanciales y procesales que resultan inherentes a la extinción de dominio; así como precisar sobre

cuáles son los principios y las garantías procesales que resultan compatibles según su naturaleza.

Para alcanzar estos propósitos, se partirá por definir en el capítulo primero el contexto socio-jurídico e histórico que ha incidido en la construcción de este instituto y sus causales, tomando como referente tres aspectos en particular: el análisis de la influencia que ha ejercido la problemática de la denominada criminalidad organizada en el proceso de definición de sus principales características y disposiciones; el estudio de los antecedentes normativos de orden nacional e internacional que han sustentado sus principales reglas y; la aproximación conceptual de la figura a partir de la distinción de la extinción de dominio frente a otros institutos jurídicos similares.

Estas bases conceptuales permitirán comprender aún más, toda la problemática sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, la cual se abordará en el capítulo segundo del presente estudio, donde se sostendrá la hipótesis de la imposibilidad de encasillar a la extinción de dominio como un instituto que responda a una única naturaleza jurídica, dado el contenido normativo de sus disposiciones. Para ello se analizarán las principales discusiones que existen en torno de la naturaleza jurídica de esta figura jurídica⁶, que han oscilado entre una postura que aboga por reconocerla como una

⁶ La falta de claridad sobre este aspecto conlleva serios problemas prácticos, pues existen posiciones que consideran que, si se reconoce la extinción de dominio como un instituto de naturaleza penal o sancionatoria, le sería inherente institutos propios de esta área del derecho, como el *indubio pro reo*, la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, la duda probatoria, la prohibición de irretroactividad, la garantía de la defensa pública, entre otros. En cambio, de reconocerse una naturaleza distinta, los institutos, principios y garantías aplicables serían totalmente diferentes, discusión, que constituye el objeto principal de la presente investigación, que considera necesario revisar, con beneficio de inventario, estas dos posturas a partir de la identificación de la naturaleza jurídica de las reglas sustanciales sobre las que se edifica la extinción de dominio y en particular, las disposiciones acogidas en el Código de Extinción de Dominio.

construcción propia del derecho penal o sancionatorio, que en la actualidad es la doctrina minoritaria; y, de otra parte, la postura que desconoce cualquier naturaleza punitiva, pero que sin ofrecer argumentos contundentes que justifiquen apartarse de esa idea, abogan por una naturaleza distinta a la penal, aludiendo a diferentes concepciones como una naturaleza no penal, una naturaleza jurisdiccional, o simplemente, una naturaleza constitucional, como de manera práctica dispuso la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-740 de 2003, problemática que se estudiará desde la perspectiva de la Teoría de la Norma.

Resulta claro que cualquier posición que se adopte frente a la naturaleza jurídica genera serias consecuencias frente a la definición de los contenidos y límites de las normas e institutos propios que dan identidad a la extinción de dominio. El estudio de estos efectos será abordado en el capítulo tercero desde el punto de vista de la definición del contenido y los límites de las causales, como instituto principal sobre el cual se erige una pretensión extintiva.

Este estudio de las causales de extinción de dominio también será abordado desde una perspectiva empírico analítica, penetrando en el análisis de los principales problemas que se han podido identificar en la aplicación práctica del instituto a lo largo de toda su existencia, gracias al continuo seguimiento que he realizado a su evolución, desde aproximadamente el año 1995 (cuando la figura aún era procesal penal), y la experiencia acumulada como fiscal especializado y consultor en temas de Lavado de Activos y Extinción del Dominio, además de la oportunidad de haber participado en el rediseño del instituto, a

través de los trabajos preparatorios que sirvieron de base a las leyes 793 de 2002 y 1708 de 2014, al igual que la intervención en los proyectos regionales sobre la materia, como la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas y el Proyecto BIDAL (Bienes Incautados de América Latina) de la OEA–CICAD; razón por la cual, varias de las reflexiones que aquí se presentan, constituyen también la memoria de dichas experiencias.

I. CONTEXTO

A. Influencia de la criminalidad organizada en la concepción de la extinción de dominio

Para comprender el proceso evolutivo que ha tenido la extinción de dominio se debe tener en cuenta el contexto coyuntural en que fue concebida, pues este instituto jurídico no ha sido el producto del interés innovador del legislador de proporcionar nuevas herramientas para combatir a la criminalidad, sino el fruto de la necesidad urgente de una sociedad para contrarrestar todas las deficiencias de su sistema jurídico, que le impide a sus autoridades cumplir con los fines del Estado en materia de prevención y represión de la criminalidad. En este capítulo se hace una reseña de los principales aspectos del contexto histórico y jurídico que influenciaron al legislador colombiano en el diseño de una figura jurídica que fue estructurada desafiando los dogmas tradicionales del garantismo penal, para que, a partir del reconocimiento de sus límites constitucionales, se fuera perfilando un nuevo instituto con su propia naturaleza jurídica y características especiales que sirvieron de base para que la extinción de dominio se convirtiera en un nuevo sistema normativo dotado de su propio estatuto⁷.

⁷ Código de Extinción de Dominio, Ley 1708 de 2014.

1. Necesidad de reafirmar los valores ético-sociales y fomentar la cultura de la legalidad

Al apreciar las amplias dimensiones del poderío económico que alcanzaron algunas organizaciones criminales en Colombia a partir de la década del 70, quedó en evidencia las enormes falencias de nuestra legislación al despreocuparse por el tema de los efectos patrimoniales de las actividades ilícitas⁸, especialmente, aquellas de índole delictivo o asociadas con las acciones del denominado “crimen organizado”⁹, lo que había permitido la integración de enormes fortunas ilícitas dentro de los circuitos económicos del país, enviando un equivocado mensaje a la sociedad, pues la falta de eficacia del sistema penal frente a la persecución de fortunas ilícitas, permitió generar en la conciencia social la falsa creencia de que el “delito sí paga” o, como bien lo destacan los expertos de Naciones Unidas, al considerar que sí puede existir “crimen sin castigo” (Naciones Unidas, 2004), siendo una paradoja absurda del propio sistema jurídico, pues se genera una errada concepción de lo que se debe entender como derecho a la

⁸ Es de precisar que esta no es una problemática exclusiva del contexto jurídico colombiano, pues las mismas deficiencias afectan a varios de países del mundo, pero son los problemas de criminalidad, especialmente aquella asociada al denominado “crimen organizado” los que permiten identificar con mayor facilidad este tipo de debilidades normativas; por ello, se puede afirmar que no es casualidad que dentro del contexto regional, la extinción de dominio también se hubiese abierto paso en los países cuyos problemas de criminalidad organizada sobrepasan la media general, como México, Honduras, Guatemala, El Salvador, Perú y Bolivia; y que sea precisamente este factor, el que viene justificando los proyectos actuales que se estudian en la Argentina, Brasil, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Ecuador, Costa Rica, entre otros, donde el reconocimiento de los efectos nocivos de las acciones que genera el crimen organizado, ha sido el común denominador en la exposición de motivos de todas las leyes y proyectos sobre esta nueva materia.

⁹ Con esta expresión se hace relación 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 actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. (Naciones Unidas, 2004).

propiedad privada¹⁰ que atenta seriamente contra los principios y valores ético-sociales que deben imperar en un Estado social y democrático de derecho¹¹.

La situación de violencia, corrupción y descomposición social que vivió el país tras ser azotado por el narcotráfico, el terrorismo, el secuestro, el sicariato, la extorsión y la expansión de la guerrilla y el paramilitarismo, entre muchas otras manifestaciones delincuenciales, permitió reconocer que se estaba ante una crisis de principios y valores ético sociales, como el desconocimiento de los principios de responsabilidad solidaridad, equidad y justicia económica; o de los valores del trabajo y el desarrollo de la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza; el valor del orden social justo y de la justicia en razones de equidad; el respeto del derecho de igualdad, en especial, con relación a la igualdad en el acceso y protección al derecho de propiedad; el derecho a la propiedad adquirida

¹⁰ Uno de los puntos basilares de la extinción de dominio es la consideración constitucional del derecho a la propiedad adquirida y ejercida dentro del marco del respeto de los valores ético-sociales. Se destaca esta idea en el preámbulo de la Ley Modelo de Extinción de Dominio que consagra, como punto de partida, una concepción filosófica del derecho a la propiedad privada: *"La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas"*.

¹¹ Esta es una perspectiva común de acuerdo con el modelo de Estado. En este mismo sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que al estudiar la constitucionalidad del "decomiso de capitales emergentes", coincidió en la importancia de este tipo de institutos como medio de refrendación de los valores ético-sociales, al señalar: *"El Estado tutela un sistema armónico de valores, principios y normas en que se funda la organización política y jurídica. Dentro de la concepción de un Estado social y democrático de derecho, donde se protegen valores tales como la justicia, la vida, la igualdad, la libertad y otros, no resulta válido tutelar o cohonestar formas de adquisición del dominio que lesionen precisamente esos valores. Los títulos ilegítimos generan solo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que puede declararse extinta por la acción del Estado. Conforme se indicó, el incremento de un capital sin causalícita sí ocasiona un perjuicio de grandes dimensiones al orden público. Las actividades ilícitas, en especial las manifestaciones de criminalidad organizada afectan gravemente los derechos fundamentales y constituyen una amenaza para el desarrollo sostenible y la convivencia pacífica. De ahí que se estime razonable la creación de esta herramienta (comiso sin condena) para fortalecer la lucha contra la delincuencia, otorgando al Estado un instrumento legal para incautar bienes sobre los que no se demuestre una forma de obtención lícita"*. (Res. 2015018946, 2015).

con respeto del orden jurídico y ejercido dentro de un marco de función social, etc., lo que obligaba a adoptar medidas que aseguraran al Estado el cumplimiento de sus propios fines y reforzar así la vigencia de dichos valores éticos sociales, los cuales constituyen una de las principales razones que justifican una institución como la extinción de dominio, que como bien lo destaca el Wilson Alejandro Martínez¹², representa uno de los pilares fundamentales que, junto con la observancia de la función social de la propiedad, resultan indispensables para comprender la naturaleza jurídica y las características de la extinción de dominio en el nuevo código, pues estos dos aspectos perfilan la dualidad de fundamentos que subyacen a su naturaleza jurídica.

Y es que la reafirmación de la vigencia de los principios y valores ético-sociales debe ser una prioridad para cualquier sociedad, como bien lo destaca la jurisprudencia constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, que ha reconocido que este tema es inherente a los fines y funciones del Estado:

Asimismo, como se desarrollará más adelante, el instituto de la extinción de dominio de bienes, encuentra sustento constitucional, en los principios, valores y fines del Estado, como los principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). Los valores supremos

¹² Al respecto el profesor Martínez señala que "La Constitución Política de 1991 introdujo dos importantes cambios en el contenido y alcance del derecho a la propiedad en Colombia: en primer lugar, atribuyó a la propiedad privada una relación estrecha con los valores y principios ético-sociales que fundamentan el Estado, y en segundo lugar, asignó a este derecho una función social que lo enmarca. Ambas modificaciones son esenciales para entender la naturaleza y el alcance de la extinción de dominio en Colombia, así como de la acción de extinción de dominio frente a los ciudadanos". (Martínez Sánchez, 2015, p. 7)

de igualdad, dignidad, libertad, respeto, transparencia, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien; y los fines y funciones esenciales del Estado, como el de garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas; en virtud de los cuales no puede protegerse jurídicamente la titularidad de bienes de procedencia ilícita, que no son producto del trabajo honesto, sino que provienen de actividades que laceran la moral de la sociedad, socavan las instituciones del Estado y corrompen a las personas y servidores públicos.

Entonces, se debe reconocer que la problemática de la riqueza ilícita, no se debe apreciar como un simple problema de política criminal, sino como un cáncer que taladra los cimientos éticos de una sociedad, y de ahí la necesidad que los Estados aborden este problema como un asunto inherente al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como bien resalta en Costa Rica, Carlos Eduardo Cárdenas al recomendar que:

Además un país debe, resguardar los fines constitucionales de justicia social y protección de derechos legítimos, reafirmar los presupuestos de validez de la propiedad privada con arreglo al ordenamiento interno, y que se debe proteger la fuerza prescriptiva las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad, la cual debe estar en utilidad al uso y no debe estar en función de algún acto criminal, ni haber sido adquirido —origen—, con el producto de un delito, porque no se debe tener un garantismo distorsionado o equivocado o incluso exacerbado, pues el derecho constitucional no es absoluto, claro está que no se debe hacer nugatoria totalmente la norma constitucional. (Cárdenas Chinchilla, 2013, p. 160).

Si bien en Colombia, existió una época en que se reconocía cierto “estatus” a los narcotraficantes, y se les toleraba por sus aparentes “contribuciones” a los sectores productivos del país, pues se consideraba erradamente que el poder económico, sin importar su origen, tenía reconocimiento social, gracias a la extinción de dominio, ese pensamiento ha cambiado, abriendo paso a prácticas acordes con los principios y valores ético sociales de la sociedad colombiana, que exigen que cada ciudadano asuma con responsabilidad ética y social el ejercicio de sus derechos¹³.

Ejemplo de este reconocimiento de los valores ético sociales como fundamento de la extinción de dominio lo constituye la prelación de esta consecuencia jurídica, aún en aquellos casos donde la Constitución o la ley han señalado alguna primacía de derechos, como sucede con los derechos de los menores de edad o los privilegios del denominado “patrimonio de familia inembargable”, tema que fue abordado seriamente por la Corte Constitucional reafirmando que el delito no puede generar ningún tipo de derecho, ni mucho menos privilegio (Sent. C-374/97). Es claro que aquellos bienes que constituyen el producto de un ilícito, o los que son empleados o destinados a su ejecución, no pueden ser considerados como un entorno legítimo en el cual se puedan desarrollar los valores mínimos que requiere una familia o un menor de edad en proceso de

¹³ En palabras de la Corte Constitucional, este es un asunto de estricto orden constitucional: “Desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales” (Sent. C-740/2003).

formación, pues a contrario sensu, dicho entorno representa aquellas circunstancias que el Estado censura desde la misma constitución, ya que no se ajusta a los postulados axiológicos propios de un Estado social y democrático de derecho.

Por lo anterior, la extinción de dominio no puede apreciarse hoy en día como un simple instituto jurídico diseñado para perseguir bienes ilícitos, sino que debe entenderse también, que constituye un mecanismo constitucional de control social que pretende reafirmar la vigencia de los principios y valores ético sociales que proclaman por la lícita adquisición de los derechos, que como bien resalta el Ejecutivo hondureño¹⁴, se respalda en máximas jurídicas que prescriben "... que *"el delito no puede ser fuente de derecho"*; o que *"nadie puede sacar provecho de su propia culpa, dolo o fraude"*¹⁵; o como bien lo expresa la doctrina argentina *"nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas"* (Jorge, Guillermo 2008, p. 67); o, al decir de Jaén y Perrino en España, *"que el delito no resulte provechoso"* (Jaén Vallejo & Perrino Pérez, 2016, p. 121)" lo que permite exigir el cumplimiento de dichos valores ético sociales fomentando así la cultura de la legalidad.

¹⁴ Veto Presidencial contra el Decreto Legislativo 30 de 2018, que eliminaba la retrospectividad, la autonomía e independencia de la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras, subordinándola a la responsabilidad penal. (Hernández Alvarado, 2018)

¹⁵ Los alcances de este principio son explicados por Gilberto Blanco de la siguiente manera: "2.3. *Improcedencia por aprovechamiento en dolo propio*: (Nemo Auditur propriam turpitudinem allaegans). De la misma manera, constituye este principio la antítesis de la bona fides, pues por medio de esta figura quiere la persona aprovecharse de su culpa o de su mala fe, situación contraria no sólo a las leyes sino a las buenas costumbres. De ahí que se tache a todo el que pretenda beneficiarse de su propio dolo o culpa, toda vez que son personas indignas de ser escuchadas por la justicia; por ejemplo, la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar una herencia o legado luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento, y así pretende sucederle al causante." (Blanco Zuñiga, 2002).

2. Reconocimiento de nuevas formas de impunidad

Antes de la extinción de dominio, la situación de Colombia no era extraña a la que aún viven la mayoría de países del mundo frente a esta materia, pues como bien se resalta en un estudio de las Naciones Unidas sobre la estimación de los flujos financieros del narcotráfico y otros delitos asociados al crimen organizado transnacional (Naciones Unidas - UNODC, 2011, p. xvii), al calcular las utilidades de la criminalidad, las cifras obtenidas deberían ser motivo de preocupación para la seguridad nacional de cualquier Estado, pues calcula los ingresos del crimen organizado entre un 2.3 al 5.5 del PIB Mundial, dato que si bien es alarmante, no es tan grave como el relacionado con la efectividad en la persecución de los patrimonios ilícitos, pues el dato que mayor alarma debería despertar, es aquel que señala que tan sólo menos del 1% de esas ganancias ilícitas (el cero punto uno), logra ser recuperado o incautado por las autoridades.

A primera vista, esta cifra tan solo parece un indicador más de la ineficacia de los sistemas jurídicos en materia de lucha contra la criminalidad, dato que tristemente no suele ser extraño ni novedoso. Pero si se le da una lectura adecuada, se encontrará que la criminalidad organizada logra conservar más del 99% de sus ganancias (el 99.9% aproximadamente), dejando en la conciencia social el equivocado mensaje de que la delincuencia sí es una alternativa de vida donde la amenaza de pena del derecho penal ya no cumple ningún fin desestimulante o desincentivante.

Con esta preocupante cifra surge el interrogante de conocer ¿para qué sirve esa exorbitante utilidad? Sin duda, la respuesta a esta pregunta debe ser objeto de toda la atención de cualquier Estado y ser objeto de orientación de su política criminal (Vargas González, 2012, p. 35); pues sin duda, esa riqueza ilícita solo potencializa los problemas de criminalidad de un país, pues sirve para financiar nuevas actividades delictivas, corromper a las instituciones públicas y privadas, financiar la violencia necesaria para mantener un *status quo* de ilegalidad, reducir las actividades productivas lícitas, desestabilizar las economías legales, incrementar los desequilibrios sociales, entre otras probables consecuencias de desestabilización económica, política y social¹⁶.

Es por ello que la extinción de dominio parte de la idea de que hoy en día la impunidad, no es solo la ausencia de castigo o sanción a un delito por la vía penal; sino también, lo es la ineficacia de un sistema jurídico o la negligencia o permisividad de las autoridades de permitir que la riqueza y las ganancias generadas con las actividades ilícitas se puedan consolidar e integrar en los circuitos económicos¹⁷, enviando el pésimo

¹⁶ Adicionalmente, expertos de Naciones Unidas también estiman que los efectos de la riqueza ilícita también “Socavan los procesos políticos, las instituciones democráticas, los programas sociales, el desarrollo económico y los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2004). En similar sentido, Isabel Sánchez resalta que la peligrosidad del crimen organizado va más allá de afectar los bienes jurídicos vulnerados con los delitos que cometen, pues además pueden afectar la propia seguridad del Estado, en cuanto estos grupos tienen capacidad para desestabilizar su organización política y económica. (Sánchez García de Paz, 2005 p. 68).

¹⁷ Similar lectura de la situación registra la doctrina peruana con Walter Delgado y Tomás Gálvez, quienes al respecto señalan que “Así, por ejemplo, en los procesos penales por los delitos de enriquecimiento ilícito, peculado, lavado de activos u otro similar, resulta poco eficaz, y mucho menos eficiente, perseguir y conseguir únicamente una condena penal, sin afectar ningún bien o activo del procesado o eventuales terceros vinculados a este; esto es, tener a supuestos agentes del delito condenados a penas de ejecución suspendida (raramente existen condenas a pena efectiva), pero disfrutando de todo el producto de sus delitos (dinero, bienes, efectos o ganancias obtenidos ilícitamente), con lo que el propio proceso penal constituye una invitación a seguir delinquiendo. Puesto que con el delito siempre se va a ganar y nunca perder, es decir, el beneficio del delito siempre va a ser mayor que su costo. Con lo que finalmente se asegura la perpetuación de la actividad delictiva con su consecuente multiplicación de la cadena delictiva, de la corrupción generalizada y

mensaje al subconsciente social de que delinquir “sí paga” o que el crimen “sí vale la pena”. De ahí la necesidad de que las autoridades de justicia apliquen el comiso penal o desarrollen nuevos institutos como la extinción de dominio, institutos que deben ser considerados permanentemente como elementos indispensables de una política criminal efectiva para reducir esas nuevas manifestaciones de impunidad¹⁸.

3. Necesidad de reconocer la importancia del enfoque patrimonial del combate a la criminalidad

En Colombia, durante muchos años predominó la idea de que los aspectos patrimoniales del delito se restringieron solo a las consecuencias civiles¹⁹ del delito y, excepcionalmente, a un limitado comiso penal, temas que eran tratados como asuntos intrascendentes o secundarios²⁰, al punto tal, de considerarlos

la pervisión de la economía y la administración de justicia a través de la generalización de las acciones de lavado de activos. Obviamente, todo esto se ve más claro y sus efectos son más perniciosos si se trata de la actuación de las organizaciones criminales, las mismas que de este modo, tienen asegurada su permanencia o reorganización en caso de que eventualmente fueran descubiertas y desbaratadas.” (Delgado Tovar & Gálvez Villegas, 2013, p. 27).

¹⁸ Este impacto negativo motivó a que el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, promoviera el tema del comiso de bienes en sus recomendaciones 3 y 38, destacando la importancia de este instituto al indicar que *“La confiscación evita que las propiedades delictivas se laven o se vuelvan a invertir para facilitar otras formas de delitos o para ocultar las ganancias ilícitas. En sí mismo, esto puede restringir significativamente las operaciones delictivas organizadas, reprimirlas o frustrar el movimiento de ganancias que provienen de un delito. Reducir las recompensas de un delito afecta el balance de riesgo y recompensa, así como la posibilidad de perder ganancias puede desalentar a algunas personas a cometer un delito. También permite que la víctima de un delito sea recompensada de forma parcial o total, aún si las ganancias se trasladaron a otra parte del mundo.” (GAFI, 2010).*

¹⁹ Esta es una de las inconsistencias técnicas que se conservan en el actual código penal con relación al instituto del comiso penal, el cual se encuentra consagrado en su artículo 100 bajo el capítulo de “De la responsabilidad civil derivada de la conducta punible”, pues conserva matices que apuntan a la reparación de los perjuicios ocasionados con los delitos. Sin embargo, en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2005, sí le reconoce su carácter penal, al concebirlo como un instituto propio de tal naturaleza.

²⁰ Es de destacar que el tema del comiso también ha sido considerado como un asunto secundario, como bien destaca el fiscal de la audiencia nacional, Javier Zaragoza Aguado, que al respecto ha indicado que *“Tradicionalmente el comiso ha sido considerado por los estudiosos del Derecho Penal como una cuestión de segundo orden. Basta consultar cualquier manual de Derecho Penal para comprobar que la cita y el comentario sobre esta institución apenas sobrepasan la reproducción literal de los preceptos penales que lo*

marginales, como bien resalta Manuel Alberto Restrepo con relación a la aplicación del comiso penal (Restrepo Medina, 2006, p. 152), hecho que hacía que éste instituto fuera un tema ajeno a cualquier reflexión de fondo de tipo dogmático, pues la problemática de la afectación patrimonial solía ser percibida como un simple efecto derivado del delito (Ceballos Velásquez, 2010, p. 81), subordinado a una declaratoria previa de responsabilidad penal.

Hasta hace poco, toda la problemática de la afectación patrimonial relacionada con los delitos, se pretendía resolver a través de un solo instituto: el comiso penal; frente al cual, importantes voces de la doctrina nacional, como la del profesor Fernando Velásquez, le restaban importancia al considerarlo como una especie de instituto multifuncional al cual se le atribuían distintas naturalezas jurídicas y efectos omnicomprensivos, pues bajo este concepto, se justificaba la afectación de bienes con propósitos secundarios, nunca principales, como el aseguramiento de elementos de prueba, la indemnización de perjuicios como efecto civil o la privación del delincuente de los bienes utilizados como medios o instrumentos de un delito (Velásquez Velásquez, 2004, p. 646).

Sin duda, esta concepción multipropósito es herencia del esquema clásico de derecho penal que durante muchos años irradió el desarrollo de nuestros institutos penales, pues solo permitía una apreciación naturalística del problema, con lo cual, resultaba difícil concebir los aspectos patrimoniales del delito con una identidad propia, ya sea como una sanción

regulan. La mayor parte de los penalistas han pasado, pues, de puntillas cuando se ha tratado de analizar la figura del comiso". (Zaragoza Aguado, 2014, p. 335).

principal²¹, o como una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas independiente de la responsabilidad civil y penal²².

Esta postura predominante hasta finales de la década de los ochenta es comprensible si se atiende al carácter personal e individual con que se abordaba el estudio de la problemática criminal, cuya constante se centraba en dos aspectos en particular: el delincuente individual, como eje central de la problemática criminal en las actividades delictivas consideradas como clásicas (Sánchez García De Paz, 2005, p. 21) y; el delito común, como punto de partida de cualquier estudio jurídico²³.

Ante un panorama así, resulta fácil comprender la razón por la cual, en ocasiones, manifestaciones delictivas relacionadas con la denominada criminalidad organizada, presentaban complejos desafíos investigativos, jurídicos y dogmáticos, que como bien reconoce la doctrina especializada, conllevan la reformulación de paradigmas a través de distintas clases de medidas *“Algunas conflictivas a la luz de los derechos fundamentales y principios jurídico-penales básicos, de corte liberal, como los de exclusiva protección de bienes jurídicos, non bis in ídem y culpabilidad, en el Derecho Penal”* (Sánchez

²¹ Sobre este aspecto, Patricia Vargas destaca que *“El diseño de una política criminal centrada en la recuperación de los bienes relacionados con la comisión de infracciones penales está influenciada por el modelo norteamericano, en el cual el comiso deja de ser solo un medio (p.ej. para conservar pruebas) y se convierte en una sanción independiente”*. (Vargas González, 2012, p. 34).

²² Frente a este aspecto, se debe destacar la evolución que ha tenido el comiso penal en distintas legislaciones donde también ha evolucionado en cuanto a su naturaleza jurídica, como es el caso español (Ramón Ribas, 2003), el cual ha influenciado a varias legislaciones dentro del continente, donde se ha pasado de un comiso de naturaleza punitiva a un comiso como consecuencia accesoria de la pena.

²³ Basta revisar nuestra literatura jurídica para poder constatar como los tratadistas del derecho penal lograban explicar la mayoría de instituciones consagradas en la parte general de la Código Penal a partir de ejemplos simples relacionados con delitos comunes como el homicidio, el hurto o la estafa, presentando al asesino, el ladrón o el timador como los principales protagonistas de la problemática criminal, evitando así cualquier tipo de referencia a la problemática propia de los delitos asociados con el denominado crimen organizado.

García De Paz, 2005, p. 21), sin que la figura de la extinción de dominio haya sido la excepción a este tipo de discusiones, pues al ser producto de medidas coyunturales para combatir y neutralizar los efectos del accionar del crimen organizado, sus contenidos e instituciones han sido objeto de complejos debates, los cuales serán analizados con mayor profundidad en la presente investigación.

Sin duda, esta visión individualista o personalista del problema, obstaculizaba en Colombia la evolución del derecho respecto a la consideración de medidas efectivas que se ocuparan de los aspectos patrimoniales del delito²⁴, reconociendo las ganancias y bienes ilícitos, como eje central de una política concreta que superara la órbita residual y accesorio de la responsabilidad penal²⁵ para penetrar en nuevos campos de reacción y control social a través de medidas que pudieran ser aplicadas de forma autónoma del proceso penal, e independiente de la declaratoria previa de responsabilidad penal, características que para dicho momento histórico eran extrañas a los institutos jurídicos de derecho penal.

²⁴ Era claro que las deficiencias del sistema penal demandaba una reorientación de la política criminal, pues durante los primeros años de la guerra del Estado colombiano contra la criminalidad organizada, los penalistas se habían quedado buscando las respuestas desde una perspectiva normativa punitivista; por ello, resultaba imperioso revisar las realidades sociales para buscar respuestas en los escenarios que realmente proponía la delincuencia, como lo son los circuitos productivos y económicos.

²⁵ Durante muchos años, el principal instituto utilizado para ocuparse de los efectos patrimoniales del delito fue el comiso penal. Sin embargo, esta figura ha presentado en Colombia una constante subordinación a la responsabilidad penal, al punto tal, de ser su presupuesto fundamental (C.P. art. 100), dada su naturaleza punitiva, lo cual se traduciría también en su principal limitante, pues resultaba improcedente en la mayoría de los casos donde se perseguían los bienes ilícitos vinculados a los integrantes de las organizaciones criminales, debido a las complejas operaciones de lavado de activos que precedían su adquisición o por la frecuente estrategia de ocultamiento a través de terceros o personas jurídicas que actuaban como testaferros o prestanombres, deficiencia del sistema jurídico que durante muchos años fue aprovechada por la delincuencia, circunstancia que, junto con otras limitantes, motivaron su paulatina emancipación del proceso penal a través de normas de excepción, evolucionando a un nuevo instituto autónomo e independiente del proceso y la responsabilidad penal, como lo es la extinción de dominio.

Sin embargo, fue la consideración de los aspectos patrimoniales de las actividades ilícitas desarrolladas por complejas organizaciones o empresas criminales dedicadas a actividades delictivas altamente rentables, las que obligaron al Estado a buscar nuevas medidas que, de manera alternativa y eficiente, pudieran contribuir a contrarrestar los nuevos desafíos propuestos por este tipo de delincuencia²⁶, siguiendo así las distintas recomendaciones contenidas en los convenios internacionales adoptados con el propósito de afrontar los distintos fenómenos complejos de la criminalidad organizada transnacional.

Al respecto, resulta oportuno recordar que fue también en la década de los ochenta que la comunidad internacional empezó a impulsar políticas orientadas al enfoque patrimonial de la represión de los fenómenos delictivos asociados con la criminalidad organizada (Naciones Unidas, 1999, p. 98), como bien se expone en las motivaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, que dicho sea de paso, fue el punto de partida del enfoque de investigación patrimonial que se ha reiterado en múltiples instrumentos internacionales²⁷, pues allí se reflejó la conciencia

²⁶ Como bien se resalta en la Ley Modelo de Extinción de Dominio de las Naciones Unidas, este instituto no es la única medida ni la principal para combatir el crimen organizado, pero sí se reconoce como un instituto eficiente y complementario: *"La extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido 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 los países. Por su naturaleza y alcance, se constituye en un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal"*. (Naciones Unidas - UNODC, 2011).

²⁷ La política criminal internacional ha recogido ampliamente esta orientación de perseguir los bienes ilícitos, pues estas recomendaciones se reiteraron de forma casi idéntica en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo, Italia, en el año 2000 y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Mérida, México, en el año 2003. A estos instrumentos se le suma la normativa Europea a través del Convenio Nº 141 del Consejo de Europa, sobre el blanqueo,

que el mundo estaba adoptando sobre el problema criminal, al reconocer la importancia de enfrentar la delincuencia a través de un enfoque patrimonial (Naciones Unidas, 1999), como se resalta en las siguientes consideraciones:

Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,

Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.

Este tipo de consideraciones le permitió a la comunidad mundial sentar las bases de un nuevo tratamiento al tema de los aspectos patrimoniales de las actividades ilícitas, más allá de la responsabilidad civil y penal que estas puedan generar²⁸, al

seguimiento, embargo y confiscación de los productos del delito, suscrito en Estrasburgo, Francia el 8 de noviembre de 1990, retomado en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo, comiso de los productos del delito y del financiamiento del terrorismo suscrito en Varsovia, Polonia, el 16 de mayo del año 2005; la decisión marco 2001/500/JAI del Consejo de Europa, del 21 de junio de 2001, relacionada con el blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento y embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; la decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de Europa, del 24 de febrero de 2005, relacionada con el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; la decisión marco 2006/783/JAI del Consejo de Europa, del 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la decisión marco 2008/841/JAI del Consejo de Europa, del 24 de octubre de 2008, relacionada con la lucha contra la delincuencia organizada; y la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, entre otras disposiciones.

²⁸ Sobre las tendencias de orientación de la política criminal a la consideración de los aspectos patrimoniales de los delitos, Choclán Montalvo puntualiza lo siguiente: *"Las nuevas tendencias de la política criminal siguen otros derroteros. De un lado, junto a la pena y las medidas de seguridad, la reparación del daño a la víctima se propone como tercera vía de reacción frente al delito, por lo que la reparación del daño civil, aparte de la satisfacción psicológica a la víctima, se erige en uno de los objetivos fundamentales, a costa de la imposición de la pena, sujeta a la reserva de su necesidad social, y que es entendida de forma distinta a la mera retribución de la culpabilidad por el hecho; de otro lado, en lo que ahora nos importa, la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra*

sentenciar que estaban: "...Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad".

De igual manera, el Convenio sobre blanqueo, detección y confiscación de los productos de un delito, suscrito en Estrasburgo, Francia, el 8 de noviembre de 1990, donde de manera explícita adopta el enfoque patrimonial como medida efectiva para combatir la criminalidad. Sobre el particular, su motivación indicaba:

"...que la lucha contra los delitos graves, que se ha convertido progresivamente en un problema internacional, exige el uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional;" y por lo tanto "...uno de dichos métodos es el privar a los delincuentes de los productos del delito".

Es claro que a través de estos instrumentos internacionales el mundo reconoció que no existen organizaciones delictivas "sin ánimo de lucro"²⁹ o que cumplan fines "nobles o altruistas", reconociendo que la problemática del crimen organizado hay que estudiarla desde una perspectiva económica³⁰, ya que su principal razón de ser es la producción de riqueza ilícita, sacando provecho de la economía mundializada y la

la criminalidad organizada, y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, que contemporáneamente son expresión de manera frecuente del crimen organizado. Por tanto, puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal". (Choclán Montalvo, 2000, p. 332).

²⁹ Es de resaltar que "el ánimo de lucro" o "interés económico", es uno de los principales presupuestos que tanto la doctrina especializada, como las convenciones internacionales, demandan ser acreditado para el reconocimiento de un grupo delictivo organizado, como lo establece el artículo 2º de la denominada Convención de Palermo.

³⁰ Bien el crimen organizado ha sido ubicado y definido como un tema económico, pues su concepto no se obtiene sólo atendiendo a la relación de individuos que integran una colectividad dedicada a un accionar ilícito, sino dependiendo de las actividades que desarrollan estas organizaciones. Para Paul H. Rubín, el tema se ubica en el sector de los bienes y servicios: "El crimen organizado básicamente es una empresa criminal cuya función radica en la venta de bienes y servicios a otras empresas criminales". (Krauthausen, 1998, p. 35).

tecnología, como lo reconoció en su momento, el ex Secretario General de Naciones Unidas, Kofi A. Annan, al presentar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Naciones Unidas, 2004). Es así como se comienza a impulsar un nuevo rumbo de acción dentro de los distintos sistemas legales en el tema de la represión de las actividades ilícitas, y empieza a tomar relevancia para los Estados la problemática de los bienes ilícitos³¹; por ello se destaca la importancia de contar con institutos que permitan dar una respuesta eficiente a los retos impuestos por la criminalidad, al considerar la necesidad de tratar el tema patrimonial como una estrategia preventiva, disuasiva y represiva³², fines que fueron tenidos en cuenta al momento de diseñar la extinción de dominio reflejada en el nuevo código; que fue concebido con la intención de neutralizar y

³¹ Esta perspectiva es general en todos los países de Latinoamérica, donde los problemas de criminalidad suelen ser comunes a los nuestros, como bien destaca la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que reconoce la importancia del tema, al indicar que *"Existe un interés del Estado en que el patrimonio de toda persona haya sido obtenido en forma lícita y no como producto de acciones contrarias al ordenamiento jurídico. El patrimonio obtenido ilegítimamente carece de la protección estatal porque atenta contra los valores y principios que constituyen la base misma del Estado de derecho. El crimen organizado en sus diferentes expresiones: corrupción, tráfico de drogas, tráfico de personas, armas, legitimación de capitales, terrorismo, etc.; utiliza formas cada día más especializadas y sofisticadas para evadir la acción de la justicia y sobre todo, para mantener el poderío económico que le caracteriza. Por ello, se justifica que el Estado legisle de una forma que, sin lesionar los derechos y garantías fundamentales, pueda hacer frente a estos flagelos de una forma eficiente. Cuando se trata de dineros y bienes en general provenientes de la corrupción, se está ante una afectación a diversos bienes jurídicos de gran importancia para la colectividad. La corrupción produce degradación y desconfianza en las instituciones públicas, afecta la administración financiera pública, la gobernabilidad del sector financiero, debilita las inversiones privadas y la prestación de servicios sociales, como los programas de salud y educación de un país, generando efectos adversos sobre todo en las clases menos favorecidas. El narcotráfico por su parte, destruye los cimientos de una sociedad, no solo al afectar la salud de la población y provocar un incremento de la violencia (homicidios, sicariato, delitos contra la propiedad, etc.) sino además porque la legitimación del dinero proveniente de este, debilita la integridad de los mercados financieros, produce la pérdida del control de la política económica, afecta las monedas y tasas de interés, ocasiona la pérdida de rentas públicas, distorsiona la economía y produce inestabilidad en general.* (Res. 2015018946/2015).

³² Al respecto, Manuel Alberto Restrepo, destaca que para las Naciones Unidas se considera necesario la utilización del instituto del comiso *"como arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial"* (Restrepo Medina, 2007, p. 23).

contrarrestar las acciones delictivas de todo orden³³, con lo cual se reconoce la relevancia e importancia del tema patrimonial³⁴, distanciándose así de su antigua apreciación marginal.

4. Diagnóstico y acciones de fortalecimiento del sistema normativo

Se puede apreciar también que el marco histórico que permitió el surgimiento de la extinción de dominio en Colombia estuvo caracterizado por el reconocimiento de las enormes deficiencias del sistema jurídico punitivo³⁵, que en su momento desestimaba la efectividad de otras medidas integrales o alternativas. Resulta conveniente recordar que fue

³³ Sobre el particular, José Antonio Choclán destaca como la persecución de patrimonios ilícitos es la política criminal adecuada para combatir la criminalidad organizada: *"El negocio ilícito produce efectiva competencia, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; por ello el blanqueo de capitales tiene una clara repercusión en la libre competencia. Por ello el delito de blanqueo de capitales presenta una vertiente socioeconómica, en cuanto es susceptible de incidir en la economía y en la libre competencia. Sin perjuicio de que, como veremos, no agote en este bien jurídico todo su contenido, pues la tipificación del delito de blanqueo tutela asimismo la administración de Justicia, y, en particular, la función de investigación de patrimonios ilícitos"*. (Choclán Montalvo, 2000, p. 334).

³⁴ También entra a formar parte de este nuevo enfoque de represión de la criminalidad, la adopción de nuevas medidas sancionatorias orientadas a los aspectos patrimoniales del delito, como el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; la posibilidad de cancelar la personería jurídica de una sociedad; la prohibición de negociar con personas o empresas relacionadas en ciertas listas negras, como las relacionadas en la Orden Ejecutiva N° 12978, más conocida como la lista Clinton o la posterior Ley "Foreign Narcotics Kingpin Designation Act", conocida como la Ley Kinping de 1999, entre otros mecanismos de carácter patrimonial.

³⁵ Se debe reconocer que el Estado no estaba preparado para afrontar la persecución de los patrimonios ilícitos; en cambio, la delincuencia, cada vez afinaba más sus métodos para asegurar el disfrute y aprovechamiento de tales riquezas. Estas deficiencias no son exclusivas de la problemática judicial colombiana, pues también ha sido identificadas en otras jurisdicciones, como bien lo destaca en el Perú Tomás Gálvez y Walter Delgado, quienes advierten que: *"...es de tener en cuenta que en los últimos tiempos la mayoría de condenados, sobre todo, en el caso de delitos económicos o patrimoniales, a fin de no restituir el objeto del delito, o de evitar el decomiso, o no pagar la reparación civil, vienen disponiendo del objeto del delito; de los instrumentos, efectos y ganancias, o disponiendo de sus bienes lícitamente adquiridos, para burlar el cumplimiento de sus obligaciones establecidas por la administración de justicia. Así, por ejemplo, constituyen patrimonio familiar, otorgan anticipos de legítima, registran sus bienes a nombre de testaferos, simulan deudas, embargos, etc.; con lo que buscan frustrar la concreción de la titularidad del Estado sobre los bienes materia de decomiso, así como la legítima pretensión del agraviado"*. (Delgado Tovar & Gálvez Villegas, 2013, p. 28).

precisamente el poderío económico de los grandes cárteles del narcotráfico, el que puso en evidencia las enormes falencias del sistema normativo para combatir efectivamente este tipo de criminalidad, pues sin duda, la considerable riqueza que habían alcanzado los integrantes de las distintas organizaciones criminales que predominaron en el último cuarto del siglo XX, como los denominados Cárteles de Medellín, Cali, Norte del Valle, la Costa, e incluso, la guerrilla de las Farc, generaban un desequilibrio práctico³⁶ entre la infraestructura y capacidad para delinquir de estas organizaciones, frente a la débil infraestructura normativa e institucional a disposición de las autoridades de investigación y de justicia de la época.

Sin duda, la capacidad de corrupción y coacción a través de la violencia que podían ejercer este tipo de organizaciones, hacían infructuosa cualquier acción del Estado para combatirlas, pues a pesar de la neutralización y sometimiento de importantes cabecillas, la inalterabilidad de sus estructuras económicas y empresariales, hacían ver la represión penal como una simple medida paliativa para afrontar el fenómeno.

En cuanto a la debilidad institucional para enfrentar y combatir a las organizaciones criminales se sumaba una debilidad normativa, toda vez que el sistema no contaba con

³⁶ Desde Beccaria hasta nuestros tiempos, la evolución del derecho penal ha estado caracterizada por una búsqueda de equilibrio entre la debilidad del acusado frente a poder punitivo del Estado represor. Sin embargo, se puede afirmar que en materia de criminalidad organizada, la ecuación suele invertirse, como sucedió en la época en que se concibió la primera forma de extinción de dominio en Colombia (1990), aún penal, caracterizada por la acción narcoterrorista del denominado Cártel de Medellín, donde la acción y violencia de dicha organización criminal a través del asesinato de investigadores, jueces y magistrados, entre otras autoridades, puso de presente que la capacidad del Estado para combatir la delincuencia, en algunos casos, podía ser inferior ante el poder económico y logístico de ciertas organizaciones criminales, razón por la cual, las medidas jurídicas e institucionales para enfrentarla, no podía ser inferior a los nuevos retos propuestos por este tipo de criminalidad.

disposiciones idóneas para contrarrestar los nefastos efectos que tenían los capitales ilícitos en la sociedad, pues se debe recordar que la falta de respuesta y capacidad institucional del Estado para perseguir las riquezas ilícitas enviaba un mensaje equivocado a la sociedad de que el delito “sí valía la pena” o que delinquir “sí pagaba”.

Con lo anterior, no se quiere desconocer la existencia de institutos jurídicos, que desde la perspectiva penal pudieran cumplir con la función de neutralizar los efectos patrimoniales de la criminalidad, pues además de la adopción de nuevos delitos³⁷, el sistema solo contaba con la institución del comiso para cumplir con esa tendencia. Este instituto se encontraba ampliamente limitado por el marco fáctico y los fines de la acción penal³⁸, pero en sus descripciones normativas contenía el germen original de las principales causales extintivas. Se puede afirmar que la tendencia actual de las acciones para superar las limitaciones del comiso ha evolucionado en dos vertientes: la primera dentro del proceso penal, que se puede nombrar como la corriente continental europea³⁹; y, la segunda

³⁷ Entre estas medidas se tiene la penalización de conductas asociadas con los aspectos patrimoniales de ciertos delitos enmarcados, por lo general, como infracciones al orden económico y social. Tenemos en nuestra legislación, como herencia de esa tendencia, el delito de Testaferrato (C.P. art. 326), con relación a los delitos de narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión y conexos; el Lavado de Activos (C.P. art. 323), con relación a determinadas actividades delictivas de relevante gravedad, y el Enriquecimiento Ilícito (C.P. art. 325), con relación a las actividades ilícitas en general.

³⁸ Sobre el particular, Jaén Vallejo y Perrino Pérez, han señalado lo siguiente: “Durante demasiado tiempo la atención del proceso penal y los esfuerzos de política criminal giraron en torno al elemento punitivo del delito. El objetivo del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y estaba dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos por aquellos. Al producto del delito se llegaba, al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo usual que el itinerario investigador y procesal fuera el inverso”. (Jaén Vallejo & Perrino Pérez, 2016).

³⁹ Esta tendencia de considerar los aspectos patrimoniales del delito ha presentado una interesante evolución dentro del derecho español, que en los últimos veinte años ha contado con varias modificaciones importantes a sus normas de comiso, donde se buscan los mismos avances de la extinción de dominio, pero a través de la ampliación de los límites del comiso penal, para lo cual se han presentado cuatro reformas sustanciales, a través de la Leyes Orgánicas 10 de 1995, 15 de 2013, 5 de 2010 y 1 de 2015, destacándose esta última por ser la

que se le puede nombrar como corriente latinoamericana, donde la evolución se ha dado por fuera del proceso penal, de manera autónoma e independiente, siendo la extinción de dominio su instituto más representativo.

Si bien al comiso se le reconoce una notoria efectividad en materia de perseguir bienes que constituye el producto de un delito o que han sido utilizados como instrumentos en su consumación, no sucede lo mismo en los casos complejos de bienes vinculados con delitos propios de la denominada criminalidad organizada, pues además de su estrecha subordinación a la responsabilidad penal, presenta entre otras, las siguientes deficiencias:

- No prevé presupuestos frente a los casos de crecimiento súbito o injustificado de un patrimonio.
- Dada su naturaleza punitiva, resulta improcedente en los casos de fortunas ilícitas a nombre de personas jurídicas⁴⁰.

expresión de la tendencia europea, generalizada a través de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea del 24 de febrero de 2005.

⁴⁰ Si bien en la práctica se reconocen precedentes jurisprudenciales donde, a través de una interpretación extensiva, se han dado sentencias de comiso sobre bienes de propiedad de personas jurídicas, lo cual puede darse en casos muy excepcionales, como los eventos de simulación o de reconocimiento de presunciones posesorias; desde el punto de vista dogmático, el sustento de dichas decisiones es cuestionable, como quiera que el eje principal del comiso es la responsabilidad penal, la cual no es viable en nuestro país con relación a este tipo de titulares, donde el sistema penal ha adoptado el principio de "*Societas delinquere non potest*". Sobre el particular, Luis Gracia Martín precisa lo siguiente: "...De acuerdo con esto, y como ya advertí hace años en otro lugar, en nuestro Código anterior se producía de lege lata una laguna ante la imposibilidad de aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito en los casos de comisión de un delito a través de una persona jurídica con instrumentos que pertenecieran exclusivamente a ésta o que produjera efectos para ella, pues la persona jurídica es, por un lado, un tercero con respecto al responsable del delito, y por otro lado, aquélla no puede ser nunca responsable del delito, dado que en nuestro Derecho rige sin excepciones el principio *societas delinquere non potest*, es decir: el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas". (Gracia Martín, Alastuey Dobón, & Boldova Pasamar, Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito, 2004, p. 495).

- Resulta improcedente en los casos cuya titularidad de bienes de origen o destinación ilícita se encuentra en cabeza de terceras personas⁴¹ sin compromiso de responsabilidad con la actividad delictiva.
- No impide la legitimación de bienes por vía civil, frente a la prescripción adquisitiva de dominio o la tradición por causa de muerte a través de una sucesión.
- Imposibilita entrar a revisar situaciones aparentemente consolidadas por el transcurso con el tiempo, por prohibición de la retroactividad normativa.
- Impone restricción de procesabilidad por límites de territorialidad.
- Resulta improcedente frente a decisiones judiciales que impiden el inicio o neutralizan una nueva investigación; por ejemplo, las sentencias anticipadas, cuando en la misma no incluye el tema patrimonial; procedimientos abreviados, reconocimiento de amnistías, principios de oportunidad, entre otras.
- Resulta improcedente en los eventos de bienes ilícitos de personas que gozan de inmunidad en materia penal⁴².

⁴¹ Como resalta Patricia Vargas, las discusiones y críticas del comiso sobre bienes de terceros siempre ha sido una constante desde su concepción en las primeras legislaciones contra el narcotráfico, debido al principio de personalidad, derivado de la naturaleza punitiva del comiso (Vargas González , 2012, p. 34).

⁴² Para comprender esta problemática particular, resulta oportuno realizar una aproximación a esta figura, que de acuerdo con el profesor Kai Ambos, responde al "...principio de igualdad entre Estados, como sujetos clásicos del derecho internacional, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (pari in parem non habet imperium). De esto se infiere el principio de la inmunidad estatal (state immunity) según el cual un Estado extranjero está exento de la jurisdicción del Estado territorial. Pero no solamente el Estado mismo sino también sus órganos (por ejemplo, el funcionario correspondiente) gozan de inmunidad *ratione materiae*

- Se subordina a procesos políticos o antejuicios complejos y engorrosos en los casos donde el titular de derechos sobre los bienes cuestionados es un aforado constitucional o legal⁴³.

Hoy en día, la lucha contra la denominada “criminalidad organizada” no puede circunscribirse al campo de la penología, como erróneamente se orientó la política criminal colombiana a finales de la década de los ochenta, a través de una política de incremento de penas en los delitos asociados a este tipo de delincuencia, como quiera que la problemática de las riquezas ilícitas, trascienden el ámbito de la responsabilidad individual e irrumpe en ámbitos sociales, económicos o culturales de la sociedad; de ahí, que la amenaza punitiva que se ejercía a través de la norma penal, resultaba insuficiente para combatir la criminalidad en el nuevo ámbito donde se manifestaba: el económico.

Es por ello que se debe reconocer la enorme influencia ejercida por la criminalidad organizada en la evolución del tratamiento

para actos oficiales de servicio (acta iure imperii) porque son inmutables al Estado mismo; de ésta hay que diferenciar la inmunidad, en principio absoluta, ratione personae, que se extiende también a los actos no oficiales del servicio (acta iuris gestionis) y así mismo a los actos puramente privados, pero de determinadas personas”. Esta limitante tiene relevancia cuando un agente extranjero con inmunidad trata de utilizar el territorio nacional para invertir el producto de actos de corrupción realizados en su país, evento en el cual el comiso resultaría improcedente.

⁴³ El fuero constitucional o legal es un instituto procesal penal que tradicionalmente se ha reconocido como un privilegio o prerrogativa a favor de altos funcionarios del Estado (presidente, congresistas, magistrados, etc.), quienes se ven protegidos de ser detenidos o procesados penalmente, sin que previamente se realice un antejuicio o un procedimiento especial de “desaforamiento” que habilite su procesamiento, con el fin de preservar la autonomía y equilibrio de poderes del Estado y evitar que el proceso penal se convierta en un factor de perturbación de la función pública que deba cumplir el servidor público, afectado así los intereses del Estado. En materia penal, el comiso de bienes ilícitos de un aforado se subordina a la procesabilidad penal, aspecto que no repercute en la extinción de dominio, como quiera que al ser esta una acción autónoma e independiente de la responsabilidad y el proceso penal, la afectación de los bienes se mantiene dentro de la esfera patrimonial y particular del servidor público y, por ello, la limitación del derecho de dominio de sus bienes ilícitos no va a incidir, entorpecer o afectar el cumplimiento de sus funciones públicas.

de los aspectos patrimoniales del delito y, especialmente, en la definición y delimitación de las actuales causales de extinción de dominio, pues era claro que la cultura del enriquecimiento fácil y el interés de lucro que caracteriza a este tipo de criminalidad, era el principal carburante que impulsaba la expansión de estos fenómenos delictivos, causando un profundo daño en los valores éticos de la sociedad⁴⁴. Por ello, resultaba imperioso replantear el enfoque de la represión, trasladando los esfuerzos del Estado a nuevos escenarios; en este caso, a través de medidas que se centraran en combatir o neutralizar la riqueza ilícita, al ser esta la principal motivación que se le reconoce a este tipo de delincuencia.

Por esta razón, resulta imprescindible abordar el tema del crimen organizado para poder comprender las características principales de la extinción de dominio, como bien lo reconoció el constituyente al momento de elevar esta figura a rango constitucional⁴⁵, pues fueron precisamente los desafíos que proponía este tipo de criminalidad, los que permitieron

⁴⁴ Este aspecto constituyó una de las principales motivaciones de la figura, como bien se expuso en su momento en la exposición de motivos de la Ley 333 de 1996: "Hoy en día, nadie en Colombia ignora los devastadores efectos producidos en la vida nacional por el afán desmedido de riqueza fácil y por la impunidad de la que vergonzosamente han disfrutado aquellos que han quebrantado el orden jurídico. Se trata de ingredientes de descomposición de la moral social que, al actuar como multiplicadores de prácticas corruptas y propiciadores de desigualdades frente a quienes ejercen su actividad económica dentro del marco de la legalidad, requieren urgentemente una reacción institucional". (Ministerio de Justicia, 1996).

⁴⁵ "El enriquecimiento ilícito ha sido un factor de corrupción social en Colombia, no sólo por lo que implica el delito en sí mismo, sino porque quienes lo cometen hacen ostentación ante los demás con bienes lujosos que en verdad no les pertenecen y que no fueron obtenidos como fruto del trabajo honrado.

De esta situación de impunidad se ha derivado un ejemplo letal para la comunidad. Los ciudadanos se sienten desestimulados en frente al esfuerzo de buscar sustento y progreso en actividades legales que no traen como compensación la fácil obtención de bienes costosos, cuando al tiempo ven expuestas ante sus ojos las riquezas conseguidas en forma fácil y rápida por quienes infringen la ley.

Esta comparación, desmoraliza a la población y a las actividades marginales, de tal manera que los individuos se ven tentados y arrastrados en forma masiva, en busca del progreso personal cómodo y exuberante. En tales circunstancias el país ha sufrido un desmoronamiento fatal y la corrupción y la criminalidad se han extendido en forma que hoy atenta contra la propia estabilidad de la Nación y de sus instituciones" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 27).

identificar una problemática particular que llevaba a replantear varios de los actuales paradigmas relacionados con la cuestión criminal; como el cuestionamiento de la eficacia del sistema penal y, en particular, del carácter disuasivo de la pena de prisión, la cual se debe reconocer que se encuentra en crisis, toda vez que la amenaza punitiva no resulta lo suficientemente disuasiva⁴⁶ y, por el contrario, viene demostrando que tampoco es efectiva en su función de prevención general.

Esta crisis se reflejaba en los expedientes y en las crónicas de los sicarios en la década de los 80 y 90, donde se aludía a que el pensamiento de este tipo de homicida era práctico, pues simplemente respondía a intereses de tipo económico, pues expresaban no temer a la cárcel, ni a la muerte en sus terroríficas acciones, pues a pesar de que acaeciera alguna de estas circunstancias, que era el riesgo previsible de su actividad, su familia quedaba bien, sus madres podían tener una casa, etc. Con relación al secuestro y la extorsión pasó algo similar, pues las tendencias de populismo punitivo que caracterizaron los procesos legislativos de la época llevaron a un drástico aumento de penas, que en el estatuto antisequestro podía

⁴⁶ Analizar las distintas consecuencias del delito en un caso concreto, permite llegar a la conclusión sobre la ineficacia de la pena de prisión para cumplir sus fines disuasivos, como destaca el fiscal uruguayo Jorge Díaz, al señalar que *"En efecto, las personas dedicadas al tráfico ilícito de drogas asumen en su actividad tres riesgos fundamentales: perder su libertad ambulatoria, el cargamento de tóxicos y los beneficios económicos obtenidos de su actividad ilícita. La experiencia indica que si bien, no quieren que alguno de esos tres riesgos se concrete, al que más le temen es al tercero. Los beneficios económicos de la actividad ilícita es la finalidad última de las actividades del crimen organizado, por lo que en estos casos la pena privativa de libertad no cumple con la finalidad de prevención general y aun de prevención especial que se les ha asignado"*. (Díaz, 2010, p. 176). En este mismo sentido se ha orientado la doctrina peruana con Walter Delgado y Tomás Gálvez, quienes resaltan esta enorme falencia de la efectividad del sistema penal actual: *"En efecto, debemos entender que la gran mayoría de los delitos, sobre todo los delitos económicos, financieros, contra el patrimonio, contra la administración pública etc., tienen como móvil el ánimo de lucro de sus agentes, y por ello mismo, agotar los fines del proceso penal en la búsqueda de la concreción de la pretensión punitiva, deja incólume el móvil del delito (el ánimo de lucro), por lo que aun cuando eventualmente se pudiese concretar dicha pretensión (inclusive con una pena efectiva), ello no revestiría efecto preventivo alguno"*. (Delgado Tovar & Gálvez Villegas, 2013, p. 18).

llegar a los 60 años⁴⁷. Sin embargo, esta medida punitiva no detuvo el accionar ilícito, pues, por el contrario, tuvo un directo impacto en el aumento de valor de los rescates y las extorsiones. Ya este riesgo ha sido analizado en distintas legislaciones, como bien lo plantea en Uruguay Ricardo Pérez, al indicar que *“Cuando los beneficios económicos que el delito puede reportar son de tal magnitud, puede decirse que la eventualidad de la prisión como resultado de la persecución penal, aparece como un riesgo calculado por el delincuente. Las ganancias que obtener pasan entonces a justificar el riesgo.”* (Pérez Blanco, 2011, p. 2).

Adicionalmente, las deficiencias del sistema legal hacían que los institutos jurídicos con que contaba el sistema penal, fueran en su momento completamente ineficaces para contrarrestar el problema, pues como bien destaca Jorge Pardo, la ritualidad del proceso penal y sus principios tutelares como la presunción de inocencia⁴⁸ y el *in dubio pro reo*, entre otros, neutralizaban la efectividad de los institutos existentes (Pardo Ardila, 2013, p. 11). Es oportuno recordar que antes de la expedición de la primera ley de extinción de dominio (1996), muchas fortunas ilícitas ya se habían consolidado. Importantes capos del narcotráfico habían muerto, como Gonzalo Rodríguez Gacha (1989), Pablo Escobar Gaviria (1993), José Santacruz Londoño (1996), entre otros; por lo

⁴⁷ Ley 40 de 1993 *“Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones”*.

⁴⁸ Los límites que impone el principio de presunción de inocencia en materia de comiso penal, constituye uno de los principales problemas que afronta el comiso tradicional, como bien resume Manuel Ulises Bonnelly, al indicar lo siguiente: *“Otro gran problema que presenta el decomiso, por la vía penal, deriva del respeto al principio de presunción de inocencia que gravita sobre todo el proceso penal y cuya destrucción se encuentra sometida a los más estrictos estándares probatorios con todas sus consecuencias. Esto implica que, en muchos casos, resulta muy difícil lograr una condena por no existir pruebas que permitan destruir, más allá de duda razonable, la indicada presunción. Lo anterior impediría, por supuesto no solo la condena del perseguido, sino, además la posibilidad de recuperar los bienes vinculados al ilícito, aun cuando sea casi seguro, que en estos casos la prueba sea suficiente para demostrar que tales bienes se encuentran íntimamente relacionados con un hecho prohibido y sancionado penalmente”*. (Bonnelly Vega, 2012, p. 3).

tanto, se había extinguido la acción penal a su favor, con lo cual, sus patrimonios ilícitos estaban pendientes de “legalización” o se habían “legitimado” por vía de sucesión civil.

De igual manera, muchas fortunas ilícitas se habían generado a través de actividades ilícitas consumadas en el extranjero, y por ello, la posibilidad del comiso se descartaba, ya sea por la falta de acción penal en Colombia o por los problemas probatorios o de cooperación judicial internacional que existían en la época. A lo anterior, se sumaban los esquemas de lavado de activos y la utilización de terceros, testaferros o personas jurídicas para el ocultamiento de bienes ilícitos, las cuales, entre otras circunstancias, constituían mecanismos efectivos para evadir las acciones de las autoridades para afectar bienes con fines de comiso penal.

De esta manera, se detectaron problemas de temporalidad y territorialidad de la ley penal, garantías procesales frente a temas patrimoniales, carga de la prueba, convencionalidad⁴⁹, subordinación a la responsabilidad penal, dependencia del proceso penal, entre otros aspectos, que impedían que el sistema jurídico fuera eficiente para contrarrestar la riqueza ilícita de las distintas organizaciones criminales que desestabilizaban la seguridad e institucionalidad en Colombia, razón por la cual, las características actuales de la extinción de dominio, son una respuesta a cada una de las limitantes detectadas.

⁴⁹ A pesar que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes había ampliado el campo específico de las formas de comiso, el sistema jurídico Colombiano se había quedado rezagado frente al cumplimiento de las recomendaciones internacionales en materia de persecución de bienes ilícitos, al punto tal, de haber formulado reservas frente a las recomendaciones relacionadas con los temas de bienes equivalentes e inversión de la carga de la prueba, como se dispuso en la Ley 67 de 1993, mediante la cual se aprobó dicha convención.

Es por ello que hablar hoy en día de garantías, autonomía, independencia, retrospectividad, imprescriptibilidad, transnacionalidad, complementariedad, entre otras características propias de la extinción de dominio reflejadas en el nuevo código, no es producto de la casualidad, sino de la necesidad histórica de dar una respuesta jurídica, técnica, adecuada, necesaria y razonable a cada una de las debilidades detectadas a lo largo de los últimos 40 años de lucha contra los fenómenos delictivos complejos asociados a la denominada criminalidad organizada.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que fue esta crisis de efectividad la que obligó a que Colombia replanteara su esquema de represión, el cual no podía seguir sustentando en pretender sacar de circulación de la sociedad a aquellos “malos” ciudadanos cuya conducta es considerada antisocial, como sucede con la pena de prisión, sino que se tenían que redireccionar los esfuerzos del sistema jurídico para combatir los efectos patrimoniales de los delitos, no sólo desde la perspectiva penal, a través de tipos penales autónomos como el Enriquecimiento Ilícito, el Lavado de Activos o el Testaferrato; sino también, desde el punto de vista patrimonial, a través de medidas de incautación de bienes con fines de comiso dentro del proceso penal; o, a través de un procedimiento autónomo e independiente, sin necesidad de condena como requisito previo, como sucede en nuestro medio con la extinción de dominio, cuya finalidad se enfoca en neutralizar a la delincuencia a través de la persecución de los bienes producto de sus ganancias delictivas o de aquellos utilizados en función de la ejecución de los delitos.

Prueba de la influencia del crimen organizado en la delineación de las características e institutos de la extinción de dominio, se encuentra en los distintos instrumentos jurídicos donde la figura fue concebida, que como se analizará en el siguiente capítulo, está caracterizada por ser legislación de excepción, a través de estatutos de orden público concebidos para combatir efectivamente los fenómenos propios de la denominada criminalidad organizada. Ejemplo de ello, es el artículo 57 del Decreto Legislativo 2790 de 1990 o “Estatuto para la defensa de la Justicia”, primera norma que adoptó la figura, que disponía que *“El dominio de los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9° de este decreto se extinguirá a favor del Estado...”* haciendo relación a los delitos que fueron de competencia de la denominada “Jurisdicción de Orden Público”: secuestro, extorsión, narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, conformación de grupos armados ilegales, rebelión, entre otros atribuidos a este tipo de criminalidad.

Esta tendencia prevaleció en las demás disposiciones que sirvieron de fuentes directas de la acción extintiva y se replicaron en las principales leyes especiales⁵⁰. Sin embargo, hoy en día su efectividad ha permitido extenderla a toda manifestación delictiva, como se prevé en la Ley 1708 de 2013, Código de Extinción de Dominio, donde sus fuentes constitucionales y principios, permitieron ampliarla a todo tipo de conducta penal que pueda comprometer bienes o derechos, ya sea por origen o destinación ilícita, aspecto que se analizará más adelante, al estudiar la clasificación de las causales de extinción de dominio.

⁵⁰ La relación directa a conductas delictivas de alta rentabilidad económica asociadas al crimen organizado fue la constante principal en la Ley 333 de 1996 (artículo 2°) y la Ley 793 de 2002 (parágrafo 2° del artículo 2°).

De otra parte, no se puede desconocer la enorme utilidad que presenta la persecución de bienes ilícitos en función de la investigación penal, pues ya sea una investigación patrimonial con fines de comiso o de extinción de dominio, su funcionalidad dentro del sistema jurídico también se extiende a buscar solución de los asuntos propios del derecho penal, pues son abundantes los casos en los cuales dichas investigaciones de carácter patrimonial, generan los insumos probatorios para resolver las investigaciones penales sobre los delitos determinantes o precedentes, pues como bien lo reconoce Pedro Viscay, citado por Manuel Bonnelly (Bonnelly Vega, 2008, p. 233), la investigación patrimonial, en algunos casos, permite resolver la investigación penal:

El camino inverso, esto es, ir de los activos hacia el delito base, asume una serie de circunstancias que facilitan la implementación de políticas de recupero, en la medida que la metodología de recorrer hacia atrás la ruta del dinero, permite articular las estrategias diseñadas en materia de lavado de dinero, a la par de valerse del proceso de unificación legislativa que durante los últimos años ha venido operando en la materia.

B. Antecedentes

El estudio de toda la legislación que ha estado asociada con la evolución de la extinción de dominio en Colombia, permite distinguir un proceso que ha presentado tres etapas, con soportes y fuentes diferentes, a saber: 1. Una primera etapa de concepción de la figura, que permitió el diseño de la acción de

extinción de dominio y sus primeras causales a través de la Ley 333 de 1996; una etapa de redefinición de la figura, donde se ajusta el instituto a su naturaleza jurídica, que culminó con la Ley 793 de 2002; y, una tercera etapa, que se puede llamar de consolidación del instituto, la cual se preocupa por desarrollar la extinción de dominio a partir de una concepción sistémica de acuerdo con sus fundamentos de legitimación, que se inicia a partir de la Ley 1708 de 2014, norma mediante la cual se crea un estatuto normativo y una jurisdicción especial para el impulso del tema, desarrollando los aspectos procesales de la figura compatibles con su naturaleza jurídica.

La evolución del reconocimiento de su naturaleza jurídica y la definición de las causales de extinción de dominio centrará la atención principal del presente estudio, teniendo como puntos de referencia los siguientes elementos:

1. Decreto 1188 de 1974, primer Estatuto Nacional de Estupefacientes

Como se reseñó en el capítulo anterior, la historia de la extinción de dominio se puede relacionar con la evolución de los instrumentos diseñados para contrarrestar las consecuencias de los aspectos económicos del crimen organizado, que para el contexto colombiano, inició a partir de la adopción de las primeras reglas internacionales sobre la materia, contenidas, en primer lugar, en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, cuyas recomendaciones de “aprehensión y decomiso” de

bienes⁵¹ fueron desarrolladas en el Decreto 1188 de 1974, primer Estatuto Nacional de Estupefacientes del país, el cual se preocupó por perseguir los bienes que servían de “utensilio” empleados en el delito de Narcotráfico, a través de la figura del “decomiso”⁵² de los bienes destinados a la ejecución de estos delitos a favor del Estado, con lo cual, se inició el proceso de excepcionalidad del tratamiento de los bienes vinculados a actividades delictivas propias del crimen organizado, a través de medidas propias del derecho penal.

Esta concepción primigenia de un “comiso especial” se dio dentro del contexto histórico de la denominada “Bonanza marimbera”, nombre que coloquialmente se le dio a la época en que comenzó la consolidación de las economías ilegales en Colombia (Santander Abril J., 2009, p. 40), pero siendo coherentes con la Convención, este primer instrumento fue bastante limitado, pues solo prevía la privación del dominio de bienes destinados o utilizados en la actividad delictiva, y no de sus ganancias o producto.

2. Ley 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacientes

La legislación contra el narcotráfico presentó un notorio avance con la Ley 30 de 1986, que consagró el segundo estatuto

⁵¹ Artículo 37. Convención Única de Estupefacientes. “Aprehensión y decomiso. Todo estupefaciente, sustancia y utensilio empleados en la comisión de delitos mencionados en el artículo 36 o destinados a tal fin podrán ser objeto de aprehensión y decomiso”.

⁵² Artículo 52. Decreto 1188 de 1982. “Los muebles, equipos y demás cosas donde se almacene, conserve, fabrique o elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína y cualquier otra droga o sustancia que produce dependencia física o síquica, al igual que los vehículos y demás medios de transporte utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, serán decomisados y el Gobierno por Resolución Ejecutiva, podrá destinarlos al servicio oficial de la entidad que hizo el decomiso, o rematarlos. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la represión del tráfico de tales drogas o sustancias y a la asistencia de los farmacodependientes, bajo el control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes”.

nacional de estupefacientes y que ha sido considerado uno de los principales antecedentes de la extinción de dominio⁵³, pues esta legislación mostró un desarrollo destacado de los aspectos patrimoniales relacionados con los delitos de narcotráfico y conexos, al consagrar una nueva estructura del comiso penal⁵⁴, aportando nuevos elementos⁵⁵ que sirvieron para ir perfilando el sistema normativo de persecución de bienes ilícitos que sustentó las primeras formas de extinción de dominio.

Al respecto, se debe destacar que aquí no solo se previeron las principales clases de comiso reconocidas por el derecho penal tradicional, instrumentos y efectos, como prescribía el artículo 110 del Código Penal vigente para la época⁵⁶; sino que,

⁵³ Así lo ha registrado la jurisprudencia constitucional al retomar un concepto del Ministerio Público donde reconoce que “...la posibilidad de extinguir derechos reales sobre bienes vinculados a actividades ilícitas, tiene antecedente reciente en los arts. 47 y siguientes de la ley 30 de 1986, y desarrollo particular en los decretos legislativos 1856 de 1989 y 1874 de 1992, dictados bajo estados de excepción” (Sent. C-389, 1994).

⁵⁴ Artículo 47 Ley 30 de 1986. “Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o depósito. Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier otro título no traslativo del dominio, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Excepcionalmente podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuera el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieron participación alguna en ellos, en el destino ilícito dado a esos bienes”.

La providencia que ordena la devolución a que se refiere este artículo deberá ser consultada y solo surtirá efecto una vez confirmada por el superior”.

⁵⁵ Sobre el particular, Julio Ospino Gutiérrez destaca en la Ley 30 de 1986 algunos avances de orden procesal que se reproducen hoy en día en el Código de Extinción de Dominio: “...fueron varios los avances que se dieron en esa dirección; entre otros y de gran importancia, la inoponibilidad del secreto bancario y la reserva tributaria a las investigaciones relacionadas con los ilícitos penales citados”. (Ospino Gutierrez, 2008, p. 19).

⁵⁶ Código Penal de 1980 artículo 110. Comiso. “Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado, a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a las experticias

además, abarcó también los bienes destinados⁵⁷ para la comisión de la actividad ilícita de narcotráfico, es decir, aquellos utilizados en el almacenamiento, conservación, fabricación, elaboración, venta o suministro de sustancias ilícitas.

Pero quizás el mayor avance que presentó esta normatividad, fue la superación del concepto de “efecto del delito” término acuñado desde las primeras formas de comiso en España, que de acuerdo con la evolución histórica de esa figura se remonta al Código Penal de 1822⁵⁸ y que ha sido constante desde entonces, en la redacción de casi todas las normas de comiso de América Latina, sin que Colombia sea la excepción, como quiera que actualmente se preserva en el Código Penal, más no en el estatuto penal adjetivo, donde desapareció con la Ley 906 de 2005, toda vez que fue reemplazada por el concepto de “producto”, de acuerdo con las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales.

técnicos, y que se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.

La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento o procesal los daños materiales y morales, fijados mediante avalúo pericial, o cuando se dicte sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo, o cesación de procedimiento.

Si no se ha pagado, o garantizado el pago de los perjuicios, el Juez y en la sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización”.

⁵⁷ Si bien la práctica judicial siempre ha reconocido las circunstancias de comiso a través de términos que parecen sinónimos, la extinción de dominio se ha encargado de refinar estos conceptos para identificar sus contenidos y límites; razón por la cual, no es lo mismo, por ejemplo, hablar de un bien que ha servido de medio del delito, que uno considerado como instrumento, o de uno que es destinado a ser utilizado en una actividad ilícita; desde el punto de vista de la acción extintiva, se tratan de circunstancias fácticas diferentes. Es por eso que cada término ha servido de base para la construcción de causales independientes, abarcando presupuestos fácticos que van más allá del alcance de las tradicionales circunstancias de comiso penal.

⁵⁸ Código Penal Español de 1822. “Artículo 90. Las armas, instrumentos o utensilios con que se haya cometido el delito y los efectos en que este consista, o que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan a un tercero, a quien se hubiere robado o sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirá íntegramente”.

Si existe un concepto que pueda ser calificado como problemático en la evolución del instituto jurídico del comiso penal, es precisamente el de “efecto” del delito, pues bajo este rótulo coloquial se describían también los bienes que cumplían distintos fines dentro del proceso: restablecimiento del derecho, indemnización de perjuicios, prueba, destrucción, comiso, objeto material, entre otros posibles fines⁵⁹. De ahí que durante muchos años imperó en la doctrina del país la idea de que el comiso era un instituto de naturaleza compleja con un múltiple alcance funcional (Henao Ospina, 1981).

Fue precisamente con la Ley 30 de 1986 donde se empieza a perfilar el concepto de “producto”, pues toman interés las ganancias del narcotráfico, ya que además de todo aquello que pudiera ser considerado como un “efecto” de los delitos asociados con tal actividad ilícita, prescribe también que serían posibles de tal medida los dineros provenientes de tales conductas, con lo cual se comienza a cimentar el concepto de producto del delito, separando las consecuencias o “efectos” propios de la conducta, de las ganancias por ella generada.

También se resalta como un avance en esta nueva normatividad, la orientación de la asignación final de los bienes comisados, de acuerdo con el cumplimiento de las

⁵⁹ Al respecto, Javier Zaragoza precisa las dos interpretaciones que hay sobre dicho concepto, una restrictiva, que asemeja el concepto de efecto al de producto directo, el cual no siempre es objeto de comiso, pues hay delitos que prevén para éste la destrucción o el restablecimiento del derecho a la víctima. También reconoce la existencia de una interpretación extensiva, que es aquella a la que se ha hecho referencia: “Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como efectos todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.)”. (Zaragoza Aguado, 2014, p. 343).

obligaciones que emanan de la función social de la propiedad, con lo cual se va perfilando este principio como el criterio orientador que debe tener en cuenta el Estado para definir la suerte final de los bienes que llegaban a ser recuperados por esta vía, es decir, que los bienes que fueron adquiridos atentando contra los intereses de la sociedad, o destinados a actividades que producen daño social, debían pasar al Estado, como representante del propietario original⁶⁰, y se les debía devolver su función social, colocándolo de nuevo en función de actividades o labores que favorezcan a la misma sociedad. En este caso, el inciso 2º del artículo 47 establecía que *“Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes”*⁶¹.

También resulta oportuno destacar que fue en el inciso 3º del artículo 47 del estatuto donde nació uno de los institutos que históricamente ha estado atado a la problemática de afectación de bienes en delitos relacionados con las actividades del denominado crimen organizado, pues se establecía la consulta⁶² de toda orden de devolución de bienes en procesos por narcotráfico, la cual solo surtiría efectos una vez

⁶⁰Frente al concepto de propietario original, como destinatario final de los bienes que son objeto de extinción de dominio, resulta oportuno recordar como dicho concepto es de especial relevancia, al punto tal, que algunas constituciones latinoamericanas se ocupan del tema. En este sentido, se destaca el artículo 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: *“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”*.

⁶¹ La devolución de la función social que deben cumplir los bienes cuyo dominio es privado por vía de comiso, adquiere una mayor relevancia en materia de extinción, al punto tal, de convertirse en uno de sus principales fundamentos de legitimación; es decir, ya no se va a apreciar como un aspecto extraprocesal, sino como una de los fines esenciales de la figura: volver a poner en función de la sociedad todo aquello que, para obtenerlo o al utilizarlo, le ha causado daño.

⁶² El grado jurisdiccional de consulta es un instituto procesal que se ha consagrado en todas leyes extintivas, consagrándose actualmente en los artículos 72 y 147 del Código de Extinción de Dominio.

fuera confirmada por el superior, siendo considerada como un grado jurisdiccional, es decir, un nivel de decisión superior, mediante el cual el juez de conocimiento (*a quo*) no tiene competencia para decidir sobre la suerte definitiva de los bienes que deben ser objeto de devolución, comoquiera que el competente para ello es el superior funcional, quien deberá decidir si mantiene la decisión, confirmándola, evento en el cual deberá disponer la inmediata devolución de los bienes, restableciendo el derecho limitado por la medida cautelar o, en su lugar, dictar la decisión sustitutiva, ordenando el comiso del bien.

Por el contrario, si considera que la decisión procedente es la de revocar la improcedencia consultada, deberá dictar la correspondiente sentencia sustitutiva de extinción de dominio, la cual es apelable ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que revisará la decisión impugnada a través de decisión interlocutoria que le pondrá fin al proceso.

No obstante los anteriores avances, también se debe reconocer que esta legislación registró unos de los principales problemas que, a futuro, justificaron la necesidad de contar con un instituto autónomo del proceso penal que permitiera definir la situación jurídica de los bienes afectados con base en el comiso previsto en el estatuto, pues como bien destaca Julio Ospino, esta legislación careció de procedimientos que permitieran la protección de derechos de los afectados, o de terceros de buena fe en general (Ospino Gutiérrez, 2008, p. 18), ya que la norma establecía la obligación de devolver los bienes, en aquellos casos donde el titular no tenía compromiso o responsabilidad con el delito, razón por la cual, la efectividad

del comiso fue precaria, pues bastaba, con que un bien no estuviera a nombre del investigado, para que la autoridad judicial procediera a su devolución, con lo cual, los bienes puestos a nombre de familiares, testaferros o personas jurídicas, retornaban al entorno económico del delincuente a través de terceros.

3. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988

La principal fuente internacional de la primera legislación de extinción de dominio fue sin duda el artículo 5° de la denominada Convención de Viena de 1988, incorporada en nuestro derecho interno a través de la Ley 67 del 23 de agosto de 1993, comoquiera que fueron las reflexiones realizadas por la Corte Constitucional en torno a dicho instrumento internacional (Sent. C-176/94), las que fueron tomadas por el legislador como sustento de legitimación de la acción de extinción de dominio (Ministerio de Justicia, 1996).

No se puede desconocer que es en esta convención donde se encuentra la semilla de las causales y de los principales institutos que hoy en día se siguen desarrollando en el Código de Extinción de Dominio, pues este instrumento tiene el mérito de decantar los conceptos asociados con la figura del comiso, distinguiendo los aspectos sustanciales de los procesales; o, dicho de otra manera, distinguiendo las medidas cautelares de las reglas de reconocimiento de la consecuencia jurídica (Naciones Unidas, 1999, p. 98). Además, como resalta Zaragoza Aguado, la Convención revitaliza la figura del comiso como una

prioridad de Política Criminal (Zaragoza Aguado, 2014, p. 335); de ahí que incorpora una serie de recomendaciones para que los Estados adherentes construyan un sistema adecuado de persecución y afectación de bienes con fines de “decomiso”⁶³ o comiso penal. Fue a partir de ahí, que se diseñó la figura, teniendo como referente una concepción sistémica de la problemática de afectación de bienes, pues la convención propone reglas en los ámbitos de definición de los aspectos sustanciales, investigación, afectación, pruebas, y cooperación internacional.

Entre los aspectos sustanciales, la extinción de dominio adopta como causales⁶⁴ las formas de comiso allí propuestas:

- Del producto derivado de los delitos de narcotráfico y conexos⁶⁵.
- De bienes cuyo valor es equivalente a ese producto⁶⁶.
- Del objeto material del delito⁶⁷.
- De los instrumentos del delito⁶⁸.

⁶³ A pesar que la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia han precisado el alcance del concepto de “decomiso”, reconociéndole una naturaleza sancionatoria de carácter administrativo, al considerarlo como una consecuencia patrimonial de la infracción a una norma administrativa (Sent. C-459/2011), se debe tener en cuenta que, de acuerdo con la definición que de esta figura se hace en el literal “f” del artículo 1º de la citada Convención, el instrumento internacional hace relación es al instituto que en nuestro sistema jurídico se conoce como “Comiso Penal”, que es la figura que en principio desarrolló en Colombia los preceptos de dicha convención: “Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”.

⁶⁴ Si bien no todos los bienes objeto de “decomiso” en la Convención fueron reconocidos como causales en la Ley 333 de 1996, pues allí solo se aceptaron como tal los bienes que eran producto, medios o instrumentos, hoy en día se puede reconocer que todas las causales del Código de Extinción de Dominio tienen su respaldo en las recomendaciones contenidas en las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida.

⁶⁵ Previsto en el literal a) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal primera de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 1º).

⁶⁶ Previsto en el literal a) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en las causales diez y once de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 10 y 11).

⁶⁷ Previsto en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal segunda de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 2º).

⁶⁸ Previsto en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal quinta de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 5º).

- De los bienes destinados a ser utilizados en la comisión del delito⁶⁹.
- De los bienes empleados en las conductas de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de los bienes⁷⁰.
- De bienes transformados o convertidos en otros bienes⁷¹.
- De bienes producto del delito que han sido mezclados con bienes de fuente lícita⁷².
- De ingresos o beneficios derivados de los bienes anteriores⁷³.

La convención también aporta como elemento sustancial de del “decomiso” el parámetro de valoración de la buena fe de los terceros titulares de derechos sobre los bienes pretendidos⁷⁴, como presupuesto de procesabilidad de la medida, aspecto que ha formado parte de los institutos asociados al comiso penal desde sus orígenes y que, en la actualidad es contemplado como el elemento subjetivo de valoración en las causales de extinción de dominio⁷⁵, tema que se abordará más adelante.

Frente a las recomendaciones en materia de investigación, la acción mediante la cual se ejerce la pretensión de extinción de

⁶⁹ Previsto en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal sexta de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 6º).

⁷⁰ Previsto en el literal b) del numeral 1º del artículo 3º de la Convención, actualmente consagrado en la causal octava de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 8º).

⁷¹ Previsto en el literal a) del numeral 6º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal tercera de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 3º).

⁷² Previsto en el literal b) del numeral 6º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal novena de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 9º).

⁷³ Previsto en el literal c) del numeral 6º del artículo 5º de la Convención, actualmente consagrado en la causal séptima de extinción de dominio (L. 1708, art. 16, num. 9º).

⁷⁴ Aspecto previsto en el numeral 8º del artículo 5º de la Convención en los siguientes términos: “Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

⁷⁵ Esta regla se refleja en los artículos 3º, 5º, 7º, 10, 16, 87, 118, y 152 del Código de Extinción de Dominio.

dominio cumple los fines de identificación y detección de bienes ilícitos⁷⁶, que actualmente se encuentran previstos como fines concretos de la fase inicial de un proceso de extinción de dominio, consagrados expresamente en numeral 1° del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio. Adicionalmente, se prevé la necesidad de facultar a las autoridades de acceder a la información bancaria, financiera o comercial, prohibiendo la invocación del secreto bancario frente a este tipo de investigaciones⁷⁷.

Con relación a la recomendación de afectación de bienes, la convención invoca la adopción de medidas que permitan “el embargo preventivo o la incautación” de bienes ilícitos, regla que desde el principio inspiró el régimen de medidas cautelares en los procesos de extinción de dominio y que actualmente se encuentra reflejada en el nuevo código como medidas de carácter material y jurídico⁷⁸, destacando entre estas, la medida de suspensión del poder dispositivo, que, a diferencia de las tradicionales medidas cautelares o jurídicas propias del derecho penal y civil, está diseñada de acuerdo con la naturaleza jurídica del instituto, pues a través de ella se suspende cualquier acto de disposición del bien por parte del titular de derechos sobre el mismo, siendo esta, la medida cautelar que habilita al Estado, a través del ente de administración de bienes, para actuar en lugar del titular del derecho, pues a él se le ha suspendido su poder de disposición.

⁷⁶ Fines previstos en el numeral 2° del artículo 5° de la Convención.

⁷⁷ Recomendaciones contenidas en el numeral 3° del artículo 5° de la Convención, y que actualmente se reconocen en artículo 122 del Código de Extinción de Dominio, que a su vez extiende la inoponibilidad de las obligaciones de reserva con relación a la información bancaria, cambiaria, tributaria o bursátil.

⁷⁸ Esta clasificación de las medidas cautelares también sirvió de sustento al régimen de afectación de bienes con fines de comiso previsto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, donde expresamente se dispone que “Se tendrán como medidas materiales con el fin de garantizar el comiso la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo”.

De otra parte, la convención también resulta audaz frente a las propuestas relacionadas con la carga de la prueba, al indicar que *“Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso...”*⁷⁹, recomendación que ha sido recogida parcialmente por los estatutos de extinción de dominio, pues la evolución de la figura en ningún momento ha aceptado la inversión de la carga de la prueba, pero sí ha considerado admisibles las teorías de solidaridad probatoria y la carga dinámica de la prueba. Si bien algunos consideran que en materia de extinción de dominio se da una inversión plena de las cargas probatorias (Camargo, 2009, p. 165), los fines que debe cumplir la fase inicial⁸⁰, consagra unas cargas de investigación y prueba a cargo de la Fiscalía que impiden reconocer la posibilidad de que en la práctica se pueda dar una inversión en los términos que alude la convención, pues previo a fijar la pretensión de extinción, se deben acreditar los presupuestos de la causal y desvirtuar la presunción de buena fe del titular de derechos sobre el bien pretendido, entre otras serias cargas probatorias, actualmente contenidas en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio⁸¹.

⁷⁹ Previsto en el numeral 7° del artículo 5° de la Convención.

⁸⁰ Artículo 118 de la Ley 1708 de 2014.

⁸¹ Estas cargas probatorias fueron adoptadas como fines de la fase de investigación consagradas en el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio (Naciones Unidas-UNODC, 2011) y adaptada a la cultura jurídica colombiana a través del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que determina los fines probatorios que se deben cumplir en la etapa preprocesal: *“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”*.

Por último, se debe resaltar que la Convención es coherente con el carácter transnacional de la problemática criminal que la motiva, razón por la cual, es bastante extensa en establecer recomendaciones que fomentan la cooperación internacional, no solo para perseguir los delitos relacionados con las actividades de narcotráfico, sino que además, fomenta la cooperación y asistencia judicial recíproca que debe existir entre los Estados para adelantar acciones de identificación, localización y persecución de bienes ilícitos de acuerdo con los parámetros previstos en el mismo artículo 5° de la Convención; adicionalmente, se precisan las reglas para proceder al aseguramiento transnacional de bienes y el reconocimiento de las decisiones de “decomiso”, abriendo la posibilidad que los Estados comprometidos en este tipo de cooperación puedan entrar a beneficiarse de los resultados obtenidos, a través de acuerdos para compartir, en todo o parte, los bienes sobre los cuales se declare la sanción de decomiso⁸².

4. Decreto 1856 de 1989

Para comprender el desarrollo de la extinción de dominio, resulta necesario comprender también el contexto histórico que precedió al surgimiento de la figura, pues como resaltan algunos expertos, fue en la década de los ochenta que los Estados empezaron a desarrollar sus instrumentos de “decomiso”

⁸² Es importante resaltar, que este conjunto de reglas y principios contenidos en el numeral 5° del artículo 5° de la convención se refleja en todo el capítulo VI del Código de Extinción de Dominio.

(Naciones Unidas, 1999, p. 98), sin que Colombia fuera la excepción⁸³; durante este período, nuestra normatividad penal fue concebida en su mayor parte bajo estados de excepción, pues era producto de la respuesta coyuntural a las acciones de poderosas organizaciones criminales del narcotráfico, guerrilla, terrorismo. Y es bajo este marco normativo donde la extinción de dominio empieza a perfilarse, concretamente, a través de las disposiciones que se expidieron a partir del 18 de agosto de 1989, fecha del magnicidio de Luis Carlos Galán Sarmiento, quien era, en su momento, el candidato presidencial más opcionado para ganar la justas políticas de la época y, cuyo trágico deceso por orden de los capos del denominado “Cartel de Medellín”, obligó al Estado colombiano a replantear la manera de luchar contra la delincuencia, pues reconoció, en ese momento, que la capacidad de daño que tenían las organizaciones criminales del narcotráfico, en especial, a través de la corrupción, el sicariato y el terrorismo, habían superado la capacidad de respuesta de las autoridades, ya que las medidas de carácter penal que se habían adoptado hasta el momento, como el aumento de penas y la implementación de una jurisdicción de orden público, carecían de capacidad disuasiva.

Fue en la noche de ese trágico 18 de agosto cuando el Estado colombiano dio un giro de 180 grados en su estrategia de lucha contra la criminalidad organizada, pues reconoció que de nada le servía sacar de circulación a los delincuentes, capturándolos, sometiéndolos a la justicia o dándolos de baja, cuando su infraestructura económica permanecía intacta. Fue por ello que

⁸³ Al respecto, Julio Ospino destaca que “El marco en que se dio esta norma, era el del auge incontrolado del poder corruptor del narcotráfico y el desafío de poder abierto a las instituciones democráticas en Colombia, por parte de los barones de la droga en ese momento” (Ospino Gutiérrez, 2008, p. 19).

se expidió el Decreto-Ley 1856⁸⁴, una de las normas más fuertes y agresivas para combatir la criminalidad expedida hasta ese momento, a través de la cual se tipificó el delito de Testaferrato⁸⁵ y se dictaron otras disposiciones para contrarrestar las acciones narcoterroristas del denominado “Cartel de Medellín” a través del “decomiso y ocupación”⁸⁶ de los bienes de sus posibles integrantes, para lo cual se asignó competencia a las Fuerzas Militares, la Policía y los organismos de seguridad para adelantar la afectación de los bienes.

Pero quizás uno de los más importantes aportes de esta legislación excepcional, es la adopción de la recomendación de la Convención de Viena relacionada con el tema de la inversión de la carga de la prueba, aspecto que si bien en su momento se consideró contrario a los preceptos constitucionales⁸⁷, representó un claro cambio de paradigma

⁸⁴ Expedido bajo las facultades excepcionales otorgadas por el Decreto 1038 de 1984, mediante el cual se declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, expedido el 1º de mayo de ese año, al día siguiente del asesinato del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla, por orden del reconocido narcotraficante Pablo Emilio Escobar Gaviria.

⁸⁵ A través del Decreto 1856 de 1989, reconocemos el primer precedente del Lavado de Activos en Colombia, pues “positivizaba” una tipología clásica de lavado de activos con el siguiente tenor normativo: “Artículo 6º. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes”.

⁸⁶ Decreto 1856 de 1989. “Artículo 1º. Mientras subsista el actual estado de sitio, los títulos valores, bienes muebles e inmuebles, divisas, derechos de cualquier naturaleza, y en general, los beneficios económicos y efectos provenientes de o vinculados directa o indirectamente a las actividades ilícitas de cultivo, producción, almacenamiento, conservación, fabricación, elaboración, venta o suministro a cualquier título de marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca dependencia física o síquica, o los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión del delito de narcotráfico y conexos, serán decomisados u ocupados por las Fuerzas Militares, Policía Nacional y los organismos de seguridad del Estado y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o de entidades de beneficio común instituidas legalmente mientras el juez competente dispone sobre su destinación definitiva”.

⁸⁷ Sobre el particular, la Corte Constitucional, al analizar el precedente de esta disposición en el instrumento de ratificación de la Convención de Viena, puntualizó lo siguiente: “Se puede entonces concluir que la presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y

en el manejo del tema probatorio dentro de las actuaciones penales, pues a partir de este momento, se empezaron a marcar las diferencias sustanciales con relación a las distintas pretensiones que podrían presentarse dentro de una investigación con enfoque económico, donde la pretensión penal conservaba las garantías inherentes al debido proceso penal, pero la pretensión patrimonial, es decir, la de los bienes con fines de comiso, no necesariamente debía subordinarse a dichas garantías, pues su objeto era totalmente diferente al del cuestionamiento de la conducta de un ciudadano. En este caso, se consagró la inversión plena de la carga de la prueba en los siguientes términos:

Artículo 5°. Le corresponde al sindicado de la comisión de los delitos de narcotráfico y conexos, demostrar que los bienes aprehendidos o decomisados no proceden de actividad ilícita ni fueron utilizados en la comisión del delito.

5. Decretos 1895 de 1989

Ocho días después de la expedición del Decreto 1856, el gobierno colombiano sorprendió con la expedición del Decreto-Ley 1895 del 24 de agosto de 1989, mediante el cual se tipificó el delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares⁸⁸, norma que

esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones. Así pues, Colombia no puede de ninguna forma aprobar un texto que invite a la inversión de la carga de la prueba, por lo cual esta tercera reserva es conforme con el texto constitucional. (Sent. C-176/94).

⁸⁸ Decreto 1895. "Artículo 1°. Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".

presentaba una propuesta que podría calificarse de revolucionaria en su momento, ya que contrastaba con la clásica redacción de los demás delitos del Código Penal, al elevar a la categoría de delito, una conducta aparentemente neutral como lo es la adquisición de bienes u obtención de un patrimonio.

Como lo destaca Julio Ospino, a través de la figura Enriquecimiento Ilícito de Particulares derivado de actividades delictivas, el Estado empezó a perseguir de manera indirecta las fortunas de origen ilícito, al establecerse como una de sus penas principales, una multa equivalente al valor enriquecido, acudiendo a la fórmula que también era utilizada en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionario público (Ospino Gutiérrez, 2008, p. 20). En virtud de ello, el Estado podía embargar y afectar los bienes del sindicado, con el fin de garantizar el pago de la pena de multa a que hubiese lugar.

Sin embargo, como bien precisa el citado autor, esta fórmula no estaba acorde con los valores ético sociales que deben orientar el cumplimiento de las obligaciones civiles, pues no todo bien puede ser objeto de medidas cautelares para efectos de garantizar el pago de la pena de multa⁸⁹, pues estas proceden solo sobre bienes de lícita procedencia⁹⁰, toda vez que, con

⁸⁹ Destaca el citado autor el siguiente precedente jurisprudencial, del que fuera la principal instancia de decisión de la denominada "jurisdicción de orden público": "...el otrora Tribunal Nacional de Colombia, en decisión dentro de un proceso penal, mediante sentencia de segunda instancia, fechada a 13 de octubre de 1998, indicó lo siguiente sobre el punto: "Consentir que con los bienes derivados de la comisión delictiva se cancele el valor de la multa impuesta por sanción de ilicitud, sería tanto como autorizar el pago al Estado con el objeto material del delito por el que se condena al procesado y por ello desde luego en modo alguno consulta la naturaleza y filosofía de la sanción pecuniaria prevista en los tipos penales." (Rad. 10469)" (Ospino Gutiérrez, 2008).

⁹⁰ Esta postura también tiene reparos desde la perspectiva de los valores éticos sociales, pues de acuerdo con el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 6º del artículo 250 ibidem, las actividades ilícitas pueden generar distintas consecuencias jurídicas, que

relación a los bienes de origen ilícito o que han sido utilizados como medios o instrumentos del delito, procede el comiso o la acción de extinción del derecho de dominio.

Lo anterior, puesto que la pena de multa es fuente de una obligación de carácter civil, y resulta incoherente con los principios y valores ético-sociales consagrados en nuestro régimen constitucional, pensar que esta deuda pueda extinguirse con el producto del delito. Por tanto, cuando la acción de extinción del derecho de dominio tiene su origen en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, el investigado puede ser pasible de una doble afectación patrimonial: la de sus bienes lícitos, para efectos de garantizar la pena de multa dentro del proceso penal, y la de sus bienes mal habidos, con fines de comiso o extinción del derecho de dominio.

Esta legislación coyuntural resulta de especial interés para el desarrollo de la figura de extinción de dominio, pues no solo marcó un cambio radical del enfoque de lucha contra la criminalidad, sino que además aportó serios fundamentos para la construcción de la norma constitucional que posteriormente sustentaría la figura de extinción de dominio⁹¹, toda vez que la Asamblea Nacional Constituyente elevó a rango constitucional

como se analizará más adelante, demandan entre otras, las garantías de los derechos de las víctimas, ya sea por vía del restablecimiento del derecho o de la indemnización de perjuicios, tema que tiene especial incidencia en la causal de "objeto del delito", evento en el cual no siempre resulta viable la pretensión extintiva, por prevalencia de los derechos de las víctimas, como se analizará al momento de estudiar la correspondiente causal.

⁹¹ Es de resaltar que el Enriquecimiento Ilícito consagrado a partir de la legislación de excepción a finales de la década de los ochenta, no solo sirvió de fundamento al instituto de orden constitucional que se erige como excepción a la confiscación que allí se proscribe, sino que además, es el sustento de una causal de origen ilícito que se ha mantenido constante en todas las leyes extintivas a partir de 1996, pues la conducta de un incremento patrimonial carente de justificación, no solo ha servido para sustentar el tipo penal de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, sino que además, fue recogido por la causa primera de la Ley 333 de 1996, replicándose como causal primera en el decreto 1975 y en la Ley 793 de 2002, figura que es adoptada como causal cuarta en el Código de Extinción de Dominio, Ley 1708 de 2014.

la prohibición de enriquecerse ilícitamente, consagrando en el artículo 34 de la Carta Política, la pérdida del derecho de dominio como consecuencia jurídica de carácter patrimonial.

6. Decreto 2790 de 1990. Extinción de dominio en delitos de orden público

Como se mencionó anteriormente, el primer referente de la figura de la extinción de dominio se dio al interior de la legislación penal de orden público, concretamente a través del denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, Decreto 2790 de 1990, norma que marcó un hito en la lucha contra la criminalidad pues consagró herramientas excepcionales de investigación, cimentando las bases de la denominada jurisdicción de orden público, conocida coloquialmente como “Justicia sin rostro”⁹² y que posteriormente fue conocida como “jurisdicción regional”, hoy “justicia especializada”, donde se adoptaron una serie de normas exclusivas que establecían un procedimiento especial y excepcional en los delitos de mayor impacto social en el momento, consagrando institutos procesales distintos a los del estatuto procesal tradicional.

Dentro de este marco normativo se facultó también a las Unidades investigativas de Orden Público y a la Policía Judicial ordinaria para ocupar e incautar los bienes muebles o inmuebles, efectos, dineros, divisas, derechos o beneficios

⁹² Se hace relación a la existencia de jueces, fiscales y testigos “sin rostro” o con reserva de identidad, medida extrema a la que tuvo que llegar el país atendiendo al alto riesgo que representaba la función judicial en esa época. Al respecto, en dicho Decreto-Ley 2790 se motivó lo siguiente: “Que es necesario buscar mecanismos

vinculados directa o indirectamente, ya sea como medio, instrumento o producto de los delitos de competencia de los Jueces de Orden Público⁹³.

Pero fue en el artículo 57 del Decreto 2790 de 1990 donde se estableció por primera vez, dentro del ordenamiento penal, la figura de la Extinción de Dominio de los derechos principales y accesorios de aquellos bienes incautados u ocupados en los procesos de la entonces denominada Jurisdicción de Orden Público. Sin embargo, la medida extintiva sólo procedía sobre aquellos bienes que necesariamente estaban afectados dentro de un proceso penal, pero que después de transcurrido un año desde la fecha de citación a los titulares para comparecer al proceso a ejercer su defensa, los interesados, no asistían.

En realidad, se establecía una extinción de dominio para los casos de abandono de bienes o contumacia de los titulares de derechos sobre los bienes afectados, pues esta primera forma de extinción de dominio no se sustentaba en un presupuesto sustancial o causal, pues partía de una presunción tácita de que los bienes sobre los cuales recaía, habían sido incautados u ocupados por ser producto, medio o instrumento de algún delito de competencia de la jurisdicción de orden público, y atribuía la consecuencia jurídica de la extinción de dominio por el transcurso del tiempo y por la inactividad del interesado.

jurídicos que permitan dar seguridad a los jueces de la República y a las demás personas que vienen siendo objeto de atentados por razón de su participación en las investigaciones adelantadas contra sus integrantes".

⁹³ Artículo 55 del Decreto-Ley 2790 de 1990: "Los derechos reales principales y accesorios sobre los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9º de este decreto como de competencia de la jurisdicción de Orden Público se extinguirán a favor del Estado, si transcurrido un año desde la fecha de su citación para que comparezcan al proceso a ejercer su defensa respecto de los titulares inscritos, estos no comparecen, o desde su aprehensión cuando se trate de bienes sin dueño aparente o conocido, o no requieran de inscripción para su constitución".

Para el momento de entrar en vigencia esta normatividad de excepción, las autoridades colombianas ya habían obtenido una importante experiencia en materia de incautación y ocupación de bienes con posibles vínculos con el narcotráfico, pues a partir de la expedición de los decretos 1856 y 1895 de 1998, las operaciones sobre los posibles bienes vinculados con la “mafia” se habían intensificado, registrándose numerosos casos en los cuales nadie reclamaba los bienes que habían sido afectados, por miedo de la judicialización.

A partir de este decreto puede verse claramente la intención del gobierno, de perseguir los bienes derivados de los delitos más graves, no solamente del narcotráfico y conexos, sino de aquellas conductas que eran consideradas de mayor daño social, descripción taxativa que caracterizó a las primeras disposiciones de extinción de dominio, pero que desapareció con la expedición del Código⁹⁴. Sin embargo, esta normatividad presentaba dos grandes deficiencias; de una parte, no salvaguardaba eficientemente los derechos de terceros de buena fe y, de otra, no consagraba las garantías propias del debido proceso, lo que hizo que esta legislación fuera cuestionada por sus deficiencias en materia del respeto de las garantías fundamentales.

⁹⁴ En la legislación penal, marcada por el principio de legalidad y proporcionalidad, resultaba coherente la existencia de una relación taxativa de conductas sobre las cuales procedían las excepcionales medidas penales de comiso o pérdida de dominio justificadas en razones de orden público. Sin embargo, la juridicidad de la extinción de dominio consagrada en el nuevo Código de Extinción de Dominio, a diferencia de la legislación precedente (Ley 793) y de las Leyes Especiales de El Salvador, Guatemala y Honduras, no sustenta la acción en razones de orden o seguridad pública, sino en normas constitucionales, desarrollando ampliamente derechos fundamentales como el derecho a la igualdad. Por tanto, al ser la extinción de dominio una excepción a las reglas de protección constitucional al derecho a la propiedad, no existía ningún fundamento jurídico razonable que justificara que dicha excepción se aplicara a algunos delitos y a otros no, razón por la cual en el Código de Extinción de Dominio la figura se extiende a todas las actividades ilícitas tipificadas como delictivas (L. 1708/2014, art. 1º num. 2) y desaparece las relaciones taxativas de conductas determinantes o precedentes que habilitan a la aplicación de esta consecuencia jurídica.

7. Constitución Política de 1991

Como se ha analizado hasta el momento, la problemática que vivió Colombia en materia de violencia y acciones del crimen organizado llevó a que el tema de los bienes ilícitos se tratará a nivel constitucional, como bien lo reconoció la Corte Constitucional al indicar que el Constituyente de 1991, solo elevó a rango constitucional una figura que ya existía en el ordenamiento jurídico⁹⁵, debido a la grave situación de violencia que vivía Colombia para ese momento. Al respecto, el alto tribunal resaltó lo siguiente:

Vuelve a decirse que la figura de la extinción del dominio no es nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque debe anotarse que la modalidad contemplada en el artículo 34 de la Constitución apareció en 1991, por una sola razón: como consecuencia de la grave proliferación de conductas ilícitas de muy diverso origen —especialmente el narcotráfico— y del alto grado de corrupción que, para el momento en el cual deliberó la Asamblea Nacional Constituyente, se habían apoderado de la sociedad colombiana.

⁹⁵ Resulta oportuno recordar que el proyecto de ley original (Ministerio de Justicia, 1996), jamás buscó desarrollar una norma penal o procesal penal, sino que directamente se enfocó en su carácter constitucional al denominarlo: “Por el cual se desarrollan los artículos 24 y 58 de la Constitución Política en Materia de Extinción de Dominio”.

En efecto, como se puso de presente en una de las sesiones de la Comisión Quinta (la del 5 de abril de 1991), la propuesta de su consagración "tiene fundamento en las realidades muy dolorosas de los últimos decenios de la historia de Colombia, en los cuales el país ha sufrido un deterioro impresionante, monstruoso, en las conductas sociales y un deterioro en la propia legitimidad del Estado y de las instituciones, por la impotencia de la sociedad para reprimir la corrupción," a la vez que "quienes han hecho uso del delito para satisfacer su egoísmo, quienes han tomado el camino de la ilegalidad pueden ostentar ante la sociedad el éxito, el triunfo, en cuanto pueden hacer uso de los bienes obtenidos por ese camino..." (Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Consulta textual y referencial. Sesión Comisión 5, abril 16 (5416), 30 de mayo de 1994, p. 1)." (Sent. C-374/97).

Sin embargo, la mayor virtud de la Carta Política no está en el reconocimiento expreso de esta figura en su artículo 34⁹⁶, pues bien pudo haber hablado de comiso o decomiso, como lo hace la Constitución Chilena⁹⁷; sino que su mayor bondad, fue la de haberse preocupado por desarrollar de manera amplia y detallada lo que la misma Corte Constitucional denominó posteriormente "el régimen constitucional del derecho a la propiedad", cuyos principales fundamentos de legitimación, no solo se encuentran en el mencionado artículo, sino a lo largo del reconocimiento de distintos derechos, principios y valores constitucionales que se encuentran dispersos en la Constitución Política.

⁹⁶ 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".

⁹⁷ Constitución Política de Chile, artículo 19, numeral 7, literal g: "g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;".

Se tiene así, por ejemplo, el artículo 6º⁹⁸, que consagra el principio de responsabilidad, mediante el cual todo ciudadano se hace responsable por infringir la Constitución y las leyes; el artículo 13º⁹⁹, que consagra el derecho a la igualdad, tanto en la protección de los derechos, como en el trato por parte de las autoridades, lo que se refleja en el reconocimiento efectivo de este derecho para que el acceso a la propiedad y su protección, se realice también en condiciones de igualdad; el artículo 25, que establece el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, como fuente legítima de riqueza y respeto de los derechos ajenos, como quiera que le impone una función social¹⁰⁰; el artículo 58¹⁰¹, que fija los lineamientos de reconocimiento y protección de la propiedad, privada y los demás derechos inherentes, siempre y cuando los mismos hayan sido adquiridos de acuerdo con las leyes civiles (justo título). Así mismo establece los límites constitucionales a este derecho imponiendo la observancia de las obligaciones inherentes a la función social¹⁰² y ecológica que se deben cumplir en el ejercicio del derecho a la propiedad privada; el artículo 60¹⁰³,

⁹⁸ Artículo 6º. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

⁹⁹ Artículo 13. "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

¹⁰⁰ Artículo 25. "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

¹⁰¹ Artículo 58. Modificado por el artículo 1º del A.L. 1 de 1999. "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica".

¹⁰² El principio de función social del derecho de la propiedad también es conocido en otras constituciones del continente con los nombres de "interés social" o "bien común"

¹⁰³ Artículo 60. "El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. ...".

sobre la promoción del Estado al acceso a la propiedad de acuerdo con la ley; el artículo 61¹⁰⁴, que establece la garantía de protección de otros derechos patrimoniales, como la propiedad intelectual, que constituye otra fuente legítima de producción de riqueza; el artículo 64¹⁰⁵ que establece el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra, con el fin de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores agrarios; el artículo 70¹⁰⁶, que establece el deber del Estado de promover la cultura y difundir los valores culturales de la Nación por medio de la educación, la enseñanza científica, artística, y profesional, norma que al ser armonizada con las anteriores disposiciones constitucionales, permiten sentar las bases del reconocimiento de una cultura de legalidad; el artículo 83¹⁰⁷, que constitucionaliza el principio general de la buena fe y que sirve de fundamento de valoración del componente subjetivo de la extinción de dominio; y, el artículo 333¹⁰⁸, que establece la libertad de actividad económica y la

¹⁰⁴ Artículo 61. "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley".

¹⁰⁵ Artículo 64. "Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos".

¹⁰⁶ Artículo 70. "El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación".

¹⁰⁷ Artículo 83. "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 estas".

¹⁰⁸ Artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación".

iniciativa privada como fuentes legítimas de riqueza y base del desarrollo económico, limitadas por el bien común, a las cuales también se les atribuye una función social que implica obligaciones; siendo estos los pilares constitucionales imprescindibles sobre los cuales se estructuran los fundamentos de legitimación que permite descifrar la naturaleza jurídica de la extinción de dominio.

Sobre estos fundamentos de legitimación resulta oportuno recordar lo expuesto por el máximo tribunal constitucional que sobre el particular puntualizó lo siguiente:

“La garantía que el artículo 58 de la Constitución confiere a la propiedad supone la licitud de la misma. En otros términos, no está amparada por la Constitución, como diáfananamente lo declara su artículo 34, la propiedad mal habida, la lograda mediante el delito, a través del enriquecimiento ilícito, con grave perjuicio para el Tesoro Público o transgrediendo las reglas mínimas de la moral social”.

Cuando el artículo 58 de la Carta declara que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, supone que ellos se alcanzaron por sus titulares "con arreglo a las leyes civiles", expresión que, a juicio de la Corte, no es específica sino genérica, es decir, alude tanto a las reglas integrantes del Código Civil y disposiciones complementarias, como al conjunto del ordenamiento jurídico basado en la Constitución.
(...).

Aunque el actual texto del artículo 58 de la Carta no contiene las expresiones "justo título", que caracterizaban la propiedad constitucionalmente protegida en el artículo 30 de la Constitución de 1886, y ello precisamente porque el constituyente de 1991 las trasladó al inciso 2 del artículo 34 en forma más severa y determinante, tal elemento es

indispensable, a la luz de dicho precepto y del 83 ibidem, para acceder a la garantía que al derecho de dominio ofrece el sistema jurídico.

La normatividad examinada no desconoce derechos adquiridos consolidados. En los supuestos que ella contempla, se obtuvo la propiedad en abierta transgresión al derecho vigente, desbordando los límites trazados por el orden jurídico, quebrantando los derechos de los demás y, en consecuencia, no puede afirmarse que existiera un derecho legítimo de los presuntos titulares de la propiedad. La mala fe no puede generar derecho alguno frente al orden constitucional" (Sent. C-374/97).

8. Código de Procedimiento Penal - Decreto 2700 de 1991

A través del Código de Procedimiento Penal de 1991 se consagró por primera vez la extinción de dominio como un instituto de derecho sustancial, pues a pesar de ser una norma procesal, acogió y desarrolló los postulados sustanciales previstos en el artículo 34 de la Carta Política al indicar que *"Por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Para estos efectos, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes se considera que causan grave deterioro de la moral social."*

Se destaca, además, que la extinción de dominio se concibe a la par del comiso penal que se encontraba regulado en el

artículo 338 del mismo estatuto. A pesar de que la norma no establece las diferencias entre uno y otro instituto, se debe destacar que amplía el campo de valoración del operador judicial, permitiendo la posibilidad de demandar del juez la aplicación de esta excepcional medida, fundando la pretensión en una disposición constitucional y no legal.

No obstante sus aparentes bondades, se debe reconocer que la norma no brindó los resultados esperados, toda vez que el mencionado estatuto adjetivo ataba el trámite de la extinción de dominio a un procedimiento incidental dentro del proceso penal, comoquiera que no establecía regla alguna frente al procedimiento a seguir, ni definía los principios y garantías que le eran predicables, vacíos que solo se podían llenar en su momento con las disposiciones del Código Procesal Penal.

Se puede afirmar también, que la norma registra un retroceso con relación al aprovechamiento de los bienes que llegasen a pasar a poder del Estado por esta vía, comoquiera que la norma establecía que los bienes objeto de extinción, pasarían a ser de propiedad de la Fiscalía General de la Nación, ente que en su momento era de reciente creación, con lo cual se limitaba el amplio concepto de interés público o función social que deberían cumplir el patrimonio que revertía a la Nación, en virtud del mandato del artículo 58 de la Constitución Política.

Tras la expedición de la primera legislación de extinción de dominio, Ley 333 de 1996, coexistieron en el sistema jurídico colombiano, dos formas de extinción de dominio: la primera, atada al derecho penal (CPP, art. 340); y, la segunda, consagrada a través de una ley especial que pregonaba su

autonomía e independencia frente al proceso penal. Esta coexistencia que, a primera vista, podría parecer problemática y contradictoria, fue objeto de precisiones técnicas por vía jurisprudencial, toda vez que la Corte Suprema de Justicia definió el alcance de la norma procesal penal, indicando que la extinción de dominio que allí se contemplaba debía ser entendida como el comiso común y, bajo ningún pretexto, podría equipararse al procedimiento especial consagrado en la Ley 333 de 1996 (C.E., Sala Penal, Auto 228, 1999).

Es de anotar que el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal (D. 2700/2001) fue modificado posteriormente por el artículo 14 de la Ley 365 de 1997¹⁰⁹, en el cual se desarrolla de forma más detallada el artículo 34 de la Constitución Política. A través de esta norma, se adiciona un catálogo de delitos que se consideran perjudiciales al tesoro público o que van en detrimento de la moral social (no solo narcotráfico). También se dispone a recuperar la función social de los bienes objeto de extinción de dominio, al disponer que los bienes objeto de extinción de dominio formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO).

¹⁰⁹ Artículo 340. **Extinción del derecho de dominio.** Por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Para estos efectos, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicionen, así como los delitos de secuestro simple, secuestro extorsivo, extorsión, lavado de activos y testaferrato, los delitos contra el orden económico y 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 se considera que causan grave deterioro de la moral social. En todo caso quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe. Los bienes y recursos sobre los cuales se declare la extinción del dominio, sin excepción alguna, ingresarán al fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

9. Decreto 1874 de 1992

El primer salto evolutivo de la extinción de dominio, después de su reconocimiento constitucional, se dio a través del Decreto 1874 de 1992, mediante el cual se perfiló uno de los actuales elementos estructurales de toda causal de extinción de dominio, como lo es la circunstancia ilícita, pues establecía la consecuencia jurídica de la extinción de los derechos reales principales o accesorios cuando *“...en las diligencias practicadas, aun en investigación previa, exista un indicio de que los bienes, fondos, derechos u otros activos provienen o tienen relación con la comisión de los delitos de competencia de los jueces regionales...”*.

La importancia de esta legislación, que también fue proferida bajo el estado de excepción, radica en perfilar la consecuencia de la extinción de derechos reales sobre la base de su nexo de relación con una actividad ilícita, lo que se analizará en esta investigación bajo el concepto de circunstancia ilícita, lo cual constituye un enfoque de carácter real de la acción, superando así los enfoques de carácter *in personam* propios del comiso penal y de la primera forma de extinción de dominio prevista en el Decreto 2790 de 1990, que establecían dicha consecuencia jurídica por circunstancias predicables del titular del bien, como sería su compromiso penal o su inactividad procesal frente a la reclamación oportuna de sus derechos.

10. Ley 333 de 1996

En la doctrina colombiana, se suele considerar la Ley 333 de 1996 como el punto de partida de la extinción de dominio (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015, p. 4), a pesar de que el instituto, así como sus características, son producto de un largo proceso evolutivo, pues como se mencionó anteriormente, la Constitución de 1991 no creó la figura de la extinción de dominio, sino que simplemente le dio un reconocimiento constitucional, sentando las bases para un mayor desarrollo.

Sin embargo, se debe admitir que el principal mérito de la Ley 333 de 1996, es el de constituir el principal precedente de un instituto de comiso sin condena previa en Colombia; es decir, se le debe reconocer como el primer intento de emancipación del comiso del proceso penal, pues dicha ley no solo concibió un procedimiento especial para desarrollar las causales especiales que habían sido concebidas en el artículo 34 de la Constitución Política¹¹⁰, sino que además, adoptó las principales formas de comiso del código penal¹¹¹, e introdujo al ordenamiento jurídico

¹¹⁰ "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".

¹¹¹ Esta primera ley de extinción de dominio, desde el principio, consagró como causales y bajo el concepto de "bienes", algunas de las principales formas de comiso reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano en su momento, como lo era el comiso de instrumentos, de medios y de destinación, que paso a conocerse como causal cuarta de extinción de dominio: "4. Los eventos en que se utilicen bienes como medio o instrumentos de actuaciones delictivas o se destinen a éstas, salvo que sean objeto de decomiso o incautación ordenada dentro del proceso penal mediante providencia en firme". Así mismo, por vía indirecta, a través del desarrollo del concepto de "bienes", introdujo el comiso de producto, de ganancias y de frutos y rendimientos "La extinción del dominio también se declarará sobre el producto de los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata esta ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. Cuando se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito".

el comiso indirecto, al adoptar por primera vez la figura del comiso por bienes equivalentes¹¹².

Pese a lo anterior, la norma adolecía de múltiples problemas de redacción y técnica jurídica que impedían su eficacia, como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional en la Sentencia C-958 de 2014, al analizar la evolución del instituto:

“La Ley 333 de 1996 fue expedida bajo razones axiológicas de orden garantista vinculada al derecho sancionatorio penal, con todas sus implicaciones de orden procesal, mediante el traslado de las figuras propias del procedimiento penal a este procedimiento especial, lo que implicaba que la acción fuese dependiente o complementaria a la acción penal, es decir, los bienes comprometidos tenían un nexo de relación con las causales, que a su vez se tipificaban a partir de actividades delictivas, lo que le restó eficacia y generaba una enorme confusión interpretativa al momento de aplicar sus disposiciones.

La acción de extinción de dominio gozaba de una incipiente autonomía, ya que la competencia se circunscribía al funcionario competente del proceso penal que debatía la situación jurídica de los bienes involucrados por las causales taxativas de la Ley 333 de 1996. En ese sentido, aunque era una acción distinta y aparentemente independiente de la responsabilidad penal, la declaración de extinción de dominio

¹¹² A pesar que el nuevo Código de Extinción de Dominio acoge la figura del comiso por bienes equivalentes a través de dos causales autónomas, su reconocimiento como instituto jurídico fue bastante confuso, pues no tenía ningún tipo de identidad jurídica, pues la primera ley de extintiva lo había reconocido como una consecuencia accesoria de la sentencia de extinción, y lo subordinaba a la existencia de un proceso anterior, lo que hacía imposible su aplicación práctica. “Artículo 6º. De los bienes equivalentes. Cuando no resultare posible ubicar, incautar o aprehender otros bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre un valor equivalente. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.” (L. 333/96).

correspondía a los jueces competentes para conocer de las actuaciones penales. Así mismo, al existir actuaciones penales en curso, la acción no podía intentarse independientemente; y, si la acción penal se extinguía o terminaba sin que se hubiera proferido decisión sobre los bienes, continuaría el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal, circunscribiendo el conocimiento de la acción de extinción de dominio al funcionario judicial competente para adelantar la actuación penal".

Como lo ha mencionado el autor en anterior oportunidad (Santander Abril G., 2015, p. 51), se debe reconocer que el primer paso para que la extinción de dominio se convirtiera en un instituto jurídico plenamente autónomo e independiente de la acción penal, fue un rotundo fracaso, como lo reconoció el Fiscal General de la Nación en su intervención¹¹³ ante la Corte Constitucional, al momento de defender la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1975 de 2002 (Sent. C-1007/2002).

Aunque parezca ilógico e inverosímil, resulta indiscutible reconocer que fueron esas deficiencias técnicas, jurídicas y de

¹¹³ En informe dirigido por el Dr. Gustavo Morales Marín, Fiscal General de la Nación (e), al Dr. Camilo Ospina Bernal, Secretario General de la Presidencia de la República, justificando la urgente necesidad de modificar la Ley 333 de 1996, destaca la completa ineficacia de esta figura, pues a pesar que para ese momento se tramitaban 355 procesos, después de más de cinco años de vigencia del instituto, tan solo se habían obtenido 4 sentencias de extinción de dominio; precisando, entre otros aspectos problemáticos, los siguientes:

"1. *Disparidad de criterios de interpretación y aplicación de las normas en trámites de extinción de dominio, dada la mixtura entre normas civiles, penales y administrativas.*

2. *Falta de precisión legal sobre cómo deben agotarse ciertos actos procesales, lo que ha conducido a extender indebidamente los términos de la acción.*

3. *Oscuridad sobre la completa autonomía del trámite de extinción de dominio, lo que ha conducido a que en dichos procesos se apliquen todas las garantías de uno de carácter penal (...)*".

Así mismo, se cuestionaba la ley desde una perspectiva sustancial y técnica al indicar que: "La mixtura de disposiciones civiles, penales y administrativas que se encuentran en la Ley de Extinción del Derecho de Dominio ha generado múltiples interpretaciones entre los operadores de justicia, especialmente en cuanto a su naturaleza, procedimiento, competencia preferente, autonomía con el proceso penal, bienes equivalentes, entidades legitimadas, notificaciones, recursos, nulidades..." (Sent. C-1007/2002).

redacción que caracterizaron a la Ley 333 de 1996, las que posibilitaron redefinir todo el Instituto de la Extinción de Dominio y decantar sus principales características de orden sustancial, pues fue a través del riguroso examen de la Corte Constitucional en sus sentencias de constitucionalidad C-374, C-409 y C-539 de 1997, las que realmente le dieron claridad y forma a la figura, pues constituyeron el principal referente que permitió redefinir completamente el instituto y desarrollar una nueva juridicidad en la legislación ulterior.

Lo anterior, como quiera que los conceptos de extinción de dominio, justo título, función social, régimen de la propiedad privada, autonomía, independencia, carga de la prueba, retrospectividad, imprescriptibilidad¹¹⁴, imposibilidad de tradición, alcance y límites de la función social, reconocimiento de la buena fe exenta de culpa, entre muchos otros, fueron producto del examen realizado por Corte Constitucional, constituyendo el referente que permitió construir y rediseñar completamente la figura, pues a pesar que se conservó el nombre de extinción de dominio, toda su concepción, estructura y elementos fueron replanteados íntegramente a través de una nueva normatividad, completamente distinta a la

¹¹⁴ Quizás el ejemplo más destacado sobre la influencia de la jurisprudencia constitucional en la definición de las actuales características y disposiciones del Código de Extinción de Dominio, tiene que ver con el carácter intemporal de la figura, como quiera que los conceptos de retrospectividad e imprescriptibilidad fueron producto del examen de constitucionalidad de la Ley 333 de 1996, pues ninguno de sus artículos hablaba de tales características; tan sólo el artículo 33, sobre la vigencia de la ley, establecía algunas reglas al respecto: *"No obstante, la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de esta Ley, siempre que dicha adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos haya sido realizada con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a esta medida de extinción, así la legislación haya modificado o modifique la denominación jurídica, sin perjuicio del término de prescripción de que trata el artículo 9º de esta ley"*.

Fue la revisión constitucional de esta norma, y la prevista en el artículo 9, que establecía un término de prescripción de la acción de 20 años, la que llevó a que algunas reglas contenidas en dichas disposiciones, fueran declaradas inexecutable, configurando así el carácter intemporal del instituto.

norma original¹¹⁵, que se plasmó en el Decreto 1975 de 2002, el que a su vez se incorporó, casi integralmente en la Ley 793 de 2002, y que actualmente se reflejan en la Ley 1708 de 2002, actual Código de Extinción de Dominio, reafirmando así el carácter constitucional del instituto.

11. Decreto Legislativo 1975 y Ley 793 de 2002

Como se mencionó al principio de este estudio, la evolución de la extinción de dominio ha estado marcada por la influencia del crimen organizado, pues tanto sus antecedentes, como sus principales cambios, han estado asociados a una legislación de excepción expedida para combatir este tipo de delincuencia. Por ello, la transformación de la extinción de dominio estuvo precedida de esta normatividad especial, pues el Decreto Legislativo 1975 de 2002 fue emitido durante la vigencia del Estado de Conmoción Interior declarado por el Gobierno

¹¹⁵ Así lo reconoció la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la nueva juridicidad contenida en la Ley 793 de 2002, donde no reconoció cosa juzgada constitucional, con relación a las valoraciones realizadas sobre la Ley 333 de 1996, al señalar lo siguiente: *"En relación con los fallos de constitucionalidad proferidos por esta corporación respecto del régimen legal ordinario de la acción de extinción de dominio, no existe cosa juzgada por cuanto el nuevo régimen legal fue proferido en un contexto diferente a aquél que se tuvo en cuenta para promulgar la legislación anterior. Es decir, las circunstancias existentes al momento de la emisión de la nueva legislación fueron distintas a aquellas que valoró el legislador de hace ocho años. Si bien la institución constitucional que se regula es la misma, la manera como el Congreso ha ejercido su poder de configuración normativa es diversa. Esto fue así al punto que la Ley 793 de 2002 se orientó a superar muchas de las dificultades advertidas en la aplicación de la Ley 333 de 1996. Esta finalidad condujo al legislador a introducir sustanciales modificaciones al régimen legal anterior y esas modificaciones tienen incidencia en todo el articulado del nuevo régimen.*

Entonces, como se trata de una regulación legal diferente, emitida en un contexto también distinto, los diversos pronunciamientos de la Corte sobre esta materia no constituyen cosa juzgada frente a la nueva ley que aquí se examina. Y esto es así incluso en relación con aquellas normas jurídicas que se expresan a través de textos aparentemente iguales a otros ya examinados por esta Corporación pues, a pesar de esa aparente identidad, tales textos, al hacer parte de un cuerpo normativo proferido frente a un contexto diferente y con una finalidad diversa, configuran reglas de derecho dotadas de un nuevo sentido, sobre las que los pronunciamientos de esta Corporación carecen de efecto vinculante y susceptibles de generar un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad".

Nacional mediante el Decreto Legislativo 1837 de 2002, tras los atentados terroristas del 7 de agosto de dicho año, que se registraron tras la posesión del presidente Álvaro Uribe Vélez, el cual dispuso suspender provisionalmente la Ley 333 de 1996 y, como bien resalta Iván Caro, buscó adoptar un procedimiento más expedito para destrabar los cientos de procesos que se habían iniciado hasta ese momento (Caro Gómez, 2011, p. 12), sin brindar mayores resultados.

Es a partir de dicho decreto legislativo, que la extinción de dominio da su mayor salto evolutivo, pues se redefinió el instituto, no solo desde el punto de vista procesal (de la acción) sino sustancial; además, se reconoció el tema del lavado de activos y de la acumulación de capitales ilícitos como un asunto de seguridad y orden público de interés nacional, lo cual demandaba la necesidad de buscar imprimir una mayor eficacia al instituto¹¹⁶, que hasta ese momento había mostrado ser engorroso e inoperante¹¹⁷.

¹¹⁶ Estos factores que impulsaron la drástica reforma a la ley fueron sintetizados en el Decreto Legislativo 1975 de la siguiente manera: "Que mediante el Decreto 1837 del 11 de agosto del 2002 se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional. Que el Decreto 1837 de 2002 señaló que era necesario restringir el acceso de las organizaciones delincuenciales a los activos y recursos financieros originados en cualquier actividad ilícita, sea cual fuere el mecanismo a través del cual se estén movilizandolos recursos dentro el sistema económico, para lo cual se previó acelerar los procesos de extinción de dominio tendientes a lograr su eficacia; Que el lavado de activos proveniente de la venta de cocaína y heroína al exterior hace que estas organizaciones delincuenciales tengan una fuente de poder económico que les permite enfrentar al Estado y a la sociedad; Que como consecuencia de lo anterior, las empresas del crimen han multiplicado su capacidad de agresión, por su cada vez más fuerte vinculación con otras formas de delincuencia organizada, llegando a consolidar un poder que representa un riesgo imprevisible e inminente que ocasiona una grave perturbación del orden público en el territorio nacional; Que para contrarrestar los anteriores hechos, la legislación vigente resulta insuficiente e ineficaz, obligando al Estado a adoptar medidas inmediatas que agilicen el procedimiento de extinción de dominio sobre los bienes y recursos provenientes, directa o indirectamente, de actividades ilícitas".

¹¹⁷ Esta inoperancia se ve reflejada en los soportes de la sentencia C-1007 de 2002, que con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas, revisó la constitucionalidad del Decreto 1975 de 2002, y destacó la poca efectividad de la Ley 333 al describir que tras casi cinco años de vigencia de la ley, tan solo existían 355 procesos, de los cuales 64 se había iniciado trámite de extinción de dominio, pero tan solo en 4 de ellos se habían obtenido sentencias definitivas.

Las modificaciones contenidas en el proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación y acogidas por el Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo 1975 de 2002 fueron tan profundas, que se puede concluir que el instituto contenido en la Ley 333 de 1996 era completamente distinto al que se concibió a través del mencionado decreto. Como se afirmó anteriormente, una de las pocas cosas que conservó este decreto, fue el nombre del instituto, más por razones prácticas de reconocimiento jurídico y aceptación dentro del ordenamiento nacional, que por su técnica de definición¹¹⁸; pues en todo lo demás, la figura era completamente nueva y diferente a la que fue objeto de modificación. Lo anterior, como quiera que sus disposiciones sustanciales se cambiaron íntegramente, pasando de trabajar presupuestos delictuales de carácter *in personam* a desarrollar prevalentemente causales de carácter *in rem*, aspecto sobre el cual se profundizará más adelante al momento de estudiar el capítulo correspondiente a las causales extintivas. Además, se pasó de un esquema procesal civil que demostró ser un rotundo fracaso para poder cumplir los fines del instituto y preservar las garantías de los afectados, a un esquema procesal de tendencia mixto-inquisitivo, que era el modelo procesal imperante en materia penal en ese momento, el cual se ajustaba a las necesidades específicas de este trámite¹¹⁹.

¹¹⁸ Resulta indiscutible que todos los nombres que ha recibido esta figura en América Latina (extinción, privación o pérdida de dominio) son inapropiados, pues como se analizará más adelante, la naturaleza jurídica de esta figura lleva a replantear este concepto, pues tratándose de la extinción de dominio sobre bienes de origen ilícito, el cuestionamiento esencial de un patrimonio se realiza desde el punto de la validez del acto jurídico que lo genera; es decir, si el acto que genera el derecho cuenta con causa lícita u objeto lícito. Por tanto, si se concluye que el derecho no nació a la vida jurídica, mal puede decirse que el mismo es susceptible de extinción, privación o pérdida.

¹¹⁹ En su momento, la Ley 793 de 2002 adoptó el modelo procesal del sistema penal mixto consagrado en la Ley 600 de 2000, que era prevalentemente inquisitivo.

Posteriormente, con el fin de que el cambio de jurisdicción contenido en el Decreto 175 de 2002 subsistiera una vez terminado el Estado de conmoción interior, la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia prepararon el texto de un proyecto de ley con el propósito de que la nueva normatividad se incorporara de manera permanente al sistema jurídico nacional, para lo cual, se prepararon dos propuestas de reforma que fueron fusionadas en el proyecto de ley que dio paso a la Ley 793 de 2002, el cual refleja esa mixtura de posiciones entre una propuesta desde el punto de vista técnico y práctico, contenida en el proyecto de la Fiscalía General de la Nación y otra postura de corte “eficientista” donde se reflejaba la política criminal del Estado, lo cual incidió notoriamente en la definición de su naturaleza jurídica y en la evolución de las causales; pues mientras el proyecto del Gobierno Nacional trabajó causales de carácter persona¹²⁰, la Fiscalía presentó un proyecto con causales reales y procesales, aspecto que explica, en parte, los problemas de coherencia sistémica que luego motivaron la realización de una reforma que se concretó en el nuevo Código de Extinción de Dominio.

Se puede afirmar que fue a través de la Ley 793 de 2002 que la extinción de dominio alcanzó su identidad como un nuevo instituto de derecho sustancial, pues fueron varios los avances

¹²⁰ Se hace relación a las causales primera y séptima de extinción de dominio consagradas en el artículo segundo de la Ley 793 de 2002, las cuales presentan un enfoque *in personam* y presentan un objeto y una estructura muy distinta de las demás causales de extinción de dominio, pues estaban más dirigidas a solucionar los problemas probatorios que se habían presentado en la anterior legislación, que a establecer presupuestos sustanciales para la declaratoria de la extinción de dominio. Estas disposiciones tenían el siguiente tenor normativo:

“1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo”.

“7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso”.

que desde el punto de vista nuclear se presentaron con esta nueva legislación. En primer lugar, se despenalizaron las causales, que en vigencia de la Ley 333 de 1996 estaban atadas a delitos en particular, por lo que era necesario desligar la extinción de dominio de cualquier referencia a la acción penal. Por esta razón, la ley se cuidó de emplear expresiones de connotación penal, utilizando un lenguaje neutro, suprimiendo de la ley cualquier referencia a instituciones, conceptos, términos o expresiones que estuvieran en contravía de la naturaleza y el carácter real de la acción, aspecto por el cual se circunscribieron las causales a actividades ilícitas y no a delitos en particular.

Adicionalmente, el instituto tomó distancia de la acción civil, eliminando al máximo cualquier referencia de términos y actos procesales propios del ritual civil adjetivo, comoquiera que la Ley 333 de 1996 preveía conceptos civiles que resultaron seriamente problemáticos, como el acto de “demanda”, el cual arrastraba por integración normativa una serie de disposiciones de un derecho dispositivo y formalista, que era poco garantista y efectivo para cumplir con las exigencias y fines de un proceso de extinción de dominio¹²¹.

¹²¹ Sobre este aspecto, no se puede pasar por alto reparar en el enorme retroceso que representa la modificación introducida por la Ley 1849 de 2017, que introduce en el Código de Extinción de Dominio un cambio que podemos definir como semántico, por no decir “cosmético”, sin utilidad procesal alguna, pero que sí incide negativamente por el desconocimiento de la naturaleza, la autonomía e independencia del instituto, al reemplazar el acto procesal de fijación de la pretensión por un acto de demanda, sin tener en cuenta que la razón de ser de concebir un acto procesal auténtico para la extinción de dominio, como lo era la fijación provisional o definitiva de la pretensión de extinción, era evitar trasladar las cargas de integración normativa del proceso penal (con la denuncia) o del proceso civil (con la demanda), al proceso constitucional y autónomo de la extinción de dominio. Hablar de demanda de extinción de dominio es revivir un modelo ya fracasado, como se expuso en el informe que presentó el Fiscal General de la Nación a la Corte Constitucional, recogido en la sentencia C-1007 de 2002, donde se destacaban los problemas de integración normativa que había traído ese término a la Ley de Extinción de Dominio, razón por la cual, uno de los avances más significativos de la Ley 793 frente a la Ley 333, fue precisamente la sustitución de la demanda por una resolución de inicio, que se ajustaba más al carácter oficioso, autónomo e independiente de la acción extintiva.

Pero el avance más representativo de esta nueva juridicidad se dio con relación a la precisión del objeto y despersonalización de la acción, lo que sin duda marca un antes y un después en el desarrollo de este instituto jurídico, pues desde que se concibió de manera autónoma la figura, hasta la reforma introducida a través del Decreto 175 de 2002, la acción se dirigía “*contra quien aparezca como titular de cualquier derecho real, principal o accesorio sobre los bienes comprometidos, o contra quien esté ejerciendo posesión sobre los mismos o contra quien se diga tenedor, a cualquier título...*”¹²², reproduciendo así una norma en similar sentido de la Ley 333 de 1996¹²³, con lo que imprimía a este instituto un carácter *in personam*, muy similar a la acción penal, pues la consecuencia jurídica de la extinción del derecho de dominio dependía en gran parte de circunstancias ilícitas que afectan al titular del bien y no por circunstancias predicables del bien mismo.

Frente a este punto, la Ley 793 de 2002 marcó su principal diferencia frente a las disposiciones anteriores, pues le imprimió un giro de 180 grados, al indicar que la acción no se dirigirá en contra del titular del bien o derecho pretendido, sino directamente sobre el derecho mismo¹²⁴: “La acción de

¹²² Artículo 4º, Decreto Legislativo 175 de 2002.

¹²³ Artículo 7 Ley 333 de 1996 “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”.

¹²⁴ Sin pretender desconocer el rigor académico que implica este trabajo de investigación, no puedo pasar por alto reconocer el origen de tan trascendental modificación, pues la misma se dio dentro del marco de las mesas de discusión de la reforma constitucional que dio paso al Sistema Penal Acusatorio, acogido mediante Acto Legislativo 2 de 2003, en la cual el Dr. Jaime Granados Peña, quien lideró dicho proyecto, sugirió a la comisión redactora del proyecto de ley que pretendía convertir en legislación ordinaria los cambios introducidos a través del Decreto-Ley 175 de 2002, corregir las normas relacionadas con el objeto de la acción, la cual no debería dirigirse en contra de las personas, sino de los bienes o derechos, siguiendo el modelo del comiso civil 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."

Consideramos que con esta modificación sustancial al objeto de la acción, la extinción de dominio alcanza plenamente su total independencia y autonomía, por lo que podemos concluir que es a partir de esta modificación, cuando en realidad nace, o se edifica toda la estructura actual de la extinción de dominio como la conocemos hoy en día, pues conlleva toda una reorientación filosófica dentro de este instituto, pues con esa modificación, no solo se cambió el objeto de la acción, sino también, la naturaleza jurídica de todo el instituto, pues obligó a replantear toda la sistematicidad que existía hasta ese momento, ya que a partir de esta idea, que tuvo una honda incidencia en el replanteamiento de las causales, es que nace la extinción de dominio que se conoce hoy en día y se desarrolla en el nuevo estatuto de extinción de dominio¹²⁵.

los Estados Unidos de América, con lo cual, resaltaba la inconsistencia técnica de la redacción planteada en el mencionado decreto legislativo, la cual no era coherente con una acción real, sino a una acción personal. Atendiendo a esta observación técnica, la Ley 793 de 2002 presentó un cambio sustancial con relación al objeto de la extinción de dominio, aspecto que constituye una de las características más representativas del instituto en la actualidad.

¹²⁵ Actualmente esta orientación filosófica se consagra en el artículo 17 del Código de Extinción de Dominio, que trata de la naturaleza de la acción (no del instituto) en los siguientes términos: "*La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido*".

12. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003

Conocida también como Convención de Mérida, que, si bien reproduce las recomendaciones que se realizan sobre comiso en las convenciones de Viena de 1988 y Palermo de 2000, presenta un importante aporte a la evolución de la figura, pues es el primer instrumento internacional que se ocupa en recomendar la adopción de institutos de decomiso sin condena, de la cual, la extinción de dominio es una de sus modalidades más representativas.

Para tal efecto, el numeral primero del artículo 54 de la Convención en su literal c recomienda:

“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”.

Si bien esta convención alude a circunstancias de carácter procesal que solo habilita el inicio de la acción y no propiamente la declaración de extinción de dominio, sí constituye una fuente especial para reconocer en ella un referente supra legal que legitima a la extinción de dominio en

varias de sus características, pues alude expresamente a tres supuestos frente a los cuales resultaría imposible fijar una pretensión sobre un bien por vía de comiso penal, como lo es la muerte del investigado, su fuga y rebeldía o contumacia, además que deja abierta la posibilidad de concebir este instituto para situaciones similares, como sería, por ejemplo, la extinción de la acción penal por prescripción, la no declaratoria de responsabilidad por reconocimiento de un principio de oportunidad, entre otras series de eventos en los cuales el sistema penal no logra llegar a una declaratoria de responsabilidad penal.

Adicionalmente la convención introduce importantes criterios para la persecución de bienes ilícitos, como lo es el concepto de “recuperación de activos”, que se acoge en su artículo 51 como un principio orientador¹²⁶, a pesar que algunas voces de la doctrina lo asemejan con el comiso penal (Blanco Cordero, 2012, p. 337) o la extinción de dominio (Bonnelly Vega, 2008, p. 234), aspecto que solo resulta válido con relación al procedimiento, pero no de sus fines, toda vez que las recomendaciones en materia de comiso y de decomiso sin condena también son contempladas en los artículos 31 y 54 de dicha convención, lo que nos lleva a concluir que desde la perspectiva de esta convención, la extinción de dominio (como forma de decomiso sin condena), el comiso penal y la recuperación de activos, son institutos diferentes; máxime, cuando los dos primeros persiguen que los bienes de ilícita procedencia o destinación, pasen a propiedad del Estado y se les devuelva el cumplimiento de su función social; mientras que

¹²⁶ El artículo 51 de la Convención de Mérida dispone: “*Disposición general. La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto*”.

la recuperación pretende que las cosas vuelvan al estado predelictual, prevaleciendo la restitución del bien a la víctima.

13. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI

La extinción de dominio que se desarrolla a través del nuevo código también encuentra respaldo en las recomendaciones 4º y 38 del Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, entidad que es consciente de las bondades del comiso penal como instrumento del combate al lavado de activos, frente a lo cual señala:

“La confiscación evita que las propiedades delictivas se laven o se vuelvan a invertir para facilitar otras formas de delitos o para ocultar las ganancias ilícitas. En sí mismo, esto puede restringir significativamente las operaciones delictivas organizadas, reprimirlas o frustrar el movimiento de ganancias que provienen de un delito. Reducir las recompensas de un delito afecta el balance de riesgo y recompensa, así como la posibilidad de perder ganancias puede desalentar a algunas personas a cometer un delito. También permite que la víctima de un delito sea recompensada de forma parcial o total, aún si las ganancias se trasladaron a otra parte del mundo”. (GAFI, 2010)”.

Para la promoción de este tipo de instrumentos, el GAFI ha establecido, en su recomendación 4¹²⁷, la adopción de institutos que permitan perseguir los bienes ilícitos sin que se requiera de una condena penal previa. Por su parte, la recomendación 38¹²⁸ promueve la más amplia cooperación internacional para identificar, “congelar”, embargar y decomisar bienes objeto de lavado de activos o que son producto de sus delitos subyacentes, además de fomentar la adopción de mecanismos eficaces para que dichos bienes sean administrados en debida forma, lo cual también sirve de fundamento para la labor que cumplen los organismos de administración.

14. Ley 1708 de 2014. Código de Extinción de Dominio

La Ley 793 de 2002 tiene la enorme importancia de permitir consolidar la figura dentro del ordenamiento jurídico

¹²⁷ Recomendación 4. “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 decomisarlo 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. (...)”.

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”.

¹²⁸ Recomendación 38. “Los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en, la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Esta autoridad debe incluir, ser capaz de responder a 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. Los países deben contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, lo cual debe incluir la repartición de activos decomisados”.

colombiano, pues en su momento, cumplió ampliamente con los fines propuestos al momento de su implementación, ya que facilitó el desarrollo de los procesos de extinción de dominio, destrabando los casos iniciados en vigencia de la Ley 333. Adicionalmente, se debe resaltar que esta norma constituyó el principal referente para la expansión del instituto en América Latina, sirviendo de fuente a leyes similares en México, Guatemala, Honduras, Perú, El Salvador y Bolivia y de otros múltiples proyectos en Argentina, Brasil, República Dominicana, Panamá, Paraguay, Ecuador y Costa Rica; así como también fue base para una Ley Modelo de Extinción de Dominio, promovida por la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta disposición fue expedida el 27 de diciembre de 2002, ocho días después de la histórica reforma del sistema jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 003 del 2002, mediante el cual se sentaron las bases del nuevo sistema penal acusatorio, aspecto que si bien, en principio, solo debería tener incidencia en materia penal, fue la base de toda una reforma al sistema de justicia, introduciendo dos importantes modificaciones a los estatutos penales: primero, a través de la Ley 890 de 2004, por la cual se modificaba y adicionaba el Código Penal; y la Ley 906 de 2004, por la cual se expedía un nuevo Código de Procedimiento Penal; disposiciones que indirectamente incidieron en la forma como se miraba la extinción de dominio, pues con dichas normas, no solo se imprimían modificaciones al catálogo de delitos, que sustentaban la “actividad ilícita” como elemento estructural de las causales de extinción de dominio; sino que además, presentó modificaciones importantes al régimen de

bienes dentro del proceso penal, lo que incidía directamente en la forma de valoración del objeto dentro de la Ley de Extinción.

Adicionalmente, los nuevos estatutos fueron objeto de múltiples exámenes de constitucionalidad que a su vez, fueron generando nuevos precedentes jurisprudenciales que de una u otra forma obligaba a revisar el enfoque jurídico con el que se venía observando toda la problemática criminal, pues se adoptaron reglas propias de un derecho compositivo, que miraban la problemática criminal del delito como un conflicto, superando así la idea del derecho penal como castigo y destacando la necesidad del sistema jurídico de componer el conflicto ocasionado por el delito, lo cual debía incidir también en los temas relacionados con la extinción de dominio, pues no se puede desconocer su germen en el derecho penal y su efecto en los fines que debe cumplir el instituto para efectos de devolver la función social que deben cumplir los bienes utilizados o derivados del delito. Adicionalmente, el nuevo orden jurídico aportó nuevos enfoques sobre distintos temas que eran comunes o transversales con la extinción de dominio; especialmente, frente a temas adjetivos como el esquema procesal, las garantías procesales, las medidas cautelares, la titularidad de la acción pública, las técnicas de investigación, entre muchos otros temas que al ser desarrollados de manera amplia por la Corte Constitucional, ponían en evidencia algunas fallas estructurales de la legislación de extinción de dominio contenida en la Ley 793 de 2002.

De otro lado, las deficiencias procesales que se pusieron en evidencia con la Ley 793 de 2002, se tradujeron en problemas de congestión procesal que infructuosamente intentaron ser corregidos a través de la Ley 1395 de 2010, norma que, al igual

que la Ley 1849 de 2017, estuvo orientada desde la perspectiva del ente de administración de bienes (Dirección Nacional de Estupefacientes - SAE), pero que terminó modificando aspectos procesales, investigativos y probatorios del trámite que, en lugar de mejorar las disposiciones existentes, terminó complicando más el procedimiento, pues se trató de integrar el procedimiento de extinción de dominio con la Ley 906 de 2004, sin preservar la coherencia sistémica que demandaba mantener el carácter constitucional de esta acción.

Las modificaciones introducidas por la Ley 1395 de 2010, cuyos aspectos generales escapan al objeto del presente estudio, no rindieron los resultados esperados, congestionando más el trámite de extinción, razón por la cual se intentaron corregir los estragos ocasionados por dicha disposición a través de la Ley 1453 de 2011, norma que, a pesar de presentar una redacción más técnica y coherente, fue insuficiente para corregir los problemas de orden procesal que día a día se acrecentaban; especialmente, por la adopción del Código de Procedimiento Civil, como estatuto de integración procesal, aspecto que resultaba totalmente contraproducente, pues revivía un modelo procesal ya fracasado que había llevado a la derogación total de la Ley 333 de 1996.

Tras revisar el impacto que habían tenido los cambios normativos introducidos a través de las leyes 1395 y 1453 en el procedimiento de la acción extintiva, se consideró necesario realizar un diagnóstico mucho más profundo del instituto, pues los problemas que se detectaron y que justificaron la búsqueda de una codificación eran estructurales (Fiscal General de la

Nación, 2013), lo que obligaba¹²⁹ a rediseñar todo el procedimiento, tomando como principal referente la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, pero siguiendo otros modelos procesales distintos al penal, atendiendo a las precisiones realizadas por la Corte Constitucional sobre su naturaleza constitucional. De ahí que el Código de Extinción abandona los esquemas procesales penales que habían caracterizado a las legislaciones anteriores y propone un nuevo esquema acorde con las necesidades propias del proceso extintivo.

Si bien la necesidad de concentrar toda la juridicidad que tiene que ver con la extinción de dominio en un solo estatuto respondió más a causas de orden procesal que sustancial; son estas últimas las que resultan de interés para la presente investigación, aunque son menos perceptibles que las reformas de tipo adjetivo, son fundamentales para la comprensión de su naturaleza jurídica y la definición del contenido y límites de las causales. Entre los cambios sustanciales se pueden destacar cuatro ideas centrales:

a) Distinción entre la extinción de dominio de la acción para hacerlo efectivo.

¹²⁹ No existe consenso sobre la necesidad de la reforma a la Ley 793 de 2002; por el contrario, importantes voces de la doctrina especializada consideran innecesario el tránsito hacia un Código. Al respecto, Fabio Espitia señala: "A pesar de que no existían razones de peso para hacer una modificación sustancial de la ley precedente y menos para emitir un "Código de Extinción de Dominio", dos (2) situaciones particulares que curiosamente no tenían relación alguna con el texto original de la Ley 793 de 2002, permitieron justificar su creación: de un lado, la sorpresiva supresión por parte del artículo 72 Ley 1453 de 2011 de la original causal séptima de extinción contemplada en el artículo 2, sobre cuya relevancia se hará mención y de otro, el engendro que sometía a control de garantías por parte de los jueces de extinción de dominio, tanto el decreto como la práctica de las técnicas de investigación (art 12 A inc. final, incorporado por el art. 78 L. 1395/2010)".

En primer lugar, el código parte de la distinción entre la extinción de dominio, como instituto de derecho sustancial, de la acción de extinción de dominio, que, en palabras de Wilson Martínez, debe ser entendida como “...la facultad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener una sentencia declaratoria de titularidad del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación, pago o indemnización alguna...” (Martínez Sánchez, 2015, p. 19).

b) Precisión jurídica del concepto.

Después de diecisiete años de existencia de la figura se intentó construir un concepto de extinción de dominio que se aparte de la idea del efecto procesal y se acerque a describir su verdadera naturaleza jurídica, para lo cual parte de la idea de que la pretensión extintiva surge como una consecuencia de carácter patrimonial de las actividades ilícitas y no como una sanción penal; descripción que hace el legislador en el artículo 15 de la Ley 1708 de 2014:

“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”.

c) Reconocimiento de diferentes clases de causales de distinta naturaleza jurídica.

Como se demostrará en el presente estudio, el Código de Extinción de Dominio parte del reconocimiento de la existencia de distintas causales que no solo responden a una naturaleza jurídica, sino que parten de fundamentos de legitimación diferentes, por lo cual, la redacción del artículo 16 procura generar un orden acorde con dicha distinción, agrupando de una parte las causales de origen y, de otra, las causales de destinación ilícita, las cuales se encontraban mezcladas anteriormente en el artículo 2° de la Ley 793 de 2002. Así mismo, distingue entre las causales con relación directa con la actividad ilícita de aquellas que no guardan una relación directa como tal, es decir, aquellas que recaen sobre bienes lícitos utilizados para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, o bienes lícitos de valor equivalente al de bienes ilícitos.

d) Reconocimiento de la buena fe objetiva o calificada como el elemento subjetivo de la extinción de dominio.

El artículo 7° del código adopta el principio de buena fe como el elemento subjetivo que irradia tanto a las causales de origen como de destinación, al indicar que *“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”.

En el nuevo código, la buena fe tiene distintas funciones:

1. Con relación a las causales de origen ilícito, la buena fe calificada es generadora de derechos, de acuerdo con los postulados del derecho Civil.
2. En materia de bienes destinados ilícitamente, la buena fe objetiva actúa como el elemento negativo de las causales, al neutralizar el reconocimiento de la consecuencia jurídica, pues la consecuencia jurídica de la extinción de dominio se reconoce, de manera general, exceptuando los eventos en que se acredita un proceder ajustado a los postulados de la buena fe exenta de culpa.
3. La buena fe también actúa como el modulador para la identificación de los terceros con interés sustancial para comparecer al proceso (Pardo Ardila, 2013, p. 173). De acuerdo con el carácter real de la acción de extinción, el principio de buena fe, y la estructura de las causales, serán terceros: 1. El adquirente de buena fe exenta de culpa; 2. la víctima¹³⁰, frente a conductas determinantes de directa

¹³⁰ No es pacífico el reconocimiento de la víctima como tercero, pues en principio, como lo destaca Fabio Espitia “La extinción no se debe asociar a la idea del perjuicio, entendido como el deterioro material y moral objeto de valoración pecuniaria que sufre la víctima de la actividad ilícita” (Espitia Garzón, 2015. Pg. 479). Sin embargo, existen varios eventos en los cuales el bien que recibiría el calificativo de producto u objeto de la actividad ilícita, a su vez representa el derecho que debe ser restablecido o recuperado, siendo procedente el restablecimiento del derecho o la recuperación del activo, siguiendo el lenguaje previsto en materia de corrupción, donde el bien debe regresar a la víctima, para evitar así una posible revictimización. Sería el caso, por ejemplo, de los bienes despojados en los delitos de hurto, estafa, malversación, peculado, fraude, secuestro, extorsión, etc., donde se generaría una tensión entre el fin de privar al delincuente del producto del delito, o restablecer el derecho de la víctima despojada de su bien, tensión que constitucionalmente, dada la esencia restaurativa de nuestro derecho, se resuelve siempre a favor de la víctima, y de ahí la legitimación de su calidad de tercero.

relación causal: secuestro, extorsión, peculado o malversación de fondos públicos, fraudes, etc.; 3. el titular de derechos o expectativas de derechos no pretendidos en el trámite (bienes mancomunados); 4. el poseedor de buena fe¹³¹; y, 5. los titulares de derechos reales sobre el bien pretendido sin nexo de relación con la causal extintiva.

Es oportuno en este momento destacar la importancia de este último punto, ya que la regla general que introduce el Código de Extinción de Dominio para poder distinguir a los terceros dentro del trámite extintivo¹³², se establece en el numeral 4º del artículo 118 del Código de Extinción, que impone el deber a la fiscalía de “Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio”; es claro que cuando quien actúa con plena capacidad procede bajo los parámetros de una buena fe objetiva, dicho vínculo no se consolida y por tanto, sería improcedente la extinción de dominio.

C. Aproximación conceptual

¹³¹ El reconocimiento del poseedor como tercero es compartida por Fabio Espitia quien sostiene “*En estricto sentido son terceros en el trámite de extinción de dominio el poseedor y el detentador.*”

Los poseedores de buena fe del bien pueden alegar la prescripción adquisitiva y, en todo caso, intervenir para el reconocimiento de mejoras y frutos de la cosa, a efectos del reconocimiento de las denominadas prestaciones mutuas, los detentadores para el respeto a los derechos personales que le asistan” (Espitia Garzón, 2015, p. 508).

¹³² Uno de los mayores problemas en extinción de dominio es el poder distinguir al tercero, pues se suele acudir por integración a las reglas de tercería del Derecho Civil y el Derecho Penal, que serían muy distintas al parámetro fijado en el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, pues se debe recordar, que el tercero en materia penal, para efectos del comiso penal, sería aquel titular de derechos sobre el bien afectado que no guarda ninguna relación con el delito, ya sea como autor o partícipe; por su parte, el tercero en materia civil, sería aquel titular de derechos sobre el bien pretendido que no presenta ninguna relación con el objeto pretendido en la demanda; mientras que el concepto de tercero en materia de extinción de dominio recae en aquel titular de derechos que no guarda ninguna relación con la causal extintiva.

En la tarea de intentar hacer una aproximación conceptual de la extinción de dominio, partimos de la idea planteada por el profesor José Lois Estévez al considerar que la esencia de una cosa está en su definición (Estévez, 1956)¹³³. Sin embargo, se puede afirmar que este es un tema que ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado decantar aún de manera satisfactoria, pues hasta el momento, nadie ha ambicionado construir un concepto de extinción de dominio que se preocupe por explicar el instituto partiendo de su naturaleza o esencia jurídica, ya que las definiciones que se han intentado, han sido aproximaciones normativas, las cuales han presentado grandes deficiencias técnicas, toda vez que proceden a definir la figura a partir de los efectos que produce (la pérdida del derecho de dominio), pero nunca explican qué es la figura en sí misma. Ejemplo de ello, lo encontramos en la primera definición con la que se conoció este instituto, consignada en el artículo 1º de la Ley 333 de 1996, cuyo tenor literal decía:

“Artículo 6º. **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”.

En ningún momento se describió o se desvirtuó si era una pena, una sanción, una consecuencia accesorio, una acción, etc.; o, por lo menos, se le intentó dar al instituto jurídico una ubicación dentro de las distintas categorías del derecho. Por su parte, ni el Decreto Legislativo 1975 de 2002, ni la Ley 793 del mismo año, presentaron avances al respecto; por el contrario, adicionaron

¹³³ Sobre el particular, José Luis Estévez planteaba que “Decirlo que una cosa equivale, indirectamente y por lo mismo a decir lo que no es, aquello que la diferencia de las otras. La esencia es, pues, también aquello por lo que una cosa es radicalmente distinta a toda otra cosa, lo que la clasifica en la escala de los seres, la característica primordial de una cosa.” (Estévez, 1956).

un nuevo elemento que confundía mucho más el asunto, ya que daba a entender que la extinción de dominio era de naturaleza procesal, pues la definía como una acción, dando la impresión de que la extinción de dominio era un instituto de derecho adjetivo o no sustancial, al señalar:

Artículo 1º. **Concepto.** La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley.

Es por ello que consideramos que el proceso de definición no es una tarea sencilla, máxime, cuando las deficiencias técnicas del concepto son evidentes, como lo reconoce nuestro máximo tribunal constitucional al concluir sobre la imposibilidad de extinguir un derecho que no se ha consolidado y solo existe, como lo sostiene Iván Caro (Caro Gómez, 2011, p. 31)¹³⁴, una “presunción de titularidad”, o una apariencia o “enmascaramiento del derecho”¹³⁵, como lo describe Jorge

¹³⁴ Según José Iván Caro, tan sólo existe una presunción de titularidad que puede ser desvirtuada: “Es por lo tanto, que lo que detenta el titular el derecho a extinguir, no es un derecho consolidado, sino una presunción de titularidad, que aunque deriva de la presunción de buena fe consagrada en el Art. 83º, las que una vez desvirtuadas por el Estado al interior de un proceso de extinción de dominio, permiten concluir que el derecho de propiedad en tanto adquirido en contravía de los intereses del Estado y la sociedad, nunca se configuró y en esa medida, no fue tampoco destinatario de la protección consagrada en el artículo 58 de la Carta, para el derecho de propiedad adquirido conforme a derecho”.

¹³⁵ Para Jorge Pardo, lo que se revela en la extinción de dominio es el enmascaramiento de un derecho sobre una situación ilícita. Al respecto señala: “La “teoría de la apariencia”, si bien es una institución de origen civil, que en el ordenamiento jurídico colombiano tiene su máxima expresión en el “error communis facit ius” o error común creador de derechos, también predicable en extinción de dominio, para este escrito (con el fin de evitar confusiones conceptuales), en el análisis de uno de los fundamentos teóricos medulares de esta materia, con el fin de evitar confusiones conceptuales, se utilizará el concepto del enmascaramiento, que consiste en que los derechos reales que tienen origen en las actividades ilícitas, se entienden que existen hipotéticamente, valga decir, que no se consolidan en cabeza de su titular definitivamente sino de una forma provisional mientras la autoridad jurisdiccional declara la existencia de esa situación, en el entendido, de que el juez le quita esa máscara de licitud despojando de reconocimiento del derecho que se ostenta sobre el bien objeto de la acción”.

Pardo (Pardo Ardila, 2013, p. 51), aspecto que nuestro máximo tribunal constitucional ha descrito de la siguiente manera:

"En realidad, la "pérdida" de la que habla el artículo acusado no es tal en estricto sentido, por cuanto el derecho en cuestión no se hallaba jurídicamente protegido, sino que corresponde a la exteriorización *a posteriori* de que ello era así, por lo cual se extingue o desaparece la apariencia de propiedad existente hasta el momento de ser desvirtuada por la sentencia." (Sent. C-374/97).

Desde ya, se puede anticipar una de las ideas centrales que se defenderá en el presente trabajo y empleará para realizar una aproximación conceptual de la figura, la cual consiste en reconocer a la extinción de dominio como el instituto que se deriva de la simple emancipación del comiso del proceso penal, pues en la práctica, son las mismas circunstancias de dicho instituto penal que se investigan y juzgan a través de un procedimiento no penal. La principal diferencia radica en las razones que la sustenta, es decir, los fundamentos que lo justifican, ya que, al sacar el comiso del proceso penal, el delito deja de ser su principal fundamento de legitimación, por lo cual la extinción de dominio debe sustentar la consecuencia jurídica en otros fundamentos, como se mencionó anteriormente.

Son varios los elementos que nos llevan a respaldar esta posición, pues, sin lugar a duda, la extinción de dominio coincide en todos sus aspectos en la definición que de tal instituto se realizan en los instrumentos internacionales. Sobre el particular, las convenciones de la Naciones Unidas de Viena, Palermo y Mérida coinciden en definir el comiso o decomiso, así. "Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter

definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;”.

Estas características esenciales del comiso se reproducen de manera idéntica en la extinción de dominio; de ahí que no es extraño que se mire a la acción extintiva como el mecanismo idóneo de alcanzar una sentencia de comiso, como bien destaca el artículo 65 del Decreto 27 de 2010 de Honduras, Ley de Privación de Dominio sobre Bienes de Origen Ilícito, en el cual se capta la esencia de esta figura jurídica y se concluye que de encontrarse probadas las pretensiones del Ministerio Público (Fiscalía), la sentencia declarativa deberá ordenar el comiso de los derechos sobre los bienes pretendidos. Al respecto prescribe:

“Artículo 65. (...) En caso de declararse la procedencia, ordenará el comiso de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien, y ordenará su adjudicación a favor del Estado, a través de la OABI...”.

En similar sentido el artículo 89 de la Ley de Drogas de Guatemala (D. 21/2006), modificado por el artículo 55 de la Ley Especial de Extinción de Dominio (D. 55/2010), que reconoce la extinción de dominio como una forma de comiso sin condena, al indicar lo siguiente:

“Artículo 89. **Comiso.** Cuando los bienes producto del delito sean de ilícito comercio o de uso prohibido, el Ministerio Público podrá solicitar por vía incidental la extinción del derecho de propiedad o de posesión de los mismos por medio del comiso, a partir de que exista auto de procesamiento. Cuando dichos bienes sean de ilícita procedencia pero de lícito comercio, el Ministerio Público

iniciará la acción de extinción de dominio, conforme a la ley de la materia”.

De igual manera, el artículo 60 del Código Penal del mismo país, adicionado por el artículo 70 de la Ley Especial de Extinción de Dominio, que señala: *“El comiso procederá únicamente en caso de que el juez o tribunal competente no declare la extinción de dominio, conforme a la ley de la materia”*.

Por su parte, en el contexto nacional, se debe recordar, como se mencionó al momento de analizar los antecedentes del Código de Extinción de Dominio, que la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, introdujo varias modificaciones sustanciales y procesales al comiso penal; entre ellas, la adopción en el parágrafo del artículo 82, que reglamenta el instituto del comiso penal, del mismo concepto de bienes que traía la Ley 793 de 2002 y que se reproduce en términos similares en el actual Código de Extinción de Dominio¹³⁶. Así mismo, reconoció como formas de comiso, circunstancias ilícitas que hasta ese momento estaban reconocidas solo como causales de extinción de dominio, como sucede con el comiso de los bienes objeto de mezcla, transformación; con lo cual, el legislador homologó los dos institutos, reconociendo en ellos las mismas circunstancias ilícitas o formas de comiso, con pequeñas variaciones.

A su vez, el artículo 85 de la Ley 906 de 2004, adoptó de la ley 793 de 2002 la medida cautelar de “suspensión del poder dispositivo” que hasta ese entonces había sido exclusiva de la

¹³⁶ Ley 906 de 2004, Artículo 82 *“Parágrafo. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos”*.

acción extintiva. Así mismo, establece la extinción de dominio como el procedimiento a seguir, cuando las medidas cautelares patrimoniales de carácter penal con fines de comiso no resultan procedentes dentro del proceso penal; v. gr., cuando los bienes en circunstancias de comiso no están a nombre del penalmente responsable, o están en cabeza de una persona jurídica, de terceros o de un menor de edad; o se declara la extinción de la acción penal por muerte o prescripción; o se profiere una sentencia absolutoria o decisión preclusiva sin que el origen o la destinación de los bienes se hubiese establecido, entre otras circunstancias similares¹³⁷. Al respecto, dicha norma dispone lo siguiente:

“Si determina que la medida no es procedente, el fiscal examinará si el bien se encuentra dentro de una causal de extinción de dominio, evento en el cual dispondrá en forma inmediata lo pertinente para que se promueva la acción respectiva”.

La anterior disposición se complementa con el artículo 88 del mismo estatuto, en el que se dispone que, si la pretensión de comiso no procede dentro del proceso penal, la devolución del bien solo es viable si dicha pretensión no puede ejercitarse a

¹³⁷ Esta constituye una de las principales diferencias de la Extinción de Dominio frente al comiso penal, como quiera que ésta se ha diseñado a partir de las debilidades de dicho instituto, para que, a través de unos fundamentos de legitimación distintos, en este caso constitucionales (justo título y función social de la propiedad tomados del artículo 58 constitucional), se pueda pretender aquellos bienes que quedan por fuera de las circunstancias de comiso penal o que en algunas legislaciones son objeto de prohibición expresa de la ley penal, como es el caso del artículo 127 Bis del Código Penal español, adicionado por la Ley Orgánica 1 de 2015 que establece “El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

través del proceso de extinción de dominio. Para tal efecto indica:

“Artículo 88. Devolución de bienes. Además de lo previsto en otras disposiciones de este código, antes de formularse la acusación y por orden del fiscal, y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin”.

Con esta legislación que se integra y complementa, queda claro que la extinción de dominio toma como suyas las mismas circunstancias del comiso penal, pero las saca de su contexto natural, el derecho penal, y las adapta como causales, otorgándoles un procedimiento garantista propio para su investigación y juzgamiento en forma autónoma e independiente del proceso y la responsabilidad penal; en otras palabras, se debe reconocer que las causales de extinción de dominio no son otra cosa que la expresión técnica de las distintas clases de comiso, pero redactadas desde una perspectiva *in rem*, de manera más amplia y eficiente. Sin embargo, este cambio de escenario obliga a desestimar una naturaleza jurídica punitiva, lo que exige también, a identificar sus fundamentos de legitimación dentro del nuevo proceso donde se ubica, la extinción de dominio, para reconocer su naturaleza jurídica, su esencia.

Este, que en apariencia se nos representa como un sutil cambio del escenario donde se desenvuelve el comiso, conlleva toda

una revaloración del objeto, pues ya las circunstancias de valoración no pueden circunscribirse al campo de lo delictivo, lo que obliga a subir el nivel de apreciación para buscar un referente más amplio; de ahí que consideramos como un avance el cambio introducido en el concepto del nuevo código al tratar de ubicar la extinción de dominio dentro del campo de las consecuencias jurídicas de las actividades ilícitas¹³⁸, o de lo que reconoce la legislación mexicana como “hecho ilícito”, para superar así, como campo de valoración, el de las conductas delictivas, pues así son los modelos de los institutos de decomiso sin condena, lo que inmediatamente permite realizar con tranquilidad un cambio del objeto de valoración, pues en la extinción de dominio ya no se requiere hacer juicios de conductas, o no al menos desde perspectiva de la conducta punible, sino que se va a pretender valorar circunstancias ilícitas que tienen que ver con el bien como tal.

Decir que la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas es un avance importantísimo en el proceso de construcción del concepto, pero no es suficiente; lo anterior, como quiera que una actividad ilícita puede generar distintas consecuencias jurídicas de diversa naturaleza. Por ejemplo, si un funcionario corrupto recibe una gruesa suma en dólares de una empresa extranjera, para dejar de hacer algo propio de sus funciones, omisión que le genera un serio perjuicio patrimonial a la entidad pública a la que

¹³⁸ Todas las discusiones frente a la naturaleza jurídica del comiso penal han estado en torno a la posibilidad de extender sus efectos sobre aquellos bienes de propiedad del titular no culpable; el tercero no comprometido en el ilícito o en cabeza de una persona jurídica (Gracia Martín, Alastuey Dobón, & Boldova Pasamar. 2004. Pg. 495); así como de superar la imposibilidad de su reconocimiento por aspectos procesales. Frente a este punto cabe destacar que tanto la corriente continental europea, como la Latinoamericana, han coincidido en este punto, de considerar las medidas patrimoniales como una consecuencia jurídica del delito: la primera desde la perspectiva del proceso penal; la segunda desde un punto de vista de patrimonial, al margen de un proceso penal.

pertenece, este hecho puede acarrear distintas consecuencias jurídicas: de carácter penal, por las probables conductas de cohecho o prevaricato; disciplinario, por la falta que se registra por el incumplimiento de sus deberes funcionales; cambiario, por la no declaración de las divisas extranjeras; fiscal, por el perjuicio causado al interés patrimonial de Estado; administrativo, por la necesidad de suspenderlo del cargo para no entorpecer la investigación. En este evento, la extinción de dominio sería una consecuencia adicional¹³⁹, pero que no se dirigiría contra el autor, pues esta recaería sobre los dólares producto de la actividad ilícita.

Todo lo anterior nos permite concluir que si bien la extinción de dominio hace relación a las mismas circunstancias de comiso penal que se desarrollan a través de un procedimiento no penal, ese cambio de escenario propone una redefinición de su naturaleza jurídica, pasando de ser una pena o consecuencia accesoria¹⁴⁰, a ser una consecuencia jurídica de las actividades ilícitas que consiste en la desestimación de la existencia de un derecho sobre un bien de origen ilícito o la declaración de pérdida de un derecho existente sobre un bien que se ha destinado ilícitamente, que se impone, ya sea a título de declaración o de sanción constitucional, según la circunstancia ilícita que afecte al bien.

¹³⁹ Se destaca la valoración que realiza Fabio Espitia de esta consecuencia jurídica, al indicar que *"La llamada extinción de dominio no es sino la consecuencia jurídica de una situación relevante para el derecho, por lo que si bien conlleva un afortunado desestímulo del ejercicio de actividades ilícitas como medio de lucro, su naturaleza la orienta a realizar los efectos jurídicos de una situación viciada y no a sancionar a su autor, pues ello es efecto penal independiente."* (Espitia Garzón, 2015, p. 479).

¹⁴⁰ Sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, Choclán Montalvo, señala que son *"...aquellas que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la pena ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil"* (Choclán Montalvo, 2000, p. 338).

II. NATURALEZA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA

A. Estado de la discusión.

Quizás la etiología de toda la discusión sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio pueda encontrarse en el mismo proceso de formación legislativa. El legislador adoptó el *nomen juris* de una figura concebida desde muchos años atrás en el derecho civil, como lo era la extinción del derecho de dominio de la legislación civil agraria¹⁴¹, acogiendo la consecuencia jurídica allí prevista. Es decir, la pérdida del derecho¹⁴² de dominio a favor del Estado; pero tomando como presupuestos conductas o circunstancias ilícitas propias del derecho penal¹⁴³, con lo cual se buscaba superar las deficiencias técnicas que presentaba en su momento el comiso

¹⁴¹ Ley 200 de 1936 – Extinción de Dominio sobre tierras incultas, término que aún se emplea en materia agraria en la Ley 160 de 1994.

¹⁴² El nombre del instituto fue copiado sin mayor análisis técnico ni jurídico sobre la naturaleza de la figura que se estaba proponiendo, ya que es una imprecisión técnica hablar de extinción, pérdida o privación de dominio, pues como se analizó en el capítulo anterior, tratándose de las causales de origen ilícito, no puede existir ninguna pérdida de dominio, pues lo que se pretende con la acción extintiva, es levantar un velo de aparente legitimidad; por tanto, lo que se pretende en la extinción de dominio de los bienes de ilícita procedencia, es una declaración de validez del acto jurídico de adquisición, en el sentido de que el derecho de dominio privado no nació a la vida jurídica y, por tanto, no goza del reconocimiento legal, ni de la respectiva garantía protección constitucional.

¹⁴³ La escogencia de la extinción de dominio agraria como referente de este nuevo instituto, no fue producto de la casualidad ni del capricho del legislador, sino de la oportunidad de aprovechar un instituto jurídico distinto a otras formas de afectación de bienes, que ya preveía una consecuencia jurídica a la desatención de las obligaciones que emanan de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada, que no es otra cosa, que uno de los elementos legitimantes de la extinción de dominio actual. Así se reconoció en la exposición de motivos de la primera ley, donde se indicó que “La figura de la extinción del dominio -cuyos antecedentes genuinos se remontan al derecho agrario y ambiental cuando se desatiende la función social de

tradicional¹⁴⁴; para ello se acudió a perfilar este instituto a través de la legislación excepcional de orden público¹⁴⁵.

Fue así como el nombre de la Extinción del Derecho de Dominio, que desde 1936 era utilizado para definir una figura de naturaleza civil agraria, fue adoptado para definir al nuevo instituto jurídico, y como bien resalta José Iván Caro, conservó la virtud de condicionar la garantía del derecho a la propiedad y al cumplimiento de una función social¹⁴⁶, y por ello este nombre fue adoptado en las normas de excepción para identificar un nuevo instituto del derecho procesal penal¹⁴⁷, con el propósito de identificar un instrumento efectivo y contundente contra el poder económico de la delincuencia de mayor impacto social, que para ese entonces era objeto de represión a través de la denominada “justicia sin rostro”, como se le llamó

la propiedad por falta de explotación económica- consagrada en el artículo 34 de la Constitución Política, resulta formal y sustancialmente diferente de la confiscación y de la expropiación”. (Ministerio de Justicia, 1996).

¹⁴⁴ Si bien el comiso penal es un instituto que goza aún de plena vigencia dentro de nuestro sistema jurídico, son muchos los eventos en que se ve limitada su efectividad, como por ejemplo, cuando se verifica la muerte del imputado, se reconoce la prescripción de la acción penal, o los bienes pretendidos se encuentran en cabeza de terceros o personas jurídicas, eventos en los cuales resulta improcedente la declaratoria del comiso dentro del proceso penal, dado el sistema de afectación adoptado en nuestros estatutos penales, que concibe un comiso de naturaleza punitiva sustentado en la responsabilidad penal (CPP, art. 100 y C.P. art. 82 y ss.).

¹⁴⁵ En lugar de ser reconocida como un instituto jurídico autónomo e independiente del derecho penal, la extinción de dominio fue concebida en su primera etapa como una herramienta procesal penal que permitía definir la situación jurídica de bienes incautados u ocupados en investigaciones por delitos de la denominada jurisdicción de orden público. Como bien lo disponía el artículo 57 del decreto 2790 de 1990: “Los derechos reales principales y accesorios sobre los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9º de este decreto como de competencia de la jurisdicción de Orden Público se extinguirán a favor del Estado, si transcurrido un año desde la fecha de su citación para que comparezcan al proceso a ejercer su defensa respecto de los titulares inscritos, éstos no comparecen, o desde su aprehensión cuando se trate de bienes sin dueño aparente o conocido, o no requieran de inscripción para su constitución...”.

¹⁴⁶ Al respecto, el citado autor resalta en su tesis que “...de esta manera se da un cambio en la manera de concebir el derecho a la propiedad, y fue a partir de 1936, que se condicionó el reconocimiento del derecho a la propiedad, al cumplimiento de una función social, es decir, que la propiedad debía ser orientada a la generación de riqueza social y su ejercicio quedaba también condicionado a lo mismo, de allí que todas las propiedades que no cumplieran con aquella función social, de ser productivas, podía ser extinguido su derecho al propietario que así lo ostentara.” (Caro Gómez, 2011, p. 22).

¹⁴⁷ Artículo 340 del Decreto-Ley 2700 de 1991, modificado por el artículo 60 de la Ley 81 de 1993.

coloquialmente a la denominada jurisdicción regional o de orden público.

Y fue precisamente el nombre de “extinción de dominio”, el que empezó a acuñarse en la legislación penal de excepción a partir del Decreto Legislativo 2790 de 1991, nombre que a su vez, fue adoptado por el constituyente para definir la consecuencia jurídica derivada de la adquisición o destinación de un bien en contravía de los principios y valores éticos sociales que la misma constitución establecía, señalando en su momento tres tipos de bienes en particular: *“bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”*.

Posteriormente, como producto de la especial coyuntura que afrontaba Colombia en el año de 1996¹⁴⁸, el Gobierno Nacional impulsó una iniciativa contra la criminalidad organizada en un momento en que su legitimidad se encontraba altamente cuestionada, presentando así a la acción de extinción del derecho de dominio, en principio, como una herramienta para luchar en contra de las organizaciones de narcotraficantes, con lo cual, el proyecto contó durante su trámite legislativo con más detractores que defensores¹⁴⁹.

¹⁴⁸ No se puede desconocer que la ley de extinción de dominio fue producto de una especial coyuntura política y social. Colombia afrontó el estigma de la no certificación por parte del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica que consideraba alarmante el grado de corrupción existente en los más altos niveles del poder Ejecutivo, la clase política se encontraba cuestionada por sus vínculos con el narcotráfico, hecho que se había comprobado a través de la judicialización y condena de varios congresistas y altos funcionarios del gobierno en el proceso que se conoció con el nombre periodístico de “proceso 8000”, que reveló el ingreso de dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1995. Era claro, en su momento, que un gobierno cuestionado por los recursos empleados en el proceso electoral deslegitimaba cualquier política contra la criminalidad, con lo cual, la extinción de dominio surgió por la imperiosa necesidad de recuperar la confianza en las autoridades colombianas y extranjeras.

¹⁴⁹ La presión ejercida por las organizaciones criminales en contra del proyecto de ley de extinción de dominio estuvo acompañada de serias amenazas a los legisladores, como lo resaltó la prensa en su momento, al resaltar las cartas que los narcotraficantes hicieron circular en el capitolio durante la sesiones de discusión del proyecto

Como producto de su tránsito por el Congreso, el proyecto inicial, que concebía una acción pública de naturaleza contencioso-administrativa (Ministerio de Justicia, 1996), derivó en la Ley 333 de 1996, que consagró una acción especial con una mixtura de disposiciones sustanciales y adjetivas tomadas del derecho penal, el derecho procesal civil, incluso del derecho administrativo¹⁵⁰. Esto trajo consigo una seria problemática de orden interpretativo que dificultaba la labor de los funcionarios responsables de aplicar esta normatividad especial¹⁵¹, pues la mixtura de disposiciones la hacía prácticamente inoperante¹⁵².

Esta mezcla original de disposiciones de distintas fuentes y naturaleza, que, dicho sea de paso, es un problema que también se ha reconocido en otros países¹⁵³ donde se ha

de ley " *Las cartas que los hombres de la mafia han hecho circular en el Salón Elíptico del Capitolio han empezado finalmente a trascender, con ellas, las amenazas veladas de asesinatos, los amagos de 'cuentas de cobro' y el afán de la honorata sociedad por boicotear la ley de extinción de dominio.*" (El Tiempo, 1996).

¹⁵⁰ Es de destacar que el proyecto de ley original, 019 de 1996, concebía la extinción de dominio como una acción pública contencioso administrativa y atribuía su conocimiento a los tribunales administrativos y al Consejo de Estado, órgano jurisdiccional que se opuso al proyecto por falta de infraestructura investigativa y por razones de seguridad de sus magistrados; razón por la cual, su conocimiento se trasladó a la justicia penal por razones de conveniencia, infraestructura logística, recursos profesionales y política criminal.

¹⁵¹ Así se reconoció en una de las primeras sentencias de extinción de dominio proferida el 18 de diciembre de 2000, dentro del radicado 5109, por el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, quien sobre la Ley 333 de 1996 resaltó lo siguiente: "*Valga decir, que desde el punto de vista estrictamente jurídico, la acción de extinción de dominio no es precisamente un dechado de técnica legislativa, pero, la margen de estas consideraciones de orden eminentemente académico, lo cierto del asunto es que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y pasó por el tamiz del control constitucional, siendo declarada exequible, lo cual, independientemente de la opinión personal que tengamos sobre sus formas, competencia y procedencia, hace que debamos acatar sus disposiciones ...*".

¹⁵² Desde el momento de su expedición, la opinión pública ya pronosticaba sus enormes dificultades, como lo resaltó el editorialista del diario El Tiempo (1996) Fernando Cepeda Ulloa, quien en su columna de opinión titulada "Mal...pero bien" resalta las inconsistencias que se presentaron durante el trámite legislativo de la ley de extinción de dominio y sus debilidades, indicando que dada la importancia de esta ley su trámite debió ser "... menos tortuoso y más transparente".

¹⁵³ El tema presenta una complicación cuando se analizan los enfoques de esta figura en las leyes y proyectos de ley en Latinoamérica, pues mientras que en Colombia existe un particular consenso de reconocer a la

adoptado la figura¹⁵⁴, contribuyó a que en Colombia se fijaran dos posiciones claras¹⁵⁵ respecto a la naturaleza jurídica de la “acción” de extinción de dominio, la cual se ha reflejado en la línea jurisprudencia que ha trazado la Corte Constitucional sobre la materia.

La primera postura la define como una acción no penal a través de la cual se impone una consecuencia jurídica de contenido patrimonial derivada de las actividades delictivas. Esta postura se desprende especialmente de lo expuesto en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo; C-1708 de 2000, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis; C-1007 de 2002 con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas; C-740 de 2003, con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño; y, C-540 de 2011, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La segunda postura, asimila a la de extinción de dominio como una típica figura de índole penal o sancionatoria¹⁵⁶. Es defendida principalmente en la sentencia 389 de 1994, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell; en la

extinción de dominio como un instituto prevalentemente constitucional; en Perú, Honduras, Guatemala y El Salvador es prevalentemente penal y; en México y Argentina (proyecto), es prevalentemente Civil.

¹⁵⁴ Así lo destaca en México el Dr. Edgar Iván Colina Ramírez, quien, al analizar la naturaleza jurídica de la extinción de dominio adoptada en la Ley Federal, destaca que “...Como la propia ley lo estatuye en su artículo 10, el procedimiento de extinción de dominio es autónomo de la materia penal, por lo que podemos suponer que nos enfrentamos ante una amalgama que va a caballo entre materia civil, administrativa y penal.” (Colina Ramírez, 2010).

¹⁵⁵ Es de anotar que estas no han sido las únicas posiciones sobre la materia, pues como se analizará más adelante, las discusiones académicas y jurisprudenciales también han debatido el problema de la naturaleza jurídica desde la perspectiva penal, civil, constitucional y administrativa, siempre en torno a la acción.

¹⁵⁶ “Se trata de una típica sanción penal que, como tal, no puede ser aplicada a conductas anteriores a la ley que la contempla, so pena de cambiar el control normativo de la conducta por un control brutal, que nada tiene que ver con el Estado de derecho que nuestra Constitución consagra”. Salvamentos de voto a la sentencia C-374/97 presentados por los magistrados Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz.

aclaración y salvamentos de voto de la sentencia C-374 de 1997 presentada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz; y en la sentencia de revisión de Tutela T-212 del 2001, con ponencia de este último.

Estas dos interpretaciones presentan serios reparos que repercuten en los aspectos prácticos del desarrollo de este instituto jurídico, pues tanto la una como la otra, parten de un concepto amplio o extensivo de extinción de dominio. Ambas tratan de manera indiscriminada y omnicomprensiva a esta figura; primero, como un instituto de derecho sustancial y, al mismo tiempo, como la acción o trámite especial mediante el cual se ejerce la pretensión¹⁵⁷. Es decir, se reconoce bajo el mismo nombre, "*Extinción de Dominio*", a esta novedosa figura jurídica y al procedimiento que la hace efectiva, a pesar de ser dos temas que en la práctica responden a diferente naturaleza jurídica¹⁵⁸, con lo que se igualan las reglas sustanciales con las procesales bajo la misma denominación jurídica¹⁵⁹, generando

¹⁵⁷ Este error de interpretación se desprendió en su momento de las deficiencias de redacción que se consignaron en la misma definición legal de la extinción de dominio, en el artículo 1º de la anterior Ley 793 de 2002, donde se define la extinción de dominio a partir de las consecuencias jurídicas del instituto; es decir, como "*... la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular...*", pero de manera equivocada y anti técnica se alude a renglón seguido que "*Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley.*" cuando nunca el párrafo precedente hacía referencia a acción alguna. Desafortunadamente, esta imprecisión técnica se retomó en el artículo 1º de la Ley de pérdida de dominio de la República del Perú, donde tampoco se ha definido de manera clara su naturaleza jurídica.

¹⁵⁸ Se debe destacar la redacción de la Ley Federal de Extinción de Dominio de México donde en su artículo primero se hace plena distinción entre las reglas sustanciales de las procesales al indicar que las disposiciones de esta ley "*... son de orden público, de interés social y tienen por objeto regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, así como el procedimiento correspondiente...*". Sin duda, esta precisión conceptual que constituye un gran avance en la identificación de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, pues no la concibe como una simple acción, sino como un instituto de derecho sustancial que se reconoce a través de un procedimiento especial. También se destaca la definición contenida en el literal d) de la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala (L. 55/2010), donde se define este instituto de manera independiente de la acción.

¹⁵⁹ Para mayor comprensión de esta problemática resulta conveniente analizar un caso similar, como lo sería la naturaleza jurídica del comiso penal, que si bien en el país no existe consenso sobre su esencia, las

así serios problemas de interpretación normativa y de contradicción de principios, los cuales centrarán el mayor interés del presente estudio¹⁶⁰.

B. Elementos de discusión frente a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio.

Después de distinguir las dos posturas históricas sobre la naturaleza de la “acción” de extinción de dominio, se debe reconocer que ha sido la primera posición la que ha marcado la tendencia mayoritaria, reconociendo la extinción del dominio como una consecuencia jurídica patrimonial del delito, totalmente ajena y distinta del derecho sancionatorio o pena¹⁶¹.

modificaciones introducidas por la ley 906 si permiten distinguir entre las reglas sustanciales que le son inherentes, como instituto de derecho penal sustancial (C.P. art. 100), de las reglas procesales que permite su efectividad, que no son otras que las mismas del derecho procesal penal, sin que éste desarrollo normativo en el estatuto penal adjetivo lo convierta en un instituto de derecho procesal, como si sucede con la extinción de dominio, que sigue siendo considerada como una acción, a pesar de que la legislación especial trata al instituto de la extinción como la acción en capítulos diferentes, como bien se puede constatar en los capítulos primero y segundo de la Ley 793 de 2002, y en los actuales libro II y III del nuevo Código de Extinción donde se puede apreciar que las reglas sustanciales y procesales de la extinción de dominio se consignan en títulos independientes.

¹⁶⁰ Se debe destacar que el nuevo Código de Extinción de Dominio pretende superar las deficiencias de la anterior Ley 793 de 2002, que en su artículo 7º definía solo la extinción de dominio como acción y, de ahí que la interpretación que se hace de esta norma en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana no se diferenciara claramente la acción del instituto, aspecto que puede considerarse corregido a través de los artículos 15 y 17 de la Ley 1708 de 2014.

¹⁶¹ Sobre el particular, la Corte Constitucional puntualizó lo siguiente: “Y es que el carácter de la extinción del dominio es exclusivamente patrimonial y constituye una consecuencia no penal sino económica de los actos imputables a una persona. Estos, por tanto, no exigen necesariamente el dolo para merecer sanción, aunque no puede olvidarse que la culpa grave, de acuerdo con nuestra ley civil, se asimila al dolo” Sentencia C-374 de 1997.

“Es coherente el legislador cuando estipula que el trámite de la extinción de dominio se adelante en cuaderno separado, aunque la competencia se radique en el mismo juez, ya que se trata de actuaciones judiciales de naturaleza distinta que, si bien vinculadas en el origen, por la indebida adquisición de bienes, responden a consecuencias jurídicas diferentes: la imposición de la pena por el delito (efecto penal) y la declaración acerca de que los derechos reales alegados sobre el patrimonio mal habido no merecieron ni merecen la protección

Si bien esta postura se ha acuñado a través de los distintos fallos de constitucionalidad, presenta serios reparos, toda vez que los fundamentos expuestos por nuestro máximo tribunal constitucional presentan un error lógico de argumentación, que impide reconocer el precedente constitucional como la fuente idónea que solucione satisfactoriamente la discusión.

Una de las principales conclusiones que se deriva del estudio de la línea jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional con relación a la definición de su naturaleza jurídica, es que todo su discurso se sustenta en una falacia argumentativa. La Corte solo toma como paradigma una de las distintas formas de extinción de dominio (origen ilícito)¹⁶², cuyas particulares características, son reconocidas por extensión a los demás casos de extinción de dominio (destinación ilícita, adquisición por terceros de mala fe, bienes equivalentes, etc.). Con ello, se afirma precipitadamente que esta figura jurídica no es, ni puede ser de naturaleza penal o sancionatoria, sin ofrecer mayores argumentos que expliquen con claridad cuál sería en su lugar la naturaleza jurídica correspondiente¹⁶³. Esto se puede apreciar en la primera decisión de la Corte Constitucional que adoptó esta postura (Sent. C-374/97), donde se niega tajantemente el

constitucional, por lo cual la propiedad sobre aquél se extingue a favor del Estado (efecto patrimonial)” (Sent. C-539/97).

¹⁶² Se debe aclarar que el presente trabajo no pretende cuestionar los argumentos de la Corte Constitucional, sino simplemente destacar que sólo con relación a aquel que pretende definir su naturaleza jurídica, presenta un error lógico de argumentación. La corte incurre en una falacia por composición, como quiera que los atributos y características que se reconocen con relación a la extinción de dominio sobre bienes de origen ilícito, que dicho sea de paso, se comparten en su totalidad, son extendidas automáticamente, sin mayor análisis de coherencia, a todo el instituto, cuando en la práctica, la extinción de dominio por destinación ilícita, o la extinción de dominio por adquisición de un bien de origen ilícito por un tercero negligente o de mala fe, responden a una naturaleza jurídica distinta, como se demostrará más adelante.

¹⁶³ Una clasificación sencilla de las normas jurídicas, desde el punto de vista de su cualidad (García Maynez, 1940, p 91), permiten anticipar que las reglas de extinción de dominio también se sustentan en normas de determinación, prohibitivas o permisivas, frente a las cuales su desconocimiento o vulneración, deberá acarrear una consecuencia jurídica a título de sanción.

carácter sancionatorio de la extinción de dominio, pero jamás intentó indicar cuál sería la naturaleza jurídica correspondiente:

“No se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito. Su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delincuente sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos proclamados por la organización social, no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la moral social proscribe, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni se le haya señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole. Será el legislador el que defina el tipo de conductas en las cuales se concretan los tres géneros de actuaciones enunciadas en el mandato constitucional”.

Sin embargo, se debe precisar que esta reflexión de la Corte Constitucional, dicho sea de paso, es seguida ampliamente por la doctrina especializada¹⁶⁴, solo resulta coherente y válida, tratándose de las causales de origen ilícito, pero sólo en aquellos casos donde se cuestiona el origen del bien por ser producto de una actividad delictiva o por carecer el bien de una justificación lícita en cuanto a su origen. Lo anterior, como quiera que esta posición jurídica resulta totalmente incoherente o insuficiente para justificar la extinción de dominio frente a otras circunstancias, como por ejemplo, los casos donde el origen del bien es lícito, pero es destinado ilícitamente por quien puede ejercer actos dispositivos sobre el mismo (causales de

¹⁶⁴ En similar sentido se ha expresado en el ámbito nacional el Dr. Julio Ospino Gutiérrez (Ospino Gutiérrez, 2008, p. 52), el profesor Fabio Espitia Garzón (Espitia Garzón, La extinción de dominio, 2003, p. 55), el Dr. Jorge Humberto Betancur (Betancur Echeverri, 2004, p. 65), el Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra (Pabón Parra, 2013, p. 67), entre otros.

destinación) o en los eventos en los cuales se predica alguna causal de origen ilícito, pero la consecuencia jurídica se atribuye por comprobarse un proceder del titular del bien en contra de los postulados de la buena fe objetiva o exenta de culpa.

A su vez, la otra posición jurídica tampoco ofrece claridad frente a la discusión de la naturaleza jurídica del instituto, pues en esta segunda postura se asume a la extinción de dominio como una pena. Con ello, se le da el alcance de una consecuencia reconocida a través de una acción *in personam* y no de una acción *in rem*, como efectivamente fue diseñada, llegando incluso a confundírsele como una forma de confiscación penal, como lo ha interpretado alguna parte de la doctrina en Colombia (Camargo, 2009)¹⁶⁵.

De otra parte, a esta discusión se le pueden sumar varios problemas derivados de algunos defectos de técnica jurídica que afectaron al instituto desde su primera legislación, y que influyeron seriamente en las discusiones en torno a su naturaleza jurídica. Entre ellos está la indefinición de su objeto, descrito originalmente en el artículo 7º de la Ley 333 de 1996 (de la naturaleza), en el cual, a pesar de concebir el carácter real como una de sus principales características, su redacción resultaba ambigua, pues al definir el objeto de la acción, no la dirigían sobre los bienes sino “... *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*.”, lo que sin

¹⁶⁵ Esta postura es defendida por el abogado Pedro Pablo Camargo (2009), quien argumenta que bajo ningún punto de vista se puede analizar la extinción de dominio por fuera del derecho penal pues a su juicio esta figura es una excepción constitucional a la prohibición de la confiscación penal consagrada en el artículo 34 de la Carta Política y por lo tanto debe llamársele por este nombre: “pena de confiscación”.

duda imprimía un matiz de acción *in personam* de carácter sancionatorio, siendo contradictoria con el carácter real que originalmente pretendía.

Indiscutiblemente esta descripción contradictoria de la naturaleza jurídica, aunada a las serias inconsistencias de sus normas procesales, facilitaron el fracaso de la primera legislación de extinción del derecho de dominio —Ley 333 de 1996—. En consecuencia, durante los primeros seis años de vigencia, fueron mínimas las sentencias proferidas¹⁶⁶, debido a las deficiencias de técnica legislativa que dificultaba la aplicación de las reglas correspondientes¹⁶⁷.

Estas imprecisiones técnicas, que han sido calificadas como una *“mixtura entre carácter real y el carácter personal dentro de un mismo rito judicial”* (Betancur Echeverri, 2004), fueron reproducidas en el artículo 4° del Decreto-Ley 1775 de 2002¹⁶⁸. Como se mencionó al estudiar los antecedentes de la figura, dicho decreto disponía que la acción se dirigía *“contra quien aparezca como titular de cualquier derecho real, principal o*

¹⁶⁶ De acuerdo con el informe de gestión de la Fiscalía General de la Nación 1997-2001, durante los primeros años de vigencia de la ley de extinción de dominio, con anterioridad a la reforma, solo se habían proferido 4 sentencias de extinción de dominio, es decir, una por año desde su entrada en vigor.

¹⁶⁷ Así lo reconoció el Fiscal General de la época, quien en intervención ante la Corte Constitucional incorporada en la Sentencia C-1007 de 2002, afirmó lo siguiente: *“La mixtura de disposiciones civiles, penales y administrativas que se encuentran en la Ley de extinción del derecho de dominio ha generado múltiples interpretaciones entre los operadores de justicia, especialmente en cuanto a su naturaleza, procedimiento, competencia preferente, autonomía con el proceso penal, bienes equivalentes, entidades legitimadas, notificaciones, recursos, nulidades”*.

¹⁶⁸ A través de esta norma de transición se pretendió corregir los yerros de la primera ley de extinción, como quiera que en su momento se consideró que el trámite ordinario no garantizaba que se conservaran intactos los cambios propuestos, debido a la experiencia anterior, por los problemas registrados en el tránsito legislativo de la Ley 333 de 1996 por la presión de las organizaciones de narcotráfico contra el Congreso. Fue por lo que el Ejecutivo aprovechó las facultades excepcionales del Estado de excepción declarado a través del Decreto-Ley 1837 del 11 de agosto del 2002, y expidió una nueva normatividad para regular esta figura, la cual quedó consagrada en el Decreto-Ley 1775 del 3 de septiembre de 2002.

accesorio sobre los bienes comprometidos, o contra quien esté ejerciendo posesión sobre los mismos o contra quien se diga tenedor, a cualquier título...", revistiendo de nuevo, características propias de una acción *in personam*, muy similar a la acción penal, pues la consecuencia jurídica de la extinción del derecho de dominio dependía en gran parte de circunstancias ilícitas que afectan al titular del bien y no por circunstancias predicables del bien mismo¹⁶⁹.

Esta problemática fue solucionada con la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002, en la cual se consignaron las características principales de la extinción de dominio, ya no como acción, sino como un instituto jurídico de derecho sustancial. Sin embargo, se mantuvo el problema de la indefinición de su naturaleza jurídica, pues solo se abordó el tema en su artículo 4º¹⁷⁰, con relación a la acción y no al instituto, quedando definida de la siguiente manera:

“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

¹⁶⁹ Sustentar la extinción de dominio en circunstancias predicables del titular y no en el bien o derecho pretendido, limita el campo de acción del instituto, pues existen múltiples eventos donde jamás se logra identificar al titular del bien, como serían el caso de un aeronave destinada a actividades de narcotráfico que se encuentra abandonada con sustancias ilícitas en una pista ilegal o en un hangar de un aeropuerto y presenta los sistemas de identificación alterados de tal manera que hace imposible la identificación del titular; o el submarino del narcotráfico que carece de cualquier registro; o el inmueble que se adquiere con documentos falsos utilizando identidades ficticias que impiden conocer al verdadero titular, eventos en los que se considera probable que el bien se encuentra bajo una circunstancia de extinción de dominio, pero donde resulta imposible identificar a una persona contra la cual se pueda “dirigir la acción”; razón por la cual, la acción de extintiva se dirigirá siempre sobre bienes o sobre los derechos inherentes a los mismos, como se analizará más adelante, al momento de estudiar el objeto de la extinción de dominio.

¹⁷⁰ Las reglas incluidas en el presente artículo fueron retomadas en los artículos 17 y 18 del Código de Extinción de Dominio, el cual presenta una precisión práctica en cuanto al objeto sobre el cual recae la acción, aludiendo a que su objeto son bienes, para lo cual el mismo código trae una definición normativa en su artículo 1º numeral 3º, indicado que como tales se entenderán: “*Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial*”.

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”.

Es claro que esta redacción solo trató de reafirmar la tesis que aboga por una naturaleza no sancionatoria, lo cual se reflejaba en el artículo 4° de la Ley 793 de 2002 que prescribe la independencia de la acción frente a “... otra de naturaleza penal...”, para superar el enorme inconveniente que presentaba la anterior normatividad al considerar la acción como subordinada o residual a la acción penal, cuando se indicaba en el derogado artículo 7° de la Ley 333 de 1996 que: *“En ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso”*.

Sin embargo, se debe resaltar que en la redacción de la anterior Ley 793 de 2002 se mejoraron las reglas sobre autonomía e independencia del instituto frente a la acción penal¹⁷¹, pero no se precisó la naturaleza jurídica de la extinción de dominio como instituto de derecho sustancial. Es decir, se repitió el mismo error de la Ley 333 de 1996 al referirse a la

¹⁷¹ Al respecto, nuestro máximo tribunal constitucional precisó lo siguiente: “Al tenor del artículo 7.1. del Decreto Legislativo 1975 de 2002, la acción de extinción de dominio es distinta e independiente de la responsabilidad penal. El legislador extraordinario procedió entonces a profundizar en las consecuencias que comporta el principio de autonomía de la acción de extinción de dominio para darle mayor eficacia y agilidad, en cuanto eliminó toda referencia al trámite de esta acción en el curso de un proceso penal.

Aclaró expresamente la norma, que la acción de extinción de dominio es distinta a la responsabilidad penal, a fin de impedir que se le mezcle o confunda con ella; además precisó, que también es independiente para que tampoco se le atribuya dependencia alguna con aquella. En tal medida, y en armonía con lo dispuesto en el artículo primero del decreto legislativo ya estudiado, la acción de extinción de dominio tendrá los elementos y el diseño dispuesto en este decreto y que le son propios de manera autónoma” (Sent. C-1007/2002).

naturaleza jurídica de la “acción”, haciendo énfasis de que no es de naturaleza penal, aun cuando enuncia solo algunas características¹⁷², pero sin definir claramente su naturaleza.

Esta descripción trajo algunas ventajas, pues permitía superar algunos problemas de interpretación que presentaba la anterior normatividad. La Ley 793 de 2002 permitía iniciar un proceso de extinción de dominio de manera simultánea al proceso penal, al señalar expresamente que la acción extintiva es “... *distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente...*”¹⁷³, con lo cual, se pretendía justificar una naturaleza de la acción de extinción de dominio no penal y por ello se podía adelantar de manera independiente, pero simultáneamente con una acción penal, quedando a cargo del funcionario judicial evaluar si un aspecto patrimonial de una conducta delictiva debía ventilarse dentro del proceso penal, con fines de comiso¹⁷⁴; o si por el contrario, resultaba más conveniente y práctico acudir al trámite extintivo¹⁷⁵.

¹⁷² Es de precisar que el artículo 4° de la Ley 793 de 2002, al igual que el anterior artículo 7° de la Ley 333 de 1996, no rev elaron expresamente la naturaleza de la acción de extinción de dominio, pues tan solo enunció algunas características de la figura, ya que solo se limitó a describir que esta acción era jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, sin adentrarse a resolver el problema filosófico planteado.

¹⁷³ Esta regla también se encuentra contemplada en la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras, en el artículo 5° del Decreto 27 de 2010.

¹⁷⁴ Sobre este aspecto, se debe recordar que la citada ley de extinción de dominio —ahora Código de Extinción de Dominio—, también se complementa con los artículos 83, 85 y 87 de la Ley 906 de 2004, que regula las reglas de procesabilidad del Comiso Penal y establece a la acción extintiva, como una forma de resolver la situación jurídica de los bienes afectados dentro del proceso penal.

¹⁷⁵ Como se mencionó anteriormente, el comiso en Colombia tiene una naturaleza punitiva, sustentada en la responsabilidad penal del titular, razón por la cual, el principal criterio de selección del procedimiento a seguir está marcado por la titularidad del bien. Por ello, en los casos que se vincula un bien a un proceso penal que pertenece a una persona jurídica o un tercero que no tiene responsabilidad penal frente a los hechos que se investigan, será más conveniente y práctico fijar la pretensión sobre los mismos por vía de la acción de extinción de dominio, sin que ello sea impedimento para perseguir por esta vía los bienes que se encuentren también a nombre del penalmente responsable, pues esta facultad también es viable según la naturaleza de la acción extintiva.

Esta definición de la naturaleza de la acción de extinción de dominio de forma negativa, es decir, afirmando que no era penal, obtuvo un nuevo ingrediente con la sentencia C-740 de 2003, a través de cual se realizó la revisión de constitucionalidad de la nueva juridicidad contenida en la Ley 793 de 2002 y se reconoce que la acción extinción de dominio era de naturaleza constitucional, zanjando parcialmente la discusión por una tercera vía. Con relación a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio como instituto de derecho sustancial, no hizo ningún pronunciamiento.

Hasta el momento esta ha sido la tesis dominante, la cual se viene aplicando para comprender tanto el procedimiento mediante el cual se concreta la pretensión extintiva, como al instituto mismo, por lo cual, sugerir una revisión de esta postura podría considerarse como una necedad objeto de todo reproche. No obstante, si se revisan detenidamente aquellas posturas que cuestionan la legitimidad de la extinción de dominio, se puede observar que en el fondo, esas discusiones se derivan de la falta de claridad sobre naturaleza jurídica del instituto que actualmente está consagrado en el nuevo Código de Extinción de Dominio, y no solo de la acción, lo que justifica que el presente trabajo pretenda ahondar en la discusión y procurar proponer una respuesta fundada y coherente.

C. Importancia de la identificación de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio.

Desentrañar la naturaleza jurídica de un instituto no es tarea fácil, máxime, cuando al mismo se le reconoce como el

producto de una mixtura de disposiciones penales, civiles, administrativas (Colina Ramírez, 2010), como sucede con la extinción de dominio, que debe considerarse como un nuevo producto de la evolución del derecho, y que dadas sus características especiales, es imposible encasillarla en una categoría específica. Por lo tanto, para su comprensión resulta necesario ahondar sobre sus características más representativas, para descifrar su razón esencial, es decir, su naturaleza jurídica.

Para cumplir con este propósito, resulta oportuno recordar el alcance de este concepto, que bien fue decantado por el filósofo y procesalista español, José Lois Estévez, quien lo sintetizó de la siguiente manera:

“Si ahora preguntamos qué debe entenderse, en general, por «naturaleza jurídica», la réplica fluye de suyo. No la esencia, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el género próximo, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la *ratio essendi*; por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de una forma de valor jurídico primitiva.” (Estévez, 1956 p. 179).

Una precisión técnica de los capítulos contenidos en la Ley 333 de 1996, retomados en la Ley 793 de 2002 y reproducidos en el nuevo código, permiten facilitar la comprensión de la tesis que aquí se va a sostener: si bien la jurisprudencia de la Corte

Constitucional¹⁷⁶ y de los tribunales utilizan indistintamente la expresión “Extinción de Dominio” para referirse tanto al instituto de derecho sustancial como al procedimiento mediante el cual se concreta la correspondiente pretensión, la realidad es que tanto el instituto, como la acción que lo desarrolla, tienen una naturaleza jurídica diferente y por ello se encuentran descritos en capítulos distintos del nuevo código. Pero tan solo, con relación a su concepción adjetiva, el legislador se preocupó por hacer una leve descripción de las características que perfilan su naturaleza jurídica, dejando en estado de vaguedad lo relacionado con la naturaleza de sus normas sustanciales.

Y es que entender la naturaleza jurídica de un instituto, es decir, conocer cuál es su razón fundamental, finalidad, esencia y ubicación entre las distintas categorías del derecho, resulta trascendental, pues como sucede en el presente caso, de ello dependerá la comprensión de las distintas reglas que gobiernan a esta novedosa figura y los demás institutos que le resultan inherentes o compatibles, además que permitirá responder la pregunta que se planteó al inicio del presente trabajo ¿cuál es realmente la naturaleza jurídica de las disposiciones que sustentan o fundamentan la extinción de dominio como un instituto de derecho sustancial, para poder identificar, a partir de dicha naturaleza, el contenido, los límites y el alcance de sus principales disposiciones?

¹⁷⁶ Particular mención merece la sentencia C-958 de 2014, donde reconoce esta separación entre la parte sustancial y la procesal al indicar que “Con el objetivo de darle a esta acción el alcance que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha reconocido, la Ley 1708 de 2004 redefine claramente la noción de acción de extinción de dominio y su diferencia con relación al concepto de extinción del derecho de dominio, con el fin de crear un cuerpo normativo sistemático y un procedimiento especial”.

Sin embargo, el desarrollo de los planteamientos de forma de la sentencia sigue bajo la perspectiva de reconocer la extinción de dominio como una acción y no como un instituto de derecho sustancial.

Es por ello, que el presente estudio, reconociendo la tradición jurídica de las leyes de extinción de dominio en Colombia y los aportes de la legislación mexicana¹⁷⁷, considera necesario insistir en que una cosa es la extinción de dominio como un instituto jurídico de derecho sustancial y, otro tema muy distinto, es su apreciación desde una óptica procesal, es decir, la acción mediante la cual se concreta la pretensión y que permite hacer efectivo el instituto.

Esta distinción resulta fundamental para los efectos del presente estudio, que busca identificar un punto basilar a través del cual se han de interpretar las distintas disposiciones del nuevo Código de Extinción de Dominio, para lo cual se deberán identificar y describir las características esenciales del instituto, y a partir de ahí, se pueda definir su naturaleza sustancial, lo cual permitirá conocer y comprender el fundamento de sus principales elementos e institutos.

D. Naturaleza jurídica “de la acción”.

La labor de desentrañar la naturaleza jurídica de la extinción de dominio como instituto de derecho sustancial, no se puede lograr sin analizar previamente todas las discusiones que se han presentado en torno a la naturaleza jurídica del procedimiento

¹⁷⁷Como se mencionó anteriormente, la Ley Federal de Extinción de Dominio de México precisa la distinción entre las reglas sustanciales de extinción de dominio de aquellas normas de carácter adjetivo al prescribir que dicha ley “...tiene por objeto regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, así como el procedimiento correspondiente...”, reconociendo así la doble calidad que tiene la figura: como acción y como instituto de derecho sustancial.

mediante el cual se concreta la pretensión, discusión que es conocida como la de “la naturaleza de acción”, pues es a partir de estos debates, donde se comienzan a decantar los fundamentos dogmáticos que explicarían cada uno de los elementos e institutos que integran esta nueva juridicidad conocida como extinción de dominio, razón por la cual, para cumplir con el objeto principal de este trabajo, no basta con conformarse en aceptar a ciegas la postura reconocida por el legislador, analizada anteriormente, sino que se hace necesario revisar estas posturas con un enfoque analítico de su evolución.

Existen posiciones en la doctrina que con fundada razón destacan las imprecisiones técnicas de la ley de extinción de dominio al emplear indebidamente el término “acción”, indicando que resulta antitécnico hablar de “acción de extinción de dominio”, como quiera que esta denominación no corresponde con *“una sana teoría general del proceso”* (Betancur Echeverri, 2004, p. 67). Con esto se hace relación a un instituto abstracto de derecho procesal que no se puede definir a partir del derecho sustancial, dada la autonomía que debe existir del derecho procesal del sustantivo. No obstante, se debe aclarar que el presente estudio en ningún momento pretende apartarse o desconocer esta importante precisión técnica, pero encuentra ineludible analizar las discusiones que sobre la naturaleza jurídica se han dado bajo la denominación de “acción de extinción de dominio”, principalmente cuando éste ha sido el nombre coloquial con el que tanto la jurisprudencia de las altas cortes, como la doctrina especializada la reconoció

en un principio (Camargo, 2009), (Ospino Gutiérrez, 2008), (Trilleras Matoma, 2009)¹⁷⁸.

Como se ha expuesto, el legislador solo se ocupó de hacer una aproximación conceptual con relación a la naturaleza jurídica de la acción mediante la cual se concreta la pretensión de extinción de dominio, pero ello no quiere decir que dicha concepción es omnicomprensiva y que todos los elementos predicables de la acción deben extenderse automáticamente y sin mayor reflexión a todo el instituto de la extinción de dominio. Por el contrario, el gran vacío generador de los principales problemas de interpretación de las normas sustanciales es precisamente que las características que se desprenden de la naturaleza jurídica de la acción, en su mayoría, no son compatibles con la naturaleza jurídica de la extinción como instituto de derecho sustancial.

Y es que todos los debates que se han dado sobre la naturaleza jurídica de la acción, que van desde aquellos que le reconocen una naturaleza eminentemente penal (Camargo, 2009, p. 24), pasando por quienes ven en ella una institución de naturaleza civil (Espitia Garzón, 2003, p. 42) o administrativa (Colina Ramírez, 2010, p. 36), (Ministerio de Justicia, 1996), hasta llegar a la postura actual y mayoritaria que ve en la acción como una

¹⁷⁸ Se debe resaltar que esta concepción procesal de la figura, constituyó una de las principales razones por las cuales el legislador colombiano sintió la necesidad de diseñar toda una codificación sobre la materia, donde se pudieran conjugar, no solo las normas sustanciales, sino también el procedimiento que las hacía efectivas, pues la figura surgió a través de una legislación especial que, en principio, solo desarrolló su procedimiento; por ello, han sido sus características procesales, y no sustanciales, las que hasta el momento han tenido un desarrollo jurídico o jurisprudencial, cuando en realidad, es su parte sustancial (fines y legitimación, causales, objeto, nexos de relación, componente subjetivo, exención de culpa, etc.), las que demandan el correspondiente desarrollo dogmático – jurídico.

típica acción constitucional¹⁷⁹, buscan identificar cuáles son los principios y reglas básicas sobre las que esta acción se edifica.

Sin duda, el proceso de evolución que ha presentado el tema es una prueba inequívoca de la dificultad que ofrece este aspecto y justifica las distintas posiciones que tanto la jurisprudencia y la doctrina le han reconocido. Presenta distintos hitos que durante el transcurso del tiempo fueron forjando su identidad, hasta lograr perfilar sus principales características, como se puede deducir de acuerdo con las discusiones que se han presentado desde su perspectiva penal, civil y administrativa.

1. Perspectiva penal de la “acción de extinción de dominio”

Esta postura ha sido defendida doctrinalmente por el Dr. Pedro Pablo Camargo (Camargo, 2009, p. 24), autor caracterizado por ser uno de los más radicales opositores a esta figura jurídica, quien al analizar el artículo 34 de la Constitución Política observa que, a pesar de prohibir expresamente la “confiscación penal”, es la misma Carta Política la que concibe la extinción de dominio como una excepción a esa prohibición. Por lo tanto, dicha excepción la convierte en una forma de confiscación

¹⁷⁹ Sobre el particular, la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del nuevo Código de Extinción de Dominio ha mantenido la postura fijada en la sentencia C-740 de 2003, de reconocer a la acción de extinción de dominio como una acción constitucional: “La acción de extinción de dominio presenta las siguientes características: (i) es de rango constitucional; (ii) es pública, en la medida en que fue concebida para la defensa intereses superiores del Estado, como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social; y (iii) es de naturaleza judicial, dado mediante su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, correspondiendo a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley.” (Sent. C-516/2015).

que obligaría a reconocer a esa figura con el nombre de “pena de confiscación”.

Adicionalmente, este autor sustenta su posición con los argumentos expuestos en el salvamento de voto a la sentencia C-374 de 1997 realizada por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz, quienes indicaron lo siguiente con relación a la naturaleza de la extinción de dominio:

“Se trata de una típica sanción penal que, como tal, no puede ser aplicada a conductas anteriores a la ley que la contempla, so pena de cambiar el control normativo de la conducta por un control brutal, que nada tiene que ver con el Estado de derecho que nuestra Constitución consagra”.

Esta postura también encuentra respaldo en su proceso evolutivo, pues no se puede desconocer que la extinción de dominio no es otra cosa que la emancipación del comiso del proceso penal, instituto anterior al que se le reconoce una histórica tradición como pena (Cortés Bechiarelli, 2007, p. 112); y si bien la expresión jurídica “Extinción de Dominio” tuvo su primer reconocimiento en el ámbito del derecho civil, concretamente en la legislación agraria¹⁸⁰, dicho nombre fue apropiado por el derecho penal a través normas de excepción¹⁸¹ que buscaban

¹⁸⁰ Se hace relación a la Ley 200 de 1936, que en su artículo 6º consagró la figura de la extinción del derecho de dominio en los siguientes términos: “*Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta ley, durante diez años continuos*”.

¹⁸¹ Se debe precisar que la extinción de dominio sobre bienes de origen ilícito fue concebida originalmente en el artículo 57 del Decreto Legislativo 99 de 1991 y posteriormente en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1874 de 1992, normas que no prevían de manera clara un procedimiento para su reconocimiento, como quiera que concebían la extinción de dominio como una consecuencia procesal de la inactividad de los afectados por no reclamación de los bienes incautados dentro de los procesos penales de conocimiento de los jueces regionales, al indicar que: “...*Los derechos reales principales y accesorios sobre los bienes incautados u ocupados por razón*

mejorar la eficacia del comiso y luego pasaron a ser legislación permanente, destacando entre estas disposiciones, el Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal de la época, donde se consagró un artículo¹⁸² que establecía la consecuencia jurídica de la extinción de dominio como un instituto de derecho procesal penal, pues lo concibió como una medida procesal penal para perseguir los bienes de fuente ilícita, o sobre aquellos que tenían una vinculación con delitos de la denominada justicia regional, con esto, el procedimiento a seguir era el mismo previsto para los trámites incidentales del proceso penal, el cual presentaba serias inconsistencias frente al respeto de las garantías inherentes al debido proceso, en especial, con relación al derecho de acceso a la justicia de los posibles terceros de buena fe.

Esta es quizás la postura más polémica, como quiera que al consagrarse la extinción de dominio como una adenda del proceso penal, las reglas que lo desarrollaban estaban determinadas por los principios y garantías del derecho penal. En la práctica esto resulta inconsistente, pues dado el objeto sobre el cual recae, es decir los bienes o derechos reales sobre

de los delitos a que se refiere el artículo 9º de este decreto como de competencia de la jurisdicción de Orden Público se extinguirán a favor del Estado, si transcurrido un año desde la fecha de su citación para que comparezcan al proceso a ejercer su defensa respecto de los titulares inscritos, éstos no comparecen, o desde su aprehensión cuando se trate de bienes sin dueño aparente o conocido, o no requieran de inscripción para su constitución".

¹⁸² Artículo 340 CPP. **Extinción del derecho de dominio.** Por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Para estos efectos, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes se considera que causan grave deterioro de la moral social. En todo caso quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe. Los bienes que pasen al dominio público serán de propiedad de la Fiscalía General de la Nación.

ellos, no todos los principios inherentes al garantismo penal le pueden ser predicables, como el principio de culpabilidad, pues aquí no se requiere capacidad de culpabilidad ni conciencia de antijuridicidad, además, que las conductas que subyacen en las causales de extinción pueden ser típicas o neutrales; la presunción de inocencia, pues aquí no se discute responsabilidad penal y como bien destaca en Guatemala el juez Villeda, “... este principio es únicamente inherente a personas y no a bienes, ya que el bien no puede ser “culpable” o “inocente”, el bien tiene un estatus jurídico de “lícito” o “ilícito” y es precisamente ese estado jurídico lo que se entra a discutir en el proceso de Extinción de Dominio” (Villeda Sandoval, 2017, p. 27); el *in dubio pro reo*, porque simplemente aquí no hay “reo” y el Código de Extinción de Dominio establece un amplio catálogo de reglas que definen el *onus probandi*¹⁸³ de forma compatible con la naturaleza del instituto, entre otras máximas propias del derecho penal que hoy resultan incompatibles con la acción de extinción de dominio.

De otro lado, se debe recordar que fue la misma Corte Constitucional la que se encargó de desvirtuar el carácter penal de la acción mediante la cual se ejerce la pretensión de extinción de dominio, al indicar lo siguiente:

“La naturaleza de la institución prevista en el artículo 34, inciso 2, de la Carta Política no se convierte en penal por tal

¹⁸³ Sin duda, el régimen probatorio es sustancialmente distinto al del derecho penal, razón por la cual, no pueden existir privilegios procesales, pues es un derrotero del procedimiento la “efectividad y prevalencia del derecho sustancial” como lo dispone el artículo 23 del Código; adicionalmente, el artículo 152 *ibidem* no deja espacio al reconocimiento de duda, manteniendo la regla establecida en la Ley 793 de 2002 de resolver conforme lo alegado y probado, al disponer que “Cuando el afectado no allegue los medios de prueba requeridos para demostrar el fundamento de su oposición, el juez podrá declarar extinguido el derecho de dominio con base en los medios de prueba presentados por la Fiscalía General de la Nación, siempre y cuando ellos demuestren la concurrencia de alguna de las causales y demás requisitos previstos en esta ley para tal efecto”.

circunstancia, pues uno es el motivo que da lugar al ejercicio de la acción y otro es el efecto de la sentencia, que en esta materia no consiste en una pena sino en la declaración judicial de que por los hechos pasados — fundados en el delito— no pueden en el futuro invocarse por quien pasaba por propietario, para defender un "derecho" suyo que ni antes ni después estuvo amparado por la Constitución. Y ello sin que la sanción patrimonial de que se trata dependa de la suerte del proceso penal ni de la responsabilidad de esa índole por el delito en cuestión". (Sent. C-740/2003).

Las conclusiones sobre este debate tiene profundas repercusiones en la fundamentación de las características de la extinción de dominio, no solo como instituto, sino también como acción, pues, en primer lugar, se aporta serios argumentos que impiden catalogar a la extinción de dominio como una pena, pues la consecuencia jurídica se reconoce con total independencia de la conducta delictiva o no del titular; de otra parte, reafirma la relación que debe existir entre la extinción de dominio con el derecho penal, al concebirse esta como una consecuencia jurídica de las actividades ilícitas, en particular, las delictivas.

Esta conclusión de una extinción de dominio no punitiva facilita sustentar, con plena solvencia, algunas de las características que permitirán definir la naturaleza sustancial del instituto, como la intemporalidad, pues al reconocer que la extinción de dominio no es una pena, bien se puede hablar de imprescriptibilidad y retrospectividad en la aplicación de sus normas sustanciales. Así mismo, esta concepción no penal también repercute en aspectos probatorios y procesales, como la dinamización de la carga de la prueba y el reconocimiento

de garantías procesales distintos a los del rito penal, los cuales terminan siendo incompatibles con la naturaleza sustancial del instituto, como la presunción de inocencia¹⁸⁴, toda vez que esta condición por parte del titular de los bienes o derechos cuestionados jamás está en discusión cuando se fija la pretensión extintiva.

De otro lado, si bien se comparte plenamente que la extinción de dominio no constituye una pena, pues es claro que no está contemplada en el código penal, ni como pena principal ni accesoria, no por ello se debe desconocer una naturaleza sancionatoria, por lo menos, para aquellos eventos donde no se discute un origen espurio, sino una ilícita utilización, destinación o tradición, aspectos sobre los cuales se profundizará más adelante.

2. Perspectiva civil de la “acción de extinción de dominio”

Una muy coherente y fundada posición doctrinal esboza una posible naturaleza civil de la acción de extinción de dominio al

¹⁸⁴ Uno de los elementos característicos del comiso penal, es el reconocimiento del principio de presunción de inocencia como eje fundamental de las garantías inherentes a esta figura jurídica, pues como bien lo reconoce Choclán Montalvo, *“La presunción de inocencia no se agota en la prueba de los elementos del tipo objetivo y subjetivo de un delito, sino que alcanza también a la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos, de naturaleza sancionatoria.”* A contrario sensu, este principio es de imposible reconocimiento en materia de extinción de dominio, pues al ser un instituto de carácter real, lo determinante no es la responsabilidad penal del titular del bien, sino las circunstancias objetivas en que se da su adquisición o destinación; de ahí que en materia de extinción de dominio se adopte la presunción de buena fe, como la presunción predominante, la cual resulta más acorde con su naturaleza jurídica, en especial, por los rasgos civiles del instituto, en cuanto a los presupuestos de validez del acto jurídico que genera el derecho de propiedad o que legitima el ejercicio de los derechos inherentes de uso, goce y disposición, aspectos que serán analizados más adelante cuando se examine la naturaleza jurídica de la extinción de dominio como instituto de derecho sustancial.

considerar que ésta no es la consecuencia penal sino civil de las actividades ilícitas, destacando que en materia de extinción hay un desconocimiento de la ley civil, que a su vez puede contravenir la ley penal, sin que para efectos del reconocimiento de la consecuencia jurídica resulte relevante reconocer ese tipo de responsabilidad, como bien lo expone el profesor Fabio Espitia, quien al explicar la naturaleza de la acción, planteó el siguiente ejemplo:

“Así como la nulidad del segundo matrimonio del bígamo es el efecto civil de una situación jurídica viciada, dicha consecuencia no se podía confundir con la pena prevista en el Código Penal derogado para ese comportamiento. Otro tanto puede decirse de los hechos punibles consumados mediante la inscripción de títulos falsos. Finalmente, tanto la indemnización de perjuicios como la privación por parte del Estado de los bienes provenientes de una conducta ilícita —no necesariamente delictiva—, o sus efectos, no son la consecuencia penal sino civil, y en uno y otro evento resulta innecesario el debate acerca de aquel tipo de responsabilidad”. (Espitia Garzón, 2003, p. 43).

Esta clara y completa reflexión doctrinal, servirá de sustento parcial de las tesis que se planteará en el presente estudio, pues a pesar de la importancia y precisión de los argumentos, esta posición no se puede acoger en forma general, sino de manera restringida, toda vez que las reflexiones que allí se plantean, no son plenamente predicables con relación a la naturaleza de “la acción”, pues aquellas reflexiones relacionadas con la nulidad absoluta de un acto jurídico derivado de una actividad delictiva, no pueden ser valoradas simplemente desde la perspectiva adjetiva, sino sustancial; por lo cual, se debe reconocer que esta posición tiene honda repercusión en uno de

los principales objetivos del presente estudio, pues contribuirá en la definición de la naturaleza sustancial del instituto. Sin embargo, se debe precisar que este valioso aporte no es suficiente para explicar la naturaleza sustancial de todas las posibilidades de extinción de dominio previstas en el código de extinción, o en las distintas leyes de similar naturaleza adoptada en otras legislaciones, pues en principio, sólo tiene validez frente a los supuestos fácticos donde los bienes son cuestionados por su origen ilícito o en aquellos eventos donde los bienes investigados carecen de una justificación lícita, como se analizará más adelante.

Por su parte, se debe destacar que la doctrina mexicana también aporta elementos a la discusión sobre un carácter civil de la acción, pues como bien lo destaca el profesor Colina Ramírez, a pesar de que en esta figura se entrecruzan diversas materias dificultando la identificación de su naturaleza, su carácter real y contenido patrimonial¹⁸⁵ hacen suponer que se está frente a una figura eminentemente civil, pues es en esta área donde se define la forma de adquirir y extinguir la propiedad (Colina Ramírez, 2010, p. 32); si bien el autor reconoce que las distintas formas de adquisición o extinción de la propiedad previstas en la ley civil mexicana, al igual que la

¹⁸⁵ Estas características de la acción también han llevado a que algunas instituciones del Estado reconozcan en la acción de extinción de dominio, una naturaleza civil, como bien se aprecia en la intervención de la Dirección Nacional de Estupeficientes ante la Corte Constitucional, donde se consideró que la acción extintiva respondía a tal esencia, al exponer que *“La naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio es patrimonial, vale decir, más civil que penal, por lo cual se debe acudir al código de procedimiento penal y al código de procedimiento civil. Por ello, el principio de inocencia tan pregonado por quienes quieren fungir de garantistas no es aplicable aquí ya que dicho concepto si bien es aplicable en el ámbito penal, es claro que no estamos frente a un proceso penal, pues nos movemos en el contexto de los bienes. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ya han indicado que no se requiere de una sentencia condenatoria para proceder al adelantamiento de la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito, y con mayor razón frente al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta improcedente hablar del principio de presunción de inocencia”*. (Sent. C-1096/2003).

colombiana, ninguna corresponde a los supuestos previstos en la normatividad de extinción de dominio, si deja entrever que al ser el derecho de propiedad una materia civil, las acciones que se plantearían para ejercer la defensa de la propiedad serían de tal naturaleza (Colina Ramírez, 2010, p. 34).

Este mismo autor también sustenta su posición en las reglas de integración procesal previstas en el artículo 4° de la Ley Federal de Extinción de Dominio, donde se dispone que los vacíos normativos relacionados con el juicio de extinción de dominio y aquellos aspectos relativos a la regulación de bienes u obligaciones deberán resolverse conforme con el Código Federal de Procedimientos Civiles¹⁸⁶, aspecto que también estuvo previsto en la legislación colombiana desde la creación de la figura¹⁸⁷, y que tomó una especial prevalencia en vigencia de la Ley 1453, donde se fijó el procedimiento civil, como la única fuente de integración normativa; reforma que generó serios problemas prácticos en el trámite, pues el carácter formalista y dispositivo del procedimiento civil, hacía más lento el trámite y resultaba menos garantista que el trámite original¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Se debe resaltar que si bien desde el principio la legislación Mexicana ha procurado la creación de Jueces Especializados en Extinción de Dominio y reconocen la naturaleza constitucional de la acción, ésta en la práctica es marcada por el rito civil, al punto tal de consagrar las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, como competentes para conocer las impugnaciones, como consta en el artículo 2° de la extinción de dominio para el Distrito Federal, o asigna el conocimiento de la acción a jueces civiles, como acontece con la Ley de extinción de dominio del Estado de Zacatecas.

¹⁸⁷ La referencia al procedimiento civil fue una constante en las normas de extinción de dominio, como se puede verificar en los artículos 19 y 30 de la Ley 333 de 1996; el artículo 7° del Decreto-Ley 1975 y de la Ley 793 de 2002. Sin embargo, el nuevo Código de Extinción de Dominio desconoce cualquier referencia al procedimiento civil, al suprimir este estatuto de las reglas de integración previstas en el artículo 26 del Código de Extinción de Dominio.

¹⁸⁸ Una de las principales razones que motivaron al legislador colombiano a integrar una codificación de extinción de dominio se derivó precisamente de los problemas de aplicación práctica que sobrevinieron con la expedición de la Ley 1453 de 2011, que en

Estas posturas que reconocen una naturaleza civil de la acción de extinción de dominio, a pesar de que se consideraban desestimadas por los avances de la jurisprudencia constitucional a partir del año 2003¹⁸⁹, presentaban como principal deficiencia la falta de consideración frente al tipo de relación jurídica procesal que se establece, pues el proceso de extinción de dominio, no trata de dirimir un problema civil entre particulares, sino que establece una pretensión de carácter público entre el Estado y un ciudadano. De ahí que si bien estas reflexiones de orden civil no tienen cabida hoy en día para definir la naturaleza de la acción; sí resultan fundamentales y determinantes para resolver, en parte, el problema de la naturaleza jurídica sustancial del instituto, para lo cual, desde ya es necesario anticipar que las serias reflexiones que sustentan la extinción de dominio como una consecuencia civil de las actividades ilícitas, tienen una seria repercusión al momento de definir la naturaleza jurídica de la extinción de dominio en aquellos casos donde se cuestiona el origen ilícito de los bienes, en los eventos en que existe un nexo causal de relación entre el bien con la actividad delictiva.

3. Perspectiva administrativa de la acción de extinción de dominio

su artículo 76 dispuso como única regla de integración normativa que *“La acción de extinción se sujetará exclusivamente a las disposiciones de la presente ley y, sólo para llenar sus vacíos, se aplicarán las reglas del Código de Procedimiento Civil”*.

¹⁸⁹ La sentencia C-740 de 2003 marca un hito especial en la discusión de la naturaleza jurídica de la acción extintiva, al reconocerla como una acción de naturaleza constitucional, postura acogida por el Código de Extinción de Dominio.

Como se mencionó anteriormente, si bien ha sido una constante en la legislación de extinción de dominio el reconocimiento de las características de ser una acción real de contenido patrimonial, la pretensión que se ejerce es de carácter público, de Estado, pues como se ha precisado, la acción no pretende dirimir un conflicto que se suscita entre particulares, por asuntos civiles, sino por el contrario, es producto de la necesidad de intervención del Estado en su función jurisdiccional y administrativa para velar por la observancia del ordenamiento jurídico que reconoce la validez y regula el ejercicio del derecho de propiedad¹⁹⁰; en especial, verificar que el orden jurídico administrativo instituido para tal fin, se ajuste para el cumplimiento de sus propios fines estatales.

Indiscutiblemente, esta fue la primera idea que abordó el legislador colombiano, al momento de definir el tipo de proceso que iba a concretar la pretensión extintiva, pues así lo reflejó en su exposición de motivos, al sustentar el tema en los siguientes términos:

“En virtud de la complejidad y delicadeza de la materia, la prevención de abusos, la adecuada y oportuna protección de los derechos de las personas, se estima conveniente la asignación del conocimiento del proceso de extinción del dominio a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Desde el punto de vista constitucional y normativo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de esta acción, no sólo porque la parte

¹⁹⁰ Para el jurista mexicano Héctor Oruña Sosa, este carácter público también se sustenta en un interés de orden público del Estado para evitar que la propiedad tenga un origen o un uso ilícito (Arredondo Campuzano, y otros, 2009).

actora siempre será una entidad estatal y la pretensión se formulará en favor de la Nación, sino porque se establece como requisito de procedibilidad la necesidad de un acto administrativo previo a proceso, cuya legalidad se revisará o cuestionará en el mismo proceso y en el cual la administración pública ordena la iniciación del mismo, consagrándose de esta manera un control previo garantizador de los derechos de las personas y de los intereses del Estado". (Ministerio de Justicia, 1996).

Sin embargo, como bien lo anota Julio Ospino, fueron múltiples las razones de política criminal las que impidieron cumplir con tal fin (Ospino Gutiérrez, 2008, p. 32), razón por la cual el proyecto de ley original presentó profundas variaciones durante su trámite legislativo, que como se mencionó anteriormente, estuvo a punto de hundirse, pues se cuestionaba que la jurisdicción contencioso administrativa no tenía la infraestructura ni la capacidad investigativa para cumplir con los fines propuestos, siendo la fiscalía, y, por ende, la justicia penal, la llamada a conocer de este especial trámite¹⁹¹.

¹⁹¹ Destaca el Dr. Ospino Gutiérrez las siguientes razones: "En efecto, (i) si el proceso de extinción de dominio requiere una investigación, era conforme al sistema imperante en ese momento (una fiscalía con facultades jurisdiccionales), con vocación eminentemente investigativa, a quien más fácil le quedaba asumir esa tarea. (ii) Los jueces administrativos no tienen vocación investigativa; (iii) de otra parte, como quiera que muchas de las pruebas que se nutre el proceso de extinción, derivan o son obtenidas de los procesos penales, y estas podrían tener reserva sumarial (de encontrarse en etapa preliminar o de instrucción, eran los fiscales quienes mejor manejarían esa situación, por estar acostumbrados y ser de su resorte. (iv) El manejo de la prueba penal que es el que mayoritariamente se trata en este proceso, es más próxima por su puesto al fiscal y al juez penal, que a los otros funcionarios mencionados. (v) De todas formas, el fiscal y el juez penal manejan situaciones referidas a bienes para efectos de indemnización, de multas, de comiso, entre otras, y por esa vía no sería del todo extraño volver sobre esos conceptos; a cambio, para los otros jueces incursionar en el manejo probatorio penal, si entrañaba una dificultad adicional..." (Ospino Gutiérrez, 2008, p. 33).

De otra parte, se debe destacar que la doctrina mexicana también ha aportado elementos a la discusión sobre una naturaleza administrativa del trámite de extinción de dominio, como bien lo destaca el profesor Edgar Iván Colina, al recalcar las similitudes de la extinción de dominio con la expropiación administrativa, enfatizando que las dos son acciones del poder público mediante la cual se priva la propiedad a un ciudadano en aras de un interés colectivo, coincidiendo en que en ambas figuras el bien pasa a formar parte del patrimonio del Estado y, en ese sentido, “... el administrado guarda una relación jurídica con el Estado que lo somete forzosamente a su potestad...” (Colina Ramírez, 2010, p. 36).

Y es precisamente esta relación jurídica, entre el Estado y el administrado, donde media el interés colectivo y la necesidad de preservar el bien común ante el peligro que representan los bienes utilizados ilícitamente, la que va a ser de utilidad al momento de definir la naturaleza jurídica sustancial de la extinción de dominio en los supuestos de hecho relacionados con una destinación o utilización ilícita de un bien, como quiera que en nuestro sistema jurídico, la extinción de dominio, al igual que la expropiación administrativa, también descansa en la función social de la propiedad, consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política, por lo cual, la definición de la naturaleza jurídica no puede pasar por alto este principio constitucional, para lo cual, deberá ser coherente con un análisis subjetivo de la conducta, como bien lo resalta el Dr. Jorge Humberto Betancur para ciertas circunstancias de extinción de dominio (Betancur Echeverri, 2004, p. 64), las cuales permitirán atribuir la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a partir del

incumplimiento del administrado, de las obligaciones inherentes a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad.

Por último, se debe resaltar que el derecho administrativo también proporciona elementos para comprender la naturaleza jurídica de la extinción de dominio en los supuestos de hecho donde se cuestiona el origen lícito de un bien o patrimonio, como quiera que esta rama del derecho en la actualidad no puede seguir siendo vista solamente como el derecho de la administración, toda vez que, como bien lo resalta el profesor Libardo Rodríguez, el papel de los particulares resulta cada vez más relevante, pues “generalmente en la definición del derecho administrativo se ignora a los particulares, pues se considera que ese derecho es el derecho de la administración” (Rodríguez Rodríguez, 2000), razón por la cual, resulta necesario y plenamente admisible que exista un mecanismo mediante el cual el Estado pueda revisar o verificar si el reconocimiento de un derecho que ha realizado a favor de un particular, como sería en este caso, del derecho a la propiedad, se ajustó o no a los presupuestos constitucionales y legales para ello.

A esta conclusión se llega tras analizar los elementos comunes que existen entre la extinción de dominio con el derecho administrativo, donde se puede evidenciar que los fundamentos de legitimación de este nuevo instituto¹⁹², coinciden íntegramente con los fines y el ideal de justicia que orienta el derecho administrativo colombiano, que bien se resume en el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo (L. 1437/2011, ene. 18) de la siguiente manera:

¹⁹² Sobre estos elementos de legitimación se profundizará en el capítulo IV del presente estudio.

“Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”.

Indiscutiblemente, son estos postulados deontológicos los que van a tener una profunda incidencia en la definición de la naturaleza jurídica del instituto; pues, de acuerdo con lo reconocido por la Corte Constitucional, la extinción de dominio encuentra sus límites y fundamentos de legitimación dentro de lo que la Corte denominó el “régimen constitucional del derecho a la propiedad privada” (Sent. C-740/2003), donde se fijan los parámetros de reconocimiento, protección y garantía de este derecho; se establece el deber de sometimiento de los actos de adquisición, utilización y disfrute de dicho derecho conforme al marco constitucional, estableciendo los deberes ciudadanos y del Estado frente a dicho derecho y; destaca el deber del Estado, como ente administrador, de preservar el orden jurídico, actuando en aquellos casos donde dicho régimen es desconocido, imponiendo una consecuencia jurídica en aquellos eventos de desvío o desatención del orden jurídico, declarando la extinción de dominio sobre los bienes de origen o destinación ilícita, devolviendo así su funcionalidad social, razón por la cual los bienes extinguidos son destinados en asuntos relacionados con el cumplimiento de los fines propios del Estado.

4. Naturaleza actual de la acción en el nuevo código

Esta evolución frente a la concepción del tipo de procedimiento que debería emplearse para materializar las pretensiones que se realizan en materia de extinción de dominio, discusión que se ha calificado durante el presente estudio como de “la naturaleza de la acción”, sin duda permitió decantar los elementos esenciales de legitimación sobre los cuales descansa hoy en día este instituto jurídico y a su vez, facilitó la conclusión sobre la cual existe actualmente un amplio consenso y reconocimiento por parte de la jurisprudencia constitucional¹⁹³ y doctrina especializada¹⁹⁴, al identificar a la acción de extinción de dominio como una acción especial, por no decir *sui generis*, de naturaleza constitucional, como bien lo definió la Corte Constitucional (Sent. C-740/2003)¹⁹⁵, al puntualizar lo siguiente:

Nótese que el constituyente de 1991 bien podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. No obstante, valoró de tal manera los hechos que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa.

¹⁹³ Esta postura se concentra especialmente en las sentencias C-740 de 2003, C-540 de 2011, C-459-2011, C- 958 de 2014, C-516 de 2015, entre otras.

¹⁹⁴ En este sentido, los doctores Julio Ospino Gutiérrez (2008), Jorge Humberto Betancur Echeverri (2004), Fabio Espitia Garzón (2003), Pedro Alonso Pabón Parra (2013), Jorge Enrique Pardo Ardila (2013), Alfonso Trilleras Matoma (2009), José Iván Caro Gómez (2011), entre otros.

¹⁹⁵ En igual sentido se pronunció en las sentencias C-540 de 2011 y C -516 de 2015.

16. En virtud de esa decisión del constituyente originario, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad.

Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático.

Esta misma posición se reiteró frente al actual Código de Extinción de Dominio, donde la Corte reiteró su reconocimiento como acción de carácter constitucional en los siguientes términos:

"En nuestro ordenamiento la acción de extinción de dominio se caracteriza principalmente, por ser una acción de rango constitucional al igual que otras, como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático. A su vez, la extinción de dominio se diferencia de otros mecanismos que constituyen limitaciones al derecho de propiedad, como la expropiación o el decomiso de bienes incautados dentro de un proceso penal". (Sent. C-958/2014).

Además, la Corte reafirma el carácter constitucional de la extinción de dominio, argumentando que esta se sustenta en dos pilares fundamentales: la existencia de un justo título (adquisición con arreglo a las leyes civiles) y el cumplimiento de

una función social y ecológica del derecho a la propiedad (Sent. C-740/2003):

“5. Como puede verse, el derecho de propiedad y la acción de extinción de dominio han sido objeto de una regulación progresiva en el constitucionalismo colombiano. En razón de ella, de manera paulatina, desde 1886 hasta 1991, se fueron delineando tres aspectos fundamentales: 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. Cuando el primer presupuesto no concurre, procede la declaratoria de extinción de dominio por previsión expresa y directa del constituyente. Cuando el segundo presupuesto no concurre, procede la extinción de dominio por norma legal. Y cuando concurren razones de utilidad pública o interés social, hay lugar a la expropiación, también por previsión constitucional”.

Esta postura también viene siendo respaldada por otros estudios que se han realizado sobre el tema, donde se agregan elementos importantes a la discusión, al considerar a la extinción de dominio como un instituto que permite materializar las garantías de protección de los derechos de interés general y colectivo, como bien puntualiza Alfonso Trilleras en su tesis, quien al respecto indicó que el reconocimiento de la extinción de dominio en la Carta Política de 1991, permitió incluirla en la categoría de precepto constitucional, lo que permite equipararla “... en un mismo nivel normativo al de las acciones constitucionales concebidas para la protección de derechos fundamentales y colectivos, como es el caso de la acción de tutela, la acción popular, la acción de grupo, la acción de cumplimiento, etc.” (Trilleras Matoma, 2009).

Si bien dichas acciones constitucionales fueron concebidas en la Carta Política de 1991 como típicas acciones a favor de los ciudadanos, pues su legitimación activa recae en el ciudadano común como constituyente original, también se debe resaltar, como bien lo reconoce la Corte Constitucional (Sent. C-740/2003), que el Estado tácitamente se reservó otra acción, con rango constitucional, con el propósito de garantizar el cumplimiento de sus propios fines constitucionales frente a la necesidad de preservar la vigencia de los valores ético sociales de carácter superior, al momento de garantizar o no la adquisición, el uso, disfrute y disposición del derecho a la propiedad privada.

Sin embargo se debe aclarar que, a pesar que en Colombia la figura de extinción de dominio se encuentra reconocida expresamente en la Constitución Política¹⁹⁶, al igual que sucede en las constituciones de los Estados Unidos Mexicanos¹⁹⁷ y de la República Dominicana¹⁹⁸, no por ello se puede argumentar la

¹⁹⁶ “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”.

¹⁹⁷ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos “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 una 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 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...”.

¹⁹⁸ Constitución de República Dominicana “Artículo 51.- Derecho de propiedad. El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad.

naturaleza constitucional del procedimiento por el solo hecho de mencionarse la figura expresamente en la Carta Fundamental, pues se debe recordar que son varios los países que también la han acogido dentro de sus sistemas jurídicos sin necesidad de reconocimiento constitucional, es decir, por vía legal (Guatemala, El Salvador, Honduras, Perú y Bolivia), sin que ello quiera decir que los demás elementos constitucionales de legitimación, no puedan invocarse para mantener su reconocimiento de acción constitucional.

Lo anterior, como quiera que no es solo el reconocimiento positivo de la extinción de dominio en la Carta Política de un Estado la que imprime su carácter constitucional, como lo ha entendido gran parte de la doctrina¹⁹⁹, sino que es la orientación filosófica de sus reglas sustanciales, sustentadas en los principios y los valores constitucionales, las que realmente le van a imprimir ese carácter, pues como se mencionó anteriormente, la extinción de dominio se sustenta en la aplicación directa de reglas, principios y valores ético-sociales previstos expresamente en la Constitución Política, como la preservación de un orden social justo, el reconocimiento de la propiedad adquirida con justo título, el respeto a los derechos a la propiedad adquirida legítimamente, la observación de la función social y ecológica del derecho a la propiedad, el reconocimiento del trabajo lícito y la libre empresa como

La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. (...) 6) La ley establecerá el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico".

¹⁹⁹ Sobre la justificación positiva de la naturaleza constitucional de la acción de extinción de dominio coinciden los autores Julio Ospino Gutiérrez (2008), Fabio Espitia Garzón (2003), Jorge Humberto Betancur Echeverri (2004), Alfonso Trilleras Matoma (2009), entre otros.

fuentes legítimas de riqueza, el reconocimiento material del derecho a la igualdad²⁰⁰, entre otras normas de rango superior.

Ha sido esta precisión sobre la naturaleza constitucional del procedimiento mediante el cual se concreta la pretensión de extinción la que mayor incidencia ha tenido en el nuevo esquema procesal propuesto en el Código de Extinción de Dominio, como ya se ha podido resaltar en anterior oportunidad (Santander Abril, 2014), al analizar la estructura del proceso de extinción en el nuevo estatuto:

“Esta conclusión que hoy parece obvia o elemental, al punto tal que se reproduce en el artículo 17 del nuevo código, no podía ser desconocida al momento de definir el esquema procesal que debería imperar en el trámite de extinción de dominio, pues sin duda, obligaba a la revisión profunda de las normas existentes, ya que genera un serio dilema que obliga a reflexionar sobre el por qué una acción constitucional debería seguir conservando un esquema procesal similar al del derecho procesal penal de Ley 600, que por demás, tras la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, hoy es visto como un modelo procesal anacrónico y condenado a caer en desuso”.

Este reconocimiento de la naturaleza constitucional de la acción tiene una profunda incidencia en el nuevo procedimiento propuesto en el Código de Extinción de Dominio, como quiera que ubica el debate en el campo de lo que se ha

²⁰⁰ Sobre el desequilibrio que provoca la riqueza ilícita frente al derecho a la igualdad también se ha pronunciado Cárdenas Chinchilla, quien, al analizar este mismo efecto en la Constitución costarricense, señaló lo siguiente: “Por ende los poderes del Estado deben proteger la República democrática, libre e independiente, que se refleja en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Costa Rica. Pues no se puede permitir proteger derechos de la misma forma de aquellos que se han ganado sus derechos de manera conforme a la ley, de aquellos que ni siquiera han respetado el ordenamiento jurídico interno o incluso internacional, pues también se violaría el artículo constitucional 33 sobre la igualdad. Debido a que no se puede tratar un derecho adquirido ilícitamente igual que uno adquirido lícitamente”. (Cárdenas Chinchilla, 2013, p. 159).

denominado como un nuevo derecho procesal (Henao Hadrón, 2003), el cual guarda profundas diferencias con el esquema procesal anterior, toda vez que la acción constitucional de extinción de dominio preserva algunas características especiales que permiten marcar una importante diferencia frente a las demás acciones de orden constitucional, como por ejemplo, la necesidad de contar con una fase investigativa que tenga como principal propósito definir la pretensión, la cual deberá estructurarse de acuerdo con su naturaleza sustancial, como se analizará a continuación.

E. La Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio como instituto de derecho sustancial.

Hasta el momento, se ha podido analizar cómo cada una de las discusiones que se han dado en torno al procedimiento mediante el cual se debe hacer efectiva la pretensión extintiva, descrito como “naturaleza de la acción”, aportan serios argumentos para responder al interrogante inicial de establecer la naturaleza jurídica de la extinción de dominio como instituto de derecho sustancial, pero también, han permitido evidenciar que éstas posiciones jurídicas, por sí solas, son insuficientes para para cumplir de manera inequívoca este fin.

Si bien se puede pensar que la distinción entre la naturaleza predicable del procedimiento y aquella atribuible al instituto no tiene ninguna utilidad práctica, o considerar que esta discusión tan solo es un debate artificial o estéril que no afecta el conceso mayoritario que existe en Colombia, que reconoce a la extinción de dominio como una figura de naturaleza

constitucional no sancionatoria, la aplicación práctica de este instituto aún sigue registrando múltiples casos problemáticos en los cuales defender la idea de una naturaleza jurídica “constitucional no sancionatoria” resulta seriamente cuestionable.

Se hace relación, por ejemplo, a aquellos bienes de origen lícito que son adquiridos con recursos lícitos por un tercero que actúa de manera imprudente, dolosa o de mala fe²⁰¹, es decir, aquel adquirente que no obra dentro de los parámetros de la buena fe exenta de culpa²⁰²; o con relación a bienes lícitos del afectado que por su voluntad, permisividad o imprudencia, son destinados o utilizados en una actividad ilícita, eventos en los cuales se demuestra que la postura jurídica antes mencionada resulta insostenible, porque sencillamente, los presupuestos constitucionales para el reconocimiento pleno de las garantías inherentes al derecho a la propiedad privada que deben operar plenamente cuando ésta es adquirida a través de un justo título y cumple las obligaciones ligadas a la función social y ecológica inherentes al derecho a la propiedad, como lo demanda la Corte Constitucional en su Sentencia C 740, 2003,

²⁰¹ Si bien esta circunstancia no se encuentra consagrada como una causal de extinción de dominio, pues no se recoge dentro del catálogo de circunstancias de ilicitud que conforman los presupuestos de procesabilidad descritos en el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, técnicamente se comporta como una causal de orden personal, pues se atribuye una consecuencia jurídica a una circunstancia o supuesto fáctico predicable del titular reclamante (imprudencia, dolo o mala fe) y no a una circunstancia ilícita predicable del bien, como sucede con las demás causales de extinción de dominio.

²⁰² De acuerdo con el artículo 22 del Código de Extinción de Dominio, sólo un proceder de buena fe exenta de culpa, permite desestimar una pretensión extintiva en aquellos eventos en que el bien de origen ilícito es adquirido por un tercero distinto al titular del cual se predica un nexo de relación con una causal de extinción de dominio, aspecto que permite concluir que ante un proceder doloso o de mala fe, o un obrar imprudente, la extinción de dominio se impone como la consecuencia jurídica procedente.

se cumplen a cabalidad en estos casos y, aun así, procede la extinción de dominio.

1. Distinción de la Naturaleza sustancial de la extinción de dominio de la naturaleza jurídica del comiso penal

La problemática antes enunciada se puede comprender mejor, si se hace una comparación de la extinción de dominio con el instituto jurídico que le resulta más semejante y del cual originariamente se desprende, que no es otro distinto que el comiso penal, el cual, en palabras de Cortés Bechiarelli, desde su concepción, está buscando su verdadera identidad (Cortés Bechiarelli, 2007, p. 110), y que en Colombia, a pesar que sus circunstancias o presupuestos coinciden en gran parte con las causales de extinción de dominio²⁰³, tiene una indiscutible naturaleza punitiva, no solo porque está previsto como un instituto de derecho penal sustancial y la pretensión de comiso se hace efectiva valiéndose del marco fáctico y probatorio de la misma acción penal, sino porque la consecuencia jurídica se impone a título de pena, pues se sustenta en el sistema de imputación pena²⁰⁴. Por tal razón, al estar sujeto al proceso

²⁰³ Como se analizará más adelante, las causales de extinción de dominio no son otra cosa distinta que las mismas circunstancias de comiso penal, redactas técnicamente desde una perspectiva *in rem*.

²⁰⁴ Frente a la naturaleza jurídica del comiso en el Código Penal Colombiano se presenta un problema de definición normativa suscitado por la falta de armonía con que se tramitaron los proyectos de ley en la reforma a los estatutos penales en el año 2003, pues su ubicación sistemática en el código, lo ubica en artículo 100, bajo el capítulo de la acción civil, cuando este instituto es concebido con la fórmula de una pena. Originalmente, el proyecto de reforma de los estatutos penales lo previó como una pena accesoria, y sugería reformas tanto sustanciales como procesales; sin embargo, la comisión redactora trabajó de manera independiente los proyectos de Código Penal y Código de Procedimiento Penal, pero sólo en la Ley 906 se vieron reflejados los

penal, le es predicable el reconocimiento del principio acusatorio, que en palabras de Choclán Montalvo exige demostrar *“una correlación entre la acusación penal y la consecuencia accesoria interesada por la acusación”* (Choclán Montalvo, 2000, p. 348). Por ello, el ámbito subjetivo del comiso demanda una especial condición del titular o propietario real o en la sombra²⁰⁵ de los bienes cuestionados, pues no basta con que un bien tenga u origen o destinación ilícita, sino que, además, requiere que el bien pretendido por esta vía, pertenezca al penalmente responsable.

Como se mencionó al momento de realizar la aproximación conceptual de la extinción de dominio, esta, en términos

cambios propuestos, en especial, frente a la naturaleza jurídica, pues aquí el comiso se desarrolló a partir del artículo 82, bajo el capítulo de la acción penal, mientras en el Código Penal se conservó la fórmula plasmada desde el estatuto de 1980, contemplando el comiso como un asunto relacionado a la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal (D.L. 100/80, art. 110). Esta precisión que se hizo sobre su naturaleza jurídica no fue adoptada por el legislador en la parte sustancial. Sin embargo, se mantuvo la consecuencia jurídica atada a la responsabilidad penal, y al proceder el comiso sólo sobre los bienes del penalmente responsable (sistema de imputación penal), resulta claro que su naturaleza punitiva se mantiene intacta.

²⁰⁵ Se debe precisar que cuando las normas del Código Penal o de la Ley 906 de 2004 demandan dentro del ámbito subjetivo del comiso la titularidad del bien del penalmente responsable, dicha condición se puede demostrar atendiendo a la libertad probatoria, pues no es una exigencia nominal sino real y, por tanto, no importa si se acude a la utilización de prestanombres o testaferros. Sobre este aspecto, resultan oportunas las precisiones que realiza la doctrina uruguaya sobre el ámbito subjetivo del comiso: *“... no obstante, cuando hablamos de propiedad, no estamos hablando de aquellos bienes que formalmente son de propiedad del condenado, sino aquellos que son realmente de su propiedad aun cuando figuren a nombre de testaferros o sociedades. Es por ello, que la legislación nacional al establecer el ámbito subjetivo del decomiso estableció que comprende los bienes que el condenado sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de éstos sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Y la misma norma agrega a que los fines del decomiso se considerará al condenado por estos delitos beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia.”* (art. 63.5 del Decreto-Ley 14.292 en la redacción dada por el art. 2º de la Ley 18.494).” (Díaz Almeida, 2010, p. 195).

coloquiales, no es otra cosa que el mismo comiso penal, apreciado desde una perspectiva *in rem*²⁰⁶ que se pretende a través de un procedimiento no penal.

Es claro que la discusión en torno a la naturaleza jurídica de las normas del comiso penal en nuestro sistema jurídico resulta innecesaria, pues ya sean bienes de origen ilícito, bienes de destinación ilícita o bienes lícitos por valor equivalente a bienes ilícitos que no se pueden perseguir, la consecuencia jurídica siempre tiene el mismo sustento, que no es otro distinto que el de ser una pena, pues a pesar de no estar expresamente señalada como tal, coinciden en sus funciones preventivas, disuasivas y retributivas²⁰⁷, pues con éste instituto se busca enviar el mensaje

²⁰⁶ Este tipo de acciones no son extrañas a los ordenamientos jurídicos como bien destaca Ricardo Pérez, al explicar la ficción jurídica que se recoge en el esquema de las acciones de comiso civil o *In rem* en Norteamérica, al indicar que : “La legislación de Estados Unidos por su parte, establece el decomiso civil “*in rem*” basado sustancialmente en la ficción de que “la cosa es la que delinque” como resultado de la aplicación de la teoría de la personificación —que única sus orígenes en el derecho marítimo—, según la cual un objeto inanimado es imbuido de una personalidad que lo hace responsable de sus acciones. La acción persigue el objeto, independientemente de su propietario.” (Pérez Blanco, 2011, p. 2-3).

²⁰⁷ El reconocimiento de una naturaleza punitiva del comiso penal por el cumplimiento de los fines preventivos, disuasivo y retributivos es un hecho sobre el cual existe una fuerte resistencia por gran parte de la doctrina. Al respecto, Ricardo Pérez destaca en Uruguay que “... no se trataría de una pena, porque no persigue imponer un mal que sea sentido como —tal la función retributiva que en cierta medida cumplen las penas en función del grado de culpabilidad del agente—, sino exclusivamente preventiva, obedeciendo su imposición a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos.”. (Pérez Blanco, 2011, p. 5). En similar sentido, Javier Zaragoza, quien al respecto señala: “Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos (en este sentido, para la legislación penal austriaca es una medida preventiva que debe imponerse “si de acuerdo con la especial

a la sociedad de que no se puede sacar un provecho económico o patrimonial de las actividades delictivas y que cualquier destinación ilícita de un bien en función de un delito doloso, debe acarrear una reacción del Estado a través de una consecuencia jurídica.

Sin embargo, al sacar el comiso de su entorno natural, por fuera del proceso penal, no se pueden seguir predicando los mismos fundamentos de legitimación, ni mucho menos, insistir en sostener una naturaleza punitiva, lo que obliga a indagar de manera profunda cuáles son realmente los fundamentos de la extinción de dominio, pues al sacar al comiso de la órbita del derecho penal y por ende, de procedimiento correspondiente, ya no se puede seguir sustentando la idea de una naturaleza jurídica punitiva, lo que exige indagar en las raíces más profundas del instituto, o por decirlo de alguna manera, en su genética; para ello, es necesario acudir a la teoría de la norma por ser la herramienta más idónea que permite alcanzar dicho fin y establecer así, a cuál o cuáles categorías normativas pertenecería un comiso no punitivo, como lo es en este caso la extinción de dominio.

2. La extinción de dominio como instituto de derecho sustancial, desde la perspectiva de la teoría de la norma

Como se ha podido observar, desentrañar la naturaleza jurídica de la extinción de dominio no es tarea fácil, como quiera que se

naturaleza de los objetos resulta indicado para prevenir la comisión de acciones punibles")" (Zaragoza Aguado, 2014, p. 338).

debe partir de un consenso mínimo en cuanto a su identidad como instituto de derecho sustancial, el que a su vez, está compuesto de proposiciones jurídicas sustentadas en normas que, como se demostrará más adelante, no tienen una fuente uniforme, sino que por el contrario, responden a distinta naturaleza jurídica, pues al ser la extinción de dominio el mismo comiso penal, que se reconoce a través de un procedimiento no penal, es claro que hereda de su fuente, no solo sus ventajas, sino también toda su problemática sustancial, que en palabras de Patricia Vargas, implica reconocer distintas clases de comiso de naturaleza jurídica, fundamentación y teleología diferente:

“Así las cosas, para definir la naturaleza jurídica del comiso como consecuencia accesoria, en primer lugar, es indispensable reconocer su autonomía frente a las medidas previstas en el art. 129 del Código Penal. No menos importante es saber que el art. 127 contiene diferentes clases de comiso cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diverso. A pesar de reconocer estas diferencias, un sector de la doctrina ha hecho un esfuerzo por hablar de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como si se tratase de un grupo homogéneo (o al menos así sucedió hasta antes de la reforma introducida por la LO 5/2010). La misma situación se ha dado con respecto al comiso, pues no siempre se marca la distinción entre el comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias”. (Vargas González, 2012, p. 92).

Por esta razón, resulta imposible tener una sola visión de la extinción de dominio, pues para su comprensión, se debe penetrar en el estudio del tipo de norma que sustenta cada una de dichas proposiciones, ya sea que se trate de las reglas que sustentan la extinción de dominio de bienes de origen ilícito; o de bienes objeto de destinación ilícita; o por bienes

equivalentes al valor de un bien ilícito o; bienes de origen ilícito adquiridos con recursos lícitos por un tercero que actúa de manera imprudente, con dolo o mala fe.

Pero este debate no es nuevo, pues ya en anterior oportunidad, la discusión sobre el tipo de norma que sustenta la extinción de dominio había sido debatida con fuertes argumentos por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz, quienes en su salvamento de voto en la sentencia C-374 de 1997, acudieron a la Teoría de la Norma para sustentar y justificar una naturaleza punitiva de la extinción de dominio en los siguientes términos:

“3. Una clasificación de las normas, elaborada por el maestro Eduardo García Maynez y admirablemente utilizada por Carlos Cossio, puede arrojar aún más luz sobre el asunto que se examina. Ella distingue tres clases de normas:

1) La que plantea una relación de identidad entre el deber jurídico transgredido, y la correspondiente sanción V. gr.: ““Quien tenga indebidamente un bien ajeno, debe restituirlo”. ¿Cuál es el deber jurídico? Restituir lo que se tiene indebidamente. Y ¿a qué pueden condenar el transgresor? A que restituya.

2) La que plantea una relación de equivalencia entre los mismos términos. V.gr.: “Quien dañe debe reparar”. El deber jurídico primario consiste en no dañar. Pero si alguien daña, no se le puede condenar a que no dañe (sólo quienes adhieren a las normas retroactivas podrían incurrir en semejante exabrupto) si no a que dé una suma equivalente al daño o que vuelva las cosas a un estado similar al anterior.

3) La que establece una relación imponderable entre el deber jurídico transgredido y la sanción. V.gr.: “Quien mate debe ser sancionado con prisión”.

¿Existe alguna relación racional entre el acto desestimulado y el tipo de castigo? Ninguna. La sanción la ha elegido arbitrariamente el legislador. No se desprende racionalmente de la transgresión, como en las dos categorías anteriores.

(...).

Ahora bien: si a la luz de esa clasificación preguntamos a cuál de esas categorías de normas pertenece la extinción de dominio, la respuesta inexorable nos parece que es ésta: a la tercera. Bien pudo el legislador optar, arbitrariamente, por otra consecuencia diferente a ésta, que no se desprende lógicamente de la naturaleza del deber jurídico transgredido. Se trata de una típica sanción penal que, como tal, no puede ser aplicada a conductas anteriores a la ley que la contempla, so pena de cambiar el control normativo de la conducta por un control brutal, que nada tiene que ver con el Estado de derecho que nuestra Constitución consagra. Por eso, reiteramos, tales "normas" son abiertamente violatorias de la Carta".

Indiscutiblemente, la reflexión que realizan los magistrados disidentes en la sentencia C-374 de 1997 tiene el enorme mérito de valerse de la Teoría de la Norma para sustentar la posición de una naturaleza punitiva de la extinción de dominio, pero como bien sostiene el autor citado en dicha sentencia, la clasificación de las normas siempre será un problema de perspectiva (García Maynez, 1940, p. 78) y, por ello, resulta evidente que si se acude a una clasificación de normas sancionatorias, es ineludible que la respuesta sólo se obtenga desde la perspectiva de ese tipo de reglas, siendo la norma penal una consecuencia totalmente coherente con ese particular punto de vista²⁰⁸, pero no la única probable.

²⁰⁸ Se debe aclarar que esta revisión de las normas de extinción de dominio a partir de la clasificación de las normas sancionatorias resulta coherente frente al tipo de normas que fue examinado por la Corte Constitucional en la Ley 333 de 1996, pues se debe recordar

Lo anterior, como quiera que la conclusión cambia si se amplía el espectro de la clasificación y se acude a otro tipo de categorizaciones como por ejemplo, desde la perspectiva del ámbito material de validez (García Maynez, 1940, p. 80), donde resulta imposible hacer coincidir las reglas sustanciales de la extinción de dominio en un solo tipo de normas, pues atendiendo a sus factores de legitimación se pueden identificar normas de distinta naturaleza, ya sea de derecho privado o público sancionatorio, según se traten normas atadas a las causales de origen o de destinación ilícita.

Este mismo resultado se obtiene también si se acude a otra clasificación, como ejemplo, desde el punto de vista del ámbito personal (García Maynez, 1940, p. 82), donde también se pueden reconocer que algunas reglas sustanciales de la extinción de dominio coinciden con normas de carácter genérico y, otras, con normas individualizables, según se trate de reglas relacionadas con el origen o la destinación ilícita de bienes, como se acaba de mencionar.

Es por ello que las reflexiones expuestas en el citado salvamento de voto, a pesar de su valor jurídico²⁰⁹, solo pueden ser

que dicha legislación estaba impregnada de disposiciones penales, al punto tal, que la mayoría de las causales hacían relación directa a delitos. Hoy en día, esta lectura no es compatible con el contenido normativo actual de las causales de extinción de dominio, donde ya no se describen delitos, sino circunstancias ilícitas que recaen sobre los bienes, tema sobre la cual se profundizará más adelante, al adentrarnos en el estudio de las causales extintivas.

²⁰⁹ Al penetrar en el estudio profundo de las disposiciones que constituyen la parte sustancial de la extinción de dominio se puede advertir que la jurisprudencia constitucional ha evadido el debate frente a la naturaleza jurídica del instituto, pues toda

aceptadas parcialmente, toda vez que al ampliar el abanico de clasificación normativa, se reconocen en la extinción de dominio algunas normas que no guardan una estructura sancionatoria y otras que sí la ostentan, siendo plenamente identificables reglas que presentan, en palabras de Gracia Martín, distintos criterios valorativos fundamentales²¹⁰, de donde algunas reglas ostentan una naturaleza sustancial de carácter civil, como bien lo deja entrever el profesor Fabio Espitia Garzón en su libro (Espitia Garzón, 2003, p. 43), normas que tendrían un carácter general, y; otras de carácter público sancionatorio, que se pueden concretar de manera individual en situaciones específicas ante el incumplimiento o desatención de mandatos

su teoría se sustenta en los eventos en que procede la extinción de dominio por el origen viciado que impide que el derecho de propiedad se consolide, pero no es coherente frente a aquellos eventos en que los bienes pretendidos por las causales de origen, destinación y equivalencia, tienen una fuente lícita.

²¹⁰ Para poder descifrar la naturaleza jurídica de la extinción de dominio se considera indispensable penetrar en el análisis de los distintos fundamentos de legitimación o criterios de valoración fundamental, pues cada causal de extinción de dominio va a partir de puntos de valoración completamente diferentes, de acuerdo con el interés jurídico que subyace en la descripción normativa. Para ello, resulta de utilidad la precisión que frente a esta distinción realiza el profesor Gracia Martín al indicar lo siguiente: *"Es una realidad fácilmente constatable que el ordenamiento jurídico consta de regulaciones jurídicas de diversa naturaleza y con distintas finalidades. Para ello, basta confrontar por ejemplo las normas que regulan la colación de la herencia y fijan sus consecuencias con las que regulan la conducta delictiva y le atribuyen asimismo consecuencias. Cada una de dichas regulaciones, según lo expuesto arriba, tiene un objeto diferenciado y se rige asimismo por sus propios criterios valorativos fundamentales, que resultan ya de la misma naturaleza del objeto. Para comprender la estructura de la regulación jurídica penal, dado que la misma tiene por objeto el delito, y que establece los presupuestos de la atribución de responsabilidad penal, es preciso recordar que ésta es el resultado de una sucesión de valoraciones parciales de la conducta humana y de su autor y además que la consecuencia jurídica específica del Derecho penal - la pena- es la última ratio en la defensa del ordenamiento jurídico, pues sólo cabe recurrir a la misma cuando sean insuficientes o hayan fracasado otros órdenes normativos que también se ocupan en primera instancia de otorgar protección a los bienes jurídicos con sus propios instrumentos."* (Gracia Martín, 2006, p. 83-84).

o prohibiciones establecidas en otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

Entre las primeras, se pueden ubicar todas aquellas reglas sustanciales que se vinculan a la extinción de dominio derivadas de causales de origen ilícito²¹¹, pues de ellas se deriva la necesidad de una valoración sustancialmente civil²¹² con relación a la validez del acto jurídico de adquisición²¹³, es decir, si el derecho de propiedad nació o no nació a la vida jurídica, como bien lo ha puntualizado la Corte Constitucional al indicar que *“quien ostente la titularidad del derecho de dominio adquirido de manera irregular o ilícita, solamente tiene una*

²¹¹ Si bien el presente trabajo procura recoger los avances realizados por la Corte Constitucional en materia de la interpretación constitucional de las normas de extinción de dominio, no por ello se puede renunciar al cuestionamiento serio de sus conclusiones, pues las mismas solo presentan consistencia y coherencia con relación a las causales de origen ilícito fundadas en el artículo 34 de la Constitución Política, pero no sucede lo mismo con relación a las causales de destinación, fundadas en el artículo 58 de la Carta Fundamental, toda vez que éstas se sustentan en otro tipo de normas, muy distinto a aquellas que prevalecieron durante los distintos exámenes de exequibilidad realizados por el máximo tribunal constitucional.

²¹² Si bien la jurisprudencia constitucional (Sents. C-374, 49 y 539/97; 1007/2002 y 740/2003) siempre ha sustentado la extinción de dominio en la contrariedad con los principios y valores constitucionales, concretamente con el artículo 34 de la Carta y la ausencia de un justo título que sea objeto de protección constitucional conforme al artículo 58 de la Constitución Política, no se puede desconocer que los presupuestos de existencia y validez del “justo título”, se encuentran descritos en el Código Civil, artículo 1502 y ss., siendo una valoración de esta naturaleza, la que en la práctica determina si resulta procedente la extinción de dominio, en aquellos casos cuando el supuesto derecho de dominio se cuestiona desde el inicio por su origen espurio, y por tanto subyace una nulidad desde su inicio o nulidad *ab initio*.

²¹³ Se hace relación a los presupuestos de validez del acto jurídico descritos en el artículo 1502 del Código Civil que establece como presupuestos de valoración en materia de obligaciones, además de la capacidad y la voluntad, que el acto recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita, los cuales, determinará en materia de extinción de dominio, si un bien cumple con el presupuesto constitucional de justo título.

apariencia de derecho susceptible de ser desvirtuada en cualquier momento" (Sent. C-1007/2002).

De otra parte, se pueden reconocer normas de naturaleza sancionatoria, que se pueden concretar de manera individual, como aquellas que prevén la consecuencia de la extinción de dominio por una conducta atribuible al titular, por el incumplimiento de la función social y ecológica que debe observar el ejercicio del derecho a la propiedad privada, razón por la cual, los fundamentos de su naturaleza, se debe buscar también en otras categorías jurídicas distintas a las del derecho civil, siendo plenamente válido reconocer aquí una naturaleza de orden sancionatorio, pues a diferencia del anterior criterio, demandan una valoración de orden subjetivo de la conducta del titular de derechos sobre el bien frente al cumplimiento de expectativas concretas de comportamiento con relación a la observancia de los mandatos y prohibiciones que regulan el ejercicio de su derecho a la propiedad privada.

Conviene recordar, como bien lo destaca Luis Gracia Martín, que la antijuridicidad (y bajo las mismas razones la anti normatividad), no es una categoría que pueda predicarse solo del derecho penal o del derecho sancionatorio, sino que puede valorarse en cualquier área del ordenamiento jurídico (Gracia Martín, 2006, p. 67), y por ello, para efecto de la extinción de dominio, son varios los presupuestos en los cuales basta solo una valoración objetiva de un hecho concreto con relación a una norma en particular, para determinar de manera neutral su contrariedad con la norma y reconocer así la consecuencia jurídica respectiva.

Frente a este punto, resulta de utilidad retomar la discusión doctrinal entre “valorativismo” e “imperativismo”, que como ampliamente expone Francisco Javier Álvarez, constituye un debate más profundo frente a la estructura formal de la norma, y constituye el punto de partida para la fundamentación de los fines de la norma y el ordenamiento penal general (Álvarez García, 2001, p. 20). Al respecto, el citado autor puntualiza lo siguiente:

“Históricamente el valorativismo podría asignarse a aquellas posiciones doctrinales para las que las normas —por otro lado imperativas— recogen valores procedentes de la misma ley natural que incorporan a la ley humana. Las normas, obviamente, serían obligatorias por su *autoritas*, una *autoritas* indisolublemente unida a los valores que realizan. Dicha obligatoriedad, desagradable en sí misma para el fuero interno de una corriente que defiende a capa y espada el libre albedrío, resulta sin embargo aceptable por su mencionado carácter valioso moralmente y por tanto jurídicamente justo. Así, para distinguir lo conforme de lo contrario a Derecho hay que referirse al juicio de valor expresado en la norma.

Para el imperativismo, en cambio, el fundamento de la obligatoriedad se deriva no ya de una realización de abstractos valores sino de la instancia política encargada del dictado normativo. Se reconoce así la autoridad del Estado como medio para poner fin a las guerras que diezmaron a la población europea en los albores de la historia moderna. Esto supone que el valor fundamental prestado por la norma era el de la seguridad jurídica, el de la paz”. (Álvarez García, 2001, p. 21).

Sin duda, esta discusión resulta de suma utilidad para comprender la dicotomía normativa que se planteó

anteriormente frente a la fundamentación de la extinción de dominio, en normas de valoración y en normas de determinación, máxime, si se atiende a sus contenidos:

“Para el valorativismo, las normas recogen o consagran valores, por lo que la consecuencia jurídica se aplica por el ataque al valor, al contenido, más que por la infracción a la ley.

Para el imperativismo, sin embargo, la referencia fundamental es la infracción de la ley en sí, con independencia de los distintos valores que se encuentren en la base de las diferentes normas: salvaguardar la paz, por lo que su infracción de la ley supone un ataque frontal a quien la refrenda; supone una declaración de guerra”. (Álvarez García, 2001).

Traduciendo este debate al plano sustancial de la extinción de dominio se puede concluir que existen supuestos de hecho donde el código solo exige una valoración objetiva de un hecho o un acto jurídico con arreglo a determinados criterios valorativos (normas de valoración), como sería la muerte del titular del bien, la adquisición de un bien con causa u objeto ilícito, etc.; en otros casos, la ley exige entrar a valorar un plano subjetivo donde la consecuencia jurídica no se impone por la constatación objetiva de un acto o un hecho jurídico, sino por la valoración de una conducta concreta (normas de determinación), ya sea por acción u omisión, entendiendo estas conductas, como bien precisa Gracia Martín, como realidades ónticas fundamentales estructuradas previamente a las valoraciones del derecho en general (Gracia Martín, 2006, p. 74) y de un derecho sancionatorio en particular.

Este es el caso de las pretensiones de extinción de dominio de un bien fundadas en una causal de destinación o utilización ilícita del bien, donde la valoración se centra en la observancia o cumplimiento de ciertos imperativos normativos, mandatos y prohibiciones, relacionados con el ejercicio del derecho a la propiedad privada; es decir, con relación al respeto de aquellas normas de determinación que buscan evitar que un bien sea destinado o utilizado en una actividad ilícita o que la conducta de adquirir un derecho patrimonial, a pesar de ajustarse con la norma objetiva, se realiza con el pleno conocimiento de su origen espurio u omitiendo el cumplimiento de deberes de prudencia y diligencia concebidos para prevenir la realización de actividades ilícitas y que constituyen expectativas concretas de comportamiento que la sociedad reconoce como mínimas para garantizar la vigencia de un orden jurídico y social justo.

Como se ha expuesto, las causales de extinción de dominio consagradas en el nuevo código están fundadas en reglas de distinta naturaleza; unas, donde se prescinde del análisis de la conducta del titular del bien, pues solo demanda una confrontación objetiva entre la norma y un supuesto de hecho, como sería el caso de los presupuestos de validez del acto jurídico de adquisición, con relación a la comprobación de si existió una causa o un objeto lícito en el acto jurídico que genera el derecho cuestionado y; de otro lado, aquellas reglas que trasladan la valoración a una conducta humana y que imponen la consecuencia jurídica a título de sanción.

Esta no es una discusión exclusiva de la extinción de dominio, pues como bien lo resalta Gracia Martín, es una cuestión que se

ha decantado históricamente para definir los fundamentos del derecho penal. Sobre el particular, indicó lo siguiente:

“Un ordenamiento sancionador en general, y en cuanto a especie de éste, el derecho penal en particular, no tiene como fin regular el acontecer natural o establecer relaciones objetivas entre las cosas con arreglo a determinados criterios valorativos, así como tampoco distribuir riesgos, perjuicios y compensaciones con arreglo a tales criterios. Esto incumbe a otros sectores del ordenamiento jurídico, como el derecho de daños, el derecho del seguro o el derecho administrativo, que pueden prescindir de la acción humana en la configuración del supuesto de hecho de sus consecuencias jurídicas específicas. Así por ejemplo, según los términos de un contrato de seguro conforme a la ley, procederá una indemnización por el daño sufrido por la cosa asegurada frente a un riesgo objetivo con independencia que el evento traiga su causa de un accidente natural, de la negligencia o del ataque doloso de un tercero o incluso de la negligencia del propio tomador del seguro... (Gracia Martín, 2006, p. 81).

Con lo anterior, no se pretende decir que en materia de extinción de dominio de bienes de origen ilícito, es decir, aquellos que son producto de un delito, solo es procedente un juicio de valoración eminentemente civil y resulte improcedente realizar otro tipo de valoraciones, como sería la apreciación del supuesto de hecho desde una perspectiva constitucional, pues hasta el momento, esa ha sido la tendencia reiterada de la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada, sin que renunciar a esta postura, pueda alterar el desarrollo jurídico de esta figura en la práctica. Sin embargo, resulta necesario precisar que dicha valoración presenta un sustento normativo más elemental y práctico, pues basta con realizar un juicio de

valoración normativa de carácter civil, con relación a la validez del acto jurídico de adquisición de la propiedad, para determinar si la extinción de dominio resulta procedente o no, sin necesidad de penetrar en una órbita subjetiva de valoración, como sí sucede en los demás casos de extinción de dominio, donde la consecuencia jurídica de la extinción debe ser analizada desde la perspectiva de la determinación del titular del derecho frente a deberes y obligaciones de carácter constitucional o legal, con relación al ejercicio lícito de sus derechos sobre un bien, como por ejemplo, el cumplimiento de la función social y ecológica en el ejercicio del derecho a la propiedad privada, además de otras cargas de carácter normativo consagradas en el ordenamiento jurídico, como aquellos que con fuerza imperativa se derivan de la legislación penal, civil, comercial, etc., y que directamente se relacionan con el desarrollo del régimen constitucional del derecho a la propiedad privada.

En términos más sencillos, se puede concluir que la naturaleza sustancial de la extinción de dominio es mixta o compuesta, pues de una parte, es una consecuencia civil de las actividades ilícitas sustentada en normas de valoración, como sucede con relación a las causales de origen ilícito y de bienes equivalentes; y de otra, su naturaleza es sustancialmente sancionatoria, sustentada en normas de determinación, relacionada con la valoración de una conducta del titular del derecho, relacionada con el cumplimiento o no de cargas, mandatos u obligaciones inherentes al régimen constitucional y legal de la propiedad privada.

Sin embargo, se debe señalar que estas circunstancias no son

nuevas en nuestro sistema jurídico, ni son extrañas a la mayoría de los sistemas jurídicos del continente, pues como bien lo resalta nuestra Corte Constitucional *“Las consecuencias de la ilegitimidad del título siguieron relegadas a la ley. Igual cosa ocurrió con las consecuencias del incumplimiento de la función social de la propiedad pues, como luego se verá, a partir de entonces, mediante una copiosa legislación, se abrió camino la extinción del dominio como una consecuencia del incumplimiento de la función social de la propiedad privada”*.
”.

Lo anterior, también permite llegar a la conclusión de reconocer que la extinción de dominio, desde la perspectiva sustancial, no es un producto nuevo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues tan solo se trata de la unificación de reglas de distinta naturaleza relacionadas con la legitimidad y validez en la adquisición, uso y disfrute del derecho a la propiedad, o de los derechos susceptibles de valoración económica. Lo único que puede considerarse como “novedoso”, es el refuerzo que recibe la legitimación de sus normas sustanciales a través de reglas, valores y principios de mayor categoría, pues se expresa como desarrollo de normas de orden constitucional, y la perfilación de una nueva juridicidad que reclama el reconocimiento e independencia de las tradicionales ramas del derecho dentro de la jurisdicción.

De otro lado, el reconocimiento de una naturaleza sustancial de carácter mixto, compuesta de una parte de una naturaleza civil sustentada en normas de valoración, y de otra, dotada de naturaleza sancionatoria, sustentadas en normas de determinación, demanda para su mejor comprensión, la

delimitación de sus características y sus fundamentos de legitimación; para ello, se hace necesario el análisis de cada supuesto por separado.

3. La extinción de dominio como consecuencia civil de las actividades ilícitas

Cómo se ha expuesto, gran parte del debate sobre la naturaleza civil de la extinción de dominio surge a partir del dilema de negación de una naturaleza penal, el cual se remonta a las reflexiones realizadas por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, pues allí se preocupó por desconocer cualquier naturaleza penal al instituto de extinción de dominio, y si bien la Corte fue cauta y evitó reconocer que este instituto era un efecto eminentemente civil derivado de las actividades ilícitas, en algunos apartes de su jurisprudencia, sí admite la posibilidad de que se reconozca como una consecuencia de tal naturaleza, al referirse al carácter declarativo de la sentencia en los siguientes términos:

“Advierte la Corte, eso sí, que la naturaleza de la institución prevista en el artículo 34, inciso 2, de la Carta Política no se convierte en penal por tal circunstancia, pues uno es el motivo que da lugar al ejercicio de la acción y otro es el efecto de la sentencia, que en esta materia no consiste en una pena sino en la declaración judicial de que por los hechos pasados —fundados en el delito— no pueden en el futuro invocarse por quien pasaba por propietario, para defender un "derecho" suyo que ni antes ni después estuvo amparado por la Constitución. Y ello sin que la sanción patrimonial de que se trata dependa de la suerte del

proceso penal ni de la responsabilidad de esa índole por el delito en cuestión" (Sent. C-374/97).

El problema que plantea esta posición de la Corte y sobre el cual dicho tribunal no profundiza en sus fallos posteriores, es el de determinar si se está frente a una consecuencia civil de las actividades ilícitas o, si, por el contrario, es una sanción de tal naturaleza. Previamente, la misma Corte había identificado uno de los aspectos basilares sobre los cuales se debía sustentar la extinción de dominio, al indicar lo siguiente:

“Una sociedad civilizada no puede reconocer ni convalidar la adquisición de ventaja alguna derivada del comportamiento contrario al orden jurídico ni otorgar prerrogativas particulares sustentadas en el desconocimiento o la ruptura de los esquemas legales de cuyo acatamiento resulta el justo título de los derechos subjetivos”. (Sent. C-066/93).

Podemos considerar que esta problemática no es propia de la extinción de dominio, pues discusiones similares se han dado en torno al comiso penal, donde una naturaleza civil también ha sido reconocida en tal instituto desde sus primeras expresiones normativas, como sucedió con el Código Penal español de 1822²¹⁴, el cual irradió múltiples legislaciones en América Latina. Se debe recordar además, que la naturaleza civil del comiso fue la postura acogida por el Código Penal Tipo para Latinoamérica, que consagró esta figura jurídica como instituto

²¹⁴ Artículo 90 del Código Penal español de 1822. “Las armas, instrumentos o utensilios con que se haya cometido el delito y los efectos en que este consista, o que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan a un tercero, a quien se hubiere robado o sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirá íntegramente”.

de la parte general bajo el Título IV, correspondiente a la “Responsabilidad civil derivada del delito”²¹⁵ (Comisión redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, 1973, p. 59).

Adicionalmente se debe tener en cuenta que los principios generales del derecho citados por nuestra Corte Constitucional en las decisiones citadas, ya habían sido objeto de análisis en la doctrina española, al estudiar el tema de la distinción entre el comiso penal y la confiscación en la normatividad alemana, donde se parte de que el comiso implica el desconocimiento o limitación del derecho a la propiedad sobre los bienes que constituyen el producto o son instrumentos o medios del delito, mientras que existen otros bienes, las ganancias del delito, que se encuentran en una circunstancia totalmente diferente a la de los demás bienes objeto de comiso penal, pues sobre estos no se puede partir del reconocimiento de un derecho, sino de la existencia de una situación patrimonial ilícita que debe ser corregida o neutralizada. Al respecto, José Antonio Choclán Montalvo destaca lo siguiente:

“El comiso de productos e instrumentos del delito se fundamenta, bien en la peligrosidad del objeto sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad (ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición...) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo...), o bien se dirige a sancionar el destino de bienes lícitos,

²¹⁵ Artículo 97 del Código Penal Tipo para Latinoamérica: “El delito determina la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas y valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tenga el ofendido o terceros”.

aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho. Por el contrario, la pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas. En el primer caso el origen del bien decomisado puede tener una fuente lícita, mientras que la ilicitud de origen es predicable siempre de la ganancia derivada del delito. Por ello, en relación con la ganancia, como hemos dicho, se ha podido sostener que, en realidad, se fundamenta una acción de enriquecimiento ilícito y que, incluso, no se trata de una medida restrictiva de derechos, en cuanto no es posible invocar un derecho a enriquecerse ilícitamente". (Choclán Montalvo, 2000, pp. 345-346).

En el mismo sentido la doctrina peruana resalta la imposibilidad de constitución de derechos sobre los bienes que son producto o ganancias de los delitos:

"Es incuestionable que el delito no puede ser fuente de adquisición de derechos reales, sobre todo del derecho de propiedad; pues, desde BECCARIA (considerado el principal gestor de la ciencia del derecho penal desde una perspectiva de protección y defensa de los derechos del imputado) se ha sostenido y determinado la necesidad de privar al agente del delito o eventuales terceros, del producto del delito o "patrimonio criminal". Esto es, no se reconoce derecho de propiedad al imputado, sobre los efectos y ganancias del delito". (Delgado Tovar & Gálvez Villegas, 2013, p. 151)

Esta discusión también se ha trasladado al análisis de las modernas formas de comiso imperantes en Europa a partir de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 3 de abril de 2014 (decomiso sin condena, comiso por valor equivalente y comiso de terceros). Al respecto,

Marcelo Castillo, sustentado en una postura de Gracia Martín, sintetiza la discusión de la siguiente manera:

“De igual forma, en particular, las finalidades político-criminales que se pretenden alcanzar con la medida de comiso no se pueden determinar de un modo general, sino solo en el contexto y modalidad respectivos. Es decir, que las respuestas al debate sobre la naturaleza jurídica del comiso vienen de la mano de la modalidad de comiso y del fundamento y finalidad que cada una de las modalidades existentes envuelve. En suma, todas las consideraciones sobre el fundamento, fin y naturaleza jurídica del comiso van a estar condicionadas por su ámbito de aplicación: la descripción de la conducta punible hecha por la norma penal, la modalidad de comiso de que se traten y los fines que se pretendan alcanzar. Así, por ejemplo, el comiso del producto, el comiso por valor equivalente, y el comiso sin condena, encuentran su fundamento en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto, “y en ese sentido tiene la naturaleza de una medida de compensación”. (Castillo Monterrey, 2012, p. 406)

Dentro de nuestro contexto constitucional se parte de los principios generales del derecho que prescribe que “*nadie puede sacar provecho de su propio dolo, culpa o fraude*”²¹⁶ y que “*nadie puede alegar su propia culpa a su favor*”²¹⁷, los

²¹⁶ Principio que tradicionalmente se respalda en la Teoría de los Actos Propios, reconocido a través de sus manifestaciones de *Venire contra factum proprium*, que establece como inadmisibles otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior (Corral Talciani, 2010) o el criterio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (*nadie puede ser escuchado en juicio invocando su propia torpeza*), de amplio reconocimiento a través de una línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante la cual reafirma la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas, inmerecidas o ilícitas dentro del ordenamiento jurídico.

²¹⁷ Sobre su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano resulta de suma utilidad la sentencia C-83 de 1995, que reconoce la vigencia de este principio en los

cuales se reafirma en el valor constitucional que se infiere de los artículos 34 y 58 de la Constitución Política que destaca que de lo ilícito, del delito o la mala fe no se pueden generar derechos²¹⁸, se estructura la validez del justo título como el eje central o principal sobre el cual descansa el fundamento dogmático que sustenta la declaratoria de extinción de dominio sobre bienes de origen espurio. Sobre el particular, la Corte Constitucional, desde mucho antes de que se expidiera la primera ley especial de extinción de dominio, había puntualizado lo siguiente:

siguientes términos: "*¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extra sistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades, como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotar, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe."* (Sent. C-83/95).

²¹⁸ Este postulado fue reconocido por la Corte Constitucional como un principio basilar de la extinción de dominio al precisar que "*La normatividad examinada no desconoce derechos adquiridos consolidados. En los supuestos que ella contempla, se obtuvo la propiedad en abierta transgresión al Derecho vigente, desbordando los límites trazados por el orden jurídico, quebrantando los derechos de los demás y, en consecuencia, no puede afirmarse que existiera un derecho legítimo de los presuntos titulares de la propiedad. La mala fe no puede generar derecho alguno frente al orden constitucional"*.

“El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como frente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades...” (Sent. C-389/94).

De ahí que la valoración que demanda la extinción de dominio sobre bienes de origen ilícito es de carácter civil y apunta a la verificación de los presupuestos de validez del acto jurídico, que de acuerdo con el título y modo de adquisición empleado, que generalmente es un contrato de naturaleza civil o mercantil, deberá cumplir con los presupuestos sustanciales del artículo 1502 del estatuto civil sustantivo, que demandan el cumplimiento de cuatro requisitos sustanciales: consentimiento, voluntad exenta de vicio, causa lícita²¹⁹ y objeto lícito²²⁰, siendo estos dos últimos elementos, comunes a la mayoría de legislaciones civiles²²¹, los principales elementos que deberán ser

²¹⁹ Dispone el artículo 1524: “**Causa de las obligaciones.** No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

²²⁰ De acuerdo con el artículo 1519 del Código Civil “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público de la Nación”.

²²¹ Esta visión de la falta de validez de los bienes ilícitos también es compartida en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo, el costarricense, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha llegado a la misma conclusión: “Considera la Sala que no resulta afectado el derecho de propiedad, porque quien adquiere bienes ilícitamente o

valorador por el juez para determinar si la pretensión de extinción de dominio sobre un bien cuestionado por su origen espurio es procedente o no.

Este aspecto nos permite concluir que la valoración que realiza el juez de extinción, tratándose de una causal por origen ilícito, no es nada distinto que la misma valoración que realizaría el juez civil en un proceso ordinario, donde se cuestiona la validez de un acto jurídico por su objeto o causa ilícita. Es por esta razón que consideramos que la extinción de dominio, desde la perspectiva sustancial, no reviste mayor novedad, pues lo que en la práctica realiza, es trasladar un asunto de conocimiento del juez civil, como lo es la facultad de declarar la validez o no de un acto jurídico, o como diría Wilson Alejandro Martínez, la potestad de declarar la inexistencia del derecho (Martínez Sánchez, 2015, p. 9), y le atribuye dicha potestad al juez de

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. En ese sentido, el artículo 835 del Código Civil señala que hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

"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)". Dentro de los requisitos esenciales para la celebración de un acto o contrato, sin duda se encuentra la causa justa o lícita. La extinción de dominio reafirma la aplicación y reconocimiento del derecho de propiedad, en el entendido de que los bienes adquiridos por actividades ilícitas no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal. La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser 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." (Res. 2015018946/2015).

extinción de dominio, a quien dota de mayores elementos de orden constitucional para respaldar su juicio de valoración.

Sin embargo, estas no son las únicas circunstancias que estarían sustentadas en normas de naturaleza civil, pues de acuerdo con las causales consagradas en el nuevo código, la naturaleza civil de la extinción de dominio se debe reconocer tanto en las causales de origen ilícito²²², que cuestionan los bienes por ser el producto o “efecto” de una actividad ilícita; como también, en aquellas causales normativas por bienes equivalentes, es decir, por ser bienes lícitos que su valor es equiparable o correspondiente a uno ilícito, conocidos en nuestra legislación como bienes equivalentes²²³, pues frente a estas dos circunstancias, la esencia de la extinción de dominio se sustenta en simples normas de valoración, sin necesidad de realizar ningún juicio subjetivo frente a normas de determinación, los cuales se quedan reservados a las otras formas de extinción de dominio a través de las causales de destinación ilícita, o en los eventos en que se constate un acto contrario a la buena fe exenta de culpa, circunstancias en las cuales la consecuencia jurídica sí se impone a título de sanción.

Con lo anterior no se pretende restar importancia a los factores constitucionales de legitimación que tradicionalmente han venido sustentando la extinción de dominio, en los casos donde se discute un origen espurio del bien, sino simplemente, se pretende precisar que la discusión no debe trascender de la simple valoración del acto jurídico en que se sustenta el supuesto derecho, es decir, su validez como tal, pues para su

²²² Artículo 16, Ley 1708. Causales 1, 2, 3, 4, 7.

²²³ Artículo 16, Ley 1708. Causales 9, 10, 11.

reconocimiento no se requiere partir de la evaluación de una conducta humana, partiendo del concepto del hombre como un ser responsable, a pesar de que dicha valoración sí es viable frente al comiso penal²²⁴, razón por la cual, la extinción de dominio puede prescindir de este tipo de análisis, cuándo se trata de bienes adquiridos con el producto del delito, de bienes ilícitos transferidos por causa de muerte o de bienes o de obligaciones extinguidas con el producto de una actividad ilícita, entre otros aspectos, que son simplemente consecuencias lógicas de su naturaleza jurídica de carácter civil.

Es de precisar que la naturaleza civil de la extinción de dominio acompaña a esta figura desde su misma concepción, pues así se deduce de la exposición de motivos que sustentó la primera disposición sobre lo material, que preveía la nulidad absoluta²²⁵

²²⁴ Un juicio de valoración del acto jurídico similar al que se realiza en la extinción de dominio, es reconocido por Walther Javier Delegado con relación al comiso penal. Al respecto, señala lo siguiente: *"Se discute en doctrina si el Código Civil peruano regula o no la nulidad del negocio jurídico por contravención a normas imperativas; en este sentido, un sector de la doctrina ha señalado que, el Código Civil no regula la nulidad de los contratos por violar normas imperativas, sustentándose en la interpretación sistemática de los artículos V del Título Preliminar y 1354° del CC; de otro lado, otro sector de la doctrina considera que la contravención a normas imperativas puede acarrear la nulidad del negocio jurídico⁷⁹. Por nuestra parte, consideramos que la contravención a las normas imperativas como la que regula el decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito hacen nulo el negocio jurídico, puesto que la norma citada contiene valores fundamentales del ordenamiento jurídico, que tutela intereses generales por encima del interés particular de las partes, máxime si tomamos en cuenta que el interés del transferente de los bienes materia de decomiso es aprovecharse de los bienes que ha obtenido de una actividad delictual, supuesto que no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico, puesto que en caso contrario se atenuaría ostensiblemente la eficacia de la norma penal e incentivaría la comisión de ilícitos, aún más podría sostenerse que se trata de una norma imperativa que contiene una norma de orden público"* (Delgado Tovar W. J., Tesis, 2007).

²²⁵ Esta consecuencia jurídica ha sido reconocida en el Código de Extinción de Dominio bajo la categoría de principio en los siguientes términos: Artículo 22. Nulidad ab initio. Una

del acto mediante el cual se adquiriría el derecho, al precisar lo siguiente:

“El Estado sanciona el origen ilícito de los bienes y, por ello, en la sucesión por causa de muerte estarán viciadas de nulidad absoluta, declarable incluso de oficio por la autoridad jurisdiccional competente para conocer del proceso regulado en esta ley, las particiones referentes a bienes adquiridos por el causante en las condiciones señaladas en el artículo 2º de esta ley y procederá la extinción del dominio respecto de los mismos”. (Ministerio de Justicia, 1996).

Este supuesto de hecho se reproduce actualmente en el párrafo del artículo 11 del Código de Extinción de Dominio²²⁶, al igual que en otras legislaciones de extinción actualmente vigentes²²⁷, y constituye un ejemplo paradigmático de una proposición jurídica de naturaleza civil que sustenta la pretensión extintiva, sin necesidad de acudir a la valoración de comportamiento alguno, pues las normas consagradas en el código, al igual que las demás normas homologas de otras legislaciones, no tienen por objeto la conducta humana, pues

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.

²²⁶ Artículo 16, párrafo: También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de *sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concorra cualquiera de las causales previstas en esta ley.*

²²⁷ México, Ley Federal de Extinción de Dominio, artículo 7º; Guatemala, artículo 7º del Decreto 55 de 2010; El Salvador, artículo 7º del Decreto 534 de 2013; Honduras, artículo 11 del Decreto 27 de 2010 y Perú, artículo 3º del Decreto Legislativo 1104 de 2012.

solo consagra una serie de criterios valorativos para el reconocimiento de un derecho concreto.

Estos criterios valorativos se expresan a través de revisión de la validez del acto jurídico que genera el derecho, el cual, de acuerdo con nuestra legislación civil, demanda el cumplimiento de ciertos presupuestos para su reconocimiento, en especial, aquellos consagrados en el artículo 1502 del estatuto civil, que demanda: la capacidad de las partes contratantes; el consentimiento de los contratantes exento de vicios; la causa lícita y el objeto lícito.

Sobre la licitud del objeto, el artículo 1519 del Código Civil, establece que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”*. A su vez, el artículo 1524, prevé que no puede haber obligación sin una causa, la cual debe ser real y lícita; entendiendo como tal, *“el motivo que induce al acto o contrato”*; y, por causa ilícita *“la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”*.

Esta idea se concreta en la adopción de la nulidad *ab initio* como principio orientador de la pretensión declarativa de extinción de dominio para las causales de origen²²⁸, la cual, según Robert Alexis, sobreviene cuando la violación de reglas o principios presentan una contradicción con la justicia que

²²⁸ Artículo 22 del Código de Extinción de Dominio: *“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”*.

alcanza una medida tan insoportable que tiene que ser considerada nula *ab initio*. (Alexi, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993).

La nulidad *ab initio* también es afín al principio del derecho que estipula que “el delito no genera derechos”²²⁹ como bien lo reconoció la Corte Constitucional, que sobre el particular puntualizó lo siguiente:

“La extinción del dominio en la modalidad prevista por el artículo 34 de la Carta traza límites materiales al proceso de adquisición de los bienes y simultáneamente otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y palpable el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos. La disposición constitucional da lugar a que se propicien las investigaciones, los trámites y los procedimientos orientados a definir —si prosperan las pretensiones de las entidades estatales que ejerzan la acción— que jamás se consolidó derecho alguno en cabeza de quien quiso construir su capital sobre cimientos tan deleznable como los que resultan del comportamiento reprobable y dañino”. (Sent. C-374/97).

²²⁹ En este mismo sentido, Wilson Alejandro Martínez, quien explica las razones por las cuales el transcurso del tiempo jamás puede sanear la propiedad ilícita por vía de una pretensión prescriptiva de dominio, por ejemplo, al puntualizar lo siguiente: “Ya la jurisprudencia ha explicado en muchas oportunidades que la ilicitud no genera derechos, y que, por consiguiente, del delito no se derivan derechos merecedores de reconocimiento y protección jurídica. De tal suerte que, ante la inexistencia de un justo título, y sin importar en qué momento se perfeccionó el modo, es lógico que la declaratoria de extinción pueda sobrevenir en cualquier tiempo, aun incluso si el modo se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, pues el simple y puro paso del tiempo no constituye justo título alguno para adquirir el derecho de dominio. Menos aún si tras ese paso del tiempo lo único que se encuentra es una actividad ilícita como fuente u origen de los bienes. (Martínez Sánchez, 2015, p. 13).

Esta nulidad *ab initio* permite desvirtuar un derecho que solo existía en apariencia, que por su origen espurio no llegó a consolidarse y como tal no puede exigir la contraprestación del reconocimiento y garantía de que trata el artículo 58 de la Carta Política. Sobre el efecto de esta nulidad, el doctor Wilson Martínez presenta el siguiente planteamiento:

“Como corolario de lo anterior puede sostenerse que la persona que ha adquirido el dominio de un bien por medio de conductas que contravienen el ordenamiento jurídico, que causan daño al Estado o a otros particulares, o que provocan un grave deterioro de la moral social, no es verdadero titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento ni protección. Esta persona solo es titular del derecho de dominio en apariencia, ya que ante la ilegitimidad de su origen, en realidad este derecho nunca fue merecedor de reconocimiento jurídico. Por esta razón la Corte Constitucional ha fijado su posición, en el sentido de que la sentencia de extinción de dominio es de naturaleza declarativa, como quiera que ella declara que la persona no es en realidad titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento y protección jurídica, por cuanto el dominio del bien fue adquirido por medios que contravienen los postulados morales básicos sobre los cuales se funda el Estado colombiano. Y como consecuencia de esa declaración, los bienes ilícitamente adquiridos deben pasar al Estado, sin compensación ni retribución alguna, para que ellos sean utilizados en beneficio común”. (Martínez Sánchez, 2015, p. 8).

Es de anotar que este juicio sobre la validez del acto jurídico no es de la esfera exclusiva de la extinción de dominio, pues algunas legislaciones prevén disposiciones similares con relación al comiso penal, como sucede, por ejemplo, con las disposiciones del comiso de los bienes vinculados con las

actividades de narcotráfico contenidas en el artículo 364 del código penal español, que también prevé la nulidad de los actos jurídicos relacionados con los bienes que serían pasibles de una pretensión de comiso:

“3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores”.

”.

Sin embargo, cabe destacar que con anterioridad al reconocimiento de la nulidad *ab initio* como principio de la extinción de dominio en la nueva codificación extintiva, ya la legislación hondureña²³⁰ y guatemalteca²³¹ habían reconocido este principio como fundamento de legitimación de este

²³⁰ Artículo 6º del Decreto Legislativo 27 de 2010: “Todo negocio o contrato que conlleve la adquisición o disposición de los bienes, productos, instrumentos o ganancias previstos en esta Ley, se consideran nulos *ab initio* o sea desde el momento en que la acción o acuerdo tuvo lugar. Las personas están en la obligación de actuar con la debida diligencia respecto a los antecedentes u origen del bien, al momento de la suscripción de un contrato de adquisición o disposición.

La adquisición de bienes, productos, instrumentos o ganancias, con origen ilícito o sin justificación económica o legal de su procedencia, no constituyen justo título, en tal razón el juez que conoce de la acción a que se refiere esta Ley, en la sentencia que dicte declarará la nulidad del título que así lo establezca y hará las inscripciones o revocación de inscripciones que corresponda”.

²³¹ Literal “a” del artículo 3º del Decreto 55 de 2010 “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*”.

instituto jurídico. Sobre el particular, la doctrina en Guatemala precisa lo siguiente:

“En ese sentido, la Ley de Extinción de Dominio determina que no se pueden reconocer, ni tampoco darles validez jurídica a aquellos actos de adquisición o disposición de bienes, que constituyan negocios jurídicos y que se realicen sobre patrimonio que sea producto o se origine a partir de una actividad delictiva, dicho principio encuentra coherencia con lo establecido en el artículo 1251 del Código Civil que establece que: *“El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y **objeto lícito**”*. (El subrayado es propio); por lo que es claro que aquellos bienes que provengan de la comisión de actividades ilícitas no pueden ser considerados lícitos y por lo tanto, hacen nulo cualquier negocio jurídico que se realice alrededor de dichos bienes.

Así mismo, el artículo 1301 del Código Civil, establece que hay nulidad absoluta en el negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas; y en ese aspecto también es claro, que un negocio jurídico que se constituya sobre bienes producto de la comisión de actividades ilícitas es contrario al orden público, porque ningún Estado alienta a sus ciudadanos, ni emite normas para que estos adquieran sus bienes a partir de la comisión de actividades ilícitas, el mismo hecho de la comisión de tales actividades es contrario a los fines sociales y al orden público por cuanto afectan a la colectividad.

En esa virtud, como bien lo establece el artículo anterior *“...los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación.”*; lo que implica que un bien que haya sido adquirido bajo las circunstancias anteriormente mencionadas, no consolida en ningún momento el derecho de propiedad, por cuanto

dicho negocio en sí mismo adolece de nulidad absoluta en razón de la circunstancia en que ha sido adquirido dicho bien o el origen que tiene el mismo y en todo caso tal y como lo establece el artículo 4º de la Ley del Organismo Judicial, se consideran ejecutados en fraude de ley." (Villeda Sandoval, 2017, p. 28).

Es claro que la nulidad *ab initio* tan solo es una consecuencia civil derivada de una valoración normativa de un presupuesto de hecho de carácter civil, hoy ampliamente desarrollado a través de la Teoría del Acto Jurídico, que, por su construcción, coherencia y relación con los fines de la extinción de dominio, constituye un pilar basilar, sobre el cual se construye el instituto de la extinción de dominio, aspecto en el que ahondaremos más adelante.

a) Consecuencias y efectos de la naturaleza civil.

(1) Intemporalidad de la declaración de extinción de dominio: imprescriptibilidad y retrospectividad

Es su naturaleza civil la que permite sustentar una de la principales características del instituto de la extinción de dominio, como lo es su intemporalidad, pues es precisamente esta discusión sobre la validez del acto jurídico la que ha permitido precisar los alcances de este instituto en el tiempo, pues, de una parte, traslada al campo de la extinción de dominio una valoración que solo estaba reservada al juez civil: revisar la validez del acto jurídico que en apariencia constituye

el derecho; por lo cual, el problema de la licitud de la causa y el objeto de un acto jurídico, dejan de ser un asunto reservado solo a los conflictos que surgen entre particulares, y por razones de seguridad y orden público, se otorga legitimación al Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, la facultad de adelantar las acciones correspondientes, pues como bien lo reconoce la Corte Constitucional, esta ya era una condición preexistente en nuestro ordenamiento jurídico:

“No se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales. Simplemente se está haciendo explícita por la ley una condición que ya 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. Mediante las disposiciones de esta ley no se hace nada distinto de afirmar el mecanismo institucional para deducir la consecuencia de la señalada premisa: la entrega al Estado de unos bienes que nunca fueron de la legítima propiedad de quienes decían ser sus dueños”. (Sent. C-374/97).

Resulta importante destacar que fue la misma Corte Constitucional, y no el legislador, quien definió en su momento la característica de retrospectividad de la extinción de dominio, pues que en este tema no se pueda hablar de retroactividad de la ley, pues para ello, la ley no puede entrar a desconocer derechos debidamente adquiridos conforme al ordenamiento jurídico. Sin embargo, como quiera que la finalidad de la figura es la de revelar la apariencia del derecho, es decir, declarar que dicho derecho no nació a la vida jurídica, en ese sentido, no se puede proteger un derecho cuando se declara que

jamás tuvo existencia, solo una simple apariencia. Estos fueron sus argumentos:

“Contra lo que señalan los demandantes, la norma examinada no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal, primero porque, como ya se dijo, no se está ante la aplicación de penas, y segundo por cuanto la figura allí prevista no corresponde al concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino al de retrospectividad. (...).

En efecto, puede verse en el texto del artículo que la Ley aprobada "rige a partir de la fecha de su promulgación", es decir que sus disposiciones tendrán efecto y concreción en el futuro y sobre la base del conocimiento público y oficial de su contenido. Luego no es retroactiva. Sin embargo, el segundo inciso advierte que la extinción del dominio habrá de declararse con independencia de la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aún, tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la ley. Esta previsión no implica que se autorice a los jueces para desconocer derechos adquiridos con arreglo al orden jurídico precedente, pues si ello fuese así se tendría sin duda una flagrante inconstitucionalidad, dada la garantía que contempla el artículo 58 de la Carta Política, el cual asegura que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Pero no es ese el caso, según se desprende de la interpretación que esta Corte ha hecho sobre los alcances del artículo 34, inciso 2, de la Constitución, toda vez que, al tenor de ella, en los eventos allí descritos, desarrollados por los artículos 2º de la Ley 333 de 1996 y 14 de la Ley 365 de 1997, no hay derecho adquirido alguno. Esto significa, por sustracción de materia, que, no habiendo objeto sobre el cual pueda haber recaído la protección del sistema jurídico, es no solamente posible sino natural y obvio que el Estado tenga la facultad de hacer explícito mediante sentencia

que ningún derecho existía, con miras a deducir los efectos prácticos de esa situación jurídica, tomando para sí, a nombre de la sociedad, los bienes mal habidos, sin importar la fecha en que la supuesta adquisición se produjo.

Para la Corte, el principio de irretroactividad de la ley descansa más en la necesidad de realizar la seguridad jurídica, como valor de interés público, que en la protección ciega y absoluta del interés individual. (Sent. C-374/97).

Se podría preguntar, ¿si siempre ha existido en el ordenamiento jurídico la norma para cuestionar el acto de validez del acto jurídico, ¿por qué se debe acudir a una ley especial y a una jurisdicción diferente a la Civil? La respuesta es bastante sencilla. Simplemente, porque con la nueva Constitución de 1991, el tema dejó de ser un asunto de conflicto entre particulares, y adquirió una dimensión de seguridad pública o de orden público como lo reconocen las legislaciones de Honduras, El Salvador y Guatemala; por lo cual, al reconocerse al Estado la legitimación para demandar su declaratoria, esta pretensión ya no es particular sino pública y, por ello también la pretensión extintiva es autónoma de la acción civil.

Este carácter retrospectivo también es sustentado desde una perspectiva constitucional, como bien lo propone Wilson Martínez, quien considera que, de no reconocer este carácter, se contrariarían varios preceptos constitucionales y permitiría que el Estado, por limitaciones de carácter legal, contribuyese en el Lavado de Activos. Estos fueron sus argumentos:

“Esta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que, si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir

de legalidad algo que nunca lo tuvo o que lo perdió. En otras palabras, sería el equivalente a crear un mecanismo legal de “lavado de activos”, para que los delincuentes pudieran revestir de legalidad sus enormes fortunas mal habidas.

(...).

Dicho en otras palabras, resultaría contrario a la noción de «orden social justo» que se permitiera que, por el puro y simple paso del tiempo, sin mediar circunstancia o actividad adicional alguna, una persona pudiera adquirir el derecho de dominio sobre un bien proveniente de actividades ilícitas y del cual solo era dueña en apariencia.

(...)

De otra parte, esa intemporalidad de la extinción es consecuente con la doctrina dominante sobre los derechos reales, a la luz de la cual estos se adquieren solo en la medida que medie el título y el modo previsto en la ley. En el caso de los bienes de origen ilícito, el individuo carece de un justo título que lo legitime a adquirir el derecho de dominio, pues aunque se verifique el perfeccionamiento del modo, ninguna persona puede alegar válidamente como título legítimo de propiedad, la comisión de una conducta prevista en la ley como ilícita”. (Martínez Sánchez, 2015, p. 12)

En términos semejantes la doctrina centroamericana se ha pronunciado sobre esta consecuencia civil, como bien reflexiona Carlos Eduardo Cárdenas al analizar los efectos de la ilicitud del título en la legislación costarricense:

“Por ende, la prescripción tiene su resguardo constitucional y se basa en los principios de seguridad y de certeza jurídica, sin embargo, tiene que analizarse que todo derecho no proveniente de una acción lícita, no podría considerarse como legalmente aceptado por el derecho, debido a que la prescripción de un acto o contrato nulo “en el presente caso ilegal” nunca ha existido o nacido a la

vida jurídica. De esta manera, se ha cuestionado que la prescripción de una nulidad absoluta es como —revivir un muerto—, cuestión similar a un contrato ilegal o la adquisición de bienes ilícitos provenientes de algún acto ilícito (incluyendo el delito). Además, dicho acto nunca nació a la vida jurídica, por lo tanto, es un contrasentido aplicar el instituto de la prescripción (negativa) a algo que ni siquiera ha nacido legalmente. La anterior circunstancia es similar con los bienes obtenidos de actividades provenientes de actividades ilícitas y por ser un mero proceso civil o administrativo contencioso no debería tener amparo del derecho. Por consecuencia, la prescripción no se le debería aplicar, salvo a la buena fe de los patrimonios incorporados a los afectados —terceros de buena fe—. (Cárdenas Chinchilla, 2013, p. 124)

Similar importancia tiene la posición de la Corte Constitucional frente la imprescriptibilidad de la acción extintiva, pues sin duda constituye uno de los más grandes aportes realizados por este alto tribunal, al declarar de oficio la inconstitucionalidad de término prescriptivo que fijaba la Ley 333 de 20 años²³², y si bien la discusión no fue pacífica²³³, los argumentos planteados en su

²³² Literal "a" del artículo 3º del Decreto 55 de 2010 "*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*".

²³³ Al respecto, se destaca el salvamento de voto realizado por el magistrado "Carlos Gaviria Díaz: "Dos son los fundamentos de la prescripción extintiva: el primero, el orden público; el segundo, la seguridad jurídica. "De todas las instituciones del derecho civil, la prescripción es la más necesaria para el orden social", decía Bigot de Preameneu, citado por los Mazeaud, al presentar ante el Cuerpo Legislativo el proyecto de título del Código Civil francés relativo a la prescripción. Y el gran jurista belga Laurent escribía: "¡Representaos un instante el estado de una sociedad en la que pudieran alegarse derechos que dataran de diez mil años!... Una incertidumbre permanente y universal tendría como consecuencia una perturbación general e incesante". (Citado por Henri y

momento en la sentencia C-374 de 1997, facultaron a que esta característica fuera recogida expresamente en el nuevo estatuto de extinción de dominio. Esta fue la postura asumida oficiosamente por la Corte:

“Por esas mismas razones, que justifican la constitucionalidad de la norma en cuanto consagra un carácter retrospectivo de la extinción del dominio, puesto que implican también la consecuencia jurídica de que los vicios que afectan el patrimonio mal habido jamás pueden sanearse, y menos todavía inhibir al Estado para perseguir los bienes mal adquiridos, se declarará inexecutable la última parte del inciso 2 de la norma, que dice:

“...siempre que dicha adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos haya sido realizada con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a esta medida de extinción, así la legislación haya modificado o modifique la denominación jurídica, sin perjuicio del término de prescripción de que trata el artículo 9º de esta ley”.

León Mazeaud, y Jean Mazeaud, “Lecciones de Derecho Civil”, parte segunda, volumen tercero, pág. 411, ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, 1960).

La prescripción es, además, un factor de la seguridad jurídica. Según Josserand, esta institución “presenta la ventaja de evitar averiguaciones difíciles, de conjurar contiendas tardías, de poner término a las reclamaciones póstumas y a la chicana; un proceso motivado por un crédito de un siglo o más, suscitaría cuestiones de hecho y de derecho cuya solución sería difícil: la seguridad jurídica exige que se ponga un término a las reivindicaciones ya en sus comienzos”. (Ob. Cit., pág. 744, tomo II volumen primero).

Y sobre el fundamento de la prescripción de la acción penal y de la pena, escribió el maestro Carlos Lozano y Lozano: “El daño público del delito, o sea la intimidación y la alarma sociales que produce, se van borrando con el tiempo y llegan a extinguirse por completo; y entonces cesa el fundamento esencial de la represión. A lo cual se agrega que los padecimientos e inquietudes del responsable, obligado a la fuga, al exilio, al abandono de su familia, pueden considerarse como un sucedáneo de la sanción social. Un dilatado espacio de tiempo hace muy difícil la recolección de las pruebas y su estudio y confrontación, de modo que habría el peligro de cometer graves errores judiciales. Además, cuando el delincuente no vuelve a delinquir durante un largo lapso, es natural y jurídico presumir que se ha arrepentido y corregido, lo cual demuestra que ha cesado de ser peligroso.” (“Elementos de Derecho Penal”, p. 388, Ediciones Lerner, Bogotá, 1961”). (Sent. C-374/97).

Y, por unidad de materia, dada la inescindible relación con el aparte hallado contrario a la Constitución, será también declarado inexecutable el artículo 9º de la Ley, ya que, contra el claro sentido intemporal del citado precepto de la Constitución, consagra una prescripción de la acción de extinción del dominio, dando lugar al saneamiento —no querido por la Carta— de las fortunas ilícitas". (Sent. C-374/97).

Sin embargo, después de reconocer el carácter dual de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio y tras analizar los fundamentos de la Corte Constitucional para derivar el carácter intemporal de la ley de extinción de dominio, se hace necesario fijar postura al respecto, pues resulta bastante complejo el reconocimiento de la retrospectividad e imprescriptibilidad de la acción en los casos de destinación ilícita y de adquisición de mala fe, pues aquí no se hace un juicio valorativo del nacimiento del derecho, sino que se enfoca a verificar el incumplimiento de las expectativas de conducta frente al respeto del régimen constitucional y legal de la propiedad; y, como se ha mencionado durante este estudio, aquel debe ser un juicio de valoración subjetiva y la consecuencia jurídica se impondría a título de sanción. Por tanto, reconocer la retrospectividad en estos dos eventos, constituyen un exceso que no tiene un sustento claro, por lo cual, lo ideal sería limitar este tema a las causales de origen y no extenderlas a las de destinación.

(2) No consolidación de derechos por tradición entre vivos y por causa de muerte

Una de las principales razones que llevaron a la concepción de la extinción de dominio fue la imposibilidad que existía en el

ordenamiento jurídico para perseguir los bienes de origen ilícito que se transferían a través de una sucesión o herencia, como quiera que, para ese momento los principales narcotraficantes habían fallecido y se estaban legalizando sus espurias fortunas por vía de la sucesión civil. En principio, no era claro el fundamento de legitimación de la extinción de dominio de bienes adquiridos por vía de sucesión, como se desprende de la exposición de motivos:

“Para evitar el fraude a la ley se establece la posibilidad de la extinción de los bienes transferidos por acto entre vivos, cuando un tradente(sic) los hubiere adquirido en cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 2º de esta ley y los adquirentes hubieren actuado con dolo o culpa grave respecto del conocimiento de las causales anteriores. No obstante, cuando la adquisición sea a título gratuito o por un valor inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor comercial de los bienes, deberá demostrarse la buena fe exenta de culpa. (Ministerio de Justicia, 1996)

(3) Efectos probatorios frente a la carga de la prueba

Otro de los temas polémicos en materia de extinción de dominio, es el relacionado con la carga de la prueba, el cual se desprende también de las convenciones internacionales que promueven un tratamiento especial de la dinámica probatoria en las investigaciones donde se pretenden bienes ilícitos con fines de comiso, donde incluso, se llega a recomendar la inversión de la carga de la prueba para este tipo de indagaciones.

Esta propuesta parte de la idea de que la pretensión patrimonial dentro del proceso penal es de naturaleza distinta a la pretensión de declaración de responsabilidad penal. Por esta razón, su reconocimiento, no debe estar sometido al régimen de garantías propio del derecho penal. De la misma forma, al trasladar la discusión al escenario del trámite de extinción de dominio, en los casos en que un bien se cuestiona por no tener origen lícito, su naturaleza no punitiva, abre la puerta para dar un tratamiento más flexible al tema de la carga de la prueba, siendo admisibles otras teorías de distribución de las obligaciones probatorias, pues es esta naturaleza la que permite adoptar figuras que se han desarrollado en otras áreas del derecho, como la solidaridad probatoria y la carga dinámica de la prueba, en aquellos eventos donde se invocan hechos de muy difícil o imposible corroboración.

Sin embargo, se debe precisar que a pesar de que el Código de Extinción de Dominio admite expresamente estas teorías en el artículo 152, lo cierto es que el esquema procesal está planteado para que responda al *onus probandi* propio del derecho civil, como quiera que, a diferencia de las leyes anteriores, en este nuevo estatuto el legislador se preocupó por describir de manera detallada las exigencias o cargas probatorias que le corresponden a la Fiscalía General de Nación, para lo cual, el artículo 118 del código establece una serie de requerimientos que orientan la actividad probatoria del ente de investigación²³⁴; es decir, mantiene la carga de la

²³⁴ Norma que adapta al contexto jurídico nacional el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas.

prueba en cabeza del Estado²³⁵, pero a su vez, establece en los artículos 5º y 13 del código, reglas que mantienen el equilibrio frente a la carga de la prueba, lo que nos permite concluir que, si bien la extinción de dominio admite la posibilidad de reconocer o aplicar las teorías de la “solidaridad probatoria” o de la “carga dinámica de la prueba”, en la práctica, el sistema se adscribe al *onus probandi* del derecho civil, donde cada parte acredita los fundamentos de sus pretensiones.

(4) La buena fe objetiva, calificada o ética actúa como generadora de derechos, de acuerdo con los postulados del derecho Civil.

Como se mencionó anteriormente, atendiendo a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, se reconoce que el principio de la buena fe cumple una doble función dentro del trámite extintivo: tratándose de causales de origen ilícito, la buena fe actúa en su versión más garantista; es decir, como generadora

²³⁵ Código de Extinción de Dominio, 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”.

de derechos, permitiendo así, reconocer una nueva realidad jurídica saneando la invalidez de un acto jurídico que desde el principio no podía transmitir ningún derecho. Esta buena fe debe ser objetiva y verificable; de ahí, que tenga que ser demostrada a través de actos positivos por quien la alega, pues como se parte del supuesto de que para fijar la pretensión extintiva el Estado previamente debió desvirtuar la presunción de buena fe (art. 118, num. 5º), quien invoque dicha condición, queda con la carga de controvertir objetivamente las pruebas de la fiscalía, demostrando que no actuó de manera imprudente o negligente (culpa psicológica) en la adquisición del derecho²³⁶, es decir, demostrando que fue debidamente diligente en la realización del acto jurídico.

²³⁶ Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional ha dado plena validez dentro del ordenamiento jurídico a la máxima de "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (Sent. C-83/95) mediante la cual, a nadie se le permite que alegue a su favor o pretenda beneficiarse de su propia culpa o torpeza. De ahí que será un proceder objetivo acorde con la buena fe el que permita el reconocimiento del derecho. Sin embargo, basta con que existan elementos mínimos que permitan considerar, en grado de probabilidad, que el tercero conocía o estaba en capacidad de conocer la ilicitud que compromete al bien, para que la protección constitucional al derecho a la propiedad no opere. Es de anotar que esta circunstancia no es exclusiva de la extinción de dominio, pues es exactamente igual a la valoración de la situación de los terceros frente a un bien comprometido en una circunstancia de comiso penal, como bien explica Choclan Montalvo, quien plantea esta consecuencia en los siguientes términos "*Aunque el Código no tiene la claridad que fuera deseable, debe considerarse como mala fe del tercer adquirente todo supuesto en que éste tenga conocimiento cierto, o se haya representado la probabilidad de que así sea, de la condición de decomisable del bien de que se trate, aunque este bien no tenga un origen ilícito. De este modo, el comiso podrá decretarse en estos dos casos: 1) En el caso de que el tercero adquiera bienes de origen ilícito. En este supuesto el tercero probablemente será responsable del delito de receptación o del delito de blanqueo de dinero, que asimismo permiten el comiso del objeto de la acción.*

2) En el caso de que adquiera la cosa que fue utilizada como instrumento del delito y sobre la que el autor o partícipe del hecho podían ostentar un derecho de propiedad, cuando tal adquisición frustró el comiso." (Choclán Montalvo, 2000, p. 349-350).

Sobre las fuentes de la debida diligencia, resulta oportuno recordar la importancia que tiene el sistema contra el lavado de activos en función de la extinción de dominio, pues de acuerdo con las obligaciones internacionales, especialmente, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, se reconoce que existe una serie de recomendaciones para prevenir el lavado de activos de origen ilícito, por lo cual, estas cargas de comportamiento, que vienen siendo incorporadas de distintas formas en los ordenamientos jurídicos, constituyen uno de los principales referentes para identificar las objetividades a partir de las cuales se deberá reconocer si se cumplió o no con los postulados de la buena fe exenta de culpa.

Es de precisar que dichas recomendaciones no se restringen solo a los tradicionales sujetos obligados: bancos, entidades financieras, cooperativas, compañías bursátiles, cambiarias, etc. A partir del 2012, se han extendido a un sinnúmero de personas del sector real, seleccionadas como APNFD (actividades profesionales no financieras designadas)²³⁷, de donde se destacan los agentes inmobiliarios, comerciantes de metales y de piedras preciosas, los abogados, notarios, contadores, prestamistas no financieros, entre otras actividades de alto riesgo para el manejo de bienes o recursos de origen ilícito.

Sobre esta función de la buena fe en las causales de naturaleza civil, resulta importante destacar los lineamientos que fijo en su momento la Corte Constitucional para su reconocimiento:

²³⁷ Recomendaciones 22 y ss., del Gafi.

“Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: “*Error communis facit jus*”, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que “Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa” (Sent. C-1007/2002).

4. La extinción de dominio como instituto de carácter sancionatorio

Como se ha reseñado durante el presente estudio, el proceso evolutivo que ha tenido la extinción de dominio ha permitido constituir todo un nuevo sistema normativo; de ahí la

importancia de penetrar más en su comprensión, que como hemos reconocido al analizar la naturaleza y fuente de las causales, no todas ellas responden a la misma naturaleza, fundamento o finalidad; por ello se hace necesario realizar el ejercicio de construcción de la figura a partir de la identificación de los elementos que conforman dicho sistema normativo, para lo cual, se acude a buscar aquellos elementos que convergen en un punto en común y de esta manera decantar los componentes del sistema normativo, que a juicio de José Luis Estévez, serán los que nos facilitará dicho proceso de definición:

“Ciertas proposiciones jurídicas forman conjuntos planetarios con manifiesta unidad, convergiendo en torno a un común centro gravitatorio. Son partes dotadas de individualidad propia, perfectamente diferenciadas de las restantes en su consistencia, en su función y en su finalidad. Tomadas en bloque, tienen un sentido cabal; constituyen una unidad significativa nítidamente deslindada, plenamente inteligible; pero, ya insusceptible(sic) de división. Verdaderas partículas-límite de la fenomenología jurídica, no es posible trascenderlas, en un intento de escisión ulterior, sin perder, de un modo irreparable, sus más íntimas calidades valiosas” (Estévez, 1956 p. 170).

Dentro de este ejercicio de selección, se puede apreciar cómo existen distintas causales y circunstancias dentro del proceso de extinción de dominio que guardan características en común cuya naturaleza y fundamentación no pueden sustentarse a partir de la idea de una naturaleza civil fundada en normas objetivas de valoración. Se hace relación a las causales de destinación ilícita y a la situación de los terceros que actúan por fuera de los postulados de la buena fe exenta de culpa.

En anteriores discusiones sobre la materia, se perfilaba la necesidad de desconocer la tesis de la consecuencia patrimonial no penal de las actividades delictivas, para dar paso a la revisión de una posible naturaleza sancionatoria. Sobre el particular, el Dr. Jorge Humberto Betancur Echeverri identificaba algunos aspectos en los cuales la tesis de una naturaleza civil o no penal resultaba insostenible:

“No obstante, cuando el interés sobre el bien proviene de un tercero, no es posible la demostración objetiva del vicio que carga el título de adquisición, ya que también se requiere el análisis subjetivo de la conducta de éste. Es por lo que sigo insistiendo que la Ley 793 de 2002, al igual que la derogada Ley 333 de 1996 no son absolutamente de carácter real, cuando debieron ser estructuradas de esta manera” (Betancur Echeverri, 2004).

Por su parte, no se puede desconocer que la exposición de motivos del proyecto que diera vida a la Ley 333 de 1996, partía de la idea de reconocer una naturaleza sancionatoria de la nueva figura que se estaba creando:

Quizás la mayor virtud del Proyecto puesto a su consideración radica en que frente a un supuesto de hecho normativo de contenido económico erige un mecanismo unívocamente dirigido a provocar efectos de contenido económico: ninguna conclusión diferente podría extraerse de una interpretación rigurosa de la disposición constitucional referida a aquella que impone conferir al Estado, como última autoridad de regulación de la vida en sociedad, la facultad para imponer en su favor una sanción de carácter patrimonial a quienes han querido obtener réditos o beneficios económicos de su tránsito por los extramuros del derecho y que, por consecuencia, bien

puede constituirse en herramienta idónea de coerción para impedir que los ciudadanos recurran a la ilegalidad en su intento de hacer fortuna" (Ministerio de Justicia, 1996).

Así mismo, como se analizó al momento de revisar los antecedentes del instituto, no existe duda que las causales de extinción de dominio, tienen su fuente y son el desarrollo de las recomendaciones contenidas en las convenciones de las Naciones Unidas de Viena, Palermo y Mérida, que, a su vez, recogieron las principales formas de comiso que existen en el mundo. Si bien concurren voces en la doctrina que no logran precisar si el decomiso contenido en estos instrumentos internacionales tiene una naturaleza sancionatoria o constituye una medida de otra naturaleza (Vargas González, 2012, p. 37), se puede concluir que en el mismo texto los instrumentos internacionales no dejan duda al considerar que dichas circunstancias de decomiso (entiéndase causales), son reconocidas como sanciones, como bien se desprende del literal a), del numeral 4° del artículo 3° de la Convención de Viena, que al respecto dispone:

"Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso;"

Es por lo que a pesar de que el presente trabajo expone los fundamentos para alegar una estirpe civil de una parte de la figura, reconoce también, que no es posible desprenderse de su ascendente sancionatorio, pues como se mencionó al momento de realizar una aproximación conceptual del instituto,

la extinción de dominio no es otra cosa que el mismo comiso penal despojado de su ropaje punitivo; es decir, que se reconoce a través de un procedimiento no penal. Por ello, al importar del comiso circunstancias que tienen una naturaleza sancionatoria, como el comiso de seguridad, por el peligro que representan algunos bienes; o el comiso de medios o instrumentos, los cuales se preocupan de los actos de disposición de los bienes en función de la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico, no es nada extraño que el instituto conserve algo de su herencia penal. Desconocer el carácter sancionatorio de la extinción de dominio sería desconocer una gran parte de su naturaleza, pues como se mencionó anteriormente, en la actualidad, la mitad de las causales responden a un típico instituto de derecho sancionatorio constitucional.

Es por esto, que tratándose de las causales de destinación ilícita o de los eventos de adquirentes que no proceden dentro de los parámetros de la buena fe exenta de culpa, la declaratoria de extinción de dominio retira el reconocimiento de protección constitucional al derecho a la propiedad por el acto de disposición contrario a las expectativas sociales de comportamiento frente al lícito ejercicio de tal derecho. Al respecto, Wilson Martínez sintetiza esta consecuencia jurídica de la siguiente manera:

“La principal consecuencia de lo anterior se muestra claramente: el derecho a la propiedad válidamente adquirido puede perderse por medio de la extinción de dominio, cuando el titular de ese derecho da a los bienes un uso contrario a la función social que es inherente a la propiedad, pues se entiende que ese uso constituye un

ejercicio arbitrario e injusto del derecho subjetivo que se ostentaba.

En estos casos, la sentencia de extinción de dominio sigue siendo declarativa. Pero ya no en el sentido de declarar que la persona nunca ha sido realmente propietaria de los bienes, sino en el de declarar que el derecho de propiedad que ostentaba ha dejado de ser digno de reconocimiento y protección por parte del Estado, a partir del momento en que el titular del derecho destinó los bienes a fines ilícitos. En estos casos de bienes de origen lícito, el derecho de dominio no deja de tener reconocimiento y protección por razón de la sentencia, sino por razón de la destinación de los bienes a un fin contrario a la función social de la propiedad. La sentencia simplemente reconoce y declara esta situación, ordenando que la titularidad de los bienes pase a favor del Estado sin contraprestación alguna para el anterior propietario. Es por ello que la sentencia no es constitutiva de la pérdida del dominio, sino declarativa de esa situación" (Martínez Sánchez, 2015, p. 10).

Somos conscientes que procurar revivir la idea de la naturaleza sancionatoria de la extinción de dominio va en contravía del interés del legislador, que desde el Decreto 1975 de 2002, y posteriormente, a través de la Ley 793 de 2002, fue bastante precavido de utilizar en la redacción de la norma un lenguaje neutro, ajeno o extraño a cualquier referencia penal. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, la presente postura no es otra cosa que el reconocimiento de la ficción con que inicialmente se construyó la figura, que como se aludió al inicio de este capítulo, partió de una falacia jurídica del legislador, de construir el instituto a partir de la idea de que este no era penal o sancionatorio, con lo cual, podemos concluir que hasta el momento, con la extinción de dominio se ha venido cumpliendo el Teorema de Thomas que prescribe que "Si

las personas definen las situaciones como reales, éstas son reales en sus consecuencias”.

Son varios los supuestos de hecho consignados en las causales de extinción de dominio que se ocupan de conductas concretas frente al ejercicio y disposición del derecho a la propiedad, atendiendo al cumulo de expectativas de comportamiento que se derivan de aquellas disposiciones constitucionales relacionadas con el denominado régimen constitucional del derecho a la propiedad privada, donde se establecen límites racionales al ejercicio y disposición de dicho derecho y se imponen deberes concretos de actuar, entre ellos, la observancia de las obligaciones que emanan de la función social y ecológica de la propiedad, cuyo desconocimiento o vulneración acarrea sin duda una consecuencia jurídica, debido al peligro que representa para la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Y son precisamente este tipo de disposiciones las que permite retomar la discusión del carácter sancionatorio de algunas normas sustanciales de extinción de dominio, pues como bien destaca el profesor Luis Gracia Martín, las normas jurídicas que establecen mandatos y prohibiciones, son los presupuestos lógicos de las normas sancionadoras (Gracia Martín, 2006, p. 63), pues a través de estas normas se determinan la voluntad de una persona hacia una meta, con lo cual, el proceder en contra de ciertos preceptos normativos, no solo penales, va a sustentar la extinción de dominio como consecuencia jurídica a título de sanción.

Este cúmulo de mandatos y prohibiciones emanan directamente del régimen constitucional de la propiedad privada, que como se ha sostenido, es el que contiene las reglas de las cuales se desprenden las expectativas de comportamiento frente a la adquisición, ejercicio o disposición del derecho a la propiedad privada, expectativas que deben ser objeto de análisis cuando las pretensiones de extinción de dominio sobre un bien se sustentan en una causal de destinación o utilización ilícita, o cuando se examina el proceder de un tercero adquirente que alega ser de buena fe exenta de toda culpa, donde la valoración se va a centrar en la observancia o cumplimiento de ciertos imperativos normativos, mandatos y prohibiciones (normas subjetivas de determinación), relacionados con el ejercicio del derecho a la propiedad privada.

Por ello, la Corte Constitucional acogiendo la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales (Alexi, 1993, p. 119), reconoce también como sustento de la declaratoria de extinción de dominio, la consideración de que el derecho a la propiedad privada no es absoluto y tiene unos límites marcados por el interés general²³⁸:

²³⁸ En similar sentido se acoge el concepto de propiedad en la literatura especializada de El Salvador, al indicar que “... el derecho de propiedad actualmente reconocido no puede predicarse como absoluto, pues el ejercicio del mismo reconoce restricciones legítimas que inclusive la Constitución expresa en el contenido de la función social de la propiedad; por ello, la antigua visión de uso, disfrute y abuso de los bienes no tiene aplicación en todo su sentido, puesto que la propiedad habrá de servir no solo a los intereses individuales sino también a los colectivos, permitiendo una adecuada interacción del orden social, así no toda expresión de la propiedad per se genera un ámbito desmedido de su utilización, y la ley puede con fines de bien común generar razonables restricciones, por ese sentido social que la Constitución establece respecto del derecho de propiedad.

““La propiedad es una función social que implica obligaciones”, y en ese sentido, quien ostenta un título válido de propiedad se expone a perderlo si no ejerce su derecho de manera legítima, acorde con el ordenamiento jurídico. En palabras de la Corte Constitucional “Desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales” (Sent. C-740/2003).

Se puede concluir por tanto, que el carácter sancionatorio de la extinción de dominio se centra en el desconocimiento consiente y voluntario del titular de un derecho patrimonial de aquellas normas de determinación²³⁹ que buscan evitar que un bien sea

Es por eso que el derecho de propiedad admite restricciones legítimas, una de ellas, la cual debería ser considerada la restricción por excelencia, es que los bienes derivados de actividades ilícitas no pueden ser objeto de una legítima apropiación y que conforma a la ley puede declararse extinguido el dominio que sobre ellos se ejerce o se pretende ejercer” (Velado Escobar, 2017).

²³⁹ Es de anotar que la observancia de normas de determinación no es un tema nuevo en materia de extinción de dominio, pues ya la había advertido la Corte Constitucional al indicar que: “En el caso de los derechos fundamentales, es bien sabido que pueden verse afectados directa o indirectamente, de una u otra forma, por cualquier regla jurídica, ya en el campo de las relaciones entre particulares, o en el de las muy diversas actividades del Estado. En últimas, en el contenido de todo precepto se encuentra, por su misma naturaleza, una orden, una autorización, una prohibición, una restricción, una regla general

destinado o utilizado en una actividad ilícita; o, de aquellas reglas de conducta que obligan a un proceder acorde con los postulados de buena fe y debida diligencia al momento de adquirir un derecho patrimonial, que a pesar de cumplir de manera objetiva con las cargas de la observancia de las condiciones civiles respecto a la existencia de un origen lícito y un justo título, se procede con el pleno conocimiento de su origen ilícito, desatendiendo así, los deberes de prudencia y debido cuidado exigible a todo adquirente de buena fe.

a) Consecuencias y efectos de la naturaleza de carácter sancionatorio.

(1) La buena fe exenta de culpa actúa como el elemento negativo de las causales de extinción de dominio de naturaleza sancionatoria

Como quiera que desde la creación de la figura jurídica, siempre se han salvaguardado los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, por lo cual, un proceder acorde con la observancia de un deber objetivo de cuidado, tiene la capacidad de neutralizar el reconocimiento de la consecuencia jurídica, pues la extinción de dominio se reconoce de manera general, exceptuando los eventos en que se acredita un proceder ajustado a las expectativas de

o una excepción, cuyos efectos pueden entrar en la órbita de los derechos esenciales de una persona natural o jurídica." (Cita de la Sent. 247/95 -Sent. C-374/97).

comportamiento frente al ejercicio y disposición del derecho a la propiedad.

Es de aclarar que con relación a las causales de naturaleza sancionatoria, los fundamentos del reconocimiento objetivo de la exención de culpa, no pueden ser los mismos que frente a las causales de naturaleza civil, pues aquí no se requiere realizar un juicio de valoración normativa para verificar las condiciones para reconocer el nacimiento de un derecho, sino, por el contrario, se necesita verificar y valorar conductas teniendo como referentes parámetros normativos del cumplimiento de expectativas concretas de comportamiento de acuerdo con el régimen constitucional de la propiedad privada, en especial, con relación a la observancia de las obligaciones inherentes a la función social y ecológica de la propiedad, para determinar de esta manera, si dicho derecho se pierde a título de sanción constitucional.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que una de las principales fuentes de la buena fe objetiva en materia de causales de origen ilícito, son los postulados de debida diligencia que internacionalmente se vienen reconociendo al interior de los distintos sistemas contra el lavado de activos, los cuales responden a recomendaciones o estándares internacionales y que cada día son difundidos a distintas áreas empresariales y profesionales bajo el concepto de *compliance* o cumplimiento normativo. Sin embargo, dicho sistema está diseñado para adoptar medidas de debida diligencia para identificar, controlar, administrar y mitigar el riesgo de operaciones con bienes o recursos de origen ilícito y no propiamente para evitar los actos de destinación ilícita, por lo

que resultaba indispensable buscar una fuente distinta que permita valorar de manera idónea y objetiva los casos de exención de culpa.

Por ello, consideramos que el criterio más apropiado es acudir en estos casos a la valoración de la culpa normativa, la que es caracterizada por el ingrediente normativo “Deber de cuidado” el cual hace relación al vínculo objetivo de obligatoriedad que debe existir entre el comportamiento de una persona con el orden jurídico. En este caso, especialmente con el régimen constitucional legal de la propiedad privada.

Es de precisar también que el “Deber de cuidado” no es exclusivo del derecho penal, pues fue tomado del Código Civil Alemán que prevé una regla que determina que “*Actúa imprudentemente quien no observa el cuidado necesario en el tráfico social*”. Consideramos que adoptar este concepto de “deber de cuidado” permitirá aprovechar de mejor forma el ordenamiento jurídico, pues los problemas que suelen presentarse en extinción de dominio con relación al reconocimiento de terceros de buena fe se podrían resolver de mejor forma aprovechando los avances jurídicos que se han dado en la materia, como por ejemplo, la adopción de la Teoría de la Imputación Objetiva, como criterio de atribuibilidad de la consecuencia jurídica, que si bien ha sido de relativa aceptación en materia penal, considero que tienen mayor proyección en el campo de la extinción de dominio, dada su naturaleza jurídica y los criterios objetivos de valoración que exige la legislación extintiva, tema que solo lo expongo a título de reflexión, como quiera que su análisis desborda el objeto central del presente estudio.

(2) Posibilidad de admitir prescriptibilidad e irretrospectividad

Como se enunció al analizar la naturaleza jurídica de las causales de origen, se hizo relación a la debilidad de los fundamentos que han soportado el carácter intemporal del instituto frente a las causales de destinación ilícita o con relación a los terceros que proceden en contravía de los postulados de la buena fe exenta de culpa.

Sin duda, aquí se parte del supuesto contrario al de las causales de origen, es decir, que el derecho sí nace a la vida jurídica²⁴⁰ y, por tanto, debe gozar de una presunción de licitud, por lo cual, la garantía de protección constitucional del derecho a la propiedad privada debería operar sin restricciones.

Coherente con esta posición se encuentra la Ley Federal de Extinción de Dominio de México, que en su artículo 5º prevé la prescripción de la acción para las circunstancias de destinación ilícita, y reconoce la imprescriptibilidad de la acción sobre los bienes de origen ilícito, al señalar que:

“A la acción de extinción de dominio se aplicarán las reglas de prescripción previstas para los hechos ilícitos señalados

²⁴⁰ Con lo anterior, no se quiere decir que no pueden existir casos de bienes de origen ilícito que, a la vez, son destinados o utilizados ilícitamente, pues esta es una realidad muy común dentro de la práctica judicial. Simplemente se quiere destacar, que el cuestionamiento de un bien por destinación ilícita, parte de la presunción de licitud del bien comprometido.

en el artículo 7º, de conformidad con los plazos establecidos en el artículo 102 del Código Penal Federal, excepto en el caso de los bienes que sean producto del delito que será imprescriptible".

Esta calidad de prescriptible sería coherente con su naturaleza sancionatoria, que dentro del contexto colombiano se ha sustentado en el artículo 28 de la Carta Política, donde se prohíbe la existencia de penas o medidas de carácter imprescriptible, prohibición que se ha reconocido a toda acción de carácter sancionatorio. Sin embargo, el legislador, por razones de coherencia normativa, ha trasladado los atributos de las causales de origen a las causales de destinación, y, siguiendo la jurisprudencia constitucional (Sent. C-374/97), ha reconocido la imprescriptibilidad en todo el instituto.

III. CAUSALES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

La extinción de dominio constituye un sistema normativo en el cual los institutos que la componen no pueden ser valorados de manera aislada e independiente, toda vez que su naturaleza jurídica y sus fundamentos de legitimación obligan a interpretar sus disposiciones bajo una concepción sistémica; es decir, teniendo como referente los fundamentos y fines propios del instituto, siendo las causales de extinción de dominio el eje central que la integra. Por ello, se puede afirmar que los fundamentos teóricos que sustentan las causales son, para la extinción de dominio, lo que la Teoría del Delito significa para el derecho penal; por esta razón, su estudio a profundidad, constituye uno de los principales objetivos de la presente investigación, máxime, cuando la comprensión del contenido y límites de cada causal, dependerá en gran parte de la claridad que se tenga sobre la naturaleza jurídica que subyace a cada una de ellas.

Se puede afirmar también, que el principio de legalidad²⁴¹ en materia de extinción de dominio presenta su mayor concreción

²⁴¹ Al respecto, Jorge Pardo considera que las causales responden a un criterio de taxatividad, orientado por el principio de legalidad, al considerar que: *“Así mismo, debe tenerse en cuenta que la extinción de dominio se rige por el principio de la taxatividad, en el entendido de que si bien a esta no le son aplicables las garantías del proceso penal como se ha venido indicando, pero no es ajena a la observancia del debido proceso como derecho fundamental de rango constitucional, por lo tanto le es predicable el*

a través de las denominadas causales de extinción de dominio, también conocidas como presupuestos de extinción dominio²⁴² o bienes objeto de extinción²⁴³. Sin embargo, la problemática que ha generado este tema está íntimamente ligada a la concepción que se tiene de ellas y los efectos que estas producen, por lo que no todos los países que han adoptado este instituto manejan las mismas causales o presupuestos²⁴⁴, lo que incide de una u otra manera en su efectividad.

Lo primero que se debe precisar, es que no hay nada novedoso en las causales de extinción de dominio desarrolladas en el Código de Extinción de Dominio, pues éstas son una reproducción similar de los presupuestos contenidos en el artículo 6° de la Ley Modelo de Extinción de Dominio (Naciones Unidas- Unodc, 2011), los que a su vez, son la adaptación técnica y refinada de las causales contenidas en el artículo 2°

principio de legalidad, en el sentido de que la declaratoria extintiva únicamente procede por las causales y las actividades ilícitas previstas en la ley. Conclusión a la cual se arriba a partir de lo desarrollado por la jurisprudencia. (Pardo Ardila, 2013, p. 66).

²⁴² Ley Modelo de Extinción de Dominio, artículo 6°; Ley Especial de Privación de Dominio de Origen Ilícito de Honduras, artículo 11 del Decreto 27 de 2010.

²⁴³ Legislación sobre Pérdida de Dominio del Perú (D. 1104/2012, art. 5°); Ley Federal de Extinción de Dominio de México, artículo 8°.

²⁴⁴ Como se analizará en el presente capítulo, no todas las causales que se han desarrollado en los distintos instrumentos de extinción de dominio que han sido expedidos hasta el momento, responden al mismo fundamento, por lo que podemos afirmar que, de acuerdo con el contenido y sustento de este elemento, las leyes de Extinción de Dominio de México y de Pérdida de Dominio de Bienes ilícitos del Perú, constituyen institutos de decomiso propios y sustancialmente diferentes de la extinción de dominio que se desarrolla a través de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas y, por ende, del Código de Extinción de Dominio colombiano, pues estos estatutos acogen como sustento principal, sólo aquellas causales inspiradas en formas de comiso que sustentan la consecuencia jurídica de la pérdida de dominio en una circunstancia predicable del bien y no del titular o tenedor del bien, lo cual imprime el carácter real de la acción extintiva.

de la Ley 793 de 2002, que no son otra cosa que las principales formas o circunstancias de comiso existentes en el mundo, reconocidas en los principales instrumentos internacionales²⁴⁵, pero adaptadas desde el enfoque de una acción real, pues el legislador colombiano acogió plenamente en la ley de extinción de dominio todas las recomendaciones al respecto y excluyó del trámite extintivo aquellas formas o circunstancias de comiso de corte *in personam*, como, por ejemplo, la confiscación extendida de Alemania, el comiso ampliado de España, la confiscación de pleno derecho de Uruguay, entre otras clases de comiso que sustentan la consecuencia jurídica de la pérdida de dominio con carácter definitivo a favor del Estado, en una circunstancia atribuible directamente al titular del bien (su compromiso penal, inactividad frente al proceso o vinculación con una organización delictiva) y no a una circunstancia predicable del bien mismo.

Se debe reconocer que la redacción de las causales en el Código de Extinción de Dominio presenta un avance en la construcción del instituto, pues a diferencia de lo que suele suceder en materia de las circunstancias de comiso penal, donde las distintas formas de comiso se manejan a través de términos que parecen sinónimos, la extinción de dominio ha

²⁴⁵ En ningún momento se puede desconocer el origen convencional de las causales de extinción de dominio, pues como se analizó en el capítulo de los antecedentes del instituto, se pudo constatar que todas las causales de extinción de dominio presentan su inspiración o su origen en alguna de las formas de comiso recomendadas en el artículo 5° 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.

procurado definir y describir técnicamente cada una de las causales para identificar sus contenidos²⁴⁶ y límites²⁴⁷.

Sin embargo, dichos contenidos y límites entre las causales no fueron definidos por el legislador, y se debe reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia han realizado mayores esfuerzos para analizar, con rigor científico, aquellas precisiones técnicas acogidas en el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, lo cual genera la necesidad de penetrar más a fondo en su estudio y procurar intentar una construcción dogmática del tema, para garantizar así la seguridad jurídica en el desarrollo práctico del instituto.

En este capítulo se abordará el estudio de las causales, reconociéndolas como un instituto característico y exclusivo de la extinción de dominio, cuya comprensión no puede prescindir en ningún momento de su análisis desde la perspectiva de la naturaleza jurídica que subyace en cada una de las reglas de derecho que configuran estas causales, que como se ha sostenido durante la presente investigación, es de naturaleza compuesta.

²⁴⁶ Cada causal presenta contenidos y límites distintos. No es lo mismo hablar, por ejemplo, de un bien que ha servido de medio del delito, que uno considerado como instrumento de este; o un bien 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.

²⁴⁷ Una de las principales críticas que recibió la Ley 793 de 2002 fue el carácter abierto de algunas de las causales, donde no eran claros sus límites, como bien puntualiza Betancur Echeverri, quien al respecto destaca que el legislador trató de abarcar todas las posibilidades de ilicitud en que puedan verse comprometidos los bienes, por lo cual las causales tienen el defecto de ser bastantes generales, abiertas y abstractas (Betancur Echeverri, 2004, pág. 115).

Para realizar este análisis, se acudirá a realizar un ejercicio taxonómico que permita clasificar por grupos las distintas causales de extinción de dominio, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, para definir, a partir de ahí, los rasgos de identidad o de caracterización de cada uno de los tipos de causales que permitan cumplir con dos objetivos en particular: realizar una aproximación conceptual sobre el término de causal e identificar sus elementos estructurales.

Se espera con estos elementos (clasificación, concepto y estructura) contar con los insumos suficientes para realizar un análisis técnico de cada una de las causales vigentes en el nuevo Código de Extinción de Dominio, sin prescindir del análisis de estas, frente a los referentes propios de legislación comparada.

A. Clases de causales

Después de las discusiones sobre la naturaleza jurídica, el asunto que mayor dificultad suele presentar es el relacionado con el contenido, alcance y límite de las causales de extinción de dominio. Autores que ya han profundizado sobre esta problemática, han identificado con gran precisión algunos factores que conllevan a que este tema sea un asunto complejo (Ospino Gutiérrez, 2008, pág. 63); sin embargo, no existe consenso aún sobre una clasificación de las causales de extinción de dominio que facilite su análisis, pues como se ha sostenido durante el presente estudio, la sola naturaleza jurídica mixta de la extinción de dominio, impide abordar el tema desde

una sola perspectiva, lo que obliga a realizar algún ejercicio taxonómico para poder analizar de manera técnica este instituto.

Y es que al estudiar las características comunes que pueden existir entre cada una de las causales, se pueden identificar elementos comunes o estructurales que permite clasificarlas en grupos diversos, que para efectos del presente trabajo resultan de utilidad práctica abordar el análisis atendiendo a cuatro parámetros en particular: según la naturaleza jurídica; según la norma que la sustenta; según los efectos procesales que produce y; según el objeto de valoración.

1. Según su naturaleza jurídica

Como se viene sosteniendo en el presente estudio, las reglas e institutos propios de la extinción de dominio adoptados en el nuevo código, son la expresión normativa de su propia naturaleza jurídica. Retomando lo expuesto en el respectivo capítulo, la extinción de dominio adopta distintas formas de comiso que a su vez son de diferente naturaleza jurídica, fundamentos y teleología. Por ello, si se parte del análisis de los elementos especificadores y diferenciadores de cada una de las causales, se pueden decantar los elementos esenciales de legitimación, reconociendo que no son los mismos para todas las causales, ya que cada causal mantiene un núcleo central que la ata a su naturaleza jurídica con un fundamento de legitimación específico, ya sea de orden sustancial, por su

origen o por su destinación; o de orden procesal, lo que permite realizar una clasificación de acuerdo con su naturaleza jurídica.

Como se concluyó en su momento, al penetrar en el núcleo de cada causal, o por decirlo de alguna manera, al indagar por su ADN normativo, se puede identificar que en la evolución histórica de la extinción de dominio, han predominado dos tipos de causales que para efecto del presente estudio se les denominará: 1. Sustanciales o básicas, y 2. Procesales o adjetivas.

a) Causales básicas o sustanciales: origen y destinación.

En esencia, las causales básicas o sustanciales, según su naturaleza jurídica, son solamente dos²⁴⁸: de origen ilícito y de destinación ilícita²⁴⁹, dependiendo del juicio de valor o interés

²⁴⁸ Sin duda, este es uno de los aspectos característicos comunes con el comiso penal, donde se reconocen también dos circunstancias básicas, pero no con relación a la relación del bien con la actividad ilícita, sino con relación a los fines de Política Criminal. Sobre el particular, González Cussac destaca lo siguiente: *"Con el decomiso se pretende evitar el enriquecimiento derivado del delito (efectos y ganancias) y prevenir la comisión de ulteriores conductas criminales (instrumentos). Esta consecuencia accesoria se impone tras la comisión de delitos o faltas dolosas, con independencia de su gravedad."* (Gonzalez Cussac , 2006, p. 14)

²⁴⁹ En este mismo sentido Wilson Alejandro Martínez Sánchez precisa el carácter sustancial de las causales de extinción de dominio de la siguiente manera: *"Y finalmente, que las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde."*

jurídico que subyace en la norma; o, en palabras de Gracia Martín, sus criterios valorativos fundamentales (Gracia Martín, 2006, pp. 83-84). Las primeras, sustentadas en normas objetivas de valoración con relación al reconocimiento de reglas jurídicas de naturaleza sustancial civil, donde se examina el origen del bien o del derecho para determinar la legitimidad y validez²⁵⁰ del acto jurídico que lo genera, verificando si se cumple o no con los requisitos de objeto y causa lícita, para determinar si el derecho nació o no a la vida jurídica; las segundas, sustentadas en normas subjetivas de determinación, donde se realiza una valoración de carácter sustancial de naturaleza sancionatoria con relación a la observancia y cumplimiento de mandatos y

(Martínez Sánchez, 2015, p. 10). Al respecto, debemos anotar, que si bien, compartimos plenamente esta afirmación, si disentimos en la consecuencia que de ella se deriva, pues no son solo dos las clases de bienes sobre los cuales se concretan estas causales básicas, pues existen dos variables más que también son consecuencia de esta clasificación y que su tratamiento se puede dar a través de pretensiones diferentes o complementarias. Sería el caso de los bienes lícitos cuyo valor equivale o corresponde a bienes de ilícita procedencia que no se pueden perseguir, lo cual se contempla a través de las causales por bienes equivalentes; o, el de los bienes ilícitos que se destinan ilícitamente, los cuales se pueden pretender tanto por causales de origen, como de destinación, pero por efectos prácticos, suelen pretenderse a través de causales de destinación ilícita, que son las que ofrecen menos dificultades probatorias.

²⁵⁰ Aquí encontramos uno de los principales elementos distintivos de la extinción de dominio frente al comiso penal, pues a pesar de que la norma extintiva se desprende de dicho estatuto penal, al extraerse el comiso del proceso penal, su fundamento de legitimación no puede ser igual. Se debe recordar que en materia de comiso no es necesario entrar a verificar la validez del acto jurídico que genera el derecho pues su fundamento, en las circunstancias de origen, es el rechazo a cualquier enriquecimiento ilícito. Al respecto, Gracia Martín ha precisado el fundamento del comiso en los siguientes términos: *“Las consecuencias accesorias no pueden ser fundamentadas todas ellas con un criterio unitario, pues tienen muy diversa naturaleza, y cada una de ellas, o bien algunos grupos de estas, se orientan a fines muy diferentes de las otras. Así, algunas de estas consecuencias, como por ejemplo el llamado comiso de la ganancia, encuentra su fundamento en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita, y en este sentido tiene la naturaleza de una medida civil de compensación. Otras, como el comiso de los instrumentos del delito, encuentran su fundamento en la denominada peligrosidad objetiva de la cosa”*.

deberes contenidos en lo que la Corte Constitucional ha denominado el régimen constitucional de la propiedad, como quiera que se examina la utilización, disposición o utilización de un bien, desde la perspectiva del respeto del régimen normativo asociados con el legítimo uso, disfrute, usufructo y disposición de la propiedad privada, en especial, con relación al cumplimiento de la función social y ecológica que le es inherente.

El nuevo Código de Extinción de Dominio, respondiendo a la función garantizadora del principio de legalidad, solo acogió dentro del artículo 16 causales básicas o sustanciales, desechando cualquier causal de orden procesal; para ello, acudió a las técnicas de tipificación propias del derecho penal, que como bien señalaba Juan Bustos Ramírez, se vale de la identificación de “unidades típicas elementales” a través de elementos especificadores o diferenciadores, a partir de los cuales se desarrollan los tipos específicos (Bustos Ramírez, 1991, pág. 8).

Así por ejemplo, de la misma manera como en el derecho penal reconoce la existencia de algunos tipos fundamentales, como por ejemplo el homicidio, del cual se desprenden las formas concretas de homicidio que suelen ser tipificadas por tipos independientes: parricidio, fratricidio, feminicidio, aborto, homicidio culposo, pietístico, eugenésico, entre otros; de la misma forma las causales de extinción de dominio también van a presentar estructuras básicas o sustanciales, que presentan distintas manifestaciones, o expresiones normativas independientes.

Se reconocen de esta manera las causales de origen, como estructura básica o sustancial (unidad típica elemental), a la que pertenecen las causales²⁵¹ de bienes producto directo o indirecto (causal 1), bienes objeto de la actividad ilícita (causal 2), bienes objeto de transformación o conversión (causal 3), incremento patrimonial injustificado (causal 4), bienes que constituyen rentas, frutos, ganancias y beneficios (causal 7) y bienes equivalentes (causales 10 y 11).

De la misma forma, la otra causal básica o sustancial que logra identificarse, es la de destinación ilícita, la cual, a diferencia de la causal básica de origen, no dependerá de un juicio de validez sobre el origen del derecho, pues dada su naturaleza jurídica, sustentada en 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; a diferencia del derecho penal, en este tipo de causales no se requiere un proceder doloso, pues basta con comprobar que la destinación del bien se realice en contravía de los postulados de la buena fe exenta de culpa.

²⁵¹ Desarrolladas en el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014.

A esta clasificación pertenecen las causales de bienes utilizados como medio o instrumentos de la actividad ilícita (causal 5), bienes destinados a actividades ilícitas (causal 6), bienes objeto de ocultamiento (causal 8) y bienes objeto de mezcla (causal 9).

Esta clasificación tiene una importante incidencia en materia procesal, pues permite comprender dos aspectos característicos del proceso extintivo, relacionados con el carácter alternativo de la pretensión extintiva y una ligera flexibilización en el manejo de los criterios de congruencia entre la causal invocada en la pretensión extintiva y la sentencia:

(1) Carácter alternativo en la estructuración de la pretensión extintiva.

Una de las características especiales de la extinción de dominio, que a su vez también es consecuencia de su naturaleza jurídica, pues a diferencia del comiso penal, la extinción de dominio no se limita a hacer una confrontación entre el hecho que compromete el bien y la circunstancia normativa descrita en las reglas sobre comiso penal, sino que va mucho más allá, a revisar aspectos sustanciales, a cuestionar la legitimación del nacimiento del derecho o del ejercicio de la capacidad de disposición frente al derecho de propiedad. Por esta razón un bien de procedencia ilícita puede ser cuestionado a través de

distintas causales de origen²⁵²; y, a su vez, un bien cuestionable por su origen, también pueda ser pretendido a través de una causal de destinación ilícita, si las circunstancias del hecho así lo permiten²⁵³.

(2) Moderación de los criterios de congruencia

En materia de extinción de dominio el tema de la congruencia entre la causal invocada en la pretensión extintiva y la sentencia presentan rasgos que permiten considerar que su verificación es mucho más práctica y sencilla que en derecho penal, pues así lo reconoce la jurisprudencia²⁵⁴ y la doctrina

²⁵² Sería el caso, por ejemplo, de la casa que adquiere el familiar del narcotraficante como parte del pago de un envío de cocaína. En este caso, el bien puede ser pretendido por vía la causal primera: producto indirecto del delito; también por la causal tercera, por la transformación que se dio en el intercambio de droga a inmueble; e igualmente, por la causal segunda de extinción de dominio, pues dicho inmueble, desde la perspectiva del familiar, constituye el objeto material de un delito de lavado de activos, pues se ajusta a un típico caso de "adquisición". Si se acude a estructurar pretensión extintiva con base en estas causales o con tan solo una de ellas, no se vulnera ningún derecho, pues desde el punto de vista del derecho sustancial o básico, representan lo mismo.

²⁵³ Siguiendo con el ejemplo de la nota anterior, si este bien que es producto indirecto del narcotráfico, que también puede ser considerado como efecto de la transformación de un producto ilícito en un inmueble, o que constituye el objeto material de un delito de lavado de activos, si a su vez es utilizado o destinado para esconder secuestrados, es claro que también se configuraría la pretensión extintiva, no solo por vía de las causales de origen, sino también por vía de las causales de destinación, sin que ello pueda ser visto o calificado como vulneración o desconocimiento de norma sustancial alguna, pues por el contrario, es una expresión de los aspectos básicos o sustanciales de la extinción de dominio.

²⁵⁴ *"Por otro lado, como quiera que todo proceso judicial parte de un supuesto fáctico, es decir, tiene su génesis en hechos que modifican la realidad de las cosas, en el proceso extintivo, son aquéllos que configuran la causal o causales correspondientes, entonces, en aras de garantizar, en especial, el derecho de contradicción de los opositores, es viable predicar en el trámite una congruencia FÁCTICA, pues a diferencia de lo planteado por el*

especializada, al considerar que en esta materia se debe verificar una congruencia fáctica absoluta, mientras que la congruencia jurídica puede ser relativa. Al respecto, Néstor Armando Novoa puntualiza lo siguiente:

“Debe existir congruencia entre el acto de requerimiento de extinción de dominio o de improcedencia presentado por la fiscalía y la sentencia que dicte el juez de extinción declarando una u otra. Debe haber plena coincidencia entre los hechos y el bien o los bienes que son objeto de la actuación.

a quo, la sentencia debe observar el marco comportamental (de comportamiento en sentido lato) propuesto por la fiscalía en la respectiva resolución de procedencia o improcedencia.

Sobre el particular, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal de Bogotá ha sostenido lo siguiente: “Con todo, respecto de lo último, es necesario insistir en que no se puede desconocer que durante la etapa desarrollada en sede de fiscalía o en la causa, con ocasión del periodo probatorio que se desarrolla en dichos estadios procesales, pueden conocerse otros hechos que den sustento a las causales extintivas inicialmente indicadas o a otras diferentes, evento en el cual el operador jurídico, debe darlo a conocer a los afectados, para que éstos puedan ejercer el derecho de contradicción correspondiente, pues en el caso, de que la sentencia declare la extinción del derecho de dominio sobre los bienes afectados, lo haga con sustento en un hecho frente al cual las partes no hayan ejercido dicho derecho, la misma podría estar viciada de nulidad por la violación al debido proceso; cuestión diferente sucede, cuando el hecho novísimo se introduce en la resolución que decreta la procedencia, porque frente al mismo, se cuenta precisamente con el procedimiento ante jueces para poder ejercer el derecho de contradicción frente a éste.

En torno a la que podría denominarse la congruencia JURÍDICA, a diferencia de lo planteado por el fallo de primera instancia, la misma debe observarse en el proceso, aunque no con la rigidez que propone el recurrente. Valga decir, que las causales extintivas predicadas en la resolución de inicio o en sus adicciones, en principio, deben ser las mismas por las cuales el juez proceda a declarar la extinción de los bienes, pero al igual que sucede con la congruencia fáctica, en el desarrollo de los periodos probatorios en sede de fiscalía como en la etapa de la causa, puede establecerse la configuración de nuevas causales de extinción del derecho de dominio, lo cual conlleva a que este predicamento no sea estricto, a contrario sensu de las argumentaciones aducidas por el recurrente.” (Sent. 110010704012200800037-02, 2011).

Debe haber coincidencia entre el acto de parte que contiene la pretensión de la fiscalía dentro del proceso, que se somete a conocimiento y decisión del juez, con el fallo ordinario o anticipado que este profiera en cuanto a los hechos, el bien o los bienes que han sido objeto del procedimiento.

El principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y su finalidad en el trámite extintivo es asegurar que los sujetos pasivos de la acción real sean afectados, si hay lugar a ello, por los mismos bienes objeto del trámite, que se encuentren relacionados con alguna de las causales de extinción de dominio, por los que la fiscalía presentó su pretensión ante el juez, sin lugar a sorprenderse, a último momento, con requerimientos respecto de los cuales no han tenido oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

La congruencia fáctica es absoluta, esto es, los hechos deben ser imperativamente los mismos del requerimiento hecho por la fiscalía, mientras la jurídica es relativa y se define por la adecuación en una de las causales de extinción que eventualmente podría variar, dependiendo de la práctica de las pruebas en el juicio, que puede no coincidir con la fijada en el acto de requerimiento, siempre y cuando se respete el núcleo básico de los hechos atribuidos y la situación del afectado no resulte perturbada con una mayor pretensión". (Novoa, 2015, p. 128).

Si bien puede parecer "aberrante" hablar de flexibilización o moderación de los criterios con que un juez de extinción debe abordar los problemas de congruencia entre la causal invocada en la pretensión extintiva y la sentencia, pues generalmente este tema suele ser abordado desde una perspectiva iuspositivista, se debe recordar que, de acuerdo con su naturaleza jurídica sustancial y los fundamentos de legitimación, la extinción de dominio se sustenta en principios y

valores constitucionales, la interpretación de esta figura resulta acorde con criterios de interpretación constitucional, la cual, siguiendo la tradición de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, es de marcada tendencia *iusnaturalista*. Por ello, ya sea que se adopte una perspectiva deontológica o racionalista, las reflexiones sobre este tipo de problemas debe trascender más allá de las simples descripciones normativas de las causales consagradas en el código, para penetrar en el deber ser del derechos sustancial que en ella subyace; es decir, su esencia jurídica, lo que sin duda permite acudir a las causales básicas o sustanciales para comprender cuál es la situación jurídica de un bien frente a dichos principios y valores constitucionales, a menos que el problema de congruencia recaiga sobre elementos normativos de las causales, que de no ser tenidos en cuenta, representarían una contrariedad intolerable e incompatible con dicha esencia del derecho o con otros principios o valores constitucionales que lleguen a contraponerse.

Sería por ejemplo, el caso de las pretensiones que se inician por las causales de origen consignados en los numerales uno a tres del artículo 16 del código de extinción (producto, objeto y transformación), frente a la causal cuarta, sobre bienes que “... *formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas*”, pues en este caso, el ingrediente normativo “no justificado” hace relación a una circunstancia particular más compleja que la descrita en las demás causales de origen mencionadas, pues no es lo mismo la defensa que se tiene que

ejercer cuando la pretensión recae sobre el cuestionamiento de un bien por ser producto de una actividad ilícita concreta, narcotráfico, por ejemplo, que por considerar que el origen de dicho bien no tiene justificación, evento en el cual el problema de congruencia no puede ser resuelto, pues el ingrediente normativo demanda conocer previamente la versión justificativa del potencial afectado.

b) Causales procesales o adjetivas.

Las dos primeras legislaciones de extinción de dominio contemplaron dentro de su catálogo de presupuestos o “causales”, unas circunstancias que no respondían a una naturaleza jurídica de orden sustancial sino procesal, es decir, aquellas cuyo núcleo normativo expresaba un valor de carácter procesal y no sustancial; es decir, circunstancias que solo habilitaban al Estado a investigar el origen o destinación de un bien, y no propiamente a que con base en ellas el juez proferiera una decisión extintiva.

En Colombia, estas circunstancias procesales no pueden ser catalogadas técnicamente como causales de extinción de dominio, pues dada la naturaleza jurídica y los fundamentos de legitimación del instituto, con base en aspectos procesales no se puede dictar directamente una sentencia declarativa; razón por la cual, el actual Código de Extinción de Dominio prescindió de cualquier causal de orden procesal o adjetiva, adoptando

solo causales de orden sustancial, lo cual resulta más acorde con la naturaleza jurídica antes relacionada.

A estas causales se pueden adscribir todas aquellas que se sustentan en la valoración de una circunstancia o supuesto de orden procesal relacionada con la afectación de un bien, sin confrontar el bien con relación a su origen o destinación, siendo prevalentes en la legislación peruana²⁵⁵ y boliviana²⁵⁶, donde constituyen una de las características principales de la legislación de pérdida de dominio y, a su vez, la principal diferencia con el instituto de la extinción de dominio adoptado en los demás países.

Situación interesante se presenta en la legislación guatemalteca, que prevé varias causales procesales, en donde algunas de ellas se combinan circunstancias ilícitas, pero se condicionan a la verificación de circunstancias procesales, lo

²⁵⁵ La legislación peruana presenta una muy particular forma de decomiso sin condena que dada sus causales procesales y la descripción normativa de los bienes sobre los que procede, muy difícilmente se pueden catalogar como una forma de extinción de dominio, a pesar de que presenten similitudes procesales. Lo anterior, como quiera que el artículo 4° del Decreto 1104 de 2012, legislación sobre pérdida de dominio, alude a circunstancias eminentemente procesales relacionadas con la imposibilidad de continuar el proceso penal, cuando el proceso concluye sin que se determine la ilicitud de los bienes, o por existencia de bienes sobrevinientes con posterioridad a la culminación del proceso penal, eventos todos que remiten a promover la acción (presupuestos de la acción) y no propiamente a adoptar una decisión de pérdida de dominio.

²⁵⁶ Los supuestos jurídicos contenidos en los numerales 3 y 8 de la Ley 913 de 2017 se sustentan en problemas de índole procesal, como la no reclamación de un bien, o la muerte del propietario durante el desarrollo del proceso penal.

que permite que se declare la extinción de dominio con base en aspectos prev alentemente procesales²⁵⁷.

En Colombia, este tipo de circunstancias han sido relegadas al procedimiento penal²⁵⁸; existieron dos causales que durante la historia del instituto pueden ser encasilladas bajo esta categoría: la causal 5 de la Ley 333 de 1996 y la causal 5 de la Ley 793 de 2002.

(1) Causal procesal por terminación de la acción y por bienes sobrevinientes.

La causal quinta del artículo 2º de la Ley 333 de 1996²⁵⁹, primera ley de extinción de dominio dejó la posibilidad de promover la acción extintiva una vez culminado el proceso penal en dos

²⁵⁷ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 55 de 2010, artículo 4º literal f): “Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, provengan de actividades ilícitas o delictivas:

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

f.2. No se pueda identificar al sindicado.

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

²⁵⁸ Artículos 87, 88, 89 y 89 A del Código de Procedimiento Penal donde se define el tratamiento de los bienes abandonados, no reclamados, o que deben ser objeto de otras medidas judiciales.

²⁵⁹ “También procederá la extinción del dominio cuando judicialmente se haya declarado la ilicitud del origen de los bienes en los eventos consagrados en los incisos 2º y 3º del artículo 7º de esta ley, y en el Código de Procedimiento Penal.” (L. 333/96, art. 2º num. 5).

eventos²⁶⁰: cuando se extinguía la acción penal, existiendo un pronunciamiento de ilicitud de los bienes y; cuando aparecían nuevos bienes después de culminado el proceso penal, circunstancia procesal, que, dicho sea de paso, subsiste como causal en la legislación de pérdida de dominio del Perú²⁶¹.

(2) Causal procesal sobre bienes con situación jurídica insoluta²⁶².

Ante la enorme congestión de bienes cuya situación jurídica se encontraba insoluta y que venían siendo incautados desde finales de la década de los ochenta²⁶³ con distintos fines (de comiso, destrucción, restablecimiento del derecho,

²⁶⁰ Artículo 7º de La Ley 333 de 1996. De la naturaleza de la acción. (...) “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.

Si terminado el proceso penal aparecieren nuevos bienes, en cualquier caso, procederá la acción de extinción del dominio ante el mismo funcionario que conoció de la acción penal correspondiente”,

²⁶¹ Legislación de Pérdida de Dominio Decreto Legislativo 1104 de 2012, artículo 4º, literal c.

²⁶² Causal quinta del artículo 2º de la Ley 793 de 2002.

²⁶³ Como se mencionó en el capítulo de antecedentes, la política criminal en contra del narcotráfico y el crimen organizado, se orientó en esa época hacia la persecución de bienes ilícitos, lo que se realizó a través de normas expedidas de manera excepcional que habilitaban a las Fuerzas Armadas y a los órganos de investigación para incautar bienes, sin que dichas disposiciones previesen un debido proceso que garantizara efectivamente los derechos de quienes pudieran verse afectados con estas medidas, lo que se tradujo en un delicado estado de ineficiencia que llevó al fracaso de la primera etapa de la política de persecución de bienes ilícitos, pues la falta de normatividad adecuada y la ausencia de entidades de administración con facultades acordes con las necesidades, se tradujo en el desperdicio de enormes recursos del Estado y millonarias demandas administrativas por la mala administración de los bienes incautados.

aseguramiento de elementos de prueba²⁶⁴, etc.), se presentó una seria congestión en los hangares de los aeropuertos, bodegas y parqueaderos públicos y privados, generando enormes costos de administración, seguridad y conservación; por ello, la Fiscalía General de la Nación promovió en el proyecto que acogiera la Ley 793 de 2002 la inclusión de una causal de orden procesal, sólo para habilitar una instancia judicial, inexistente hasta ese momento, con el fin de garantizar el debido proceso de quienes se veían afectados con las incautaciones y ocupaciones de bienes cuya situación jurídica se encontraba insoluta:

“5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

Esta circunstancia existió como causal en Colombia hasta la entrada en vigor de la Ley 1453 del 2011 (arts. 72 y 73), en la

²⁶⁴ Tradicionalmente se ha confundido la recolección de evidencias con las medidas de incautación de bienes con fines de comiso, lo cual ha contribuido a desdibujar la naturaleza y funcionalidad de este instituto. Sin embargo, se advierte que este no es un problema de percepción solo de la normativa colombiana, pues así lo deja entre ver el profesor J.A.E. Vervaele, quien al estudiar el interés que presentaba el tema patrimonial dentro del proceso penal, destaca la funcionalidad probatoria como uno de sus principales fines: *“Durante mucho tiempo las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial impuestas por hechos punibles han jugado un papel mínimo en Derecho penal. El lugar central lo ocupaba la sanción del autor en tanto que individuo. En el contexto de la intervención penal, el patrimonio sólo representaba un interés para la investigación de la prueba o para el orden público (confiscación)”* (Vervaele J., 1998, p. 67).

cual el legislador, con muy buen criterio, optó por eliminarla y reconocerla en un artículo aparte²⁶⁵ como una circunstancia que habilitaba a promover la fase inicial de investigación, y no como un presupuesto que permitiera por sí mismo declarar la extinción de dominio sobre un bien pretendido.

Sin embargo, es de precisar que esta circunstancia procesal, con similar descripción normativa, subsiste actualmente como causal autónoma en el numeral sexto del artículo de la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras²⁶⁶, el artículo sexto, literal i) de la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador²⁶⁷; en el artículo cuarto, literal e) de la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala²⁶⁸; y en el literal b)

²⁶⁵ Artículo 74 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 5° de la Ley 793 de 2002. *“De la iniciación de la acción: La acción deberá ser iniciada de oficio por la Fiscalía General de la Nación o a solicitud de cualquier persona, cuando se considere que existe la probabilidad de que concurra alguna de las causales previstas en el artículo 2° de la presente ley. También se iniciará la acción de extinción de dominio cuando los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal, y el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido no se hubiese tomado sobre ellos, por cualquier causa, una decisión definitiva. (...)”*.

²⁶⁶ Decreto 27 de 2010, artículo 11, numeral 6. *“Cuando los bienes, productos, instrumentos o ganancias de que se trate hubieren estado involucrados dentro de un proceso penal y que el origen de éstos, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa;”*

²⁶⁷ i) Literal i) del artículo sexto de la Ley Especial de Extinción de Dominio, Decreto 534 de 2013 *“Cuando los bienes y recursos investigados hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa”*.

²⁶⁸ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 55 de 2010, artículo 4°, literal “E) Cuando los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su

del artículo 4º de la Legislación de Pérdida de Dominio del Perú²⁶⁹, donde se encuentran descritas dentro del correspondiente catálogo de causales de extinción de dominio.

(3) Causal procesal sobre bienes abandonados o no reclamados

Un análisis especial requiere la figura de los bienes abandonados o no reclamados, que en algunas legislaciones son concebidas como una causal de extinción de dominio, como sucede con las legislaciones de El Salvador²⁷⁰ y Guatemala²⁷¹, a pesar de no contar con los elementos estructurales para ser consideradas como tal.

A través de estas causales se quiere extender la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a aquellos bienes que durante la pesquisa fueron investigados por actos objetivos que revelan la ausencia de interés del titular y dejados en situación

utilización o destino ilícito, no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tornado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa".

²⁶⁹ Literal b) del artículo 4º del Decreto Legislativo 1104 de 2012. "b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito".

²⁷⁰ Decreto 534 de 2013, artículo 6º, literal "e": "Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita"

²⁷¹ Decreto 55 de 2010 Literal "h": "Cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe sin culpa ni simulación de negocio".

de abandono previo al inicio del proceso de extinción de dominio. También vincula aquellos bienes que fueron afectados dentro de un proceso penal o de extinción de dominio, respecto de los cuales se reconoce el derecho del titular para que el bien afectado con alguna medida cautelar le sea restituido y por ello se dispone la devolución del bien, y éste no es reclamado por el interesado, quien con su conducta muestra una total falta de interés por recuperar su bien.

A pesar de que un bien en esta calidad puede guardar relación con alguna actividad ilícita, se debe precisar, que no por ese solo por hecho resulta procedente la extinción de dominio, pues el abandono debe implicar un acto objetivo de renuncia de todos los derechos que puedan existir sobre un bien por parte de sus titulares, lo cual debe estar objetivamente demostrado en el proceso. Por ejemplo, una aeronave puede ser abandonada en una pista clandestina por su tripulación, pero si su titular es otra persona que fue víctima del hurto de la aeronave, o existe una compañía aseguradora que tiene interés en su recuperación, no se puede hablar de abandono por el simple hecho que sus últimos tenedores la dejaren en tal condición. Igual situación sucedería con el vehículo grabado con prenda, comprometido en un acto delictivo; a pesar de que su propietario renuncie a su derecho de reclamación, la declaratoria de abandono resultaría inviable.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, esta medida solo procede cuando se verifica que concurren alguno de los

factores que la legitiman, ya sea porque el bien es producto de una actividad ilícita y carece de un justo título, o porque el mismo se ha empleado para atentar en contra de la sociedad, incumpliendo así las obligaciones derivadas de la función social que le es inherente. Por ello, el abandono de un bien o la renuncia a su reclamación no son suficientes para que proceda la pretensión extintiva, pues el bien siempre requerirá su vínculo probable con una actividad ilícita. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado lo siguiente:

“El hecho de que se trate de bienes que no hayan sido reclamados por su dueño dentro de un determinado lapso, a primera vista, no legitima constitucionalmente la extinción, con fundamento en el artículo 58 de la Carta Política, porque el titular del dominio en forma voluntaria no ha omitido el deber de cumplir con la función social asignada a la propiedad, pues no tiene la posesión material de los bienes, dado que estos se encuentran a disposición de la autoridad judicial. Es más, podría decirse que esta circunstancia configura una fuerza mayor, en razón de la producción de un acto de la autoridad que impide al propietario del bien realizar los actos de posesión que autoriza la ley.

No se justifica la extinción con fundamento en el artículo 34, porque no se trata de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, o en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, pues la norma acusada parte del supuesto de que ni siquiera se encuentran vinculados al proceso penal”.

Al disponerse en el aparte de la norma acusada la extinción del dominio con desconocimiento del fundamento constitucional del artículo 34, se ignora la garantía y la protección constitucional que el Estado y sus autoridades deben dispensar a la propiedad, conforme a los arts. 2º. y 58 de la C.P., al tiempo que se le impone una sanción a quien

no ha sido declarado judicialmente culpable de un delito y se presume inocente, pues ni siquiera es sujeto procesal vinculado al proceso penal, es decir, se declara una responsabilidad que no tiene sustento en la infracción de la Constitución y las leyes (C.P. arts. 6º y 29). La extinción del dominio prevista en el art. 34, necesariamente se vincula con la existencia de un delito, cuya materialidad debe ser establecida en un proceso penal y en el cual se haya determinado la autoría del responsable.” (Sent. C-389/94).

2. Según la norma que sustenta la causal

A pesar de su nombre, se debe tener presente que las causales de extinción de dominio no se sustentan en criterios causalísticos sino normativos. Desde el momento de su concepción como figura autónoma, se reconoció que no todas las causales eran iguales, pues así lo destacó la jurisprudencia constitucional que se preocupó de perfilar sus principales características, lo que sin duda permitió realizar el primer esbozo de clasificación entre causales constitucionales y legales.

a) Causales constitucionales.

Como se mencionó, el calificativo de causales constitucionales fue producto de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, que sobre el particular puntualizó lo siguiente:

“Para la Corte, es el legislador el llamado a concretar en qué consisten las aludidas causales constitucionales de la extinción del dominio, y evidentemente puede él considerar que tengan carácter de delictivas, pero sin que por definirlo así en una determinada ley —la presente—, se agote su facultad de prever en el futuro otros comportamientos, no necesariamente calificados como delitos, que por causar daño al tesoro público o por afectar la moral colectiva, ocasionen el proceso judicial de carácter patrimonial del que se trata.

No es necesario, entonces, en términos estrictamente constitucionales, que se haya iniciado o que esté en curso o haya habido un proceso penal para que la acción de extinción del dominio pueda iniciarse ni tampoco para que prospere. Todo depende, pues, del catálogo de conductas que el legislador haya señalado como constitutivas de enriquecimiento ilícito, grave deterioro de la moral social o perjuicio del tesoro público. Bien puede él incorporar comportamientos sancionados en la ley penal como delictivos, o aludir a actos u omisiones que, aunque no elevados a la categoría de punibles, o habiéndola perdido, sí contraríen la moral o causen agravio al interés patrimonial del Estado”. (Sent. C-374/97).

Recientemente, la Corte Constitucional reafirmó esta postura en los siguientes términos:

“La Constitución de 1991 establece tres causales que llevan a la pérdida del derecho de dominio: i) el enriquecimiento ilícito, ii) atentar contra el tesoro público; y iii) grave deterioro de la moral social. Sin embargo, como lo ha señalado la Corte Constitucional, dichas causales necesitan de un desarrollo legislativo, enmarcado dentro los límites de los artículos 34 y 58 superiores, en respuesta a las necesidades históricas, sociales y económicas por las que atravesase la sociedad, con el fin de definir el tipo de

conductas que se enmarcan en cada una de las causales generales consagradas en la Constitución.

De manera más precisa, en la sentencia C-374 de 1997, este Tribunal señaló que “Es el legislador el llamado a concretar en qué consisten las aludidas causales constitucionales de la extinción de dominio, y evidentemente puede él considerar que tengan carácter de delictivas, pero sin que por definirlo así en una determinada ley —la presente—, se agote su facultad de prever en el futuro otros comportamientos, no necesariamente calificados como delitos, que por causar daño al Tesoro Público o por afectar la moral colectiva, ocasionen el proceso judicial de carácter patrimonial del que se trata”. (Sent. C-958/2014).

Se distinguen de esta manera las causales que emanan directamente de la Constitución Política, de aquellas desarrolladas por el legislador. En el caso colombiano, fue el mismo constituyente que estableció en el artículo 34 de la norma superior las principales causales para los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, regla que, desde su concepción, se convirtió en el referente constitucional que sustenta el concepto de “actividad ilícita” el cual se reconoce en la actualidad como uno de los elementos estructurales de las causales de extinción de dominio.

Estas causales constitucionales siempre se han tomado como fundamento de todas las leyes que en Colombia han desarrollado la figura; sin embargo, bajo esta premisa, las causales constitucionales solo serían fuente directa de algunas

causales de origen ilícito²⁷², mas no de las causales de destinación ilícita, pues a pesar que éstas también tienen su sustento en los artículos 6º y 58 de la Constitución Política, a ellas se llegó por desarrollo legal y reconocimiento jurisprudencial, y no por descripción expresa de la norma fundamental.

Cabe destacar el caso de México, donde el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos describe ampliamente las causales en los siguientes términos:

“(…) En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: (...).
II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito, respecto de los bienes siguientes:

²⁷² Es de recordar que la Ley 333 de 1996 adoptó las causales constitucionales y las desarrollo a través de delitos, así:

“1. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, de particulares.

2. Perjuicio del tesoro público que provenga de los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efecto, o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

3. Grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son hechos que 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.” (...).

- 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 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.
- c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
- d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño”.

Se debe resaltar que esta norma constitucional presenta características sustanciales muy particulares que le imprimen identidad a las leyes extintivas de México y las diferencia de las demás leyes de extinción, permitiendo considerarla como una forma de comiso sin condena muy distinta a la extinción de dominio tradicional, pues a pesar de reconocer en sus dos primeros presupuestos modalidades de comiso reconocidas en los instrumentos internacionales (producto, objeto, instrumento, mezcla, ocultamiento), la norma mexicana presenta circunstancias de orden personal expresamente delictivas que distan de la técnica normativa recomendada en la Ley Modelo de Extinción de Dominio, pues acude a una redacción casuística, que prevé como relevantes algunas circunstancias que tienen que ver con terceros²⁷³ a la actividad delictiva

²⁷³ Se destaca que el concepto de tercero que maneja la Constitución mexicana, es el tercero propio del derecho penal, aquel que no participó en la actividad y no al

(actividad ilícita -hecho ilícito), que por ser tan específicas, se tornan limitativas, frente a las miles de posibilidades que se pueden ver comprometidos “terceros” ajenos a la actuación penal pero con algún nexo de relación con algunas de las causales sustanciales de extinción de dominio.

Es de precisar que la extinción de dominio, como institución, no requiere un reconocimiento expreso en la Carta Política²⁷⁴, ya que no todos los países que han adoptado la figura la han elevado a rango constitucional; a nivel regional, solo Colombia, México y República Dominicana han incorporado el instituto de la Extinción de Dominio en su norma superior; otros Estados, han

concepto de tercero que se maneja en la extinción de dominio, que es aquel que no guarda un nexo de relación con la causal extintiva.

²⁷⁴ Ya en su momento la Corte Constitucional destacó que el Constituyente de 1991, sólo elevó a rango constitucional una figura que ya existía en el ordenamiento jurídico, debido a la grave situación de violencia que vivía Colombia para ese momento. Al respecto, el alto tribunal resaltó lo siguiente: “Vuelve a decirse que la figura de la extinción del dominio no es nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque debe anotarse que la modalidad contemplada en el artículo 34 de la Constitución apareció en 1991, por una sola razón: como consecuencia de la grave proliferación de conductas ilícitas de muy diverso origen —especialmente el narcotráfico— y del alto grado de corrupción que, para el momento en el cual deliberó la Asamblea Nacional Constituyente, se habían apoderado de la sociedad colombiana.

En efecto, como se puso de presente en una de las sesiones de la Comisión Quinta (la del 5 de abril de 1991), la propuesta de su consagración “tiene fundamento en las realidades muy dolorosas de los últimos decenios de la historia de Colombia, en los cuales el país ha sufrido un deterioro impresionante, monstruoso, en las conductas sociales y un deterioro en la propia legitimidad del Estado y de las instituciones, por la impotencia de la sociedad para reprimir la corrupción,” a la vez que “quienes han hecho uso del delito para satisfacer su egoísmo, quienes han tomado el camino de la ilegalidad pueden ostentar ante la sociedad el éxito, el triunfo, en cuanto pueden hacer uso de los bienes obtenidos por ese camino...” (Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Consulta textual y referencial. Sesión Comisión 5, abril 16 (5416), 30 de mayo de 1994, pág. 1)”.

reconocido el comiso o decomiso en su carta fundamental²⁷⁵, pero ello no quiere decir que se requiera algún tipo de referencia en la Carta Magna para poder adoptar esta figura²⁷⁶, pues lo que ha permitido el desarrollo de la extinción de dominio en Colombia, no es solo su mención expresa en la Constitución Política, pues como se analizó al estudiar los fundamentos de legitimación, son otros principios y valores constitucionales propios del Estado social y democrático de derecho, los que sustentan este instituto jurídico.

b) Causales legales.

De otra parte, serían causales legales todas las demás que establece el legislador como tal; ya sea porque se describen en una ley especial de extinción de dominio, como ha sido la tradición jurídica colombiana a partir de la Ley 333 de 1996, pasando por la Ley 793 de 2002 y sus eventuales reformas a través de las leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011, hasta llegar al actual Código de Extinción de Dominio adoptado a través de la Ley 1708 de 2014.

Generalmente, estas causales legales estaban atadas a delitos en particular, como se consagró directamente en el artículo

²⁷⁵ Constitución Chilena en su artículo 19, numeral 7, literal g.

²⁷⁶ Prueba de ello son las leyes de extinción de dominio de Honduras, El Salvador, Guatemala y Perú, donde la extinción de domino ha sido producto de una disposición legal y no constitucional.

segundo de la citada Ley 333 y en el párrafo segundo del artículo 2° de la Ley 793, pero esta referencia a conductas determinadas fue eliminada por la Ley 1708 de 2014, donde el legislador, atendiendo a criterios de coherencia constitucional, optó por eliminar cualquier referencia expresa a delitos en particular, pues a través del desarrollo de la jurisprudencia constitucional²⁷⁷ se había puntualizado que solo puede gozar de protección la propiedad adquirida legítimamente con justo título y que el ejercicio del derecho se ciña a las obligaciones inherentes a su función social y ecológica.

Si bien esta postura de coherencia constitucional ha sido rechazada por algunos autores que sugieren la necesidad de limitar el instituto a ciertos delitos graves que puedan considerarse dentro de las tres hipótesis²⁷⁸ destacadas en el artículo 34 de la Carta Política (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015, p. 146) al considerar desproporcionado reconocer la consecuencia jurídica de la extinción de dominio para cualquier delito determinante, resulta necesario recordar que la Constitución garantiza la protección del derecho de la propiedad cuando su adquisición, destinación o uso se ajustan a los postulados y valores ético-sociales desarrollados en la misma carta fundamental²⁷⁹, y no solo que se ajuste a los

²⁷⁷ Sentencias de constitucionalidad C-066/93, C-176/94, C-389/94, C-374/97, C-409/97, C-539/97, C-133/2009, C-1708/2000, C-1007/2002, C-740/2000, C-459/2011, C-540/2011, C-958/14, C-516/15, entre otras.

²⁷⁸ Enriquecimiento ilícito, conductas en perjuicio el tesoro público o que generen grave deterioro de la moral social.

²⁷⁹ Sobre los límites razonables del derecho a la propiedad, Wilson Martínez destaca como la Corte Constitucional en su sentencia 374/2007 reconoce a los valores ético-sociales como el límite inmanente de derecho a la propiedad, al indicar que: *“Una de las principales limitaciones del derecho a la propiedad tiene que ver con la relación que*

supuestos fácticos del artículo 34; por lo cual, resulta incoherente considerar que algunos bienes son producto de una actividad delictiva o han sido destinados a estas, se les debe retirar la protección constitucional; generalmente, aquellas actividades vinculadas con conductas propias del denominado crimen organizado; mientras que otros bienes, vinculados a conductas no menos graves que las anteriores, pero consideradas como delitos comunes, los cuales indiscutiblemente también atentan contra la moral social descrita en el artículo 34 de la Carta Superior, sí conserven la protección constitucional.

Es claro que una discriminación así, riñe ostensiblemente con el concepto de orden social justo sobre el cual se erige todo el sistema de valores ético sociales que orientan las distintas normas que regulan la adquisición, uso, goce y disposición del derecho a la propiedad privada, toda vez que los dos grupos de bienes se encuentran en idénticas condiciones, frente a lo que tiene que ver con la observancia de lo que la misma Corte Constitucional denominó el “régimen constitucional del derecho a la propiedad privada” (Sent. C-740/2003); por lo cual, la consecuencia jurídica frente al desconocimiento de estas reglas constitucionales debe ser la misma, en atención al principio constitucional de igualdad, a menos que por principios lógicos, la consecuencia jurídica de la extinción de dominio dada la

existe entre este derecho y los valores que el Estado tiene la función de realizar en la sociedad. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha explicado que “uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano está constituido por el trabajo. La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y en el mérito que el trabajo implica, y se lo desestimularía en alto grado, si se admitiera que, sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio personal y familiar.

naturaleza de la conducta determinante resulte improcedente²⁸⁰.

De otra parte, se debe destacar que dentro de estas causales de origen legal se encuentran también aquellas concebidas en leyes distintas a las leyes especiales de extinción de dominio, normas a través de las cuales se configuran circunstancias ilícitas donde expresamente se extiende la consecuencia de la extinción de dominio a ilicitudes específicas de creación legal, como sucede con supuesto fáctico previsto en la Ley 1336 de 2009, a través de la cual se prevé “la extinción de dominio y otras medidas de control en casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes” en los siguientes términos:

“Artículo 9°. Normas sobre extinción de dominio. La Ley 793 del 27 de diciembre de 2002 por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, y normas que la modifiquen, se aplicará a los hoteles, pensiones, hostales, residencias, aparta hoteles y a los demás establecimientos que presten el servicio de hospedaje, cuando tales inmuebles hayan sido utilizados para la comisión de actividades de utilización sexual de niños, niñas y adolescentes”.

²⁸⁰ Como se analizará más adelante al estudiar los elementos estructurales de las causales, existen ciertas conductas delictivas que no comprometen bienes, lo que constituye un fundamento lógico razonable que permite considerar que, dada la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, no todas las conductas delictivas pueden considerarse como determinantes o habilitantes de la acción de extinción de dominio, como sucede, por ejemplo, con los delitos tributarios.

3. Según los efectos procesales que produce

Como se esbozó anteriormente, no todas las causales producen los mismos efectos procesales, pues desde esta perspectiva, las causales pueden ser consideradas desde dos puntos de vista: como factores pre procesales que deben estar acreditados, al menos objetivamente, como presupuestos para iniciar la acción de extinción de dominio, y como factores sustanciales que deben estar debidamente probados como presupuesto del fallo de declaratoria de extinción de dominio. Por tal razón se puede afirmar que existen tres clases de causales:

a) Causales presupuesto de la acción:

Son aquellas causales que solo habilitan a la fiscalía para iniciar una investigación con fines de extinción de dominio, pero vistas de manera autónoma, no le sirven de sustento al juez para emitir el correspondiente fallo declarativo de extinción de dominio. Esta clase de causales está asociada con las causales procesales anteriormente relacionadas.

Si bien este tipo de causales no subsisten en el Código de Extinción de Dominio colombiano, sí constituyen una de las principales características de los presupuestos de extinción de la legislación de pérdida de dominio del Perú²⁸¹, pues como se mencionó anteriormente, si bien en dicha legislación se alude a “supuestos de procedencia de la pérdida de dominio”, en la

²⁸¹ Decreto Legislativo 1104 de 2012. Legislación sobre Pérdida de Dominio.

práctica, relacionan causales procesales que solo habilitan al Estado a investigar y no a que se declare con base en dichos supuestos la pérdida de dominio sobre determinado bien. Estas causales se encuentran contempladas en el artículo cuarto del Decreto Legislativo 1104 de 2012 con la siguiente descripción normativa:

“Artículo 4º. Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio.

La pérdida de dominio procede cuando se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2º del presente decreto legislativo y cuando concurren alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.
- b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.
- c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.
- d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad”.

También corresponden a esta clasificación las causales contempladas en el numeral sexto, literal i) de la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador y el artículo cuarto, literal e) de la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala, que solo permiten accionar sobre un bien, pero no permiten por sí mismo la declaratoria de la extinción de dominio.

Se debe resaltar que este tipo de causales presenta enormes inconvenientes desde el punto de vista del respeto de las garantías procesales y derechos fundamentales²⁸², pues con base en ella se suelen justificar las afectaciones o medidas cautelares sobre bienes, solo con fines investigativos, cuando en realidad, este tipo de afectaciones, como cualquier medida cautelar de carácter patrimonial, debería responder al principio de razonabilidad de las medidas cautelares, por lo cual, para preservar la seguridad jurídica, la limitación del derecho de dominio debería tener como fundamento de legitimación la necesidad de garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia declarativa de extinción de dominio, y no simplemente, mantener una afectación sin mayor sustento material, siendo esta otra de las razones por las cuales el nuevo código rechazó la posibilidad de acoger este tipo de circunstancias procesales como causales de extinción de dominio.

²⁸² Como se mencionó al inicio del presente estudio, el desarrollo operativo de la extinción de dominio en Colombia ha presentado dos tendencias o corrientes: una que se puede denominar técnico eficientista, donde prevalece el tema investigativo con el fin de utilizar la extinción de dominio como un instrumento de incautación de posibles bienes de origen ilícito, corriente que se caracteriza por el enfoque de los esfuerzos institucionales que buscan incautar bienes para investigar; y otra tendencia, que se puede llamar sustancial efectivista, que responde a una ecuación distinta, pues no se enfoca tanto en las acciones de investigación e incautación de bienes, sino en la estructuración seria de una pretensión extintiva con el fin procurar obtener sentencias de extinción de dominio más efectivas; es decir, reduciendo el error judicial y garantizando al máximo el respeto de los derechos de los afectados. Sin duda, estas causales procesales que son solo presupuesto del inicio de la acción responden a esa corriente técnico-eficientista, la cual puede presentar deficiencias de orden práctico según las tendencias de política criminal, incrementando la afectación de bienes para investigar y no investigando previamente a la afectación.

b) Causales presupuesto de la acción y presupuesto directo de la extinción de dominio

Estas causales tienen la particularidad de habilitar tanto a la fiscalía para investigar e iniciar la acción extintiva, como al juez para declarar la extinción de dominio con base en ellas. Es por ello, que estas causales se pueden denominar “causales plenas”, pues cumplen con los fines pretendidos con este instituto especial.

El Código de Extinción de Dominio optó por acoger dentro de su catálogo de causales, sólo causales plenas, lo cual busca ser un referente claro que debe orientar toda la investigación y juzgamiento de un bien, pues desde el principio de la investigación se puede orientar la pretensión extintiva sobre un bien a través de la fijación de hipótesis que versen sobre causales concretas, lo cual busca preservar la seguridad jurídica en materia de extinción de dominio, evitando así la sola afectación con fines investigativos.

Esta clasificación tuvo una especial incidencia en los cambios introducidos en el reconocimiento de los denominados bienes por valor equivalente o correspondiente dentro del trámite de extinción de dominio, que en vigencia de las leyes 333 de 1996²⁸³ y 793 de 2002 se les daba el tratamiento de

²⁸³ En vigencia de la Ley 333 de 1996, solo se podía hablar de bienes equivalentes a partir de la sentencia declarativa de extinción de dominio, en aquellos eventos en que la misma no pudiera ser efectiva, pues así lo disponía el artículo 6 de la ley en mención, en los siguientes términos: *“De los bienes equivalentes. Cuando no resultare posible ubicar, incautar o aprehender otros bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del*

consecuencia accesoria o subsidiaria al proceso de extinción, pues solo podían ser examinados a partir de la sentencia de extinción de dominio, bajo ciertas condiciones procesales, pero que en el nuevo Código de Extinción de Dominio se consagran como causales plenas, pues el legislador reconoció su identidad de presupuesto sustancial para declarar la extinción de dominio, como quiera que constituyen una forma de comiso, y, como tal, deberían tratarse como una causal, pues como se mencionó anteriormente, las causales no son otra cosa que formas de comiso adaptadas desde una perspectiva *in rem*²⁸⁴, condición jurídica que permite pretender bienes por valor equivalente como hipótesis de caso desde el principio de la investigación y no a partir de su finalización.

En la actualidad, solo las legislaciones de Colombia y El Salvador reconocen los bienes equivalentes como causales plenas de extinción de dominio, mientras que en Honduras²⁸⁵ y Guatemala²⁸⁶, no se les reconoce tal calidad, pues también se subordina su reconocimiento a la sentencia previa sobre los otros bienes de imposible ubicación o afectación. Por su parte,

dominio, al momento de la sentencia podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre un valor equivalente. Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe". Esta misma descripción normativa se mantuvo en el artículo 3º de la Ley 793 de 2001, donde el tema de los bienes equivalentes se manejó como un concepto extensivo de bienes, pero subordinado a que la circunstancia de imposibilidad de hacer efectiva la extinción de dominio fuera declarada en una sentencia.

²⁸⁴ Frente a este aspecto se destaca la legislación de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras, donde a pesar de reconocer a la pérdida de dominio con las mismas características de la extinción de dominio, la sentencia que profiere el juez ordena el comiso a favor del Estado de los bienes pretendido.

²⁸⁵ Artículo 12 Decreto 27 de 2010 de la República de Honduras.

²⁸⁶ Artículo 35 del Decreto 55 de 2010 de la República de Guatemala.

las legislaciones de extinción de dominio y pérdida de dominio de México, Perú y Bolivia presentan una enorme deficiencia frente al tema, pues no contempla la figura bienes equivalentes.

c) Causales presupuesto subordinado de la extinción de dominio.

Para superar las dificultades probatorias registradas durante el trámite de extinción de dominio en vigencia de la Ley 333 de 1996, el legislador incluyó en el catálogo de causales de la ley 793 de 2002 dos nuevas causales relacionadas en circunstancias probatorias y no en presupuestos objetivos de carácter sustancial, que permitían declarar la extinción de dominio de bienes afectados por cualquier otra causal, pero que carecían de una justificación lícita o su origen lícito no era acreditado, circunstancias que en su momento fueron consagradas como causales primera y séptima de extinción de dominio, en los siguientes términos:

1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen del bien perseguido en el proceso²⁸⁷.

²⁸⁷ Es oportuno recordar que esta causal fue objeto de revisión de constitucionalidad mediante la sentencia C-740/2003, en la cual se eliminó el calificativo de ilicitud de los bienes que no lograban ser justificados, al precisar lo siguiente: *“Este numeral se refiere a un bien concreto que es objeto de persecución en un proceso, decisión que puede tomar el legislador al desarrollar el artículo 34 constitucional. No obstante, al indicar la norma que hay lugar a la extinción de dominio cuando “no se justifique el origen ilícito del bien*

Al analizar la estructura de estas causales, resulta evidente que no responden a un factor sustancial de legitimación, pues sin duda, buscaban solucionar los problemas probatorios de la acción extintiva, ya que en la práctica atribuían la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un aspecto eminentemente probatorio, como lo era la falta de explicación del origen de un bien investigado (causal primera de la Ley 793 de 2002), o por la no justificación del origen lícito del bien perseguido en el proceso (causal séptima Ley 793 de 2002).

Sin embargo, no debe olvidarse que los fundamentos y límites de las causales de extinción de dominio se encuentran especialmente en los artículos 6º, 34 y 58 de la Constitución Política y, en especial, estas causales apuntan a una circunstancia ilícita en concreto, como lo es el origen ilícito (C.N. art. 34). Por tanto, se considera que estas causales no podían ser manejadas como causales plenas, a pesar de que quienes defienden su eficiencia las reconozca como tal (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015, p. 151); pues para ello, debería existir por lo menos una mínima relación con el origen ilícito y por tal razón, deben estar referidas a la causal segunda de extinción de dominio, pues de ser atendidas como causales plenas, se estarían desbordando los límites constitucionales del instituto.

perseguido en el proceso", se está haciendo una exigencia que resulta contraria a ese precepto superior pues la ilicitud del bien da lugar a la extinción de dominio. Además, la ilicitud del bien no puede justificarse pues si esto ocurre, lo que se hace es acreditar el origen lícito del bien y en tales condiciones no habría lugar a extinguir su dominio en favor del Estado.

Por estas deficiencias técnicas, estas causales también fueron eliminadas en el nuevo código de extinción, pues sujetaba la consecuencia jurídica más a un aspecto probatorio que a una condición objetiva de ilicitud, lo cual podía prestarse a la generación de casos de injusticia, en aquellos eventos en los cuales, por el transcurso del tiempo o por otras circunstancias, el afectado no podía aportar la prueba que respaldare su versión de licitud, a pesar del origen lícito del bien.

4. Según el objeto de valoración.

La última clasificación que se propone, más simple y sencilla que las anteriores, pero de enorme utilidad práctica para la comprensión de la figura, es la relacionada con el objeto de valoración, es decir, aquel sobre el cual recaen los cuestionamientos de licitud. Desde este punto de vista, las causales pueden ser personales o reales:

a) Causales personales.

Se tendrán como causales personales, aquellas que en su parte descriptiva relaciona circunstancias ilícitas de carácter *in personam*; es decir, aquellas que son predicables del titular del bien y no del bien cuestionado. Estas circunstancias de carácter

Por este motivo, la Corte declarará exequible el numeral 7) del artículo 2º de la Ley 793 de 2002, excepto la expresión "ilícito", que se declarará inexecutable."

personal suelen ser comunes en las acciones *in personam*²⁸⁸, como la acción penal. Ejemplo de ello, lo constituyen las circunstancias personales que se valoran en el comiso penal, el cual tiene como presupuesto sustancial para su declaración una circunstancia de carácter personal, pues dada la naturaleza punitiva del comiso en Colombia, su reconocimiento solo procede sobre los bienes que pertenecen al penalmente responsable (autor o partícipe)²⁸⁹, lo que sin duda obliga a que la valoración jurídica o el cuestionamiento de ilicitud se realice al titular del bien y no solo respecto del bien mismo.

Este tipo de circunstancias personales son comunes en otras formas de decomiso, como por ejemplo el comiso ampliado de España; o la confiscación extendida de Alemania; o la confiscación de pleno derecho de Uruguay, que se caracterizan por enfocarse en circunstancias predicables del titular del bien, como su compromiso penal como autor o partícipe de una actividad delictiva, su pertenencia a una organización delictiva o su contumacia o rebeldía para ejercer sus derechos en el proceso. Dentro del contexto de la extinción de dominio, estas causales prevalecen en la Ley Federal de

²⁸⁸ Resulta indiscutible que las primeras normas de extinción de dominio en Colombia tenían características de una acción *in personam*, pues a pesar de concebir en mayor parte una acción de carácter real, ciertas reglas procesales le daba tal atributo, pues así lo establecía el artículo XXX de la Ley 333 al indicar que la acción debía dirigirse en contra de los titulares reales o presuntos o los beneficiarios reales de los bienes, sin perjuicio de los derechos correspondientes a los terceros de buena fe. En similar sentido el artículo XXX del Decreto-Ley 1975 de 20002, por lo cual, el verdadero alcance real de las causales solo se empezó a perfilar en la Ley 793 de 2002.

²⁸⁹ Artículo 100 del Código Penal y 82 del Código de Procedimiento Penal.

Extinción de Dominio de México²⁹⁰; y, en menor medida, en la legislación de Pérdida de Dominio de Perú²⁹¹.

En Colombia se reconoció²⁹² como causal personal, la causal séptima de la Ley 793 de 2002, que consagraba la consecuencia jurídica de la extinción de dominio sustentada en una circunstancia predicable del titular de un bien que hubiese sido afectado dentro de un proceso de extinción de dominio y que en el ejercicio de su derecho de contradicción y oposición no hubiese justificado el origen lícito del mismo. En otras palabras, esta causal procedía cuando un bien había sido objeto de una pretensión de dominio por cualquier otra causal del artículo 2° de la Ley 793 de 2002, pero que dentro del desarrollo del proceso el titular del bien no hubiese cumplido con la carga probatoria de justificar el origen del bien perseguido, al indicar que la extinción de dominio también

²⁹⁰ Numerales III y IV del artículo 8°: *"III. Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculcado del delito;*

IV. Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 22 constitucional y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño".

²⁹¹ Numeral 4° del artículo 5° del Decreto Legislativo 1104 de 2012. *"5.4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal".*

²⁹² Como se mencionó anteriormente, esta causal fue eliminada como tal del ordenamiento jurídico colombiano a través del artículo 72 de la Ley 1453 del 2011.

procedía “Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso”²⁹³.

Actualmente este carácter *in personam* recae parcialmente en las causales por bienes equivalentes, los cuales constituyen una figura *sui generis* dentro de la extinción de dominio, pues su reconocimiento demanda la verificación de presupuestos tanto *in rem*, como *in personam*. En otras palabras, no basta con que se acredite que los bienes pretendidos tengan un valor equivalente, correspondiente o equiparables a aquellos de origen o destinación ilícita que no se pudieron perseguir (condición *in rem*), sino que, además, dichos bienes deben pertenecer al mismo titular (condición *in personam*).

b) Causales reales.

Las causales reales son aquellas que centran como objeto de valoración una circunstancia predicable de un bien o derecho real, y no de su titular. En materia de extinción de dominio, este tipo de causales son inherentes al carácter real de la acción, que procede sobre bienes por razón de circunstancias

²⁹³ Esta causal personal se reproduce en el numeral octavo del artículo 11 de la Ley de Privación de Dominio de Honduras, en los siguientes términos: “Cuando en cualquier caso el afectado o interesado no se logre justificar el origen lícito del bien, producto, instrumentos o ganancias, que es objeto de persecución;”. De la misma forma, en la Ley Especial de Extinción de Dominio de Guatemala, Decreto 55 de 2010, artículo 4º literal k): “En los casos de omisión o falsedad en la declaración jurada, prevista en el artículo 25, Declaración, de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República y sus reformas”.

predicables de estos y no por circunstancias predicables de su titular²⁹⁴.

El Código de Extinción de Dominio acogió dentro de su catálogo de presupuestos de extinción de dominio de manera preferente causales de carácter real; razón por la cual, la valoración de ilicitud siempre va a recaer sobre una circunstancia predicable del bien y no de su titular, salvo en aquellos casos de 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 indispensables para determinar la atribuibilidad de la consecuencia jurídica, especialmente en las causales de destinación ilícita. Sin embargo, se debe precisar que no se deben confundir los elementos de las causales de extinción de dominio con las condiciones de atribuibilidad de la

²⁹⁴ Resulta interesante la reflexión histórica que realiza Velado Escobar sobre este aspecto, al resaltar que desde el derecho romano, la extinción del derecho de dominio estaba relacionada con circunstancias predicables del bien y no de la acción de su titular, al indicar: *“Uno de los puntos en los que merece hacerse un especial pronunciamiento es que para el derecho romano ninguna de las causales de extinción del derecho de dominio atañían al titular del derecho, sino que todas se encontraban relacionadas con el bien sobre el cual se ejercía el derecho —que hubiera dejado de existir, que no fuera susceptible de ser apropiado o que, tratándose de un animal salvaje recobrara la libertad— de ahí que la primera conclusión a la que podemos arribar es que desde antiguo, la extinción del derecho de dominio no guarda relación con el individuo que ejerce el derecho, sino con el objeto sobre el cual se ejerce. Nótese en ese sentido, la similitud existente entre las causales reconocidas por el derecho romano y los presupuestos de procedencia de la acción de extinción de dominio reconocidos en la LEDAB, en el sentido que todos se refieren a los bienes sobre los cuales se ejerce el derecho y ninguno a la persona titular del mismo.”* (Velado Escobar, 2017).

consecuencia jurídica, como se analizará al momento de estudiar los elementos de las causales de extinción de dominio.

De otro lado, se debe resaltar que el carácter real de la extinción de dominio prevalente en las causales de este tipo presenta una enorme utilidad en materia investigativa, pues como bien lo resalta Manuel Bonnelly, *“La mayor ventaja que ofrece la posibilidad de iniciar la persecución a partir de los bienes ilícitos es que la recuperación de los mismos no dependerá de la solución del caso penal relativo al delito que dio origen a ellos...”* (Bonnelly Vega, 2008, p. 233); de ahí que el objeto de la extinción de dominio atienda a las circunstancias ilícitas que puedan recaer sobre un bien, de manera autónoma e independiente, sin necesidad de que la definición de la ilicitud que compromete el bien, se genere dentro de un proceso penal.

5. Utilidad de la clasificación

Esta clasificación presenta enormes efectos prácticos en materia probatoria y de estructuración de la pretensión, pues no todas las causales se prueban de la misma forma. Por ejemplo, si el cuestionamiento de un bien es por una causal de destinación ilícita, cualquier prueba dirigida a identificar la fuente de los recursos con que se adquirió el bien investigado, carecerían de

utilidad práctica. Así mismo, esta clasificación va a tener efectos prácticos en el momento de estructurar la pretensión o reconocer la buena fe exenta de culpa de un tercero, pues habrá causales que demandarán el examen de los aspectos subjetivos y otras donde dicho aspecto va a resultar intrascendente.

Esta clasificación también permite conocer que las causales de extinción de dominio en el nuevo código, fueron configuradas con una técnica de redacción similar a la técnica de tipificación en materia penal, por desarrollar el instituto a partir de eventos casuísticos, donde se busca tener efectos omnicomprendivos de todas las posibles formas de desatención del régimen constitucional de acceso y disfrute de la propiedad privada.

Pero quizás la mayor utilidad de esta clasificación radica en que permite identificar las principales características de las causales de extinción de dominio en Colombia, las cuales se pueden describir como normativas, sustanciales, plenas y prevalentemente reales.

B. Concepto de “causal”.

A pesar que el término “causal” ya se ha incrustado en el lenguaje jurídico colombiano como un instituto propio del trámite extintivo, se debe reconocer que este vocablo resulta

tan inapropiado y antitécnico²⁹⁵ como el mismo nombre de “extinción de dominio”²⁹⁶, pues como se mencionó anteriormente, si bien a primera vista pareciera que dicho concepto orientara la valoración de las causales desde un punto de vista naturalístico, lo cual constituye un rezago del casualismo del derecho penal, donde se podría pensar que la extinción de dominio responde a una simple operación lógica causal en la cual la comprobación de una conducta o actividad determinante o previa, se le atribuye una consecuencia jurídica como resultado.

Sin embargo, esta visión que estuvo marcada en vigencia de la Ley 333 de 1996, donde las causales estaban enfocadas a la verificación de conductas o circunstancias predicables de un individuo que se extendían a sus bienes²⁹⁷, fue revaluada

²⁹⁵ Si bien en el presente trabajo se reconoce las deficiencias e imprecisiones técnicas de término “causal” para definir aquellas circunstancias que deben tomarse como presupuesto para pretender la extinción de dominio respecto a un bien determinado, dicho vocablo continuará siendo utilizado en el presente estudio por razones prácticas, al ser el lenguaje propio de la norma colombiana.

²⁹⁶ Como se mencionó anteriormente, de acuerdo con la naturaleza jurídica de las causales de origen, caracterizadas por desarrollar la consecuencia jurídica a partir de normas de valoración, resulta claro que lo que se busca en la extinción de dominio es determinar que el derecho no nació a la vida jurídica (nulidad *ab initio*) y que por tanto, el derecho de propiedad no nace a la vida jurídica, razón por la cual no se puede extinguir un derecho que por su propio vicio original lleva a declarar que por su ilegitimidad simplemente no llegó a consolidarse y solo estaba en apariencia.

²⁹⁷ En su momento, la Corte Constitucional partía de la idea que las causales de extinción de dominio formaban parte del juicio de reproche penal y se derivaban directamente de una conducta delictiva: “La ley objeto de análisis constituye desarrollo del precepto constitucional, aunque no agota las posibilidades existentes a la luz de la Carta en cuanto al señalamiento de conductas cuya comisión ocasiona la extinción del dominio, lo cual corresponde al legislador dentro de las causas genéricas consagradas en su artículo 34. Por ahora, mientras la ley no adicione el artículo 2 impugnado y el 14 de la Ley 365 de

ampliamente por el legislador en la Ley 793 de 2002, donde, a pesar de no renunciar plenamente a las causales de carácter *in personam*²⁹⁸, sí replanteó ampliamente el enfoque de la mayoría de los presupuestos de extinción de dominio al procurar que los mismos fueran estructurados como circunstancias predicables de los bienes relacionadas con una actividad ilícita y no de una circunstancia o conducta predicable o atribuible a su titular.

Es por ello que si bien pareciera que el término “causal”, remitiera al campo de la “causalidad” y, por ende, las causales de extinción de dominio surgirían como resultado de la acción de una persona, o como lo ha apreciado algún sector de la doctrina que ve que en ellas se “encasillan el mayor número de conductas que llevan a viciar los títulos de los bienes que en el devenir comercial adquieren” (Betancur Echeverri, 2004, p. 115); en la realidad, la construcción de la mayoría de las causales no depende de los factores de “causalidad”, pues dada la naturaleza mixta de la extinción de dominio, se limita ampliamente la posibilidad de acoger las teorías de la

1997, ellas están constituidas tan sólo por los delitos que tales normas enuncian.” (Sent. C 374/97).

²⁹⁸ Se hace relación a las causales primera y séptima de dicha normatividad, que establecían la consecuencia jurídica de la extinción de dominio “Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.”, o cuando “en cualquier circunstancia no se justifique el origen lícito del bien perseguido en el proceso”, causales que sin duda no respondían a la misma estructura que las demás, pues fincaban la consecuencia jurídica de la extinción de dominio en una circunstancia predicable del titular “no explicación o no justificación del origen”, y no en una circunstancia predicable del bien mismo.

causalidad en todos los presupuestos extintivos, quedando estos sólo admisibles en algunas causales de origen ilícito²⁹⁹.

Son múltiples los casos en los cuales el nexo de causalidad se rompe o simplemente no existe³⁰⁰ y, a pesar de ello, procede la consecuencia de la extinción de dominio. Sería el caso, por ejemplo, de los bienes ilícitos transferidos por causa de muerte; o el evento de los bienes por valor equivalente; o el de los bienes lícitos destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, o los bienes adquiridos con recursos lícitos desconociendo los postulados de la buena fe exenta de culpa, entre otros eventos, sobre los cuales se aplica la consecuencia jurídica de la extinción de dominio por remisión normativa y no por relación de causalidad.

El concepto de causal no puede sustentarse en el criterio de causalidad, pues como se expondrá en el presente estudio, estos presupuestos de extinción, de acuerdo con su naturaleza jurídica, pueden responder tanto a criterios de causalidad como a criterios normativos. Ya la doctrina y la jurisprudencia constitucional han hecho enormes avances en la construcción de este concepto, el cual se ha estructurado a partir de las circunstancias ilícitas relacionadas con el bien o el derecho y no

²⁹⁹ Bienes producto de actividades ilícitas; bienes transformados; bienes frutos o rendimiento.

³⁰⁰ Por estas mismas razones, se debe considerar inapropiado o antitécnico hablar de "nexos causales" en las causales de destinación ilícita o en las causales normativas por bienes equivalentes, razón por la cual se prefiere emplear el concepto de "nexo de relación", el cual se adopta para identificar uno de los elementos estructurales de las causales de extinción de dominio, como se analizará más adelante.

a conductas atribuibles al titular del derecho. En este sentido, el profesor Fabio Espitia Garzón señaló que “... la ley consagró una serie de eventos que constituyen casos típicos de ilicitud de la causa o del objeto, hipótesis en las cuales el derecho no se constituyó por ser ineficaz el título o por inobservancia de la función social” (Espitia Garzón, 2003).

Estas circunstancias o “casos típicos de ilicitud” parten de una perspectiva de valoración del objeto, *in rem*, que como se explicó en el capítulo precedente, va a permitir diferenciar las causales de extinción de dominio, de las circunstancias de comiso penal, pues la valoración que se pretende por esta vía, no se dirige directamente contra el titular del bien o derecho, como sí sucede en materia penal, sino que toma como objeto de valoración el mismo bien pretendido, pues la pretensión extintiva se estructura sobre la base de circunstancias que, en principio, solo son predicables del bien cuestionado, y no necesariamente del cuestionamiento de la conducta de su titular³⁰¹.

Sin embargo, no se puede desconocer que existe una marcada tendencia de considerar que el objeto central de análisis en las causales de extinción de dominio es la conducta o el comportamiento del titular del derecho y no, las circunstancias

³⁰¹ Los temas conductuales no forman parte de la estructura básica de las causales de extinción de dominio, pero sí hacen parte de los presupuestos de procesabilidad, por lo cual se considera que son elementos complementarios o accesorios, como se analizará más adelante cuando se aborden los elementos estructurales de la causal, en particular, con relación a los elementos de relación jurídica entre el titular y el bien, y el nexo de relación de causalidad entre el titular y la causal de extinción de dominio.

ilícitas que se predicán del bien pretendido; posición que, a nuestro juicio, conlleva una valoración desde una perspectiva *in personam* y no *in rem*. Esta respetable posición, es expuesta por Jorge Pardo en su estudio, quien presenta un interesante planteamiento para considerar el comportamiento del titular, como el elemento basilar que permite construir el concepto de “causal”. Al respecto, señaló lo siguiente:

“Las causales, como ya se indicó, son aquellos aspectos comportamentales que dan lugar a la declaratoria de extinción de dominio, para este análisis, se utilizará la expresión comportamiento en vez de conducta, porque se quieren evitar confusiones con el proceso penal y en general con la teorización que se hace del delito en la dogmática penal.

Valga la anterior aclaración, se acude a la locución comportamiento, entendido este en sentido lato, valga decir, como un accionar humano que modifica la realidad, más exactamente el patrimonio de una persona, este entendido como una universalidad jurídica diferente al individuo, a la cual ingresan bienes y derechos de carácter económico sobre los cuales se pueda ejercer la propiedad o algún otro derecho de carácter real que sea transmisible, diferenciado del delito, habida cuenta de que no se realizan enjuiciamientos sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de las conductas humanas, ya que esto es propio de la declaratoria de responsabilidad penal que se hace a través del enjuiciamiento criminal, sino que el objeto del proceso extintivo estriba en examinar esas situaciones que acrecentan(sic) el haber patrimonial o la destinación de los aludidos derechos y bienes” (Pardo Ardila, 2013, p. 64).

Sin embargo, si se tienen en cuenta la naturaleza jurídica mixta de la extinción de dominio, se puede considerar que dicho planteamiento es parcialmente válido y, por tanto, carece de la generalidad suficiente para reconocer al “comportamiento” o “la conducta” del titular de derechos, como el elemento distintivo a partir del cual se puede construir el concepto de causal.

Lo anterior, como quiera que son solo las causales de destinación ilícita, las que presentan el desafío permanente³⁰² de examinar un comportamiento concreto por parte del titular, pues dada su naturaleza jurídica, estas causales se basan en normas subjetivas de determinación, que obligan a revisar la posición del titular frente a cumplimiento de las expectativas de comportamiento propias de un debido ejercicio del derecho de la propiedad, dentro del marco del régimen constitucional y legal del derecho a la propiedad privada que define los comportamientos que se reconocen como legítimos frente al uso, disfrute, usufructo y disposición de la propiedad. Tratándose de las causales de origen ilícito, son múltiples los eventos que dicha condición no se logra verificar; ya sea porque jamás se

³⁰² Este planteamiento no excluye la posibilidad de considerar que en materia de bienes de origen ilícito no se pueda examinar el comportamiento de un titular de derechos, pues dicho aspecto se puede verificar en los casos de ilicitud directa; es decir, cuando el titular del derecho es el mismo que participa de la actividad ilícita que se tienen como determinante o habilitante para estructurar la causal. En la misma posición, se pueden ubicar a los terceros adquirentes que proceden con culpa o mala fe, frente a los cuales el examen de un comportamiento concreto resulta procedente, no sucediendo lo mismo con relación a la extinción sobre bienes equivalentes; la tradición de bienes por causa de muerte, o la extinción de bienes por la causal de frutos o rendimientos, circunstancias en las cuales basta con realizar una valoración objetiva de circunstancias relacionada con el bien, y no con la conducta de su titular.

consigue identificar a un titular de derechos; o, porque la consecuencia jurídica se da por fuera de cualquier conducta de quien entra a detentar la titularidad del dominio.

Es por esta razón que el Código de Extinción de Dominio, en el numeral 4 del artículo 118, consagra como uno de los propósitos o fines de la fase inicial *“Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio”*. Lo que quiere decir, que la conducta del titular no se examina dentro de las causales, pues no es un elemento intrínseco o esencial de ellas; es por esta razón que, en materia de extinción de dominio, la valoración de los aspectos relacionados con la conducta o comportamiento del titular del derecho, que dentro de este trabajo denominaremos condiciones de atribuibilidad de la consecuencia jurídica, se manejan por fuera de la causal misma.

En este sentido también ha marchado la jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de extinción de dominio, donde a pesar de hacer alusión sobre la necesidad de valorar un “comportamiento” de los titulares de derecho sobre un bien pretendido en un proceso de extinción de dominio, reconoce en la práctica, la necesidad de indagar más sobre “situaciones” (circunstancias) relacionadas con el bien investigado, que sobre la conducta de titular del derecho cuestionado. Al respecto, indicó lo siguiente:

“Lo anterior no significa que se desconozca que la vinculación de S. C. con las Autodefensas Unidas de Colombia es lo que da génesis al trámite y configura a la causal invocada como fundamento de la sentencia de primera instancia, sin embargo, en sede del proceso de extinción del derecho de dominio, los análisis que debieron realizarse eran en torno a los comportamientos (en sentido lato) de la titular del derecho real inscrito, que dan lugar a la causal o causales que sustentan la declaratoria, debió el funcionario judicial acudir indefectiblemente al estudio de situaciones como la capacidad económica, origen de los recursos, actos de simulación, etcétera.

Empero, en el fallo consultado, encuentra este Tribunal, que las consideraciones allí esbozadas, se encaminan más a un juicio de reproche penal por la pertenencia de W. S. C. al grupo armado ilegal del que formó parte, y dejando a un lado el estudio las situaciones relacionadas con la adquisición del derecho real (dominio) que se pretende extinguir y todo lo relacionado con este negocio jurídico...” (Sent. 11001070401000018-02/2011).

Con lo anterior no se pretende decir que en materia de extinción de dominio se debe renunciar a la valoración de la conducta del titular, pues dicha postura generaría un problema filosófico ya que no puede existir derecho (o apariencia de derecho) sin titular; por lo cual, tarde o temprano, en la mayoría de los casos, el examen de la conducta del titular del bien, o condición de atribuibilidad de la consecuencia jurídica, resulta inevitable; pero siempre, siguiendo la perspectiva *in rem*, como suele requerirse en algunos eventos de destinación ilícita.

Lo que realmente se quiere puntualizar con esta perspectiva *in rem*, es que la situación del bien debe ser valorada de manera directa y no a través de la conducta del titular, atendiendo los factores de legitimación que emanan de los postulados contenidos en los artículos 34 y 58 de la Carta Política, ya sea porque se cuestiona su origen (nacimiento del derecho) o su destinación (incumplimiento de la función social y ecológica); sin que la situación jurídica, conducta o comportamiento del titular de derechos sobre el bien cuestionado, pueda ser considerada, por sí misma, como el elemento determinante para reconocimiento o no de una causal o presupuesto de extinción de dominio.

A esta conclusión se llega después de analizar que la “conducta”, “condición” o “situación jurídica del titular del bien”, no es un elemento estructural principal o indispensable de las causales de extinción, pues como se verá más adelante, dicha circunstancia tan solo puede ser considerada como un elemento complementario adicional que solo debe valorarse en aquellos eventos donde la conducta resulte determinante para atribuir la consecuencia jurídica de la extinción de dominio, pues como ya se ha expuesto en anterior oportunidad (Santander Abril G., 2015, p. 87), no en todos los casos de origen o destinación ilícita de un bien se puede contar con la identificación de un titular y, aun así, resulta procedente reconocer una causal de extinción de dominio sobre un bien determinado.

Sería, por ejemplo, el caso de la aeronave abandonada con droga en una pista de aterrizaje clandestina, la cual presenta sus sistemas de aeronavegabilidad e identificación alterados, lo que imposibilita la identificación de titulares de derechos sobre la misma. En este evento, resulta completamente imposible valorar de manera objetiva la conducta o comportamiento de un titular de derechos, pues simplemente no existe; no obstante, lo anterior, la objetividad del caso sí permitirá inferir de manera lógica, razonable y coherente, que dicho bien sí está siendo destinado a la actividad ilícita de narcotráfico, sin necesidad de tener que indagar sobre la conducta o situación jurídica de sujeto alguno.

De otra parte, resulta oportuno resaltar que el concepto de causal no puede prescindir o desconocer la naturaleza de la extinción de dominio, que como se ha expuesto durante el presente estudio, es mixta o compuesta, dependiendo de los fundamentos de legitimación que se invoquen, ya sea si se trata de una causal por origen ilícito o por destinación ilícita, circunstancias que permiten considerar que en algunas causales efectivamente se extingue un derecho, mientras que en otras, como sucede con las casuales de origen ilícito, donde se parte del supuesto de que el derecho no ha nacido a la vida jurídica (nulidad *ab initio*), simplemente la declaración de extinción de dominio va a desestimar un derecho aparente.

Los anteriores argumentos permiten llegar a una aproximación conceptual frente al término de "causal" de extinción de dominio, para lo cual, se entenderá como tal, todos aquellos

presupuestos normativos donde se describen circunstancias de origen o destinación ilícita que recaen sobre un bien (no sobre su titular), que conllevan como consecuencia jurídica la pérdida o desestimación de los derechos que existen sobre el mismo.

C. Esquema de la extinción de dominio y elementos estructurales de las causales.

Las causales son para la extinción de dominio, lo que el tipo es para el derecho penal. En muchos casos la línea divisoria entre la confiscación (proscrita por la Constitución Política) y la extinción de dominio es muy delgada; por ello resulta de suma importancia conocer aquellos elementos mínimos que permiten identificar cuándo se está frente a un bien comprometido en una causal de extintiva y cuándo se puede estar en un evento de injusticia, extralimitación, o error judicial, para así garantizar la seguridad jurídica en esta materia.

Como se analizó al momento de estudiar los antecedentes y la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, resulta imposible desconocer el origen penal del instituto, en especial, su directa relación con el comiso penal y el derecho sancionatorio, al ser las causales formas de comiso descritas desde una perspectiva

normativa, sustancial e *in rem*³⁰³. Por esta razón, no es extraño que tanto el comiso penal como la extinción de dominio compartan algunos elementos estructurales³⁰⁴, pues desde esta perspectiva, solo presentan diferencias desde el punto de vista de la atribuibilidad de la consecuencia jurídica.

En efecto, mientras que en el comiso penal, dada su naturaleza punitiva, la consecuencia jurídica de la pérdida del bien se va a sustentar en la responsabilidad penal del titular de derechos sobre el bien incautado y su reconocimiento se impone a título de sanción³⁰⁵, lo que lleva implícito una valoración de culpabilidad que se extiende al campo patrimonial³⁰⁶; en la

³⁰³ El carácter *in rem* de la acción de extinción de dominio es el que permite considerar que la acción no se dirige contra las personas, ni se sustenta en condición personal alguna, como sí sucede con las acciones de carácter *in personam*, pues esta acción constitucional se dirige sobre un bien o un patrimonio específico en razón de un factor de legitimación de la acción de acuerdo con los postulados que emanan de los artículos 34 y 58 de la Carta Política, ya sea porque se cuestiona el origen o la destinación ilícita de un bien, sin que la situación jurídica o condición del titular de los derechos reales pueda ser considerada, por sí misma, como un factor de legitimación suficiente para el reconocimiento de la pretensión.

³⁰⁴ El esquema del comiso que se desarrolla a través del artículo 10 del Código Penal y 82 y siguientes de la Ley 906 de 2004, presenta cuatro elementos estructurales bien definidos: en primer lugar, tiene al penalmente responsable, como elemento central del instituto, que junto con el bien, la circunstancia ilícita y actividad delictiva, conforman la estructura básica que permite el reconocimiento del comiso penal en un caso concreto, siendo estos tres últimos, elementos que se también se repiten como componentes de las causales de extinción de dominio, aunque aquí no se va a hablar de actividad delictiva, sino de actividad ilícita, como concepto general que presenta definición legal según el numeral segundo del artículo 1º del Código de Extinción de Dominio.

³⁰⁵ Esto debido a que la naturaleza jurídica del comiso en Colombia es punitiva, pues como lo dispone el artículo 100 del Código Penal y 82 de Código de Procedimiento Penal, dicha consecuencia procede sobre los bienes del "penalmente responsable".

³⁰⁶ Esta limitación del comiso penal en virtud del principio de culpabilidad, ha sido explicada por Choclán Montalvo de la siguiente manera: "... debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, sólo podría imponerse al sujeto

extinción de dominio, este juicio no sería compatible con su naturaleza jurídica mixta, pues como se ha sostenido a lo largo de este estudio, no todas las causales son de naturaleza sancionatoria, pues no todas se sustentan en normas subjetivas de determinación; toda vez que, como se explicó anteriormente, tan solo las causales de destinación ilícita permiten ese tipo de valoración, siendo otros los factores los que permitirán “atribuir” la consecuencia jurídica de la extinción de dominio con relación a un titular de derechos sobre el bien pretendido, en especial, en aquellos casos donde se cuestiona el origen ilícito del bien, pues aquí lo determinante va a ser una valoración objetiva de los presupuestos de validez del acto de adquisición del derecho, y no el compromiso de responsabilidad del titular del bien con el delito.

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 norma³⁰⁷. En

responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad, de tal modo que no pueden ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción penal.” (Choclán Montalvo, 2000, p. 340).

³⁰⁷ Con relación a la construcción penal del concepto de imputación, Enrique Barcigalupo destaca que “El concepto de imputación tomó un nuevo giro cuando en 1911 Kelsen afirmaba: “La imputación es la conexión, realizada en base a una norma, entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (el sujeto de la norma). Tiene la mayor significación poner en claro que esta conexión realizada sobre la base de una norma que llamamos imputación no es de naturaleza causal ni teleológica, sino una conexión específica, que podemos llamar normativa, dado que tiene lugar con base en una norma.

extinción de dominio, dada la naturaleza mixta del instituto y su carácter real, no siempre se logran conjugar esos tres elementos, como sucede, por ejemplo, en los casos de extinción de dominio sobre los bienes ilícitos transferidos por causa de muerte, pues aquí la consecuencia jurídica no dependerá de conducta alguna del heredero, razón por la cual consideramos apropiado acudir al concepto general de "atribución" de la consecuencia jurídica. Por tanto, atendiendo a la doble naturaleza jurídica de la extinción de dominio, esta atribución será a título de declaración que desvirtúa una supuesta titularidad de derechos sobre el bien, como sucede en las causales de origen ilícito, y en otras la declaración se hará a título de sanción constitucional, como sucede en las causales de destinación ilícita.

Es por ello que para definir³⁰⁸ un esquema que explique la estructura del instituto de la extinción de dominio, se propone trabajar dos tipos de elementos estructurales que actuarían como categorías sistemáticas: los primeros, que se relacionan con las condiciones objetivas de reconocimiento de las causales, que serían los elementos básicos y estructurales de

En efecto, pues las normas son creadas por los hombres y la vinculación entre el sujeto de una norma y el objeto de esta es, por lo tanto, completamente arbitraria". Desde este punto de vista se trata, por consiguiente, de la atribución de un hecho a una persona con fundamentos normativos." (Bacigalupo, 1999, p. 200).

³⁰⁸ Una de las consecuencias de reconocer que la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es compuesta, se refleja en la forma de cómo se deben interpretar sus reglas y disposiciones sustanciales, pues este instituto no responde a un sistema jurídico de textura cerrada donde sus reglas deben interpretarse ciegamente como si fueran propias de un dogma religioso; sino por el contrario, las mismas permiten una interpretación más amplia, pues sus reglas pertenecen a un sistema jurídico abierto en el que no todo ha sido decantado, permitiendo un amplio margen de maniobra para la construcción de estructuras de interpretación coherentes con tal naturaleza.

toda causal, sobre los cuales recaerán los ingredientes de orden normativo³⁰⁹ que permiten distinguir una causal de otra y; los segundos, aquellos elementos que se relacionan con las condiciones de atribuibilidad de la consecuencia jurídica, los cuales se verificarían en los eventos donde resulta necesario e indispensable entrar a valorar aspectos de orden subjetivo³¹⁰.

1. Elementos relacionados con las condiciones objetivas de reconocimiento de la causal

Se puede decir que la extinción de dominio tiene un componente objetivo y otro de orden subjetivo, estando conformado el primero por aquellos elementos estructurales comunes a todas las causales de extinción de dominio que permiten determinar el reconocimiento técnico de una circunstancia que conlleva consecuencias jurídicas de pérdida o desestimación de las relaciones jurídicas de titularidad de derechos frente a un bien determinado.

³⁰⁹ Al igual como sucede con el tipo penal, en la redacción de las causales de extinción de dominio se pueden distinguir la presencia de elementos descriptivos, es decir aquellos términos legales determinados por el uso del lenguaje, o al decir de Roxin, que se deriva de una percepción sensorial; y elementos normativos, entendiendo por éstos, aquellos términos que requieren de una valoración normativa para su comprensión (Roxin, 1997, pág. 305), debiendo resaltar el interés del legislador de facilitar la descripción normativa de varios de ellos, no solo en el artículo 1º del Código de Extinción (definiciones) sino a lo largo de todo el estatuto.

³¹⁰ Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, no todos los casos demandan la necesidad de contar con un titular del bien o de valorar aspectos subjetivos, pues en varios eventos, la consecuencia procede, aun prescindiendo de estos elementos.

Estos elementos, son comunes también con las circunstancias de comiso, pero abordados desde una perspectiva prevalentemente *in rem*, es decir, prescindiendo de la valoración de circunstancias, condiciones o atributos predicables del titular de derechos o del infractor mismo, salvo en el evento de los bienes equivalentes, donde sí resulta necesario verificar una condición personal del afectado, como se expuso anteriormente. Estos elementos son tres, que son comunes en la redacción de cada una de las causales adoptadas en el Código de Extinción de Dominio: el bien, la circunstancia ilícita y la actividad ilícita.

a) El Bien o derecho pretendido.

El bien o derecho hace relación al objeto³¹¹ sobre el cual recae la pretensión de extinción de dominio, el cual, no se limita a los bienes como tal, sino que se extiende a los derechos que de ellos emanan u otros derechos inmateriales o patrimoniales que son susceptibles de valoración económica³¹². De ahí que resulte inapropiado restringir el objeto de la pretensión extintiva solo al derecho de dominio, pues como se ha expuesto con anterioridad, no siempre la pretensión versa sobre tal derecho,

³¹¹ Al respecto, se debe precisar que este elemento estructural de las causales hace relación al objeto sobre el cual recae la pretensión extintiva, como quiera que algunas legislaciones mezclan el concepto de bien con el de causal, como sucede en las leyes especiales de Honduras, México y El Salvador.

³¹² La claridad frente al concepto de bien se traduce en la efectividad de la definición del objeto, lo cual limita la pretensión extintiva, pues si la misma solo se dirige contra el derecho de dominio sobre un bien, existiendo sobre el mismo también los derechos de usufructo y habitación, o posesiones etc., las medidas cautelares y la pretensión solo deberá proceder sobre los derechos comprendidos dentro de la respectiva pretensión.

pues también se puede extender a otro tipo de derechos como aquellos derivados de la posesión de un bien, los derechos de créditos, los derechos a futuro e incluso, los derechos personalísimos, entre otros, como bien lo reconoció la Corte Constitucional en su momento³¹³.

De otra parte, resulta pertinente precisar que la legislación especial de extinción de dominio se adscribe a un concepto jurídico de bien (cosa) que complementa la definición propia del derecho Civil³¹⁴, como quiera que la idea que se debe tener de este elemento estructural, debe estar a tono con las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales, que como bien se destacó en el capítulo de

³¹³ Al respecto, la Corte Constitucional puntualizó lo siguiente: *"No se encuentra motivo alguno de inconstitucionalidad en esta disposición, salvo en lo relativo a los llamados derechos personalísimos (uso y habitación, según el artículo 878 del Código Civil), que merecerían protección si se tratara de derechos ejercidos sobre bienes adquiridos al amparo de la Constitución Política, pero que de ningún modo pueden aspirar a ese amparo bajo los supuestos de la ilicitud inherente al artículo 34, inciso 2, de la Constitución. Si se tienen tales derechos, a los cuales el legislador atribuye el carácter de intransmisibles a los herederos, no susceptibles de ser cedidos a ningún título, ni prestados ni arrendados, merecen que se los preserve, con arreglo al artículo 58 de la Carta Política.*

Pero tal no es el caso de los supuestos derechos que a ese título quisiera alguien referir a bienes mal habidos, en los términos del artículo 2 de la Ley 333 de 1996, por lo cual la salvedad introducida en el artículo 3 ibidem, que pretende sustraerlos a la estricta regla del artículo 34, inciso 2, C.P. —precepto que no introduce distinción alguna—, debe ser declarada inexecutable." (Sent. C 374/97).

³¹⁴ Frente a este aspecto, es necesario tener presente la concepción utilitaria y económica del concepto de bien, para comprender de mejor forma sus alcances en materia de las descripciones normativas del Código de Extinción de Dominio, que como bien resalta Luis Guillermo Velásquez, desde los romanos, el concepto de "cosa" se fundaba en la idea de la utilidad que le brindar a los seres humanos, y de ahí su carácter de apropiable, pero para que una cosa tuviera la connotación jurídica de "bien" debería tener una connotación económica, pues *"Únicamente la cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de derechos y que además tiene características pecuniarias y económicas, merece el calificativo de bien"*. (Velásquez Jaramillo, 2010, p. 2).

antecedentes, alude a un concepto extensivo de bien, comprendiendo no solo los bienes que son susceptibles de apropiación, sino también los derechos que le son inherentes o que de ellos se desprenden o representan. En este sentido, el concepto de propiedad adoptado por el código se encuentra a tono con el concepto de propiedad que se maneja no solo a nivel de la normatividad supranacional, sino también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, 2015), que sobre el particular ha indicado:

“102. 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 incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.

Es por ello, que el concepto desarrollado en el numeral 3 del artículo 1° del Código de Extinción, no solo comprende el bien en sentido físico o material, sino también los derechos patrimoniales existentes sobre el mismo, a saber:

“Bienes: todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial”.

Con relación a la descripción de “derecho de contenido patrimonial”, resulta adecuado recordar el concepto civil de dominio, el cual también hace relación a otros derechos que le

son inherentes y que pueden ser susceptibles de valoración económica. En tal sentido, el artículo 669 del Código Civil contiene el concepto de “Dominio” indicando que *“El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*³¹⁵.

Un ejemplo de un derecho de contenido patrimonial lo podemos encontrar en los taxis que circulan en la ciudad de Bogotá, los cuales no pueden ser explotados económicamente como tal, si no cuentan con una autorización especial para circular, denominada coloquialmente con el nombre de “cupo”, que constituye un derecho inmaterial que incluso puede tener un valor superior al precio comercial del vehículo. En estos casos, la pretensión extintiva no solo debe dirigirse con relación al vehículo como tal, sino que se extiende al derecho valorable económicamente que le es inherente: “cupo”.

Situación similar se presenta con relación a los bienes adquiridos mediante la figura de leasing financiero, en los cuales se puede distinguir entre el derecho de dominio, del derecho del cliente de seguir en arrendamiento financiero u optar por el derecho de opción de compra. En estos casos, salvo los eventos de mala fe, quien ostenta el derecho de dominio es la compañía de

³¹⁵ Se debe recordar que el concepto de dominio contenido en el Código Civil también constituye un factor de legitimación de la extinción de dominio, como quiera que limita los derechos de goce y disposición de una cosa, cuando dicho ejercicio va contra la Ley o derecho ajeno, siendo claro que los presupuestos consagrados en las causales de extinción de dominio no son otra cosa que formas de desconocer este precepto normativo.

leasing, mientras que el tenedor del bien, que guarda algún nexo de relación con la causal de extinción de dominio, solo presenta una relación jurídica con un derecho inmaterial frente a la opción de compra, el cual, al ser de contenido patrimonial, representaría el objeto de la pretensión extintiva.

Y es que existe un sinnúmero de derechos inmateriales que serían pasibles de la pretensión extintiva, que sin reunir los presupuestos para ser reconocidos como "dominio", sí encajan bajo el concepto de derechos de contenido patrimonial, como los derechos de explotación derivados de una concesión administrativa; de explotación de recursos maderables, hídrico, minero, de espectro electromagnético, entre otros, etc.

De otra parte, se debe aclarar que no todas las causales registran el mismo objeto, pues merece especial atención la causal cuarta, que no recae sobre un bien o derecho de contenido patrimonial, sino sobre el patrimonio mismo, por lo cual presenta exigencias probatorias y procesales distintas a las demás causales, para precisar el alcance mismo de la pretensión, como se analizará más adelante, al momento de estudiar sus características.

(1) Bienes no susceptibles de extinción de dominio

A la par de los bienes que son susceptibles de extinción de dominio, existen otros que no podrían pretenderse por esta vía, entre los que se pueden destacar los siguientes:

- Bienes de uso público.
- Bienes del Estado.
- Las armas de fuego³¹⁶
- Bienes pertenecientes a una sociedad cuyas acciones o derechos de participación social son pretendidas por vía de extinción de dominio en un 100%³¹⁷
- Bienes de propiedad de representaciones diplomáticas de gobierno extranjero protegidos por el derecho internacional³¹⁸.
- Bienes objeto de delitos contra la propiedad intelectual o industrial, respecto de los cuales procede la destrucción.
- Bienes que no cumplen normas de calidad o que no pueden cumplir una función social, sobre los cuales procede la destrucción.
- Bienes que deben ser objeto de restablecimiento de los derechos de víctimas³¹⁹, como sucede con los bienes

³¹⁶ Como lo reconoce la doctrina (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015), las armas de fuego pertenecen al Estado, frente a lo cual el particular solo logra tener una relación jurídica precaria, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2535 de 1993, a los particulares tan solo se le otorga permiso para la tenencia de un arma, pero nunca se le reconoce su propiedad.

³¹⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1151, los bienes pertenecientes a una sociedad pretendida íntegramente por vía de la extinción de dominio pasarían directamente a propiedad del Estado por disposición legal.

³¹⁸ Artículo 22. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961.

³¹⁹ Si bien el Código de Extinción de Dominio y la mayoría de leyes especiales existentes (salvo la ley hondureña) omiten contemplar expresamente la situación de la víctima, no se puede perder de vista que son las víctimas, ya sean individuales o colectivas, la razón

productos de delitos como hurto, peculado, extorsión, secuestro, entre otros.

- Bienes que constituyen el objeto material del delito sobre los cuales la ley prevé su destrucción: droga, armas, explosivos, etc.

(2) Dificultades de bienes pasibles de extinción de dominio frente a algunos delitos

Como se mencionó anteriormente, si bien el Código de Extinción de Dominio eliminó cualquier referencia a delito alguno, lo que en teoría permitiría considerar que esta figura procedería sobre bienes vinculados a cualquier conducta delictiva determinante, se debe reconocer que la aplicación de la norma no puede desconocer los principios lógicos, encontrando que frente a algunos delitos, existen aspectos particulares que impiden reconocer que los bienes allí comprometidos, son pasibles de la pretensión extintiva.

Ya una discusión similar se ha presentado en el escenario del derecho penal con el reconocimiento de los delitos tributarios como subyacentes del tipo penal de lavado de activos, pues aquí no se puede hablar propiamente de activos o bienes provenientes de origen ilícito, existiendo posturas distintas sobre cuál sería el objeto material del delito en estos casos.

principal del sistema penal; y, al ser la extinción de dominio una pieza complementaria de este sistema, el Estado no se puede sustraer del reconocimiento de sus derechos en un proceso de extinción de dominio, so pena de incurrir en una revictimización, pues la

Esta discusión sobre la indefinición del objeto material también se puede trasladar al campo de la extinción de dominio, como quiera que en los delitos tributarios se parte del supuesto de que el patrimonio que constituye la base gravable goza de una presunción de licitud; es decir, de la existencia de un patrimonio lícito sobre el cual se impone la carga de tributación. En otras palabras, atendiendo a la naturaleza jurídica de las causales de origen, en estos delitos el derecho a la propiedad sí nace a la vida jurídica, por lo cual, dicha propiedad debe seguir gozando de la garantía de protección constitucional al derecho de la propiedad.

De otro lado, desde la perspectiva de la destinación ilícita, que sería el otro fundamento de la extinción de dominio de acuerdo con su naturaleza jurídica, las obligaciones económicas no constituyen actos dispositivos de incumplimiento de la función social que le es inherente, pues técnicamente, constituyen una omisión y no una acción dirigida inequívocamente a que la propiedad atente contra el interés social, razón por la cual, el problema de indefinición del objeto material sobre el cual recaería la acción extintiva es más complejo aún, pues ni el patrimonio que es objeto de tributación, ni las obligaciones tributarias, se ajustan de manera clara e inequívoca a los presupuestos sustanciales de la extinción de dominio (origen ilícito o destinación ilícita)".

".

recuperación de bienes o la reparación del daño forman parte esencial de la política criminal que subyace a todas las tendencias de persecución de bienes ilícitos.

b) La circunstancia ilícita.

El segundo elemento estructural de las causales de extinción de dominio, existente en el ordenamiento jurídico desde antes de su concepción como instituto autónomo³²⁰, hace relación a la circunstancia ilícita, llamada por algunos “nexo causal” (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015) (Rivera Ardila, 2014, p. 29), y que como bien lo reconoce Gascón Inchausti³²¹, también es un elemento estructural del comiso penal (Gascón Inchausti, 2007. p. 26). Esta circunstancia ilícita debe ser entendida como el supuesto de hecho que establece un nexo de relación que conecta un bien con una actividad ilícita determinante³²². De acuerdo con la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, la

³²⁰ Como se analizó al momento estudiar los antecedentes y evolución de la figura, la circunstancia ilícita o nexo causal se empezó a exigir desde el Decreto 1874 de 1992 que disponía lo siguiente: “Artículo 1º Embargo Preventivo Y Extinción Del Derecho De Dominio. Cuando en las diligencias practicadas, aun en investigación previa, exista un indicio de que los bienes, fondos, derechos u otros activos provienen o tienen relación con la comisión de los delitos de competencia de los Jueces Regionales, la Fiscalía General de la Nación podrá disponer su inmediato embargo preventivo”.

Si bien en esta disposición reconocía este elemento con fines de afectación cautelar, razón por la cual se hace relación a un estándar de prueba mínimo a través de la inferencia indiciaria, este elemento debía ser constatado al momento de declarar la extinción de dominio dentro del proceso penal.

³²¹ Para este autor, el nexo de relación entre el bien y la actividad delictiva también es un elemento del comiso penal. Al respecto señala: “Es más, podría también concluirse que es consustancial al decomiso la vinculación —más o menos directa—, entre los bienes a los que afecta y la comisión de conductas punibles *stricto sensu*, de modo que su imposición se asociaría irremediabilmente a órganos judiciales en procesos penales o, al menos, en procedimientos vinculados a procesos penales”.

³²² El literal “h” del artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, o Convención de Palermo, define el este concepto de la siguiente forma: “Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;”.

circunstancia ilícita está expresamente descrita en las causales, y hace relación a un supuesto de hecho que tiene que ver con el origen o la destinación de los bienes.

En otras palabras, la circunstancia ilícita es el vínculo concreto que se verifica desde una perspectiva *in rem*; es decir, valorando la circunstancia que recae sobre el bien, que debe responder a la descripción contenida en la respectiva causal, ya sea porque el bien no está justificado en actividades lícitas, o es producto, medio, instrumento, mezclado, utilizado, destinado a una actividad ilícita, o es equivalente a un bien originado en actividades ilícitas de imposible afectación.

Se debe recordar que la extinción de dominio, a diferencia del derecho penal, no se preocupa por proteger bienes jurídicos, pero sí se vale de su vulneración o puesta en peligro para atribuir una consecuencia jurídica de carácter patrimonial en aquellos eventos en que se comprueba que un bien o derecho tiene una relación directa con la afectación de tales bienes; y si bien esta consecuencia no tiene naturaleza punitiva, su verificación, en la mayoría de los casos se verifica con posterioridad a la ilicitud, y, excepcionalmente, es anterior a ella, como sería el caso de los bienes por destinación ilícita, aspecto sobre el cual se profundizará al analizar la causal correspondiente.

En las causales de extinción de dominio, la circunstancia ilícita opera como el “elemento normativo” que califica al objeto sobre el cual recae la pretensión extintiva (bien o derecho patrimonial), pues si bien pareciera que la redacción de las causales responde a un lenguaje coloquial o naturalístico, la

mayoría de sus descripciones han sido objeto de precisión conceptual a través de disposiciones normativas de distinto orden. Ejemplo de ello, lo encontramos en los instrumentos internacionales que han sido acogidos dentro de la legislación interna, donde se encuentran definiciones técnicas de producto, instrumento, mezcla, etc.

Se debe tener en consideración, que este elemento estructural hace alusión a un “nexo de relación” y no, a un “nexo de causalidad”, pues como se mencionó anteriormente, no todas las causales se sustentan en criterios de causalidad, pues se edifican a partir de criterios de orden normativo. Por ejemplo, es inapropiado o antitécnico hablar de “nexos causales” en las causales de destinación ilícita (medio, instrumentos, utilizado o destinado a una actividad ilícita) o en las causales normativas por bienes equivalentes.

El nexo de relación entre el bien y la actividad ilícita va más allá de la verificación de la existencia de una actividad descrita como tal, pues demanda la verificación objetiva de por qué ese bien se enmarca en una causal extintiva, pues si bien la actividad ilícita es un elemento estructural de toda causal, no por estar acreditada dicha actividad, se puede decir que está demostrado el nexo de relación descrito en la causal. Por ejemplo, si una persona es extraditada por narcotráfico y condenada en otro país por dicha conducta, no por ese solo hecho se tiene por demostrada la circunstancia ilícita para conectar sus bienes con dicha actividad, pues esta es tan solo una circunstancia de orden personal y no real; por lo cual, sólo sería un elemento de juicio para cuestionar su patrimonio, pero no para tener por demostrada la causal de “producto de una

actividad ilícita", en el evento de que se lleguen un bien en particular. Lo anterior, como quiera que la investigación patrimonial puede demostrar que el hecho por el cual fue condenado se derivó de una incautación de droga que fue destruida y jamás se comercializó; y, si además se demuestra que era su primer tráfico y no obtuvo ninguna ganancia ilícita, resulta imposible predicar la existencia de un nexo de relación entre los bienes identificados con la actividad ilícita, a pesar de tener acreditada plenamente dicha actividad.

Se puede dar el caso donde un servidor público es condenado por un soborno transnacional donde se demuestra que recibió como pago ilícito la suma de 100 mil dólares en efectivo; pero se comprueba también que todos los bienes que fueron identificados a su nombre fueron anteriores a la actividad ilícita, desconociendo el destino real del dinero entregado. En este evento, se estaría ante una situación donde las ganancias fueron fungibles o se encuentran ocultas, siendo imposible su ubicación o localización. En el evento de que se lleguen a identificar bienes a nombre del condenado, no por esta razón se puede dar por acreditada la circunstancia ilícita de "producto" del delito (actividad ilícita), pues además de la condena, se requiere alguna objetividad que debidamente demostrada permita inferir razonablemente que el bien identificado, es producto de dicha actividad delictiva, probando así el nexo de relación entre el bien y la actividad ilícita.

No obstante, en este último evento, en el caso de no acreditar el nexo de relación entre el bien y la actividad ilícita, solo se desestimaría la causal de "producto", manteniendo la

presunción de licitud sobre los bienes identificados. En este caso, al estar acreditada la actividad ilícita determinante, la cuantía del incremento patrimonial, y la presunción de licitud de los bienes identificados en nombre del condenado, se puede tener por demostrada la circunstancia ilícita de “equivalencia” de los bienes identificados, para pretenderlos por vía de alguna causal por bienes equivalentes, donde el nexo de relación se maneja de manera diferente, acreditando los presupuestos respectivos.

También es necesario precisar que el nexo de relación que se debe verificar en la circunstancia ilícita no demanda un vínculo directo entre el bien y dicha actividad, pues al igual como sucede con el comiso penal, por razones de política criminal era necesario contar con la posibilidad de perseguir bienes que no tuvieran una vinculación directa con el delito, como sucede en el caso del comiso por sustitución o transformación, mezcla u ocultamiento o el comiso por valor equivalente³²³.

(1) Idoneidad de la circunstancia ilícita

³²³ En este sentido, Gascón Inchausti, quien al respecto afirma: “Si se limitara el decomiso a los efectos, instrumentos y productos directamente vinculados con el delito, el decomiso de bienes, en muchos casos, no cumpliría con los objetivos político-criminales que está llamado a desempeñar. En efecto, no es en absoluto infrecuente que los bienes relacionados de forma directa con el delito hayan desaparecido o se hayan colocado de otro modo fuera del alcance de las autoridades de persecución penal; y también es habitual que sean objeto de transformaciones, físicas o jurídicas, que los «alejen» de la infracción originaria. Estas situaciones resultan especialmente fáciles de imaginar cuando se trata de ganancias, dada la extrema versatilidad del dinero, pero tampoco se pueden descartar respecto de efectos e instrumentos delictivos.” (Gascón Inchausti, 2007, p. 65)

Una de las características principales de la circunstancia ilícita es su idoneidad, es decir, que el bien debe tener relación con la naturaleza de la actividad ilícita y la relación posesoria o su empleo debe ser determinante en la preparación, ejecución o consumación la actividad ilícita invocada. Por ejemplo, una persona puede prestar su casa para hacer una reunión esporádica donde se consuma un concierto para delinquir o un delito de conspiración o asociación ilícita. Pero no por ese solo hecho se puede decir que se utilizó o destinó el bien para tal efecto, pues la conducta no siempre requiere para su consumación la utilización de bienes, a menos que confluyan otras objetividades adicionales que permitan inferir que el bien fue adquirido o estaba destinado de manera inequívoca para dicha actividad; como por ejemplo, cuando se demuestra que el bien se destina o diseña teniendo en cuenta la necesidad de ser el sitio frecuente de reunión de los miembros de una organización criminal, y se adapta con medidas excesivas de seguridad (un bunker por ejemplo), donde tiene locaciones creadas para mantener reuniones reservadas o impedir la utilización de medios técnicos, etc., evento en el cual, se tendrían elementos de juicio para predicar que el bien estaba en dispuesto en función de dicha actividad delictiva.

En las causales de origen, la idoneidad se verifica desde la perspectiva de la efectividad que tiene la circunstancia ilícita para sustentar la consecuencia jurídica de la extinción de dominio. Por ejemplo, un servidor público, investigado de malversación o cohecho, puede registrar un incremento patrimonial dentro del año siguiente al cese de sus funciones, pero si en la investigación solo se acreditan delitos omisivos, o

delitos menores que no generan lucro, como falsedades o abusos de autoridad, mal se puede soportar una pretensión ilícita por la circunstancia de “bien producto” de una actividad ilícita, siendo viable acudir a otra circunstancia ilícita más idónea, como lo sería la de incremento patrimonial no justificado.

La idoneidad se analiza en las causales de destinación, atiendo a su naturaleza jurídica, donde se debe verificar que la descripción de la actividad ilícita tenga una especial relación de correspondencia con la utilización, destinación o disposición del bien, atendiendo al cumplimiento de las normas de determinación relacionadas con la observancia de las normas relacionadas con la función social que debe cumplir el derecho de la propiedad privada. Por ejemplo, si un servidor público de alto nivel llama desde su casa a otros servidores de menor jerarquía con el fin de ejercer sus influencias para beneficiar a un tercero, no se puede decir que la casa está siendo utilizada como medio o instrumento para el tráfico de influencias, pues dicha conducta no requiere de un bien en particular, pues las mismas se pudieron haber realizado desde cualquier lugar, independiente si sean o no un bien de propiedad del actor.

(2) Independencia de la circunstancia ilícita

En la descripción de las causales del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio se consagran circunstancias ilícitas que, a primera vista, pueden parecer como repetitivas y sin utilidad práctica, cuando en realidad, buscan abarcar el mayor número de circunstancias que, de acuerdo con la naturaleza jurídica de

la extinción de dominio, están relacionadas con la adquisición o disposición de los bienes cuando la adquisición o destinación se considera que está en contravía de los preceptos constitucionales, razón por la cual, la nueva legislación se preocupa por plantear soluciones técnicas ante las probables dificultades prácticas que se pueden presentar con relación a la situación de un bien vinculado con una actividad ilícita concreta y no a generar problemas semánticos.

Un claro ejemplo de lo anterior se encuentra con la distinción de las circunstancias de bienes “instrumento”, “medio” o “destinados” a actividades ilícitas, que si bien en algunas legislaciones quedan recogidas bajo el mismo concepto, en el nuevo Código de Extinción de Dominio se plantean de forma independiente en distintas causales, donde la distinción entre una y otra dependerá de aspectos prácticos relacionados con la forma en que se ejerce la capacidad dispositiva respecto a un bien, o la fase de desarrollo de la actividad ilícita, como sería por ejemplo las actividades ilícitas que se quedan en el grado de tentativa, donde se advierte la presencia de bienes adaptados inequívocamente a la realización de las mismas, como es el caso del inmueble que se identifica dentro de una investigación en contra de una organización de secuestradores, en el cual se encuentra en un allanamiento un sótano, que tiene construidas celdas con fuertes medidas de seguridad para mantener retenida una persona e instrumentos de tortura. En este caso, si bien en el allanamiento no encuentran a ningún secuestrado o torturado que permita considerar que el bien había sido “utilizado” como medio de reclusión, o que los instrumentos habían sido usados en actos de tortura, las objetividades del caso permiten realizar una inferencia lógica

de probabilidad³²⁴ que permite concluir que el bien es “destinado” para dichas actividades ilícitas, reconociendo así la concurrencia de circunstancias ilícitas diferentes.

La misma consideración se puede realizar con relación a las causales novena, décima y once del artículo 14 del Código de Extinción de Dominio, que describen circunstancias ilícitas independientes que permiten extender la consecuencia jurídica de la declaración extintiva sobre bienes que han sido adquiridos de manera lícita, por razones de destinación ilícita o equivalencia.

Esta independencia de las circunstancias ilícitas tiene una especial incidencia para efectos del reconocimiento de la garantía de la cosa juzgada, pues de acuerdo con el artículo 22 del Código de Extinción de Dominio que dispone como presupuesto de su reconocimiento, la “... identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa”, siendo la circunstancia ilícita,

³²⁴ De acuerdo con las recomendaciones internacionales que en materia probatoria sugieren que el estándar de prueba en las investigaciones patrimoniales con fines de comiso o extinción de dominio sea mucho menor que la certeza o convencimiento más allá de duda razonable que predomina en el derecho penal, incluso, admiten la inversión de la carga de la prueba, se debe resaltar que el Código de Extinción de Dominio en distintas disposiciones acoge el criterio de probabilidad, también conocido como de “balance de probabilidades” (Greenbeg, Samuel, Grant, & Gray, 2009, p. 9), como estándar predominante. Este nivel de prueba ha sido explicado de manera sencilla por Guillermo Jorge de la siguiente manera: “La segunda posibilidad es que la ley exija que la acusación alcance un grado de probabilidad —usualmente mostrar al tribunal que “es más probable que los bienes sean de origen ilícito que no lo sean”— y que, sólo una vez alcanzado ese estándar, la carga de destruirlo corresponde al condenado. Una forma aceptada de probar la probabilidad de que el dinero es de origen ilícito es comparando el valor de los bienes en cuestión con los ingresos lícitos.” (Jorge, Guillermo 2008, p. 81).

el elemento estructural de las causales que permite realizar los juicios de identidad frente al objeto o causa del proceso.

Por esta razón, aunque un bien se hubiese afectado en un proceso penal que culmine con una sentencia absolutoria o una decisión con fuerza vinculante que finiquite la acción penal, no por ello se puede invocar esta garantía en el proceso de extinción, pues dicha decisión puede responder a distintas circunstancias que para nada afectan la autonomía e independencia de la acción extintiva; como por ejemplo, por reconocimiento de una duda razonable; o por declarar no culpable al investigado que no participó en la actividad ilícita³²⁵; o por atipicidad de la conducta³²⁶, cuando la

³²⁵ Es frecuente en los casos de destinación ilícita, donde una persona emplea un bien en la comisión de un delito sin la participación del titular, pero con su total permisividad, negligencia o mala fe. Si bien dichas circunstancias no son suficientes para considerar un proceder doloso, si lo son para cuestionar su mal ejercicio de la disposición de su derecho para desatender las obligaciones inherentes al derecho a la propiedad privada con relación al cumplimiento de su función social. En este caso el titular no puede ser considerado como un tercero de buena fe y la extinción resulta procedente.

³²⁶ Si bien esta circunstancia, a primera vista, pareciera una paradoja absurda con relación a las características del elemento estructural analizado, se debe hacer precisión que cada caso se deberá analizar en su contexto y de acuerdo con el respaldo probatorio que permita realizar una valoración lógica y coherente del objeto con relación a la causal que se invoque. Dentro de la práctica judicial se presentan casos que desde la perspectiva penal desafían la razón, pero que, al ser analizados bajo el prisma de los elementos estructurales de la extinción de dominio, admiten considerar la viabilidad de declarar esta consecuencia jurídica. Por ejemplo, en un caso por el delito de enriquecimiento ilícito, una mala o deficiente investigación puede llevar a una decisión absolutoria. Suele ser una mala práctica en este tipo de investigaciones, que se acuden a criterios subjetivos para definir el marco temporal del incremento patrimonial por justificar, como cuando se cuándo se ordena a analizar un patrimonio desde una fecha especulativa, por ejemplo, los últimos 10 años. Si la actividad delictiva que diera origen a los recursos con el cual se conformó el patrimonio acaeció trece o quince años atrás, es claro que el ingrediente normativo del tipo penal “no justificación” no se va a acreditar, con lo cual una decisión absolutoria por atipicidad en la conducta es indiscutible. Sin embargo, en el proceso de extinción si se puede demostrar el origen delictivo del

conducta investigada es distinta a la que se relaciona con el origen o destinación de los bienes; e incluso por falta de acción³²⁷, entre otras circunstancias similares.

c) La actividad ilícita.

El tercer elemento estructural común a todas las causales de extinción de dominio es la actividad ilícita, que en México se denomina “hecho ilícito”³²⁸, la cual se puede equivaler, en

patrimonio, sin que la decisión absolutoria afecte pueda incidir en la definición del trámite extintivo.

³²⁷ Sería el típico caso del narcotraficante que adquiere bienes y bajo su representación los coloca a nombre de sus hijos menores de edad. Si cuando ellos superen la mayoría de edad, dichos bienes se investigan bajo las hipótesis delictivas de lavado de activos o enriquecimiento ilícito, es claro que la falta de acción llevará a que se imponga a su favor una decisión absolutoria o preclusiva a favor de los titulares de dichos bienes, aspecto que no afecta para nada la posibilidad de que dichos bienes sean pasibles de una decisión de extinción de dominio.

³²⁸ Frente a este concepto, la Corte Suprema de Justicia de México precisó su alcance de la siguiente manera: *“La referencia al hecho ilícito, contenida en el artículo 2º, fracción VIII, de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, está asignada a un hecho que encuadra en alguno de los tipos penales que establece el artículo 22, párrafo segundo, fracción II, 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.”* (Jurisprudencia Constitucional Décima Época, 2015).

cierta medida, con la antijuridicidad del derecho penal, que como bien lo reconoce Luis Gracia Martín, no es una categoría exclusiva del derecho penal o del derecho sancionatorio, (Gracia Martín, 2006, p. 67). En materia de extinción de dominio, la actividad ilícita es un elemento fundamental para establecer la contrariedad con el ordenamiento jurídico y, a pesar de que este instituto no tiene como función o finalidad la protección de bienes jurídicos, sí requiere para su reconocimiento que alguno de ellos se haya vulnerado o puesto potencialmente en peligro.

Si bien el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 1708 de 2014 presenta una aproximación conceptual de este elemento, indicando que actividad ilícita es *“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”*, ello no quiere decir que se esté penalizando nuevamente la figura, pues como se mencionó al estudiar los antecedentes de esta modificación en la Ley 793 de 2002, la intención del legislador fue la de utilizar un lenguaje neutro evitando cualquier referencia a los institutos y conceptos penales, para poder desarrollar así esta figura jurídica de manera autónoma e independiente a la acción civil y a la acción penal.

Sin embargo, se debe reconocer que hoy en día, el concepto de actividad ilícita es uno de los que más ha tenido desarrollo constitucional, pues todas las discusiones al respecto han sido en torno a definir aquellas actividades a partir del referente de las tres causales constitucionales, ya sea porque son actividades que constituyen un enriquecimiento, o atentan contra el tesoro

público o causan un grave deterioro de la moral social, a las cuales se les reconoce identidad para configurar este tercer elemento estructural, independiente de su reconocimiento o no como una conducta de relevancia jurídico penal.

Es por eso que, la Corte Constitucional ha reconocido que las causales constitucionales se condensan bajo el concepto de “actividad ilícita”, destacando que dicho término es acorde con la naturaleza y fines de la extinción de dominio, apreciado bajo el contexto del respeto de las disposiciones legales relacionadas con el denominado “régimen constitucional del derecho a la propiedad privada”. Al respecto señala:

“La acción de extinción de dominio encuentra sustento en varias fuentes las cuales remiten a un título ilícito, destacando entre ellas, el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues “el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad” (Sent. C-740/2003).

A pesar de la precisión técnica y de la aparente amplitud del concepto de “actividad ilícita” (Pardo Ardila, 2013, p. 65) que permite reconocer la consecuencia de la extinción de dominio de manera “directa” confrontando la actividad directamente con los preceptos constitucionales, se debe tener claro que, en la práctica, este elemento estructural se acredita a través de actividades delictivas, como bien se alude en la descripción interpretativa de la definición contenida en el numeral

segundo del artículo 1º del Código de Extinción de Dominio³²⁹, que a juicio de la Corte Constitucional, no ofrecen algún tipo de reparo, existiendo causales eminentemente delictivas, como por ejemplo, la causal segunda de extinción de dominio, que prevé dicha consecuencia jurídica para los bienes que “... correspondan al objeto material de la actividad ilícita”; la cual, hace relación al objeto material de un delito en particular, pues su fuente directa son aquellas formas de comiso sobre el “efecto” u “objeto” del delito, elemento que solo se puede identificar desde la perspectiva de un ejercicio de adecuación típica de carácter penal.

De otra parte, se debe precisar también que cuando el código alude a una actividad tipificada como delictiva, se hace relación a su descripción objetiva básica, sin prescindir de la antijuridicidad; es decir, desde la perspectiva del injusto (tipo objetivo + antijuridicidad), pues en materia de extinción de dominio no se requiere acreditar la culpabilidad, basta con constatar la existencia de una conducta típicamente antijurídica que comprometa o vincule el bien, para dar por cumplido con este presupuesto, sin necesidad de demandar un juicio de reproche en contra del titular de derechos patrimoniales sobre el mismo. Por ejemplo, si en un lugar encuentran el cuerpo de una persona con tres disparos en la nuca, no se requiere mayores esfuerzos para concluir que el hecho se trata de un homicidio, así no se logre identificar al autor que pueda ser declarado culpable; de la misma forma, en

³²⁹ Ley 1708 de 2014. “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 extinción de dominio basta con comprobar la objetividad del injusto para poder deducir si se cumple con este presupuesto, como cuando en un vehículo se encuentra abandonado en un parqueadero con droga. Así no se logre identificar un responsable, los hechos por sí mismos acreditan una actividad ilícita de narcotráfico.

También resulta oportuno aclarar que este tema no es exclusivo de la extinción de dominio, pues como bien destaca Jorge Vizueta Fernández, este mismo juicio ya se realiza en España con relación al comiso penal atendiendo a su naturaleza jurídica de consecuencia accesoria (Vizueta Fernández, 2007). Al respecto, el citado autor sustenta lo siguiente:

La consideración del comiso como consecuencia —y no pena—, accesoria por el Código Penal actual, abrió la posibilidad de decomisar efectos, instrumentos y ganancias delictivos pertenecientes a terceros no responsables del delito, pues ya no basta para no decretar el comiso que el tercero no sea responsable del delito, sino, además, que tenga buena fe y que haya adquirido los objetos legalmente. Sin embargo, este cambio de naturaleza llevado a cabo por el legislador de 1995 no resolvió uno de los defectos más importantes que ha venido arrastrando la regulación del comiso en nuestro país. En efecto, a pesar de que el comiso pierde el carácter formal de pena accesoria, la redacción primigenia del art. 127 sigue exigiendo como presupuesto imprescindible de la aplicación del comiso la imposición de una pena por un delito o falta dolosos. Si el sujeto actúa sin culpabilidad, o concurre una excusa absoluta o cualquier causa de extinción de la responsabilidad penal que impida la efectiva imposición de la pena, queda cerrada la posibilidad de decretar el comiso de los efectos e instrumentos del delito, y de las ganancias que de él provengan. El comiso es, por tanto, con arreglo a

la referida redacción, una consecuencia accesoria de la pena.

A pesar de que la norma presenta claridad frente al concepto, resulta oportuno aclarar que no toda actividad ilícita es idónea para sustentar una pretensión de extinción de dominio, como quiera que ésta solo procede con relación a actividades ilícitas dolosas y nunca culposas, presentando especiales matices frente a este tipo de conductas, así como con relación a las actividades delictivas omisivas, en tentativa o en las actividades ilícitas no delictivas, las que se analizarán a continuación:

(1) Actividad delictiva culposa

Atendiendo a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, se observa que, tratándose de las causales sobre bienes de origen ilícito, al estar éstas sustentadas en normas de valoración que se ocupan de verificar las condiciones de validez del acto jurídico relacionadas con la existencia de un objeto ilícito o una causa ilícita, resulta ineludible valorar todos aquellos aspectos que tienen que ver con el nacimiento del derecho, el que a su vez, también exige la verificación de aspectos personales y subjetivos, como lo son la capacidad y el consentimiento, elementos que sin duda demandan un proceder voluntario³³⁰, lo que obliga a reconocer que la consecuencia jurídica de la extinción de dominio sobre un bien por una causal que

³³⁰ Es de resaltar que cualquier modo de adquirir la propiedad demanda actos voluntarios, un conocimiento e intención de adquirir el derecho, pues aun en aquellos casos de tradición por causa de muerte, el heredero está en plena capacidad de aceptar voluntariamente la herencia o legado o repudiarla.

cuestione su origen, solo puede recaer sobre actividades ilícitas dolosas, por lo que resulta imposible entrar a considerar causales de origen ilícito que se puedan sustentar en una actividad ilícita culposa³³¹.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano ninguna actividad ilícita o delito que sustentado en una infracción a un deber objetivo de cuidado; o, atendiendo a criterios de negligencia, imprudencia o impericia, como se sustenta en otras legislaciones, pueda generar un derecho patrimonial o un producto ilícito. Por el contrario, atendiendo al sistema de *números clausus*, todas aquellas conductas que admiten la modalidad culposa no tienen previstas dentro de su consecuencia jurídica producir algún bien o derecho que pueda ajustarse al concepto de bien pasible de ser perseguido a través de una acción extintiva, pues generalmente las consecuencias jurídicas con relación a estos bienes se encuentran previstas expresamente en otros cuerpos normativos³³².

³³¹ Esta característica constituye una de las principales diferencias entre la extinción de dominio con las nuevas expresiones de comiso prevalentes en el sistema europeo, donde se reconoce la posibilidad de pretender por vía penal bienes comprometidos en delitos imprudentes. Un ejemplo de esta figura se encuentra en el numeral segundo del artículo 127 del Código Penal español, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015, que establece que “2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.”.

³³² Sería el caso de peculado culposo, en el cual, si bien se pueden identificar que el objeto del delito puede generar un incremento patrimonial a favor de alguna persona, al existir una víctima, como lo sería la entidad pública afectada en su interés patrimonial, lo procedente es pretender la afectación de bienes con fines de restablecimiento del derecho y no perseguir el bien por vía de la extinción de dominio, pues se incurriría en una

Con lo anterior, no se pretende desconocer que existen estudios que plantean coherentemente la posibilidad de privar el dominio de bienes que son producto de un delito culposos, ejemplo, un lavado de activos imprudente, como lo plantea Patricia Vargas en su tesis doctoral (Vargas González, 2012, p. 87), con relación a la modalidad de Blanqueo de Capitales imprudente de la legislación española. Sin embargo, consideramos que esta hipótesis no parte de una valoración en contexto de la actividad ilícita precedente, toda vez que dicha forma de lavado siempre será complementaria o accesoria respecto a un lavado de activos que debe realizarse dolosamente por tercero; además, cualquier sea la forma de lavado de activos, doloso o imprudente, su objeto material siempre será el producto de un delito subyacentes de carácter doloso (narcotráfico, corrupción, secuestro, extorsión, etc.).

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que nuestro sistema jurídico prevé una funcionalidad específica sobre los bienes que pueden estar comprometidos en un delito culposos, pues a razones de equidad y preservación de un orden social justo, adopta una posición bastante clara al considerar que estos bienes deben cumplir funciones de restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios a favor de las víctimas, vocación que se sustenta en el numeral 6° del artículo 250 de la Constitución Política³³³, y que constituye un derecho patrimonial

re victimización, como se analizará más adelante al momento de estudiar causal sobre bienes objeto de actividades ilícitas.

³³³ El numeral sexto del artículo 250 de la Constitución Política impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de *"Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito"*.

de las víctimas prevalente dentro del proceso penal, pues tanto el Código Penal, como el Código de Procedimiento Penal, consagran expresamente que sobre los bienes vinculados con delitos culposos no procede la pérdida de dominio por vía del comiso penal, pues este tipo de bienes debe ser destinados a satisfacer las expectativas de justicia de la víctima, cumpliendo dichos fines de indemnización o restablecimiento del derecho³³⁴.

Estos fines constitucionales, que a su vez constituyen derechos inherentes a la condición de víctima³³⁵, se encuentran desarrollados en la Ley 906 de 2004, actual código de procedimiento penal, en el cual se consagró una reforma sustancial frente a este tema, al producir una modificación de fondo entre los bienes incautados con fines de comiso y los bienes destinados a garantizar las pretensiones civiles dentro del proceso penal, razón por la cual el comiso, que erradamente se

³³⁴ Artículo 100 del Código Penal, inciso tercero, en concordancia con el artículo 100 de la Ley 906 de 2004: *"En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.*

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien".

³³⁵ Artículo 99. Ley 906 de 2004. "Medidas patrimoniales a favor de las víctimas. El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.

manejó en el Código Penal en el capítulo de la acción civil, pasó a regularse en el Código de Procedimiento Penal en el capítulo correspondiente a la acción penal, precisando que esta consecuencia jurídica sólo procede en delitos dolosos, relegando los bienes vinculados con delitos culposos al capítulo de las medidas cautelares para garantizar la pretensión civil.

De nuevo, aquí se reafirma el concepto que se ha venido trabajando durante este estudio, al indicar que la extinción de dominio es el mismo comiso penal, declarado o reconocido a través de un procedimiento no penal, razón por la cual, no es extraño que también su reconocimiento dependa de la modalidad dolosa de la conducta precedente o determinante.

De otra parte, con relación a las causales de destinación ilícita, dada su naturaleza jurídica que se sustenta en normas subjetivas de determinación³³⁶, la consecuencia jurídica se impone a título de sanción con relación a los actos de dispositivos de dominio estén dirigidos a realizar la actividad ilícita o permitir que esta se materialice, lo cual siempre demanda un proceder consciente y voluntario, que inequívocamente esté orientado a concretar este elemento estructural de una causal de extinción de dominio. Por ello, las causales de destinación ilícita siempre deberán estar sustentadas en actividades ilícitas dolosas, pues a pesar de que el Código de Extinción de Dominio abrió la

³³⁶ Como se analizará a continuación al estudiar las condiciones de atribuidad de las consecuencias jurídicas, la capacidad dispositiva o de disposición, constituye un elemento estructural de especial relevancia en las causales de destinación, capacidad dispositiva que siempre estará determinada por un ánimo o intención concreto, que solo pueden demostrarse en las conductas determinantes dolosas.

posibilidad de que esta consecuencia jurídica se pueda derivar de cualquier tipo de delito, la naturaleza jurídica del instituto impide que esta se pueda reconocer sobre los bienes vinculados con delitos culposos.

(2) Actividad ilícita omisiva

Frente a la extinción de dominio de bienes que puedan estar en circunstancia ilícita por guardar un nexo de relación con una actividad ilícita omisiva, se debe reconocer que, en principio, nada impediría que una omisión pueda resultar relevante para consolidar un derecho ilícito, pues el incumplimiento de un deber de actuar, puede generar derechos ilícitos; sin embargo, esta apreciación no es general en todas las conductas omisivas, pues dada la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, no se puede generalizar esta consecuencia jurídica frente a todas las formas de omisión o de comisión por omisión.

En primer lugar, tratándose de bienes cuestionables por su origen ilícito, se debe precisar que no todas las conductas de omisión, o de comisión por omisión, pueden generar derechos que puedan ser cuestionados desde la perspectiva de una causal de origen ilícito, pues son pocos los casos en los cuales la consecuencia o los efectos de una conducta omisiva, puedan generar un producto o riqueza ilícita; sin embargo, desde el punto de vista teórico, las conductas de prevaricato por omisión u omisión de agente retenedor estarían entre aquellas que

admitirían la posibilidad de generar un bien o derecho ilícito susceptible de extinción de dominio.

Sería, por ejemplo, el caso de corrupción por defraudación judicial a través del cual, un particular, coludido con un servidor público, presenta una millonaria reclamación por una supuesta indemnización a través de un proceso judicial, en el cual, el servidor público, quien, teniendo un deber jurídico de actuar en defensa de los intereses del Estado, omite tal acción asegurando así un beneficio ilícito a favor del tercero.

En este caso, la defraudación del interés patrimonial del Estado no solo es producto de la acción de particular que presenta la falsa demanda indemnizatoria, sino también de la omisión del servidor público, por lo cual, es válido reconocer la conducta omisiva, como parte de la actividad ilícita que se exige como elemento estructural de toda causal extintiva.

Sin embargo, en este tipo de actividades ilícitas, a pesar de poder identificar un bien que pueda ser pasible de extinción de dominio, generalmente esta acción resulta improcedente, pues dicho beneficio representa el objeto material del delito, y por tanto, se encuentra en una circunstancia excepcional de improcedencia de la extinción de dominio, pues sobre dichos bienes procede el restablecimiento del derecho, aspecto que se analizará detenidamente, al momento de estudiar la causal correspondiente.

Con relación a los bienes de destinación ilícita, se debe reconocer también, que no toda conducta omisiva compromete bienes que puedan ser pretendidos a través de la

acción extintiva, pues atendiendo a la naturaleza jurídica de las causales de destinación, la cual, según su naturaleza jurídica, se basa en normas subjetivas de determinación que se definen a partir del incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el régimen constitucional del derecho a la propiedad privada, resulta casi imposible reconocer que una conducta de omisión, o de comisión por omisión, permita comprometer de manera idónea el uso o destinación ilícito de un bien, pues para ello, se requiere que existan normas que impongan deberes concretos de actuar frente a la protección de un bien jurídico en particular, y que a su vez, dicho deber de actuar, consagre expresamente el deber de utilizar o destinar un bien en función de esa protección, circunstancia que si bien es posible reconocer desde el punto de vista teórico, en la actualidad es extraña a nuestra cultura jurídica.

(3) Actividad delictiva en tentativa

Tradicionalmente, los bienes comprometidos en actividades delictivas en grado de tentativa, han sido el sustento de distintas formas de comiso, ya sea sobre bienes de origen ilícito o de destinación ilícita, pues los primeros, son reconocidos como parte de lo que se ha denominado "el comiso de los efectos del delito", es decir, lo que puede generarse del delito así no se logre su consumación; y, los segundos, de mayor reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, son lo que han sustentado el comiso de los bienes considerados medios o instrumentos del delito.

Este es otro de los casos que permiten reafirmar el carácter autónomo de la extinción de dominio, pues no se requiere la consumación de un delito para reconocer que de los actos preparatorios puedan generarse una ganancia ilícita. Sería el caso del dinero que se le entrega a un sicario como pago anticipado de un homicidio que jamás logra consumarse por circunstancia ajenas a la voluntad del actor. En este caso, el dinero ilícito puede³³⁷ ser prendido por las causales de origen, pues constituyen un incremento patrimonial que no tiene justificación en una actividad lícita que habilite a su protección constitucional.

(4) Actividad ilícita no delictiva

Situación especial presentan las actividades ilícitas no delictivas, ya que por regla general, la extinción de dominio se restringe sólo a delitos, y si bien en el lenguaje de la norma se acude a utilizar el concepto de “actividad ilícita”, ello responde a la necesidad de marcar una especial diferencia entre la extinción de dominio con el derecho penal; por ello, en las leyes actuales se acude a una expresión menos problemática y más adecuada, pues guarda una relación de genero a especie,

³³⁷ Una de las consecuencias del carácter real de la extinción de dominio es la identidad de su objeto que permite que se pueda valorado desde perspectivas distintas, pues de acuerdo con la autonomía e independencia que tiene este instituto frente a otro tipo de acciones, sobre un bien pueden recaer circunstancias ilícitas, tanto de origen, como de destinación ilícita, como sería el caso de la aeronave adquirida con dineros obtenidos a través de actividades de narcotráfico, que a su vez es destinada para el transporte de narcóticos.

toda vez que todos los delitos son actividades ilícitas, más no todas las actividades ilícitas, pueden ser consideradas como determinantes de la extinción de dominio.

El concepto de actividad ilícita fue producto de una necesidad histórica dentro de la evolución del instituto, pues como se analizó en el capítulo de antecedentes, la primera norma de extinción presentó enormes dificultades, pues la Ley 333, utilizaba un lenguaje mixto con conceptos penales, civiles y administrativos que generaba confusión al momento de su interpretación. Como bien destaca la Corte Constitucional al realizar un análisis de la evolución del instituto (Sent. C-958/2014), fue al interior de la Fiscalía General de la Nación donde se realizó el esfuerzo de preparar un proyecto³³⁸ de reforma que escogió con extremo cuidado el lenguaje a utilizar, evitando al máximo utilizar cualquier palabra o término propio del derecho penal, para impedir así cualquier interpretación en ese sentido.

En conclusión, la intención siempre ha sido la de describir las conductas delictivas bajo el concepto de actividades ilícitas, con lo cual, se cerraba la posibilidad de aplicar la extinción de dominio en otro tipo de ilicitudes, como las faltas disciplinarias, las infracciones policivas, administrativas, fiscales, aduaneras, cambiarias, etc.; sin embargo, se reconoce que algunas legislaciones han acogido como actividades ilícitas algunas infracciones administrativas, como sucede con la Ley Especial de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras, o la Ley Especial de Extinción de Dominio de El

³³⁸ Proyecto que fue acogido en su integridad por el Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo 1975 de 2002, el cual se acogió en la ley 793 de 2002.

Salvador, que prevén dicha consecuencia jurídica para casos de infracciones cambiarias³³⁹ o administrativas.³⁴⁰

En el contexto colombiano, como se mencionó anteriormente, esta posibilidad de sustentar la pretensión de extinción de dominio sobre bienes comprometidos en actividades ilícitas no delictivas, surge por expreso reconocimiento realizado por la Corte Constitucional, lo cual se ha concretado en normas especiales, como la citada Ley 1336 de 2009, a través de la cual se prevé “la extinción de dominio y otras medidas de control en casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes”³⁴¹

³³⁹ En este sentido, la causal novena del Decreto 27-2010, Ley de Privación de Dominio de bienes de origen ilícito de Honduras, que dispone “9) Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos, tarjetas de débito, cheques de viajero u otros instrumentos monetarios que no hayan sido declarados al salir o ingresar a la República de Honduras o cuando habiéndose realizado la declaración exigida por la Ley, exista falsedad en la misma respecto a los bienes, de acuerdo a lo que establece la Ley Contra el Delito de Lavado de Activos”; así mismo la causal contenida en el literal h) del artículo 4º de la Ley Especial de Extinción de Dominio de Guatemala, que reconoce dicha consecuencia jurídica: “En los casos de omisión o falsedad en la declaración jurada, prevista en el artículo 25, Declaración, de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República y sus reformas”.

³⁴⁰ Al respecto, el literal e) del artículo 6º del Decreto 534 de 2013 de El Salvador, que dispone como causal de extinción de dominio “e) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.”. En similar sentido el Decreto 55 de 2010, Ley Especial de Extinción de Dominio de Guatemala, que en la causal contenida en el literal h) del artículo 4º prescribe la consecuencia jurídica de la extinción de dominio “Cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe sin culpa ni simulación de negocio”.

³⁴¹ Artículo 9º. Normas sobre extinción de dominio. “La Ley 793 del 27 de diciembre de 2002 por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, y normas que la modifiquen, se aplicará a los hoteles, pensiones, hostales, residencias, aparta hoteles y a los demás establecimientos que presten el servicio de hospedaje, cuando tales inmuebles hayan sido utilizados para la comisión de actividades de utilización sexual de niños, niñas y adolescentes”.

que fuera objeto de análisis previamente al momento de estudiar las causales de orden legal.

Sin embargo, esta no es una actividad ilícita cualquiera, pues tiene una estrecha relación con las conductas delictivas de abuso sexual de menores, por lo que se puede concluir, que la actividad ilícita hace relación concreta con el "hecho delictivo", por lo que se puede afirmar que la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial del hecho delictivo y no de las conductas delictivas, pues así son los modelos de los institutos de decomiso sin condena, que pueden prescindir del análisis de una conducta en particular, y sustentar la pretensión en un contexto delictivo general.

2. Elementos que se relacionan con las condiciones de atribuibilidad de la consecuencia jurídica

Como se ha relacionado durante el presente trabajo, debido a su naturaleza jurídica y el carácter real de las causales, la extinción de dominio procede, aún en aquellos eventos donde no se cuente con un titular plenamente identificado, como sería el caso de los bienes muebles respecto de los cuales no se puede acreditar titularidad, o de los inmuebles en cabeza de personas suplantadas o ficticias, lo que permite considerar que la titularidad, no es un elemento estructural principal de las causales, sino que es un elemento secundario y complementario, a pesar que en la mayoría de procesos debe ser objeto de examen, pues se parte del principio filosófico de que no puede existir un derecho sin titular.

Es por ello que se ha querido conformar un segundo grupo de elementos estructurales que se ocupan de revisar la parte subjetiva de la extinción de dominio, así como los escasos rasgos *in personam* de algunas causales, tema que si bien no constituye el objeto central de este estudio, sí demanda la profundización sobre tres aspectos en particular, que a diferencia de los tres elementos estructurales analizados hasta el momento, presentan deficiencias frente al principio de generalidad, pues hace relación a elementos que no son predicables o comunes a todas las causales, pues su reconocimiento dependerá de la naturaleza jurídica que las sustenta.

a) La relación jurídica legítima de los titulares de derechos (titularidad).

El régimen constitucional del derecho a la propiedad dispone de las reglas mínimas de protección y garantías de los derechos que tienen las personas sobre determinados bienes, para lo cual, se parte de la diversidad de situaciones o posiciones jurídicas que un titular de derechos pueden tener con relación al bien, pues como bien lo reconoce el profesor José Lois Estévez, las distintas relaciones jurídicas que se pueden predicar con relación a un bien, dependerán del instituto jurídico al que pertenecen:

“Ahora bien, por verificación experimental se demuestra en forma indiscutible que tanto la posesión como otras

instituciones jurídicas no son tipos jurídicos verdaderamente individuados, con fisonomía y caracteres propios, sino efectos de espejismo, consecuencias insoslayables, relaciones lógicamente necesarias de otros institutos jurídicos. Por ende, tras esta obra depuradora de reducción y simplificación institucional, será posible catalogar un día las formas puras de instituciones jurídicas realmente autónomas, para construir después sobre ellas, por simples inferencias lógicas, la totalidad del ordenamiento positivo" (Estévez, 1956).

Es por ello que, con relación a determinados bienes, pueden existir distintos derechos que a su vez, responden a institutos de naturaleza jurídica diversa, por lo cual, las causales se deberán examinar dependiendo de la relación jurídica que se ostente, es decir, desde la perspectiva de la titularidad del derecho, pues de acuerdo con ello, se puede definir el objeto sobre el cual ha de recaer la pretensión extintiva o determinar si resulta o no procedente imponer la consecuencia jurídica si la relación jurídica que se ostenta así lo permite.

Esta relación jurídica resulta fundamental para atribuir la consecuencia patrimonial de la extinción de dominio a un titular en particular, pues como se ha sostenido durante la presente investigación, existen valores ético sociales que están conectados con todas las expectativas de comportamiento en lo que tiene que ver con la adquisición y ejercicio de un derecho patrimonial, y estas expectativas, dependiendo del tipo de relación jurídica entre el titular y el bien, permitirá determinar su conexión con algunas vulneraciones de alguno de los bienes jurídicos reconocidos por la constitución y la ley. Si bien hemos sostenido que la extinción de dominio no protege bienes jurídicos de manera directa, la conexión entre el

incumplimiento de las expectativas de observación de los valores ético sociales con la vulneración o puesta en peligro resulta indispensable, pues como bien lo reconoce la doctrina alemana en materia penal, dentro de la protección de bienes jurídicos, existe una relación entre las personas con los intereses reales, que dentro del contexto de la extinción de dominio, son determinantes para atribuir la consecuencia jurídica en un caso determinado. Al respecto Jescheck precisa lo siguiente:

“La doctrina más moderna, con razón, pone de relieve que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como bienes materiales, sino que se trata de las relaciones de las personas con los intereses reales; así sucede por ejemplo, con la facultad de disposición de las cosas (propiedad), con la fiabilidad de los medios de prueba (autenticidad de los documentos) o con la capacidad de funcionamiento del cuerpo (integridad corporal)” (Jescheck, 2002, p. 276).

Trasladado este discurso al plano de la extinción de dominio, es indispensable verificar esa relación de la persona con el “interés real”, para determinar si realmente existía esa conexión que permite generar un juicio de censura frente a una situación concreta, pues no basta con acreditar el vínculo del bien con una circunstancia ilícita, sino que se requiere además que esa circunstancia sea producto de incumplimiento de las expectativas sociales de un comportamiento determinado que solo le son exigibles al titular del derecho.

Por ejemplo, puede identificarse un bien inmueble de propiedad de un ciudadano quien lo coloca en administración de una empresa inmobiliaria que se encarga de arrendarlo a otro ciudadano, quien a su vez aloja a un familiar que ilícitamente utiliza el bien para vender sustancias ilícitas. En el

presente caso, a primera vista y desde un plano objetivo pareciera que el bien se encuentra destinado a la actividad ilícita de expendio de drogas y, por ende, comprometido con la causal quinta de extinción de dominio, por ser un inmueble utilizado como medio de una actividad ilícita (medio de distribución), con lo cual, el bien no estaría cumpliendo con la función social de la propiedad.

Sin embargo, se advierte que son distintos los derechos en juego o las relaciones entre las personas con un interés real; por tanto, se pueden predicar diferentes relaciones jurídicas sobre el bien, pues de una parte se tiene al propietario, quien es titular del derecho de dominio y de quien de acuerdo con el Código Civil, se puede predicar que ostenta la capacidad dispositiva; en segundo lugar, se tiene al administrador, quien no tiene ninguna relación jurídica respecto al bien, pues simplemente actúa en nombre y representación del titular; se tiene al arrendatario, que es simplemente un tenedor del bien, en virtud del contrato de arrendamiento; y se tiene al familiar, quien a pesar de tener una relación directa con la actividad ilícita, no guarda ninguna relación jurídica legítima respecto al bien, pues tan solo es usuario o morador del mismo.

Es claro que la capacidad de disposición en este caso, la tiene solo el titular de derecho de dominio, quien es el único que podría disponer ilícitamente de su bien, siendo esta la única relación jurídica legítima que permitiría reconocer, en dado caso, la procedibilidad de la correspondiente causal extintiva.

No obstante lo anterior, como quiera que quien utiliza el bien con fines ilícitos no tiene ningún derecho sobre el bien, y por

tanto, no ostenta ningún tipo de relación jurídica legítima, la extinción en este caso sería improcedente, a menos que el propietario, quien puede ejercer la capacidad de disposición, hubiese actuado de mala fe, de manera negligente o permisiva, permitiendo que su bien sea utilizado ilícitamente, evento en el cual, la condición de atribuibilidad de la consecuencia jurídica de la extinción de dominio presentaría una relación jurídica válida.

En el ejemplo citado, no se acredita de manera idónea e inequívoca una “destinación ilícita” del inmueble por parte de quien constitucional y civilmente tiene la capacidad dispositiva sobre el bien, pues a pesar de registrarse una serie de actividades ilícitas en su inmueble, no por ello se puede configurar una causal de uso, disposición o destinación, pues en ningún momento, el responsable de la mala utilización del bien, tenía la posibilidad de ejercer algún “acto dispositivo” sobre el inmueble, pues para los efectos de las relaciones jurídicas posesorias legítimas, quien incurre en la actividad ilícita, era un simple morador, sin que tan precaria condición permita extender las obligaciones que constitucionalmente emanan de la función social de la propiedad a personas que no tienen ningún vínculo con el inmueble, ni mucho menos con el propietario, pues una lectura breve al artículo 58 de la Constitución Política nos permite concluir que jurídicamente no se pueda trasladar las cargas constitucionales que emanan de la función social de la propiedad a quienes ostentan relaciones jurídicas posesorias precarias sobre el inmueble, ya sea por ser simples moradores o tenedores del bien en virtud del contrato de arrendamiento.

Si bien este elemento no se encuentra reconocido como tal en el Código de Extinción, no es nuevo en la normatividad especial, pues desde la misma concepción de la figura, a través de la Ley 333 de 1996, ya se hacían precisiones relacionadas con este elemento estructural, lo cual puede comprobarse en el artículo 4º de dicha ley, que establecía lo siguiente:

“En los casos en que se hubiere constituido fiducia o encargo fiduciario sobre los bienes respecto de los cuales se pretenda la extinción del dominio, bastará para su procedencia que las causales señaladas en este artículo se prediquen del encargante o constituyente, sin perjuicio de los derechos de la fiduciaria a su remuneración y de los de beneficiarios y terceros que no hubieren actuado con dolo o culpa grave o fueren de buena fe exenta de culpa”.

(1) Relaciones jurídicas y presunciones posesorias

Si bien ciertas causales de extinción de dominio demandan el reconocimiento de ciertas relaciones jurídicas, se debe aclarar que en materia de extinción de dominio, dada su naturaleza jurídica, no siempre se requiere la demostración directa de una relación jurídica concreta, como sería el dominio, pues son múltiples los casos donde dicha condición no se puede acreditar, como sucede con los bienes de ciertas organización criminales sin ningún tipo de personería, como sería el caso de los bienes cuya propiedad se atribuye a la guerrilla o a una pandilla o banda criminal, pero que figuran a nombre del anterior propietario.

En este caso, la relación jurídica se puede establecer por vía del reconocimiento de una presunción legal, como lo sería una presunción posesoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 762 del Código Civil, mediante el cual el poseedor o tenedor de un bien se presume como dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

(2) Utilidad de la identificación de las relaciones jurídicas legítimas

Las relaciones jurídicas legítimas no solo tienen efectos sustanciales, como elementos estructurales de la extinción de dominio que permiten precisar la atribubilidad de dicha consecuencia jurídica en un caso concreto, sino que además tiene importantes efectos de orden procesal, para establecer la legitimación en la causa pasiva y definir el objeto sobre el cual se debe dirigir la pretensión extintiva.

(a) Frente a la definición de la legitimación procesal

Este elemento estructural tiene una especial incidencia al momento de examinar la legitimación que tiene un ciudadano para ser reconocido como parte o sujeto procesal en un proceso de extinción de dominio, por lo cual, no se le puede reconocer automáticamente la condición de afectado a cualquier ciudadano, sino sólo a aquellos que presenten una relación jurídica legítima respecto del bien pretendido, como bien se reconoce en el artículo 30 del Código de Extinción de Dominio que describe algunas relaciones jurídicas legítimas, pues si bien no abarca todas las posibilidades, sienta las bases

para el reconocimiento de este elemento estructural de las causales en los siguientes términos:

“Artículo 30. Afectados. Se considera afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción extinción de dominio:

1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio.
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”.

(b) Como límite objetivo frente a las expectativas de derechos

Una de las mayores utilidades que ofrece este elemento estructural, es que actúa como límite objetivo que impide reconocer la calidad de afectados a quienes tienen “simples expectativas de derechos” sobre el bien pretendido, pues sobre ellas no se puede estructurar una relación jurídica posesoria legítima. Sería el caso, por ejemplo, de los acreedores en

procesos ejecutivos que muestran interés sobre el bien pretendido para que actúe como garantía para el cumplimiento del pago de las obligaciones personales reclamadas civilmente, las cuales no pueden ser admisibles dentro del trámite de extinción de dominio, por dos razones prácticas: pues de una parte, la mera expectativa no genera una relación jurídica legítima; y, de otro lado, dada la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, si la afectación del bien es por una causal de origen ilícito, se debe tener en cuenta que una obligación civil no se puede satisfacer con un objeto o bien ilícito³⁴², pues ello estaría en contravía de los principios y valores ético sociales, toda vez que de lo ilícito no se pueden constituir derechos; pues de reconocer vocación de garantía para el respaldo de obligaciones personales (no

³⁴² Posición contraria ha sido sostenida por Jorge Pardo, quien sí reconoce legitimidad a los acreedores para pretender por vía ejecutiva un bien incurso en causal de extinción de dominio, para lo cual se apoya en la jurisprudencia de la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que el mencionado autor cita en los siguientes apartes:

"Sobre este punto en particular, debe tenerse en cuenta que si bien se ha indicado en el cuerpo de este proveído que prima facie en el proceso de extinción del derecho de dominio, fungen como afectados los titulares de derechos reales principales y accesorios, no puede desconocerse, que también se pueden afectar intereses legítimos de personas que no ostentan ningún derecho de esta clase, lo cual sucede con aquéllas que tienen inscrito sobre el bien una medida cautelar previa al inicio de la acción.

(...).

Es en este punto, donde es dable afirmar que los titulares de los embargos previos al inicio de la acción, decretados y registrados de conformidad con lo establecido en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil u otras normas similares, sobre bienes encartados en un proceso de extinción de extinción del derecho de dominio, adquieren la calidad de terceros-afectados, porque en uso de la cláusula contenida en el artículo 2488 del Código Civil, el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores, torna legítima la expectativa, que las obligaciones que han sido contraídas por el titular aparente de la propiedad de los bienes, ya sean estas *propter rem* o personales, sean canceladas con los bienes embargados, debiendo ser convocadas al proceso para que aleguen y hagan valer esos derechos." (Pardo Ardila, 2013, p. 193).

coactivas), que dicho sea de paso, representan una de las tipologías más comunes de lavado de activos, se reconocería por vía judicial valor a un bien ilícito, que al ser reconocido como garantía, actuaría como un factor de disminución de pasivos; es decir, el bien ilícito se estaría disponiendo por vía judicial para reducir un pasivo, hipótesis fáctica que también es contemplada como una circunstancia ilícita autónoma que forma parte de la causal cuarta de extinción de dominio: *“Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas”*. Sobre este tema profundizaremos al estudiar los aspectos problemáticos de la causal primera de extinción de dominio.

- (c) Frente a la definición del objeto sobre el cual ha de recaer la pretensión extintiva

La definición del bien o derecho que debe puede ser pasible de la pretensión extintiva va a contar con las relaciones jurídicas legítimas como su principal herramienta, pues es la verificación de una relación en concreto la que permitirá establecer el alcance de la aplicación de una causal sobre un bien en particular. Un ejemplo de esta funcionalidad se tiene con relación a las armas de fuego, que de acuerdo con el artículo 223 de la Constitución Política tienen una reserva de dominio a favor del Estado, razón por la cual, ningún ciudadano en Colombia puede ostentar un título de dominio sobre un arma, pues la única relación jurídica que la ley le reconoce es la de

simple tenedor o portador en virtud de una autorización o permiso que la ley le otorga.

Por esta razón, resulta antitécnico esgrimir una pretensión de extinción de dominio sobre un arma de fuego, pues sobre ellas, proceden medidas o institutos más dinámicos y prácticos, como lo es el decomiso administrativo sustentado en razones de peligro y seguridad pública.

Otro ejemplo de esta utilidad se presenta con relación a los bienes adquiridos con recursos ilícitos mediante un contrato de Leasing o arrendamiento financiero, el cual es de uso frecuente como mecanismo alternativo de financiamiento para adquirir bienes. Contrato que genera distintas relaciones jurídicas, pues generalmente el dominio del bien lo conserva la entidad de leasing, mientras el tomador, tan solo ostenta la calidad de tenedor, pero a diferencia de un arrendador tradicional, puede ejercer el derecho de opción de compra. Por esta razón, en estos casos, el fiscal deberá analizar claramente el objeto a pretender de acuerdo con la relación jurídica que ostenta el particular, con lo cual podrá pretender el dominio del bien otorgado en Leasing, en aquellos eventos en que la entidad hubiese obrado por fuera de los parámetros de la buena fe exenta de culpa, u optar por fijar la pretensión sobre el derecho a la opción de compra, según el estado del contrato.

b)Nexo de relación entre el titular y la causal.

El segundo elemento de atribuidad hace relación al nexo que debe existir entre el titular de derechos que ostenta una relación jurídica legítima respecto al bien cuestionado, con la causal de extinción de dominio. 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.

Por ello, en materia de extinción de dominio resulta impropio y, por ende antitécnico, exigir la acreditación de un nexo de relación entre el titular, con la actividad ilícita, pues como se vienen analizando en la presente investigación, estos son elementos integrantes de la causal de extinción de dominio, por lo cual, el nexo que se exige responde a la idea misma de causal. Este problema se presenta en la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador, que exige como fin de 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”*.

”.

En el contexto colombiano, este nexo de relación entre el titular de derechos y la causal es exigido expresamente en el numeral cuarto del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que a su vez se inspiró en el literal d) del artículo 21 de la Ley Modelo

de Extinción de Dominio de Naciones Unidas³⁴³, el cual demanda como uno de los fines de la fase inicial:

“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”.

Lo anterior, comoquiera que en ningún momento la norma exige un nexo de relación entre el titular de derechos con la actividad ilícita. Sólo se requiere que guarde un nexo de relación entre el titular con la causal de extinción de dominio. Esto nos permite, por ejemplo, extinguir el dominio de los bienes pertenecientes a una sociedad que cumple su objeto social y desarrolla actividades lícitas de comercio, pero que fue constituida con aportes de origen ilícito. Así mismo permitirá perseguir los bienes que se encuentran en cabeza de empleados, socios, familiares o cualquier otro tipo de presta nombre, de quien se enriqueció ilícitamente; o desestimar la buena fe de ciertos titulares de derechos que, sin participar en actividad ilícita alguna, mantienen un nexo de relación directo con una causal de extinción de dominio, como sería el caso del acreedor hipotecario que recibe en garantía un predio a sabiendas de que es de origen ilícito o desconociendo las obligaciones existentes para percatarse de ello.

Una aproximación a la construcción de este elemento se encuentra en la sentencia C-374 de 1997, que al respecto indico:

³⁴³ “d. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de extinción de dominio”.

“Así, pues, en el caso de los bienes adquiridos por acto entre vivos, reviste trascendencia el hecho de si el adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave. Si ocurrió así, lo cual debe ser probado en el curso del proceso (C.P. art. 29), es viable la declaración de extinción del dominio. En caso contrario, no lo es, con lo cual se quiere salvaguardar el derecho de los terceros de buena fe, esto es, el de quienes, aun tratándose de bienes de procedencia ilícita o afectada por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 34 de la Constitución, los adquirieron ignorando ese estigma, sin intención proterva o torcida, sin haber tomado parte en los actos proscritos por el orden jurídico, sin haber buscado encubrir al delincuente o al corrupto, sin entrar en concierto con él, sin pretender ganancia o provecho contrarios a la ley, y no habiendo incurrido en culpa grave, en los términos descritos por ella. Desde luego, no puede entenderse que tal culpa grave se configure, en una interpretación exagerada y de imposible aplicación, en términos tales que el comprador de un bien se vea obligado a adelantar una investigación exhaustiva acerca de los antecedentes penales de su vendedor y, menos, de quienes a él le vendieron o le transfirieron el dominio. Esa es una responsabilidad de las autoridades públicas competentes. Por supuesto, si el dolo o la culpa grave han tenido lugar y son debidamente establecidos en cabeza del adquirente, cabe la extinción del dominio, toda vez que el tercero, en esas hipótesis, participa en el proceso ilícito "a sabiendas", o en virtud de imperdonable descuido que constituye culpa grave aunque se haya acudido a la figura jurídica del encargo o la fiducia”.

También se debe puntualizar que los nexos de relación se verifican desde una perspectiva real y no personal. Por ello, no se conforma con los nexos de relación que se desprenden de criterios de valoración penal, como sería, por ejemplo, aquellos derivados de la autoría y participación. La extinción de dominio

desborda este tipo de relaciones, pues trabaja también con "nexos de relación" más amplios, como nexos económicos, laborales, familiares o sociales, entre otros.

Lo anterior, como quiera que las causales de extinción de dominio son circunstancias ilícitas expresamente definidas como tal por el legislador que recaen sobre los bienes y no sobre los titulares, razón por la cual, su reconocimiento trasciende cualquier compromiso del titular del derecho con la actividad delictiva; por tal razón, basta con acreditar un nexo de relación entre éste con la causal que se invoca, ya sea de manera directa, cuando el titular del bien es quien lo destina a actividades ilícitas, o indirectas, cuando el proceder del titular es contrario a los postulados de la buena fe exenta de culpa, en los términos del artículo 7º del Código de Extinción de Dominio.

Particular apreciación merece el análisis de este elemento en la legislación mexicana, donde se fundamenta el nexo de relación a partir del conocimiento y mala fe del titular, lo cual es reconocido³⁴⁴ como una causal o presupuesto de extinción independiente, al indicar lo siguiente:

“III. Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito;”.

³⁴⁴ Artículo octavo de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

c) Capacidad dispositiva.

Tratándose de las causales de destinación ilícita, aquellas que de acuerdo con su naturaleza jurídica se sustentan en normas subjetivas de determinación, se puede reconocer un tercer elemento que podemos denominar “capacidad dispositiva”, derivada del *ius abutendi*³⁴⁵ (o derecho de disposición plena del bien), el cual hace relación al ejercicio de uno de los derechos inherentes al derecho de propiedad. Este elemento, solo entra a reconocerse en aquellos casos donde se va a verificar el ejercicio del derecho; es decir, cuando se dispone de él, como sucede en las causales de uso o destinación, pues tiene que ver con la verificación objetiva y subjetiva del ilícito ejercicio del derecho de la propiedad.

Este elemento emana directamente del artículo 669 del Código Civil, que desarrolla el concepto de dominio, indicando que “*El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno*”.

”.

³⁴⁵ El análisis de las causales extintivas no puede prescindir de los efectos de los atributos o facultades inherentes al derecho de la propiedad de uso (*ius utendi*), goce o disfrute (*ius fruendi*) y disposición (*ius abutendi*), destacándose este último atributo, especialmente frente a las causales de destinación, pues es donde directamente recaen las limitaciones constitucionales derivadas de la función social y ecológica del derecho a la propiedad, especialmente, aquellas relacionadas con el respeto de los derechos ajenos. Frente a este aspecto, la doctrina chilena destaca que “c) La facultad de abuso o disposición (*ius abutendi*) deriva de su carácter absoluto. Significa que el dueño puede disponer de la cosa según su voluntad y arbitrariamente. Pero las limitaciones de la ley y del derecho ajeno surgen aquí en toda su fuerza y controversia, como ya se ha referido”. (Peñailillo Arévalo, 2006, p. 137).

Por ello, en los casos de destinación ilícita, existe un límite jurídico al ejercicio de la capacidad dispositiva sobre un bien, que es el respeto del orden jurídico y el derecho ajeno, límite que constitucionalmente queda recogido dentro de la obligación de respetar la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad; por tanto, no basta con que una persona utilice un bien desconociendo el cumplimiento de la función social de la propiedad; sino que además, demanda que dicho acto sea realizado por alguien que ostente la capacidad dispositiva sobre el bien; es decir, quien pueda disponer jurídicamente del bien, o en otras palabras, sobre quien recae el deber constitucional de cumplir con la función social de la propiedad, pues los actos que tienen que ver con el cumplimiento o la inobservancia de las obligaciones constitucionales que emanan de la función social de la propiedad, solo pueden predicarse de personas que tengan la capacidad de disponer del respectivo bien, pues una lectura breve al artículo 58 de la Constitución Política nos permite concluir que jurídicamente no se puedan trasladar las cargas constitucionales que emanan de la función social de la propiedad a quienes ostentan relaciones jurídicas posesorias precarias sobre el inmueble.

Sin embargo, se debe precisar que la capacidad dispositiva que tiene una persona sobre un bien se puede delegar jurídica o tácitamente, pues se pueden realizar contratos de administración con inmobiliarias o ceder dicha disponibilidad de facto por actos de confianza (delegar en un familiar); No obstante, las obligaciones que emanan de la función social, solo le son exigibles al propietario. De ahí que sólo basta la culpa o

un actuar de mala fe, para atribuir las consecuencias jurídicas en materia de extinción.

A su vez, se debe tener en cuenta que al ser este un elemento predicable de las causales de destinación, su naturaleza jurídica sancionatoria sustentada en normas subjetivas de determinación obliga inexorablemente a penetrar en valoraciones de tipo subjetivo, pues el acto dispositivo, como todo acto de relevancia jurídica, debe ser un acto consciente libre y voluntario; es decir, que desde una perspectiva civil, este exento de cualquier vicio (que no sea el producto de un error, fuerza o dolo conforme al artículo 1508 del Código Civil); o, que desde la perspectiva del derecho sancionatorio, sea reprochable, lo que llevado al campo de la extinción de dominio, dada su naturaleza jurídica y su carácter *in rem*, implica realizar una valoración normativa de desaprobación jurídica del acto dispositivo desde la perspectiva de las expectativas que se tienen del titular con relación al correcto ejercicio del derecho a la propiedad conforme al régimen legal que constitucionalmente se ha reconocido como orientador del derecho a la propiedad privada (Sent, C-740/2003); es decir, que exista la posibilidad de que quien ostente la capacidad dispositiva pueda obrar conforme a derecho, de un modo distinto al que lo hizo, sin que ello implique una valoración de orden penal, pues como bien destaca Muñoz Conde, tanto en el derecho penal, como en el resto del derecho y en la vida social, se suelen presentar este tipo de valoraciones (Muñoz Conde & García Arán, 2007, p. 138).

Esta valoración del acto dispositivo conlleva la posibilidad de reconocer los vicios del consentimiento o las circunstancias

excluyentes de reprochabilidad, como eximentes de la consecuencia jurídica de la extinción de dominio, en aquellos casos donde el acto de disposición carezca de esas condiciones de ser un acto consciente, libre y voluntario, pues lo que legitima la extinción de dominio en materia de extinción de dominio, es que el titular del derecho incumpla la función social inherente al derecho a la propiedad al destinar su bien para atentar contra bienes jurídicos, situación que no sería censurable si el acto dispositivo es producto del engaño, fuerza, coacción, error o cualquier otra circunstancia que afecte dicho plano subjetivo, como sería el caso del campesino que, ante coacción violenta de la guerrilla y falta de defensa de sus intereses por parte de las autoridades del Estado, es obligado a destinar su propiedad para sembrar un cultivo ilícito; o el del padre de familia al cual un grupo de narcotraficantes le secuestran los hijos con el fin de obligarlo a transportar droga en su vehículo para traspasar una frontera. Si bien en estos casos los bienes se encuentran comprometidos en una causal de extinción de dominio por destinación ilícita, no se afirma que el titular de derechos obró dentro del marco de su capacidad dispositiva, siendo imperativo en estos casos, reconocer los actos de coacción como circunstancias eximentes de la consecuencia jurídica.

De otro lado, se debe tener en cuenta que este elemento presenta enorme utilidad al momento de resolver los casos complejos como aquellos donde se comprometen bienes de sociedades. Al respecto, resulta de utilidad recordar la sentencia C-030 de 2006, en la cual el abogado Luis Manuel Ramos, sustentó un problema jurídico que tiene que ver con

este elemento, argumento que fue resumido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Afirma que en cuanto la norma en la cual se contienen las expresiones acusadas atribuye a la Dirección Nacional de Estupefacientes, una vez se decreta la medida cautelar, la posibilidad de asumir la defensa material y técnica de los intereses patrimoniales de la persona jurídica en relación con la cual se adelanta un proceso de extinción de dominio, —toda vez que los socios, los miembros de los órganos sociales, el revisor fiscal y el representante legal no pueden ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con la sociedad—, se produce una neutralización del derecho de defensa por mandato legal. Advierte que dicha neutralización se da por cuanto i) la Dirección Nacional de Estupefacientes no tiene competencia para asumir, ni contratar la defensa de los intereses patrimoniales pertenecientes a la persona jurídica involucrada en un proceso de extinción de dominio debido “al carácter reglado de su gestión, al “principio de legalidad del gasto”, y a que “ sus funcionarios son servidores públicos y no pueden ejercer el derecho de postulación, ii) dicha Dirección “se encuentra incurso en un evidente conflicto de interés” dada la “intervención e interés directo” de la misma “en el funcionamiento del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, al cual irían a parar los recursos resultantes de aplicar mediante sentencia judicial la extinción del derecho de dominio...”.

En este sentido el actor afirma que la Dirección Nacional de Estupefacientes no se encuentra en capacidad ni le asiste interés i) de proteger los derechos de los afectados dentro de un proceso de extinción de dominio, ii) de probar el origen legítimo del patrimonio de una persona jurídica o el de los bienes cuya titularidad se discute, y iii) de probar que los bienes de que se trata no se encuentran incursos en las causales que sustentan la acción de extinción de dominio.

D. Causales en el nuevo Código de Extinción de Dominio.

El nuevo Código de Extinción de Dominio se preocupó por trabajar las causales a través de proposiciones jurídicas independientes, lo cual permite superar una de las más notorias deficiencias de la Ley 793 de 2002, donde existían causales que acumulaban tres o cuatro supuestos de hecho en una sola³⁴⁶, lo que generaba confusión y dificultaba la comprensión de este instituto³⁴⁷.

³⁴⁶ Ejemplo de esta indebida acumulación de causales se encuentra en la causal tercera de extinción de dominio de la Ley 793 de 2002 que mezclaba bajo la misma proposición jurídica, causales de origen o destinación ilícita: “3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito”. De esta causal tercera, el Código de Extinción de Dominio reconoce tres causales distintas: la causal segunda (bienes objeto), la causal quinta (bienes medio o instrumento) y la causal sexta (bienes destinados).

³⁴⁷ Esta problemática es reiterativa en las leyes especiales de extinción de dominio de Guatemala, Honduras y El Salvador, donde la redacción de las causales presenta serios problemas de técnica jurídica, pues en algunos casos combinan circunstancias de origen y destinación ilícita en una misma causal, desconociendo así que cada proposición hace relación a una circunstancia ilícita que puede tener una naturaleza jurídica diferente. A pesar que este problema trató ser corregido a través de una propuesta de mejores prácticas contenida en la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas (Naciones Unidas, 2011), donde se recomendó tratar las distintas causales a través de proposiciones jurídicas independientes; de manera desafortunada, la primer legislación que adoptó las normas de dicha Ley Modelo, va en contravía de dicha recomendación, pues en la causal primera de extinción de dominio de El Salvador, las principales causales de origen y destinación fueron fusionadas en una sola: “Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero;”, aspecto que sin duda, genera problemas prácticos, al no proponer con claridad los límites dentro de los cuales debería operar cada una de dichas causales.

Si bien la redacción de las causales se conserva en términos similares a las descritas en el artículo 2º de la Ley 793 de 2002, se pueden reconocer algunos cambios puntuales que buscan la coherencia sistémica, acorde con la naturaleza jurídica y los fundamentos de legitimación correspondiente a cada causal. A nuestro juicio, con esta reforma se definen de manera más clara los límites entre cada causal, lo cual se traduce en una mayor exigencia técnica para que el Estado realice su labor de estructuración de la pretensión, aspecto que se refleja en el reconocimiento de mayores garantías para los afectados, pues el manejo técnico de las causales contrarresta uno de los mayores problemas que presentaban las disposiciones anteriores, por la falta de claridad en la definición de sus elementos, contenidos y límites, lo cual daba lugar a interpretaciones abiertas o genéricas que generaba problemas de seguridad jurídica.

Entre los cambios introducidos en la nueva juridicidad de las causales, se pueden destacar los siguientes:

1. Se parte de la idea de que las causales son un instituto sustancial y no procesal, inherente a la extinción de dominio; razón por la cual, el tema se desarrolla a partir de un nuevo concepto de extinción de dominio³⁴⁸, en el libro segundo del título II, “De la extinción de dominio”, y no en

³⁴⁸ Este nuevo concepto de extinción de dominio aborda el tema desde una perspectiva sustancial y no procesal, como quiera que el concepto que predominó a partir de la Ley 793 de 2002, concebía la extinción de dominio como una acción, al indicar en su artículo 1º que “La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley”. (subrayas fuera del texto)

el libro tercero, que trata “De la acción de extinción de dominio”.

2. En el código se eliminan todas las causales de carácter procesal, adoptando solo causales de carácter sustancial, que fueron analizadas en capítulo anterior.
3. También se eliminan las causales de carácter personal, conservando solo causales reales o prevalente reales³⁴⁹.
4. Se intentó realizar una clasificación más técnica de las causales, atendiendo a su naturaleza jurídica o a sus fundamentos de legitimación: Primero las causales de origen (causales de la 1 a la 4), luego las causales de destinación, con salvedad en la causal séptima³⁵⁰ (causales 5, 6, 8 y 9) y, por último, las causales por bienes equivalentes (causales 10 y 11), por ser una forma de comiso indirecto.
5. Se eliminan de las causales cualquier referencia a delitos precedentes, determinantes o habilitantes, pues como se mencionó anteriormente, se requería coherencia de las normas de extinción con la Carta Política, ya que no existía ninguna razón lógica y coherente que justificara que la riqueza derivada de algunos delitos, generalmente actividades ilícitas asociadas al crimen organizado,

³⁴⁹ Se hacen relación a las causales sobre bienes por valor equivalente, sobre las cuales se profundizará más adelante, que presentan algún rasgo de las causales de carácter personal, como lo es la identidad del titular, rasgo secundario que no desestima su carácter prevalentemente real.

³⁵⁰ Se presenta una imprecisión técnica con la causal séptima cuyo problema de ubicación será analizado al momento estudiar la correspondiente causal.

perdían la protección constitucional; mientras que aquellas actividades ilícitas consideradas como de delincuencia común, conservaban dicha protección, cuando desde el punto de vista constitucional, de su naturaleza jurídica y de los fundamentos de legitimación de la extinción de dominio, ambas formas de actividades ilícitas se encontraban en condiciones de igualdad frente a la contrariedad con los valores ético sociales imperantes en nuestra sociedad.

6. Al ser una forma de comiso, al igual que las otras causales, se reconocen los bienes equivalentes como causales autónomas, superando así el carácter de residualidad que los había caracterizado en las legislaciones anteriores, que preveían como consecuencia subsidiaria del trámite, pues el juicio de equivalencia o correspondencia se realizaba con relación a un bien de imposible extinción que había sido de la acción, es decir, sobre un bien pretendido dentro del trámite sobre el cual la sentencia no sería efectiva³⁵¹.

1. Causal primera: bienes producto de una actividad ilícita.

³⁵¹ Este problema subsiste en el artículo 12 de la Ley de Privación de Dominio de Bienes de origen Ilícito de Honduras y en el artículo 35 de la Ley Especial de Extinción de Dominio de Guatemala.

Esta es una causal que tiene como fuente principal las recomendaciones contenidas en las convenciones internacionales³⁵², pues se tomó directamente del numeral 1º del artículo 5º de la Convención de Viena³⁵³, que es reconocida por la doctrina (Vargas González, 2012) como el sustento principal de las normas que desarrollan las formas más tradicionales de comiso penal, como son las del comiso del producto derivado del delito³⁵⁴, que recoge distintas expresiones conocidas también con los nombres de comiso de primer y segundo grado; comiso directo; comiso de efectos del delito y comiso de ganancias.

Como se mencionó al momento de estudiar los antecedentes de la extinción de dominio, si bien el término “producto del delito” ha sido reiterativo en múltiples disposiciones a lo largo de las normas de comiso vigentes en Colombia, y suele ser asociado al concepto problemático de “efectos” del delito³⁵⁵, el

³⁵² Sobre su importancia, Patricia Vargas destaca que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988) “... Las Convenciones de Naciones Unidas son instrumentos de carácter general que en lo que al decomiso respecta, contienen normas pragmáticas vinculadas con la identificación de los bienes que constituyen el patrimonio criminal, su ubicación e inmovilización a través de medidas cautelares, la decisión de decomisarlos y claro está, su restitución”. (Vargas Gonzalez , 2012, p. 36)

³⁵³ Que recomienda el comiso del producto derivado de los delitos de narcotráfico y conexos. Se reitera con similar literalidad en la recomendación contenida en el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Mérida en el 2003; y en el artículo 12 la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo.

³⁵⁴ Reconocida en el artículo 100 del Código Penal bajo su modalidad de “efectos” y, de manera más técnica, en el 82 del Código de Procedimiento Penal Colombiano donde expresamente se hace alusión a “... bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito”.

³⁵⁵ Como se mencionó al analizar los antecedentes de la figura, varias de las causales de extinción de dominio se recogían en la descripción del concepto de “efectos del delito”, que para la legislación Colombia era omnicompreensivo como lo destacaba el profesor

producto al que se hace relación en la extinción de dominio, es aquel que comenzó a perfilarse a través del artículo 47 de la Ley 30 de 1986, donde empieza a tomar forma este concepto al preocuparse de perseguir también el “producto derivado” o las “ganancias” del narcotráfico, que hoy en el Código de Extinción de Dominio se hace extensiva al producto de todas las actividades delictivas.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, lo consagra en el artículo 16 numeral 1º relacionados con los siguientes bienes:

“Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita”.

Si bien en la doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional se suele asociar el concepto de producto también los bienes objeto, instrumentos (efectos), frutos, transformados, convertidos, o aquellos sin justificación lícita, lo cierto es que, en materia de extinción de dominio, el legislador colombiano optó por delimitar de mejor forma cada hipótesis para preservar así la seguridad jurídica y garantizar de esta manera la observancia del principio de legalidad.

Fernando Velásquez (Velásquez Velásquez, 2004), pues encierra un sinnúmero de circunstancias de bienes que dentro del proceso penal cumpliría distintos fines: comiso,

Esta misma causal se encuentra consagrada en otras legislaciones de extinción, privación o pérdida de dominio. Por ejemplo en Honduras, se prevén dos formas de producto, la primera, que alude a la no justificación del producto³⁵⁶, que en Colombia se maneja a través de la causal cuarta; y presenta dos causales más de producto que padecen de serias inconsistencias técnicas, pues son redundantes e imprecisas en su objeto, al mezclar en la misma causal de producto, otras circunstancias de origen o destinación ilícita³⁵⁷.

Este mismo problema se presenta en la legislación de México³⁵⁸ y El Salvador³⁵⁹; mientras que en Perú al sustentar su norma en causales de carácter procesal, no prevé una causal o

restablecimiento del derecho, indemnización de perjuicios, prueba, destrucción, objeto material, entre otros.

³⁵⁶ "11.1 Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos o ganancias que no tengan causa o justificación económica o legal de su procedencia u origen;" Numeral primero del artículo 11 del Decreto 27 de 2010.

³⁵⁷ "11. 3) Cuando los bienes, productos, instrumentos o ganancias de que se trate provengan directa o indirectamente de actividades ilícitas, indistintamente si éstas, se han realizado en el territorio de la República de Honduras o en el extranjero;" (numeral tercero del artículo 11 del Decreto 27 de 2010). En similar sentido el numeral 5 ibidem: "5) Cuando los bienes, productos, instrumentos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito;"

³⁵⁸ La legislación mexicana presenta dos causales para producto, una general y otra reservada al producto en cabeza de terceros: "Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;" y "Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 22 constitucional y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño". Numerales I y IV del artículo 8º de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

³⁵⁹ Literal a) del artículo 6º del decreto 534 de 2013 "a) Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero".

presupuesto que se encargue directamente del producto de la actividad ilícita, sino que lo concibe como un presupuesto general de procedencia dándole el tratamiento de efecto del delito y lo reconoce dentro de los tipos de "bienes" sobre los cuales recae la pretensión de pérdida de dominio³⁶⁰. Similar problema presenta la legislación de Pérdida de Dominio de Bolivia, donde no existe como causal sino como tipo de bien, con el agravante de que solo está limitado a los bienes producto de narcotráfico³⁶¹. Por su parte, Guatemala³⁶² presenta una descripción más técnica, similar a la de la causal

³⁶⁰ Artículo 4º de la Ley 1104 de 2012 "La pérdida de dominio procede cuando se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2º del presente Decreto Legislativo"; y, artículo 5.1 *ibidem* "5.1. La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva".

³⁶¹ Artículo 68 Ley 913 de 2017. "**Bienes sujetos a pérdida de dominio.** La pérdida de dominio recae sobre:

1. Los bienes producto de actividades de tráfico ilícito de sustancias controladas".

³⁶² Literal a, f, j y l del artículo 4º del Decreto 55 de 2010. a) "Cuando el bien o los, bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en territorio nacional o en el extranjero".

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

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

f.2. No se pueda identificar al sindicado.

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

j): "Cuando se trate de bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas"; y, l): "Por condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito o delincuencia organizada, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trate no los haya oportunamente reclamado, se declararán a favor del Estado de Guatemala".

colombiana, precisando tres causales de producto, y resaltando el carácter de transnacional de las actividades ilícitas para esta causal.

b) Objeto.

Definir el objeto sobre el cual recae la causal primera no es tan sencillo como parece, pues a pesar de las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales³⁶³, que realiza grandes aportes sobre el tema, presentan distintos matices, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, donde el concepto de producto está asociado a otras formas de comiso o afectación como el de “efectos” (no reconocido como causal), o el de “derivados”, “ganancias”, “frutos” “objeto del delito”, entre otros, que la extinción de dominio acoge a través de causales independientes.

Algunas definiciones doctrinales aluden a que el producto hace relación a aquellos bienes que son directamente producidos, manipulados o transformados desde la propia conducta criminal (Vargas González, 2012, p. 37), como las armas “hechizas” o “artesanales” en el caso de la fabricación de armas; el documento falso, en los eventos de las falsedades; la sustancia estupefaciente en el caso del narcotráfico; la mercancía falsa en el caso de los delitos de violación de

³⁶³ El concepto de Producto presenta una definición convencional en los principales instrumentos internacionales. Por ejemplo, el literal “P” del artículo 1 de la Convención de Viena lo define de la siguiente forma. Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;” Sin embargo, esta definición suele ser bastante amplia pues se confunde con la de “efectos” cuya problemática se analizó anteriormente.

derechos de autor; el dinero recibido en los casos de concusión o cohecho, el bien apropiado en los eventos de peculado, extorsión o hurto, etc. También recibe la denominación de producto los bienes que en los cuales se transforma ese delito, como es el dinero que se paga por el arma, la droga o el documento falso, de acuerdo con los casos mencionados. Por ello es necesario precisar que algunas formas de producto no se contemplan como causales en el Código de Extinción de Dominio, como es el caso de los “efectos” del delito, el cual es mucho más amplio y abarca otros elementos que deben tener distinto tratamiento legal, como sería el caso de restablecimiento del derecho frente al objeto material de los delitos de hurto, extorsión o peculado; el aseguramiento del producto a través de la cadena de custodia de los bienes productos de las falsedades; o, la destrucción, en el caso de la droga ilícita, etc.. También algunos bienes que encajan bajo el concepto de producto indirecto pueden ser manejados a través de otras causales, como ejemplo aquellos efectos que constituyen el objeto de delito o el producto de una transformación, entre otros.

Lo anterior, no quiere decir que no se cuenten con elementos para precisar técnicamente el concepto de producto en la legislación colombiana, pues si bien en el Código de Extinción de Dominio no presenta una definición de dicho termino, como si lo hacen las leyes de extinción de Honduras³⁶⁴ y El Salvador³⁶⁵,

³⁶⁴ Numeral 3º del artículo 3º del Decreto Legislativo 27-2010 Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito “**Productos:** Son bienes obtenidos o derivados, directa o indirectamente de una actividad ilícita, o que carezca de fundamento económico legal de su procedencia;”.

³⁶⁵ Decreto 534 de 2013 artículo cuarto literal f) ““Producto”: Los bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas”.

si proporciona elementos para manejar un concepto técnico de “producto” que, dicho sea de paso, permite excluir como objeto de la pretensión extintiva aquellos bienes inservibles, irrelevantes, insignificantes o “bagatela”, al presentar una definición legal de bienes que optimiza de manera práctica la clásica definición del derecho civil, pues mantiene la idea utilitaria y patrimonial que debe tener una cosa para ser considerada bien, se hace énfasis en su carácter económico³⁶⁶, pues este se erige como un elemento característico al considerar como tal, aquellos que son susceptibles de “valoración económica” lo que obliga a reconocer como “producto” no solo el resultado de un proceso ilícito, sino también, las “ganancias” y frutos que se obtienen de este, circunstancias que se analizará más adelante.

Por lo tanto, se puede concluir que en Colombia se maneja un concepto restrictivo de producto, pues no abarca todos los bienes que directamente se derivan o se produce con la actividad ilícita (ej. Droga, documentos falsos, etc.), sino que se restringe a aquel producto que resulta de interés de la justicia y sería susceptibles de valoración económica, además de

³⁶⁶ Si bien desde la perspectiva del derecho civil se reconoce que los requisitos del concepto de bien presentan dos elementos: que la cosa esté en el patrimonio de una persona y que sea susceptible de valoración económica o pecuniaria (Velásquez Jaramillo, 2010, p. 2) ; la extinción de dominio sólo hace énfasis en este segundo elemento, como quiera que para que un bien se integre en un patrimonio, el mismo debe ingresar previo el cumplimiento de los presupuestos legales, aspecto que no se cumple en los bienes comprometidos en una causal de origen ilícito como la que es objeto de análisis (producto), pues como se ha sostenido a lo largo del presente estudio, de acuerdo con la naturaleza jurídica del instituto, los presupuestos de validez del acto jurídico no logran consolidarse cuando el bien es producto de un delito y, por tanto, mal se puede dar el reconocimiento jurídico a un derecho que no se ha consolidado y que solo existe apariencia.

aquellas ganancias o beneficios que se generan a partir de ese producto, que se derivan directa o indirectamente de la actividad ilícita, lo que permite su clasificación como producto directo o indirecto.

c) Fundamento.

Esta es la causal de origen ilícito por excelencia, que de acuerdo con su naturaleza jurídica se sustenta en normas objetivas de valoración, que cuestiona la validez del acto jurídico que da nacimiento al derecho (nulidad *ab initio*), pues parte del principio general del derecho de que a nadie le está permitido obtener provecho, ventaja, ni derivar derecho alguno del crimen o el fraude.

Con relación a los fundamentos de legitimación, esta causal está sustentada en el artículo 34 de la Constitución Política que prevé la consecuencia jurídica de la extinción de dominio para todos aquellos casos de bienes de origen ilícito. Así mismo, en el artículo 58, que establece la garantía de protección para los bienes que tienen un justo título, por lo cual, todo lo que es producto de una actividad ilícita, parte de la inexistencia de tal atributo.

d) Clases.

La doctrina parte de la concepción clásica de “efectos”³⁶⁷ para desarrollar este concepto, de donde se desprenden dos clases de producto: el de las actividades ilícitas propiamente dicha, y el de las ganancias a dicho producto, que se conocen también como producto directo e indirecto.

(1) Producto directo

El producto directo, es aquello que resulta del proceso ilícito, o como menciona Vizueta Fernández, aquello “cuya existencia se debe a la comisión del delito” (Vizueta Fernández, 2011. p. 20); Sin embargo, no todos los productos directos los podemos considerar como pasibles de la extinción de dominio, pues la ley generalmente dispone su destrucción o un tratamiento procesal diferente, en los casos que deben ser destruidos, o restituidos a la víctima; u ostentan vocación probatoria y deben ser asegurados garantizando la cadena de custodia. En este grupo de productos encontramos la droga que produce un laboratorio ilícito, los medicamentos o alimentos que son adulterados, las armas de fabricación hechiza, el documento que es falsificado, etc. Sobre las anteriores cosas, no es posible adelantar extinción de dominio, pues al prever una destinación jurídica diferente (fines probatorios - destrucción), su afectación no cumple los fines que se pretenden a través de la acción extintiva.

³⁶⁷ Para Vizueta Fernández, este es un concepto bastante amplio que comprende distintas manifestaciones del tradicional comiso penal: “Como se ha dicho más arriba, son efectos del delito tanto los objetos por éste originados, esto es, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como aquellos que si bien preexisten a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de ésta”. (Vizueta Fernández , 2011, p. 20).

También existen otros efectos que se consideran producto inmaterial, y que no se ajustan con la definición técnica del Código de Extinción de Dominio, aunque si pueden generar un producto indirecto o ganancia. Sería el caso, por ejemplo, del delito de defraudación de fluidos, pues si alguien se apropia de agua luz, gas, ese bien que representa el producto directo de la actividad ilícita, dado su carácter inmaterial, no se puede perseguir. Pero si el autor, además de apropiarse de los fluidos, aunque el verbo sería usar o beneficiarse, lo usufructúa, vendiendo a los vecinos, la ganancia obtenida puede ser considerada como un bien producto indirecto y, por tanto, pasible de extinción de dominio.

De la misma forma, se debe tener bastante precaución al deducir el carácter de producto del delito, pues esta distinción dependerá también de la construcción dogmática de los tipos penales, pues no todo bien que tenga relación de causalidad con una actividad delictiva, puede ser considerada producto de la misma, como sucede, por ejemplo, con el delito de "Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado"³⁶⁸, donde, a primera vista, el valor del crédito pareciera que podría ser calificado como el producto de dicho delito. Es en estos casos donde la naturaleza jurídica de la causal de extinción de dominio sirve de criterio orientador para determinar en un caso concreto si se está ante un bien pasible de extinción de dominio, pues dicha condición debe ser coherente con el

³⁶⁸ Artículo 311 del Código Penal. *"Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. El que con destino a actividades fomentadas por el Estado obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses"*.

ámbito de protección normativa, para determinar si el bien cuestionado merece o no protección constitucional³⁶⁹. En este caso, se debe tener presente que la causal de producto cuestiona la validez del acto jurídico que genera el derecho y, en este delito, se parte de que el derecho de crédito que se adquiere de forma legítima.

Aquí, para determinar si el valor del crédito puede ser considerado o no como producto, se debe tener en cuenta que la doctrina especializada lo describe como un “tipo penal compuesto acumulativo o ‘de dos actos’, pues para su configuración, no basta con que se obtenga un crédito oficialmente regulado, es decir, un crédito en condiciones favorables para el fomento de una actividad por parte del Estado, lo cual se considera completamente lícito; sino que además, se requiere que este crédito se destine a una actividad completamente distinta a aquella que las autoridades económicas querían estimular o apoyar, es decir, que el destino

³⁶⁹ Esta problemática exige acudir a una valoración axiológica de las normas penales que sustentan la actividad ilícita que se toma como determinante o precedente, teniendo como referente que, tanto la norma penal, como la causal de extinción de dominio, se orientan por el ideal de la justicia, como eje principal del concepto del derecho a aplicar. Para ello, se considera necesario acudir al método dogmático de interpretación penal, tomando como punto de referencia la identificación del sentido y fin de cada una de las normas con relación a la protección del bien jurídico, en este caso el orden económico social, con el fin de determinar cuál sería el bien que se puede considerar como producto del citado delito. En este ejemplo, se debe tener claro que el delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, está contemplado bajo el Título X del Código Penal, “Delitos contra el orden económico social”; capítulo I, “Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones”, de donde se infiere un interés del legislador de proteger el equilibrio económico de una actividad en particular. En otras palabras, se está ante un delito de abuso, cuyo resultado se traduce en la reducción de oportunidades que tienen los actores de determinados sectores de interés económico para el Estado y no de un delito generador de riqueza ilícita, razón por la cual, el monto del crédito, no puede ser considerado como producto de dicha actividad delictiva.

de los fondos se oriente a un fin distinto de aquel invocado en la solicitud del crédito. De ahí que el momento consumativo de este delito no se verifica con la sola obtención del crédito, pues ello constituye una conducta completamente neutra y, por tanto, el dinero que de él se deriva, jamás puede ser cuestionado como el producto de un delito, pues la acción sobre la cual recae todo el reproche penal, es la de dar a dicho crédito obtenido de manera válida, una aplicación o destino distinto a aquel que motivó su otorgamiento, con lo cual el producto del delito se vería reflejado en un ahorro o reducción de un pasivo por el beneficio de una tasa preferencial y no el incremento patrimonial por el valor del crédito, pues se parte del supuesto que en este delito el crédito se obtuvo de manera lícita y sus obligaciones se cancelan con recursos ilícitos, pues de lo contrario, serían otras conductas y otras causales las que deberían ser objeto de valoración.

Lo anterior, nos lleva a concluir que si bien el Código de Extinción de Dominio extiende el ámbito de aplicación del instituto a todas las actividades descritas como delictivas en el Código Penal, no por esta razón, se puede considerar que todos los delitos son idóneos para generar un producto ilícito, pues ello dependerá de su construcción dogmática y del bien jurídico que protegen.

En cambio existen otros delitos cuyo producto directo si se ajusta al concepto técnico de bienes adoptado en el Código de Extinción de Dominio, pues son susceptibles de valoración económica y su afectación sí se ajusta a los fines constitucionales pretendidos a través de esta figura jurídica, como es el caso del dinero, bienes o beneficios obtenidos a

través de una extorsión; un cohecho; una concusión; un peculado; un tráfico de drogas, armas, especies, migrantes; minería ilegal, hurto de hidrocarburos, etc.. En estos casos de producto directo, el bien pasible de extinción de dominio guarda una relación directa con la actividad ilícita que lo origina.

(2) Producto indirecto

El comiso indirecto, que también se le llama de segundo grado o sustitutivo (Manzanares Samaniego, 1984, p. 6) o comiso de ganancias, es el de mayor reconocimiento en los procesos por extinción de dominio, pues hace relación a todo lo que representa un enriquecimiento ilícito o delictivo, que es el que se censura desde la misma Constitución Política, pues como bien lo sostiene Muñoz Conde y García Arán, con este comiso se pretende evitar el enriquecimiento injusto de los autores del delito (Muñoz Conde & García Arán, 2007, p. 607).

Patricia Vargas resalta la importancia del concepto de "ganancias" como forma de comiso, en el cual reconoce un importante avance de la figura, sobre el particular indicó lo siguiente:

El comiso de las ganancias (también llamado confiscación por algunos autores para distinguirlo del comiso de los efectos e instrumentos), fue introducido como regla general aplicable a todos los delitos en el CP de 1995. De esta forma el legislador colmó un vacío normativo que la doctrina no

dudaba en señalar, máxime cuando los operadores jurídicos hacían caso omiso de esa circunstancia e igualmente lo ordenaban.

(...)

Según la Real Academia Española, la ganancia es “la utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción.” La utilidad es a su vez, el “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.” El provecho es sinónimo de beneficio y en esa medida, ganancia y beneficio son lo mismo. Esto es importante de cara a los tipos penales que usan este vocablo y no el de ganancia. (Vargas González, 2012, p. 137)

Después de revisar los antecedentes de la extinción de dominio y su evolución histórica, se puede concluir que la adopción del comiso del producto del delito, como una causal autónoma que justifica la privación de dominio, está orientada al comiso de las ganancias del delito, de los beneficios que de él se deriva, beneficios que aparecen también descritos de acuerdo con las distintas manifestaciones que pueden presentarse, y que se adoptan también como causales independientes sobre: bienes objeto de transformación; bienes objeto de la actividad ilícita; bienes que constituyen el fruto o rendimiento de otros de origen ilícito; y, de bienes cuyo origen carecen de justificación razonable.

e) Aspectos problemáticos

- (1) Bienes producto que a su vez son objeto material del delito

Cuando el bien que se resulta del proceso delictivo, a su vez es objeto de la actividad delictiva, puede ser tratado de distintas maneras: puede ser objeto de destrucción, como los productos ilícitos o prohibidos, drogas, explosivo, armas, alimentos o medicamentos adulterados, etc.; puede ser objeto de cadena de custodia, por cumplir un fin probatorio, como el producto de los delitos de falsedad; o ser objeto de medidas de restitución o restablecimiento del derecho, en el evento de los dineros o bienes que son producto de una actividad ilícita de peculado, hurto, secuestro o extorsión, etc.; o pueden ser objeto de medidas administrativas de decomiso con fines de seguridad económica, donde se requiere adoptar una medida que evite un daño frente a un bien fungible o perecedero, como como sería el producto de la actividad ilícita de acaparamiento — producto de primera necesidad— o el de tráfico de fauna silvestre, donde se hace necesario adoptar medidas inmediatas de disposición que eviten que los productos acaparados, leche o carne, por ejemplo, se dañen, o que la fauna recuperada se muera.

Por estas razones, se puede afirmar que la extinción de dominio jamás debería sustituir o reemplazar otro tipo de medidas de comiso penal o decomiso administrativo que son más idóneas y técnicas y que responden a la especialidad con relación a los bienes comprometidos en ciertas actividades ilícitas en particular, ni tampoco se debe emplear para sustituir otro tipo de pretensiones, como sería la pretensión civil dentro del proceso penal, con relación a los bienes que deben ser destinados al restablecimiento del derecho o la indemnización

de los perjuicios, pues sobre ellos, tanto la Constitución³⁷⁰, como la ley procesal civil, prevén un debido proceso diferente.

(2) Copropiedades

Otro aspecto problemático es cuando el bien que se considera producto directo o indirecto de una actividad ilícita pertenece a distintas personas, y solo respecto a una de ella se puede establecer un nexo de relación con la causal de extinción de dominio, mientras que con relación a los demás copropietarios, se mantiene la presunción de buena fe. Sería el caso, por ejemplo, de la sociedad conyugal, cuando uno de los cónyuges, sin el conocimiento ni consentimiento de su pareja, aporta recursos ilícitos para adquirir un bien social que entra a formar parte de la sociedad conyugal.

En estos casos, se debe tener en cuenta que si no existen pruebas que permitan plantear la hipótesis extintiva de mezcla, o desvirtuar la presunción de buena fe del copropietario, como lo exige el numeral 5° del artículo 118 del Código de Extinción

³⁷⁰ Al respecto, el numeral sexto del artículo 250 de la Carta Política impone a la Fiscalía el deber de *"Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito"*., con lo cual se impone un tratamiento excepcional para los bienes que deben ser recuperados con el fin de cumplir las expectativas de las víctimas, en especial, con relación a los casos de restablecimiento del derecho en los casos de delitos contra la propiedad, o de recuperación de activos, en los casos de bienes producto de actos de corrupción, de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 51 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

de Dominio, la pretensión extintiva solo se limitaría sobre los bienes o porcentaje derechos de quien si se puede predicar dicho nexo de relación entre el titular y la causal respectiva.

(3) Posesiones

Con relación a las posesiones, se debe tener en cuenta que si bien el Código Civil³⁷¹ no las reconoce explícitamente como un derecho real, ya sea principal o accesorio, ello no quiere decir que dicho derecho no pueda ser pretendido en aquellos casos cuando su ostentación se ajuste a algunas de las causales de extinción de dominio, o deba ser respetado cuando a él se accede a través de actos de buena fe exenta de culpa, como quiera que dicho derecho se ajusta al concepto de bienes que trae el mismo Código de Extinción³⁷², comoquiera que es un derecho intangible sobre un bien, el cual sería susceptible de valoración económica, por lo cual, se debe reconocer que la posesión constituye un derecho de contenido patrimonial.

Sería el caso, por ejemplo, de la posesión del 50% de un terreno que ostenta el administrador de una finca adquirida por un servidor público corrupto con el producto de un soborno transnacional, pero que entró en posesión como producto de la

³⁷¹ "Artículo 762. Definición de posesión. La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él".

³⁷² Numeral 3º del artículo 1º del Código de Extinción de Dominio. "3. Bienes. Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.

conciliación de un pasivo laboral, como pago de sus prestaciones como administrador.

En este caso, existen relaciones jurídicas legítimas distintas, una de propiedad, con relación al afectado, servidor público corrupto, de quien se predica un nexo de relación directo con la causal; y, de otra, la relación jurídica del poseedor del inmueble, que si bien no ostenta un derecho real sobre el bien pasible de extinción de dominio, si presenta un porcentaje de derecho susceptible de valoración económica que debe ser respetado, a menos que se logre desvirtuar su presunción de buena fe exenta de culpa.

(4) Derechos eventuales, condicionales o futuros

Existen múltiples casos que el derecho de dominio sobre un bien se adquiere con el producto de una actividad ilícita, no se consolida hasta tanto no se cumpla con una condición o eventualidad, presupuestos que como bien lo reconoce la doctrina especializada, hacen relación a asuntos distintos, que presentan como común denominador que están sometidos a un hecho futuro e incierto sujeto a la verificación del cumplimiento de dicha condición o eventualidad. (Alessandri R., Somarriva U., & Vodanivic H., 1998, p. 21)

En algunos casos, los derechos sobre un bien futuro son protegidos desde antes que se consoliden; como el caso de los derechos herenciales; en otros eventos, los bienes adquiridos y

sujetos a una condición o plazo cierto, el dominio solo surge tras el cumplimiento de dicha condición o plazo. Cada uno de estos derechos genera relaciones jurídicas distintas entre sus titulares y los bienes pretendidos, por lo cual, se hace necesario distinguir muy bien el tipo de derecho en discusión, para entrar a verificar si resulta procedente la extinción de dominio sobre el bien pretendido o sobre algún otro derecho sobre el cual el Estado pueda entrar a subrogar la posición del titular.

Se da en el caso, por ejemplo, de los bienes que son adquiridos con reserva de dominio, donde se condiciona la tradición, es decir, el nacimiento del derecho, al pago total del bien. En este evento el dominio del bien lo conserva el tradente, por lo que el derecho de dominio no puede ser pretendido, a menos que se logre desvirtuar la presunción de buena fe del vendedor. Sin embargo, de mantenerse dicha presunción, el problema surge con relación al dinero ilícito que fue entregado al vendedor como parte del pago, por quien la persona respecto de la cual sí se puede predicar un nexo de relación con la causal, evento que se encontraría en el límite del enriquecimiento ilícito o el enriquecimiento sin causa civil, estando este último por fuera del campo de acción del trámite extintivo.

En la misma circunstancia se encontrarían los bienes que adquieren a través de un leasing comercial, hipótesis frente a la cual, el derecho de dominio recae en la compañía de leasing, hasta tanto el interesado opte por ejercer su derecho de opción de compra. En estos eventos, cuando la pretensión extintiva se dirige sobre un bien en cabeza de quien se predica el nexo de relación con la causal, la pretensión extintiva solo procede sobre el derecho de opción de compra, para lo cual, la acción

deberá dirigirse sobre tal derecho inmaterial, que es susceptible de valoración económica, a menos que se pueda desvirtuar la presunción de buena fe de la compañía de leasing, pues la relación jurídica que se crea en virtud de dicho contrato, condiciona el surgimiento del derecho por acto futuro, por lo cual la pretensión extintiva tendría por objeto subrogar la posición del titular del derecho, para que dicha opción pueda ser ejercida por el Estado, en el evento tal, que se cumplan las condiciones del respectivo contrato.

Situación distinta sucede, por ejemplo, con relación a los bienes que se adquieren previo a su existencia material, como sucede con la preventiva de inmuebles conocida como "venta sobre planos", la cual, desde el principio, constituye un derecho, que se consolida una vez se cumpla el plazo o condición para su entrega, razón por la cual, en este caso, la pretensión se inicia antes de la existencia del bien ilícito adquirido y se debe dirigir sobre el derecho personal que le permita al Estado subrogar la posición de acreedor frente a las obligaciones civiles que conllevan el perfeccionamiento de la venta.

(5) Expectativas de derechos

Como todo bien tiene la vocación de garantía para respaldar el cumplimiento de obligaciones, existen muchos casos en los cuales, a la par de la pretensión de extinción de dominio, se desarrolla una pretensión civil o ejecutiva laboral donde se pretende que el bien cuestionado cumpla con dicha función

de garantía, evento muy frecuente en los procesos de extinción de dominio, presentando uno de los aspectos más problemáticos que se presentan en la praxis judicial.

Al respecto, Jorge Pardo, apoyado en la posición del Tribunal Superior de Bogotá, presentan importantes planteamientos que legitimaría la posición de quien ostenta tan solo una expectativa de derechos sobre el bien, al indicar lo siguiente:

Esto quiere decir, que en el tráfico jurídico al adquirir la titularidad de una obligación cuya satisfacción está a cargo de otro, jurídicamente el acreedor cuenta con los mecanismos para lograr ese fin, entre ellos, tratándose de una obligación de dar, acudir en sede de un proceso judicial a la afectación de los bienes del deudor (v.g. el proceso ejecutivo), por lo cual, ante la expectativa legítima que tiene dicho acreedor de satisfacer la obligación contraída por el deudor, con arreglo a las normas jurídicas, bajo ninguna circunstancia puede ser descocida en sede de un proceso de extinción de dominio, so pretexto, de que la acción es constitucional o de un rango superior que las acciones civiles, en específico del proceso ejecutivo.

Por lo anterior, el acreedor con embargo previo registrado debe ser llamado al proceso de extinción de dominio, en el cual debe garantizársele el derecho de defensa frente a la satisfacción que se busca de la obligación garantizada mediante la medida cautelar decretada sobre los bienes afectados en el mismo.

Ahora, respecto de los titulares de embargo en sede procesos de jurisdicción coactiva en razón al pago de los impuestos que se generan con ocasión del derecho real de dominio que se detenta sobre el bien, con ocasión de las llamadas obligaciones "propter rem", las cuales se generan con ocasión del ejercicio del derecho real de dominio, así este sea aparente, valga decir, producto de la ilicitud, por lo cual, debe convocársele al proceso de extinción de

dominio, teniendo en cuenta que aquellas son predicables de quien de manera consolidada o aparente ejerza el mismo, a los titulares de esta clase de obligaciones. (Pardo Ardila, 2013, p. 140-141)

Si bien compartimos plenamente que las obligaciones generadas “propter rem” tienen su legitimación en una fuente muy distinta a las obligaciones personales y por tanto, son reconocibles en el trámite de extinción de dominio independiente de la ilicitud del objeto, por ser inherentes al bien mismo; si encontramos reparo frente a la posición de dar el mismo alcance a los titulares de derechos personales que tienen interés sobre el bien cuestionado por su vocación de garantía, toda vez que la relación que sustenta ese interés tiene un vínculo directo con el titular (personal) y no con el bien mismo, pues frente a éste, no ostenta ningún tipo de relación jurídica legítima, sino una mera expectativa.

Sin duda, la postura presentada por el autor guarda una estricta coherencia desde el punto de vista procesal mas no sustancial, pues si se atiende a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio y a los fundamentos de legitimación de este instituto, se puede advertir que la postura defendida por el doctor Pardo, sólo encontraría validez en las causales de destinación ilícita o de bienes por valor equivalentes, donde no se cuestiona el origen del bien sobre el cual se tiene interés para que cumpla con su función de garantía para el cumplimiento de una obligación civil.

Lo anterior, pues como ya se analizó al momento de estudiar los efectos de naturaleza civil de la extinción de dominio, al sustentarse esta forma de extinción en normas de valoración

que apuntan a reconocer o desconocer la validez jurídica de un derecho, resulta claro concluir que si se cuestiona que el derecho de dominio sobre un bien no ha nacido, dicho bien no se puede transferir, ni se puede reconocer efectos patrimoniales a favor de su titular, por lo cual, una simple expectativa sobre un bien ilícito, no genera ninguna relación jurídica legítima sobre el mismo.

Situación distinta se presenta con relación a los derechos procesales para intervenir en el proceso, posición que también se comparte, pero no para el reconocimiento de una pretensión principal sobre el bien cuestionado, sino con relación a una pretensión procesal que podríamos llamar condicionada o supletoria, con relación a la expectativa de devolución del bien, situación ante la cual, el acreedor puede pretender que en el evento de liberar el bien o que la extinción de dominio no comprenda la totalidad del bien o el patrimonio afectado dentro del proceso, para que dichos bienes, o su "remanentes" queden a disposición de la autoridad civil correspondiente, pues dada la naturaleza jurídica de su pretensión, la misma deberá ventilarse ante la jurisdicción correspondiente.

Con relación a las causales de destinación ilícita y de bienes lícitos que equivalen a ilícitos, dada su naturaleza jurídica que se sustentan en normas de determinación y, por tanto, la consecuencia jurídica se impone a título de sanción, sí resulta viable aceptar la posición expuesta por la Sala de Extinción de Dominio, que a su vez es defendida en la tesis de doctor Pardo, pero para ello se considera necesario la verificación de algunos presupuestos de orden técnico y práctico, que permitan desestimar que dicha reclamación no constituye una maniobra

de lavado de activos o un mecanismo de evasión de extinción. Para ello se propone lo siguiente:

1. Que se encuentre demostrado que el bien sobre el cual recae la expectativa de garantía sea un bien de legítima procedencia.
2. Que se acredite de manera idónea la existencia de la obligación, para desestimar que la misma sea el producto de una maniobra de simulación.
3. Que la obligación civil y la pretensión cautelar ejecutiva (embargo o secuestro del bien), sean anteriores a la afectación del bien dentro del proceso de extinción de dominio.
4. Que se encuentre demostrado que el acreedor que tiene interés sobre el bien, actuó dentro del marco de la buena fe objetiva o exenta de culpa.

(6) Producto ilícito que cumple función social

Otro de los casos complejos que se presenta con la causal primera, es el relacionado con los bienes, que a pesar de su origen ilícito son destinados por el delincuente a cumplir una función social. Es el caso, por ejemplo, de la donación que hace el narcotraficante dotando de equipos médicos de última tecnología al centro de salud del pueblo donde reside su progenitora, para asegurar que, ante cualquier eventualidad que demande de asistencia médica, ella pueda ser atendida en las mejores condiciones, hecho del cual no solo se beneficia

la pariente del donante, sino toda la población que requiere de los servicios del centro de salud, quienes son conocedores de quien es el donante y están conscientes del origen ilícito de dicho equipo médico.

Otro ejemplo de esta problemática se encuentra en la ciudad de Medellín, donde aún se cuentan las historias de las donaciones de casas, escuelas, iglesias, que hiciera el extinto narcotraficante Pablo Emilio Escobar Gaviria a la población de un barrio marginal, el cual hoy lleva su nombre, en reconocimiento por las obras altruistas que realizó a favor de personas que vivían en extremas condiciones de pobreza.

En estos dos casos, no existe duda sobre el origen ilícito de los bienes donados. Tampoco se puede predicar que los adquirentes actuaron bajo los postulados de la buena exenta de culpa, por lo cual, en principio, los bienes donados estarían comprometidos en la causal primera de extinción de dominio.

Sin embargo, si se revisa la condición de quienes han sido los destinatarios del bien, se encuentra que, en el primer evento, se trata de una entidad pública, por lo cual, una vez incorporado los bienes a sus inventarios, los mismo ya ingresan al Estado, siendo innecesario cualquier tipo de acción, pues se podría afirmar que los recursos ilícitos recuperaron la funcionalidad social que se persigue con la extinción de dominio.

En el segundo caso, si bien los beneficiarios son particulares, al analizar que se cumplen todos los requisitos que habilitarían fijar una pretensión extintiva sobre dichos bienes, el impacto que se generaría en la sociedad, sería más grave que el efecto

preventivo y disuasivo que se busca con la extinción de dominio, pues se genera una tensión entre los interés de la población marginada que estaba al margen de la protección del Estado y los valores ético sociales que se buscan reafirmar con la extinción de dominio, conflicto que no es muy fácil de resolver. En este tipo de casos, consideramos recomendable recordar el carácter constitucional de la acción y, acudiendo a los métodos de interpretación constitucional, someter el asunto a un test de proporcionalidad o razonabilidad para determinar, caso por caso, si los fines constitucionales de la extinción de dominio se cumplirían o no.

2. Causal segunda: bienes que son objeto material de una actividad ilícita

Esta causal tiene su fuente en el literal b) del numeral 1° del artículo 5° de la Convención de Viena y se encuentra asociada con la forma de comiso que se conocen en las distintas legislaciones con los nombre de comiso del objeto, comiso de efectos e, incluso, como una forma de comiso de producto, con la cual guarda identidad en algunos tipos penales de contenido patrimonial o motivación económica, como el lavado de activos, el cohecho, la concusión, la extorsión, el peculado, entre otros.

De acuerdo con la definición de “actividad ilícita” que trae el numeral 2° del artículo 1° del Código de Extinción de Dominio, que describe como tal *“Toda aquella tipificada como delictiva”*, los bienes a los que hace relación esta causal son

aquellos que constituyen el objeto material del delito, es decir aquellos sobre los cuales recae la conducta típica, por lo cual se considera una causal eminentemente delictiva.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, consagra esta causal en el artículo 16 numeral 2º relacionada con los siguientes bienes:

“Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción”.

El objeto de la actividad ilícita también se encuentra previsto como causal en las leyes de México³⁷³, Honduras³⁷⁴ y El Salvador³⁷⁵, pero sobre esta casual caben las mismas observaciones sobre las imprecisiones de técnica jurídica que se realizaron a la causal de producto, pues se acumulan en la misma proposición jurídica, tres o más causales, tanto de origen como de destinación, que impiden reconocer con claridad en estas legislaciones de que se trata de una causal independiente.

³⁷³ Numeral primero del artículo 8º de la Ley Federal de Extinción de Dominio “Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;”.

³⁷⁴ “11.1 Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos o ganancias que no tengan causa o justificación económica o legal de su procedencia u origen;” Numeral primero del artículo 11 del Decreto 27 de 2010.

³⁷⁵ Literal a) del artículo 6 del Decreto 534 de 2013. “Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero”.

Este mismo problema lo presenta la legislación de México y El Salvador; mientras que en Perú³⁷⁶, al sustentar su norma en causales de carácter procesal, no prevé una causal de objeto, sino que lo concibe como un presupuesto general de procedencia dándole el tratamiento de efecto del delito y lo reconoce dentro de los tipos de bienes sobre los cuales recae la pretensión de pérdida de dominio. Por su parte, Guatemala presenta una descripción más técnica, similar a la de Colombia, precisando el carácter de transnacional de las actividades ilícitas para esta causal; mientras que la legislación de pérdida de dominio de Bolivia no la prevé.

b) Objeto.

Como se mencionó anteriormente, cuando se habla de bienes que constituyen el objeto de la actividad ilícita, se hace relación al único presupuesto de extinción de dominio que tiene un directo referente delictivo, pues en la práctica, recae sobre el objeto material del delito, entendido este, en su acepción más sencilla, como aquel “objeto material físico sobre el cual recae la acción” (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2007, p. 65); en otras palabras, esta causal no hace relación a una actividad ilícita cualquiera, como quiera que esta es una categoría concreta del derecho penal y, tradicionalmente, estas

³⁷⁶ Artículo 4º de la Ley 1104 de 2012. Legislación sobre pérdida de dominio, numeral 5.1. “La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva”.

actividades delictivas se ha reconocido dentro del proceso de extinción de dominio bajo el concepto de actividades ilícitas.

Sin embargo, no todo objeto puede ser pasible de extinción de dominio, pues de acuerdo con el tipo penal determinante o habilitante, del cual se desprenda el bien que es cuestionado por ser objeto de una actividad ilícita, se pueden derivar fines o consecuencias jurídicas diversas, que en la práctica se reducen a dos: destrucción o restitución a la víctima.

La destrucción, se da cuando el objeto material del delito constituye en sí mismo un riesgo de seguridad, entendida esta en su sentido más amplio; es decir, cuando la sola existencia del bien constituye un peligro a la seguridad pública, económica, seguridad personal etc. Este supuesto procede sobre las sustancias peligrosas, los estupefacientes, las armas, explosivos y municiones sin autorización de autoridad competente; la moneda falsificada; los alimentos, licores o medicinas adulterados; los documentos falsos, entre otros muchos elementos sobre los cuales no se puede erigir ningún tipo de funcionalidad dentro del contexto de la extinción de dominio, pues como bien lo señala Choclan Montalvo, este tipo de bienes representan una peligrosidad objetiva que obliga a que sean otras las medidas las que se impongan sobre ellos. Sobre el particular indicó:

La jurisprudencia ha manejado un concepto amplio de "efectos del delito", comprensivo de los objetos de ilícita tenencia, para tratar de paliar esta oscuridad del legislador, en la que ha insistido el Código penal de 1995. La ilicitud de determinados objetos como las drogas o los explosivos deriva precisamente de su peligrosidad objetiva para la

colectividad, por lo que no hay obstáculo para entender comprendidas en la relación del art. 127 las cosas poseídas ilícitamente, sin que ello suponga merma del principio de legalidad al ser compatible esta conclusión con el tenor literal, y respecto de las cuales los tribunales deben restablecer la seguridad debida.” (Choclan Montalvo, 2001, p. 41).

El otro límite objetivo de esta causa está relacionado con el deber constitucional³⁷⁷ de restitución a la víctima, atendiendo al principio de restablecimiento del derecho, con relación a los bienes que son objeto del delito pero que pertenecen a la víctima y no al autor. Entre estos se destacan los bienes que se tienen como objeto material en los delitos de peculado, hurto, estafa, abuso de confianza, secuestro extorsivo, extorsión, entre otros.

De ahí que algunos autores consideren que la extinción de dominio tan solo es una “modalidad de recuperación de activos”, como ha sido entendida en República Dominicana, donde la figura también es reconocida constitucionalmente, y donde la doctrina la define como “...la pérdida a favor del Estado o de la víctima y sin compensación, de los derechos que se tienen sobre bienes considerados ilícitos por su naturaleza, por su origen o su destino” (Bonnelly Vega, 2008, p. 241).

³⁷⁷ Como se mencionó anteriormente, la restitución de los bienes a la víctima encuentra respaldo en el artículo 250 de la Constitución Política, que impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de “6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”.

Desafortunadamente el Código de Extinción de Dominio no hace claridad frente a este punto³⁷⁸. Sin embargo, se destacan los avances que legislaciones similares han realizado sobre la materia, en especial, la reforma a la Ley de Privación de Dominio de bienes de origen ilícito de Honduras a través del Decreto Legislativo 51 de 2014, que adicionó un nuevo artículo para garantizar los derechos patrimoniales de las víctimas:

"Artículo 78-A. De la restitución a las víctimas.

Excepcionalmente, previo a la distribución señalada en el Artículo 78 y cuando la sentencia definitiva declare la privación de dominio, el comiso o decomiso de los bienes provenientes de actividades ilícitas tales como secuestro, la extorsión y corrupción; la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI) procederá a restituir los bienes a la víctima debidamente identificada o a la institución pública afectada, en este caso, la autoridad judicial competente indicará en la sentencia el monto o los activos susceptibles de restitución.

En caso de que la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI) haya procedido en su función administradora a vender anticipadamente los bienes,

³⁷⁸ Uno de los asuntos de *lege ferenda* que deben ser contemplados en las futuras reformas al Código de Extinción de Dominio, es la inclusión como límite expreso de esta causal, los casos en que procede la "restitución" o "restablecimiento del derecho", teniendo en cuenta que no se trata de desarrollar plenamente el numeral sexto de artículo 250 de la Constitución Política, pues esta norma también se extiende a la "reparación", tema que es demasiado amplio y desborda los límites propios de la extinción de dominio, para contemplarlo de manera general dentro del proceso, no respondiendo a pretensión particular, aunque si se puede prever como uno de los fines de destinación de los bienes sobre los cuales se declara la sentencia de extinción de dominio. Lo anterior, pues se debe tener en cuenta que por lo general, el daño producto del delito faculta a la víctima a perseguir la reparación por dos vías: 1. A través de la restitución o restablecimiento del derecho, como en el caso de la recuperación del bien apropiado en un peculado, un hurto, una estafa, un secuestro extorsivo o una extorsión; o, 2. la indemnización de perjuicios, la cual es fuente de obligación de carácter Civil y por tanto, debe ser satisfecha con un bien lícito y no con el producto del delito.

procederá a la entrega del monto producto de la venta. Las utilidades, los rendimientos o intereses generados por los bienes en el proceso de incautación quedarán a favor de la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI) por concepto de gastos de administración."

Resulta importante tener claridad sobre el deber de restitución del bien a la víctima, tan pronto se advierta que sobre este puede recaer esta pretensión, aspecto que dentro del contexto colombiano deberá verificarse con anterioridad a la sentencia, preferentemente, de forma inmediata a la afectación física del bien, sin necesidad de esperar hasta la sentencia, como desafortunadamente plantea la normatividad hondureña, dado el carácter constitucional de la extinción de dominio, que como bien se ha resaltado durante el presente estudio, debe apreciarse como un instituto de justicia y no como una simple acción procesal; razón por la cual, el restablecimiento del objeto material del delito a las víctimas, deberá ser prioritario en todos aquellos eventos donde se advierta que existe este derecho prevalente, debiendo considerar también, que en todo proceso de extinción de dominio la víctima se encontrará legitimada como tercero, para lo cual deberá acreditar una relación jurídica o titularidad de derechos sobre el bien pretendido.

Por todo lo anterior, se puede concluir que la causal segunda no puede asumirse de manera genérica, pues de un lado, la actividad delictiva debe contener un objeto material que cumpla con la definición legal del concepto de bienes, pues como se ha mencionado, no todas las actividades ilícitas determinantes o habilitantes presentan un objeto material que cumpla dicha condición.

Adicionalmente, el objeto material que puede ser pasible de extinción, debe ser aquel respecto del cual, la ley no disponga un tratamiento judicial diferente, como la destrucción, la restitución o restablecimiento de derecho a la víctima o la preservación de su autenticidad y vocación probatoria a través de la cadena de custodia, por lo cual, las posibilidades de aplicar esta causal se reduce notoriamente a algunas conductas ilícitas contra el patrimonio, la administración pública y de justicia, la seguridad, entre otras contadas excepciones.

c) Fundamento.

No es fácil determinar el fundamento de la extinción de dominio sobre el objeto de la actividad ilícita, pues la disposición prevista en la causal segunda no se puede tomar como regla general, ya que todo dependerá del tipo de actividad ilícita donde dicho bien cumpla la condición de ser aquel sobre el cual recae la conducta típica, pero que de acuerdo con la definición de bien que trae el Código de Extinción de Dominio no solo debe ser objeto de derecho de propiedad, sino que además, debe ser también susceptible de valoración económica.

De ahí que el fundamento de los bienes que son objeto de la actividad ilícita no se puede apreciar alejado de los fines que persigue la extinción de dominio, lo que limita censurar por esta causal cualquier bien que constituya el objeto material de una

actividad ilícita. Solo procederá sobre aquellos bienes que generan una apariencia de derecho y que son susceptibles de valoración económica, pues sobre aquellos bienes o derechos que también se consideran objeto material de una conducta ilícita, pero que tienen implícita una funcionalidad específica para atentar contra un bien jurídico o representan un peligro objetivo, escapan de la órbita de la causal segunda, pues su tratamiento deberá realizarse a través de medidas procesales diferentes, a menos que puedan ser orientadas por una causal de destinación, como sería, por ejemplo, el caso del delito de uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles contemplado en el artículo 377 A del Código Penal, pues de encontrarse un sumergible construido sin la autorización correspondiente, la pretensión se fijaría por la causal sexta, por existir elementos objetivos que apuntan a inferir razonablemente su destinación ilícita para actividades de narcotráfico, siempre y cuando no existan condiciones de peligro objetivo que recomiende su destrucción.

Si bien el objeto de la actividad ilícita es una categoría distinta a la del producto, su fundamentación es similar, pues se reconoce en el Código de Extinción de Dominio como una causal de origen ilícito, es decir, que de acuerdo con su naturaleza jurídica, permite cuestionar la procedencia del bien, lo que también permite reconocer que esta causal se funda en normas objetivas de valoración, que demandan revisar la validez del acto de adquisición del derecho, no solo en la licitud de su objeto, sino también de su causa, por lo que también, el juicio de valoración se encuentra gobernado por los principios de licitud y legalidad.

Así mismo, al reconocerse como una causal de origen ilícito, su fundamento constitucional estará enmarcado en los artículos 34 y 58 de la Carta Política, que repudian los bienes de tengan un origen ilícito y establecen la garantía de protección solo a aquellos bienes sobre los cuales se puede predicar que ostentan un justo título.

d) Clases.

De lo relacionado hasta el momento se puede colegir que los bienes que constituyen el objeto material de la actividad ilícita se pueden clasificar en cuatro tipos de bienes, pero tan solo uno de ellos sería relevante para ser pasible de la pretensión extintiva de dominio.

(1) Bienes objeto de actividades ilícitas que serían pasibles de medidas de restablecimiento del derecho.

Como se analizó al momento de realizar la aproximación conceptual de la extinción de dominio, el cambio introducido a través de la reforma legislativa contenida en el acto legislativo 003 del 2002, mediante el cual se adaptó el sistema jurídico al esquema penal acusatorio, tuvo una especial incidencia en el enfoque con el que se debían abordar las disposiciones de extinción de dominio, pues desde la misma constitución se ordenaba a la Fiscalía General de la Nación, entidad a quien la Ley 793 le había otorgado la titularidad de la acción extintiva,

garantizar los derechos de las víctimas, entre ellos los relacionados con el restablecimiento del derecho y la reparación de los perjuicios, pues así lo disponía el artículo 250 de la Carta Política que sobre el particular disponía:

“Artículo 250. “...En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

(...)6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”.

Si bien durante el tránsito legislativo entre el Decreto-Ley 1975 de 2002 y la Ley 793 del mismo año, el legislador fue precavido para no utilizar un lenguaje que pudiera remitir a interpretaciones de carácter penal, y por ello evadió hacer cualquier referencia a las víctimas dentro del texto de la ley. Con la nueva realidad constitucional, dicho reconocimiento no tendría reparo alguno, pues la Carta Política impone la carga a la Fiscalía General de la Nación de adelantar la acciones dirigidas al restablecimiento de los derechos de las víctimas, independiente de la naturaleza del proceso (penal o extinción de dominio); por lo cual, se establece una regla de prelación a favor de los derechos de las víctimas a la restitución o el restablecimiento del derecho, prelación que a pesar que no quedó consignada expresamente en el Código de Extinción de Dominio aún sigue vigente, pues no debe olvidarse que ante cualquier vacío de la ley, la primera regla de integración

normativa que trae el Código de Extinción de Dominio, es la observancia de las disposiciones de la misma constitución³⁷⁹.

(2) Bienes objeto de actividades ilícitas que deben ser destruidos

Hace relación a lo que la doctrina denomina comiso de seguridad, el cual se ocupa por disponer la incautación de aquellos bienes que presentan una condición objetiva de peligro, ya sea porque son peligrosos por su naturaleza, como los explosivos, las sustancias tóxicas, venenos, drogas, etc.; o porque el bien en manos de determinado agente es peligroso, como el arma en el homicida, los insumos químicos en manos de un "cocinero" de sustancias psicoactivas, etc.

Este tipo de objetos, dada su naturaleza, generalmente no son pasibles de las medidas de comiso, ni mucho menos de la extinción de dominio, pues generalmente deben ser objeto de destrucción, previo aseguramiento de los elementos de prueba; o son objeto de medidas de decomiso administrativo, que es más expedito e idóneo para contener anticipadamente los riesgos que este tipo de elementos genera, como sucede con las armas de fuego, municiones o explosivos³⁸⁰; o con los elementos incautados por delitos contra la propiedad intelectual o industrial que no pueden destinarse para que

³⁷⁹ Código de Extinción de Dominio, artículo 26: "*REMISIÓN. La acción de extinción de dominio se sujetará exclusivamente a la Constitución y a las disposiciones de la presente ley ...*".

cumplan con una función social por no cumplir normas de calidad, como la mercancía de productos “piratas”, zapatos, repuestos de vehículos, llantas, etc., bienes que dada su naturaleza espuria, no pueden pasar al Estado, siendo procedente su destrucción.

(3) Bienes objeto de actividades ilícitas con vocación probatoria

Situación similar a las anteriores la representa aquellos bienes que son objeto de una actividad ilícita que por su naturaleza tienen una vocación probatoria dentro del proceso penal, como son los bienes relacionados con los delitos de falsedad, violación de derechos de autor, delitos informáticos, entre otros, donde se debe respetar el debido proceso probatorio y adoptar medidas para el aseguramiento de las evidencias a través de la denominada cadena de custodia.

(4) Bienes objeto de la actividad delictiva que representan una ganancia o aprovechamiento para el autor o partícipe.

Si se descartan aquellos bienes ilícitos que cumplen una función probatoria, que deben ser restituidos a la víctima o no debe ser destruidos, solo restan los bienes que representan un

³⁸⁰ Artículo 89 del Decreto 2535 de 1993.

aprovechamiento o ganancia para el autor o participe de la actividad ilícita, los cuales sí serían pasibles de la acción extintiva, pues su afectación se ajusta a los fines y naturaleza jurídica de la pretensión extintiva, ya que representan los típicos casos de ganancias o beneficios de la actividad ilícita, que a su vez tienen la condición de representar su objeto material.

Es el caso, por ejemplo, de las actividades ilícitas de cohecho, lavado de activos, proxenetismo, testaferrato, enriquecimiento ilícito, receptación, soborno transnacional, corrupción privada, soborno, entre otros, donde sin duda, su objeto material no puede tener protección constitucional.

e) Aspectos problemáticos

(1) Revictimización - Bienes objeto de restablecimiento del derecho

Una lectura descontextualizada del Código de Extinción de Dominio permitiría llegar a considerar que la eliminación de un catálogo de delitos determinantes o habilitantes de la extinción de dominio, abriría la puerta a casos de arbitrariedad, pues se ampliaría de manera injusta el campo de acción de este instituto para ser aplicado a casos que antes escapaban a su alcance, lo que le ha permitido a algunos alzar su voz de protesta para considerar que en casos de despojo de la propiedad, como sería a través de una estafa, de perseguir el

producto ilícito por vía de la extinción de dominio, la víctima se vería vulnerada en su derecho y el Estado incurriría en un verdadero enriquecimiento sin causa (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015, p. 146).

Esta preocupación, no responde a la lógica jurídica con que opera la extinción de dominio; lógica, que, dicho sea de paso, viene implícita desde los límites que tiene la misma figura en materia de comiso penal, como quiera que este problema ya ha sido descartado plenamente por la doctrina que considera irracional que tales injusticias se puedan dar en materia de comiso penal, instituto que como se ha dicho, guarda la misma identidad sustancial de la extinción de dominio. Por ello, al ser las causales de extinción de dominio, formas de comiso penal que se reconocen a través de un procedimiento no penal, resulta lógico y coherente reconocer sus límites razonables, entre ellos, las limitaciones que surgen cuando el objeto de la actividad ilícita es de la víctima³⁸¹. Al respecto, Luis Gracia Martín destaca: *“según la opinión dominante, no puede tener la consideración de efectos del delito y no podrán por ello ser decomisados, las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas. Esta exclusión parece lógica y obligada en la mayor parte de los casos en que el objeto material está representado*

³⁸¹ Esta limitación objetiva de la causal segunda de extinción de dominio solo opera con relación a los bienes que pertenecen a la víctima o perjudicado con la conducta ilícita, pues son múltiples los casos donde el objeto material del delito es perseguible directamente por vía de extinción de dominio, como los eventos en los cuales dicho objeto pertenece al propio autor o a un tercero que procede de mala fe, como sería el caso del dinero o los bienes que son objeto de un lavado de activos, o las dadas que se entregan a un servidor público en un cohecho o los bienes que se retienen en un caso de especulación, etc..

por una cosa que será perteneciente a la propia víctima".
(Gracia Martín, Boldova Pasamar, & Alastuey Dobón. 1996, p. 450)

Es de aclarar que en materia de extinción de dominio, la solución es mucho más sencilla; si se atiende a la naturaleza jurídica del instituto, y se reconocen sus efectos en las causales, resulta remoto incurrir en casos de arbitrariedad por esta vía, pues al reconocerse el carácter constitucional de esta acción, obliga a recoger en la interpretación de la normatividad constitucional, en especial los mandatos de protección de los derechos de las víctimas, siendo procedente la restitución del bien y el consecuente restablecimiento del derecho, pues como se mencionó anteriormente, este es un caso de improcedencia de la extinción de dominio.

Lo anterior, como quiera que no toda actividad ilícita puede habilitar la aplicación de la extinción de dominio, pues como se indicó al momento de analizar la actividad ilícita como elemento estructural de las causales de extinción de dominio, se debe tener en cuenta que, tratándose de bienes que constituyen el objeto material del delito, no siempre pueden ser considerados como pasibles de una pretensión extintiva, pues atendiendo al mandato del artículo 250 de la Constitución Política, las medidas que resultan procedentes, son las de restitución, restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios, reconociendo así la prevalencia de los derechos de las víctimas, que si bien no se encuentra expresamente reconocidas en el Código de Extinción, si lo son por acatamiento directo de lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 99 del Código

de Procedimiento Penal³⁸², normas aplicables por vía de integración normativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de Código de Extinción.

Si bien en el anteproyecto del Código de Extinción se preveía establecer expresamente un régimen de excepción frente a los bienes de la víctima³⁸³, lo cual fue eliminado durante el trámite de sociabilización del proyecto, resulta oportuno reconocer que es de suma importancia atender la recomendación que realizan los autores antes citados, de dejar al juez la función de garantizar los derechos constitucionales de la víctima (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015); para ello, el juez deberá tener presente que, por lo general, el daño producto del delito faculta a la víctima a perseguir la reparación por dos vías: 1. A través de la restitución o restablecimiento del derecho, como en el caso de la recuperación del bien apropiado en un Peculado o el bien entregado en un secuestro extorsivo o una extorsión; 2. la indemnización de perjuicios, la cual es fuente de obligación de carácter Civil y por tanto, debe ser satisfecha con recursos lícitos y no con el producto del delito.

(2) Bienes objeto de destrucción

³⁸² Artículo 99 del Código de Procedimiento Penal. *“Medidas patrimoniales a favor de las víctimas. El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:*

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.

2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito. ...”

³⁸³ Este régimen de excepción se planteaba en la causal segunda de extinción de dominio en los siguientes términos: *“2. Los que correspondan al objeto material del delito, salvo que la ley disponga su destrucción o proceda el restablecimiento del derecho a favor de la víctima”.*

Frente al objeto material de las actividades ilícitas, hay que tener en cuenta si es necesario su destrucción previa prueba pericial, o si para salvaguardar el bien jurídico resulta necesario devolver la funcionalidad social, ej. En el acaparamiento, los productos de primera necesidad como la leche, los huevos, la carne pueden ser aprovechados en el cumplimiento de fines sociales.

Es por ello que el factor de legitimación, función social, permite hablar de la posibilidad de destrucciones materiales o jurídicas; como ejemplo de estas últimas, se tienen los bienes que constituyen el objeto material de los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, en especial los relacionando a marcas de bienes que puedan cumplir una función social, como la ropa, zapatos, elementos de hogar, etc., los cuales no serían destruidos físicamente en su totalidad, sino solo la marca, para que dichos bienes, al pasar a poder del Estado, puedan ser asignados a cumplir una función social, en programas sociales o de asistencia de personas en condiciones de marginalidad o riesgo social.

(3) Conflictos entre extinción de dominio y restablecimiento del derecho.

Son varios los casos en que a pesar de conocer el origen de un bien que es objeto de una actividad ilícita, resulta imposible entrar a determinar a favor de quien debe proceder la

restitución o el restablecimiento del derecho, pues estas medidas de reparación no son generales sino particulares, pues la restitución tiene también una naturaleza jurídica civil.

Se hace relación a las víctimas de organizaciones criminales, que durante varios años han venido adquiriendo bienes, pero que no se tiene certeza concreta sobre el origen exacto del bien, es decir, impidiendo así conocer cuál sería la víctima que debería ser beneficiada con alguna medida de restitución o restablecimiento del derecho. Es el caso, por ejemplo, de los bienes de organizaciones criminales, como la guerrilla, a quienes se les atribuye miles de extorsiones y secuestros; o el caso de las bandas de delincuencia común que a han obtenido bienes producto de estafas o hurtos si poder identificar las víctimas correspondientes.

En el evento de que las autoridades llegaran a identificar bienes en poder de la organización, lo más probable es que al Estado le quede imposible identificar e individualizar a la víctima sobre la cual procedería la restitución del bien. En estos casos, es claro que debido a los problemas probatorios para relacionar un bien con una víctima en particular, no se puede cumplir con el mandato constitucional de restablecimiento del derecho; así mismo, teniendo en cuenta que la extinción de dominio es un instituto de justicia, no le queda bien al Estado beneficiarse de un enriquecimiento sin causa, razón por la cual, resulta importante que las legislaciones de extinción de dominio, contemplen las necesidades de las víctimas, dentro de los fines sociales de los bienes que son extinguidos, reconociendo a las víctimas entre los fines de destinación definitiva de los bienes extinguidos.

Frente a este punto cabe resaltar la imprecisión técnica que afecta el Código de Extinción de Dominio en materia de destinación de los bienes extinguidos, pues a pesar que reconoce en el artículo 90, que el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, más conocido como FRISCCO, tiene el "... el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas ...", dicho fin a favor de las víctimas, no se refleja expresamente en los porcentajes de distribución de los bienes extinguidos de que trata el artículo 91 del estatuto, por lo cual, lo que genera un problema de congruencia técnica entre la naturaleza y fines de la extinción de dominio con la función de administración y destinación final de los bienes extinguidos, aspecto que también debería ser contemplado por el legislador en reformas futuras.

3. Causal tercera: bienes por conversión o transformación

Esta causal también presenta su fuente en la recomendación prevista en el literal a) del numeral 6° del artículo 5° de la Convención de Viena³⁸⁴, que recoge una forma común de comiso indirecto, conocida también como comiso de segundo

³⁸⁴ Esta norma recomienda incorporar el comiso de los bienes transformados o convertidos en otros bienes. Esta circunstancia de comiso está descrita con similar literalidad en las convenciones de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional, y contra la corrupción, conocidas como las convenciones de Palermo y Mérida, respectivamente.

grado, comiso subrogatorio, comiso por bienes sustitutos, comiso por transformación, comiso por conversión, o comiso de bienes derivados.

En principio, se puede decir que la extinción de dominio por transformación o conversión sería una causal innecesaria, pues ya se encuentra contemplada en la causal primera, como producto indirecto de la actividad ilícita. Dicho en otras palabras, la transformación, conversión o sustitución del bien, se verifican a través de circunstancias que están por fuera del marco de la conducta ilícita, por lo que se reconoce como una forma de comiso indirecto; la única distinción, radica en nivel de prueba que se tenga, pues mientras el comiso indirecto se infiere, en esta causal la prueba debe ser inequívoca en demostrar la circunstancia concreta que el bien que se había identificado como producto, objeto o instrumento (incluyendo los medios) de la actividad ilícita, se convirtió o transformó en otro tipo de bien.

Lo anterior, presenta una utilidad práctica con relación al respeto del principio de legalidad, pues en Colombia, donde su tradición jurídica reconoce el comiso penal como un instituto de naturaleza punitiva, obligaba a que todas las formas de limitación del derecho de propiedad estuviesen descritas en la ley; razón por la cual, al momento de adoptar las recomendaciones contenidas en las convenciones internacionales de Viena, Palermo y Mérida a través de un mecanismo de comiso sin condena como la extinción de dominio, se consideró necesario reconocer la transformación y conversión como causales independientes, pues tradicionalmente circunstancias de afectación patrimonial no

formaban parte de las descripciones del comiso consagradas en el Código Penal y en las leyes especiales.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, lo consagra como causal autónoma en el artículo 16 numeral 3º, relacionada con los siguientes bienes:

“3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas”.

En el contexto regional se destaca que México no tiene en su Ley Federal de Extinción de Dominio una causal para los casos de transformación, pero sí admite dicha posibilidad a través de la causal segunda, sobre ocultamiento de bienes, pues la transformación es considerada para esa legislación como una forma de ocultamiento.³⁸⁵ Por su parte, Honduras³⁸⁶ y

³⁸⁵ Numeral II del artículo 8º de la Ley Federal de Extinción de Dominio. *“Aquéllos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito. Se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito...”*.

³⁸⁶ Ley de Privación de Dominio d Bienes de Origen ilícito, artículo 11 numeral 5 *“Cuando los bienes, productos, instrumentos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito;”*.

Guatemala³⁸⁷ prevén esta circunstancia, pero restringida solo a la transformación jurídica, causal que también presenta las mismas deficiencias de técnica jurídica que las anteriores. También se encuentra esta causal en la legislación de El Salvador,³⁸⁸ que prevé dos causales para el tema, pero previendo las mismas circunstancias de transformación jurídica con distinta redacción, por lo que la norma se torna redundante y confusa. Por su parte Perú y Bolivia, no la contemplan dentro de sus presupuestos de Pérdida de Dominio.

b) Objeto.

Esta es una causal que recae sobre el objeto de otras causales, pues se concentra sobre los bienes previstos en las causales primera, segunda y quinta de extinción de dominio, al disponer que los bienes que son objeto de conversión o transformación serían aquellos que son *“producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas”*; por lo cual, las exigencias probatorias de esta causal son más grandes, pues se debe

³⁸⁷ Ley Especial de Extinción de Dominio de Guatemala. Decreto 55 de 2010, artículo 4° literal d) *“Cuando los bienes, frutos, productos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que, a sabiendas o debiéndolo presumir razonablemente, tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas o delictivas”*.

³⁸⁸ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4° literal b) *“Cuando se trate de bienes que provengan directa o indirectamente de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas”*.; y, h) *“Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirectamente en actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del delito”*.

identificar primero que existieron bienes que se enmarcaban dentro de dichas causales, los cuales se transformaron o convirtieron en el bien sobre el cual se fija la pretensión extintiva.

c) Fundamento.

Al ser una de las formas en que se concreta el producto indirecto de una actividad ilícita, su fundamento es exactamente el mismo de la causal primera, pues al igual que todas las causales de origen, tiene una naturaleza jurídica civil que se fundamenta en normas de valoración que permitirán determinar si el acto jurídico de adquisición, transformación o conversión tiene o no validez jurídica. Al igual que las demás causales de origen, su fundamento de legitimación constitucional se encuentra en los artículos 34 y 58 de la Carta Política, que establecen el repudio de los bienes de origen ilícito y establecen la exigencia de un justo título para el reconocimiento de protección del derecho a la propiedad.

d) Clases

Las formas previstas por la causal tercera coinciden con conductas que tradicionalmente se han reconocido como formas típicas de lavado de activos³⁸⁹:

(1) Transformación:

De acuerdo con la definición académica, transformar es hacer cambiar de forma algo o transmutar algo en otra cosa. Siendo una forma típica de lavado de activos, su función radica especialmente en que ese cambio de forma permite alejarse de su origen ilícito, adquiriendo el bien una nueva identidad que impide su reconocimiento o conexión con la actividad ilícita que lo genera, pero manteniendo con esta una relación directa de causalidad.

Este cambio de forma puede ser material o jurídico:

(a) Transformación material

³⁸⁹ Sobre el particular, es de resaltar que la conversión de bienes es contemplada como conducta típica de lavado de activos de acuerdo con el artículo tercero, literal b, inciso i) de la Convención de Viena, que recomienda contemplar como delito *“La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo...”*. Por su parte, la transformación, es la conducta adoptada por la legislación colombiana en el artículo 323 del código penal: *“Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de ...”*.

La transformación material se da en los procesos productivos en los cuales uno o varios bienes son sometidos a un proceso que genera un producto totalmente distinto al original, con características o valor distinto al bien que era considerado producto, objeto o instrumento.

Ejemplo de ello, sería la transformación del producto de la minería ilegal, donde el objeto material, oro, plata, platino, esmeraldas, etc., es transformado en joyas, que, por su mayor valor, constituirá una ganancia que le generará apariencia de legalidad a la riqueza ilícita. De la misma forma, las ganancias del narcotráfico que son utilizadas en el extranjero para adquirir materias primas, las cuales al ser introducidas al país son utilizadas para confeccionar ropa u otros productos o bienes, con lo cual se aleja ese bien transformado de su origen ilícito y a su vez se le reviste de apariencia de legalidad.

(b) Transformación jurídica

La transformación jurídica hace relación al hecho mediante el cual un bien es objeto de un acto o negocio jurídico que le permite cambiar de forma o de naturaleza jurídica. Ejemplo de este tipo de transformaciones serían las permutas civiles, la instrumentalización de bienes como forma de pago y la transformación de las sociedades. En los dos primeros casos, un bien que es producto, instrumento u objeto de una actividad ilícita, es cambiado por otro de distinta o similar naturaleza, como cuando se permuta una finca por un barco u otro inmueble; y, en el tercer evento, se da cuando una sociedad cuyo capital ha sido conformado con el producto de una

actividad ilícita, o ha sido utilizada como medio para lavar activos, cambia de razón o denominación social, conservando en esencia la misma titularidad, ya sea con los mismos dueños o a través de prestanombres.

(2) Conversión

Es la sustitución de una cosa por otra de igual significación, por ello también es conocida como una forma de comiso por sustitución.

El ejemplo más común de conversión es el relacionado con las actividades cambiarias; es decir, de las acciones dirigidas a cambiar una moneda extranjera por moneda nacional o de efectivo a moneda electrónica. También es aplicable a las acciones de monetización, es decir, de convertir una cosa en dinero, como acciones o títulos valores en efectivo.

e) Aspectos problemáticos

Al ser una manifestación del producto indirecto, son reconocibles varios de los problemas asociados con los bienes producto de la actividad ilícita. Sin embargo, también presenta unos problemas exclusivos de esta causal, que se concentran

especialmente en la transformación de personas jurídicas y en el cambio de titulares durante la transformación o conversión.

(1) Transformación de sociedades - casos “paradójicos”

Son dos problemas que se suelen presentar en materia de transformación jurídica de sociedades: los que tienen que ver con la confusión de patrimonios ilícitos con lícitos, los cuales serán objeto de análisis al momento de estudiar las causales octava y novena: ocultamiento y mezcla; y, los eventos que hemos denominado casos paradójicos, teniendo como referencia la denominada “paradoja de Teseo” o “el barco de Teseo” que es una paradoja de identidad y reemplazo que busca resolver el interrogante de si a un bien u objeto que se le cambian progresivamente todas sus piezas, por partes nuevas, sigue siendo el mismo bien o es otro distinto.

De manera breve, esta paradoja que se atribuye a Plutarco señala lo siguiente:

"El barco en el cual volvieron (desde Creta) Teseo y los jóvenes de Atenas tenía treinta remos, y los atenienses lo conservaban desde la época de Demetrio de Falero, ya que retiraban las tablas estropeadas y las reemplazaban por unas nuevas y más resistentes, de modo que este barco se había convertido en un ejemplo entre los filósofos sobre la identidad de las cosas que crecen; un grupo defendía que el barco continuaba siendo el mismo, mientras el otro aseguraba que no lo era."³⁹⁰

³⁹⁰ Plutarco citado en Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Paradoja_de_Teseo

En la actualidad, este problema se presenta en los casos de sociedades que se han constituido con un capital espurio, pero que por el transcurso del tiempo, sus socios originales, quienes guardan un nexo de relación con la causal extintiva, venden o ceden su participación para que la sociedad sea integrada por nuevos socios que entran a reemplazar a los socios originales, hasta el punto tal, que la sociedad sigue siendo la misma, pero su integración, es decir, su composición social, directivas etc., es completamente distinta a la original.

Sin duda, este es un problema respecto del cual no se podrá plantear una solución general, pues se deberá resolver según el caso concreto, desde la perspectiva subjetiva de la extinción de dominio, de acuerdo con la verificación del cumplimiento de las expectativas de la buena fe exenta de culpa y atendiendo al nivel de prueba con que se cuente, situación que no es muy fácil de acreditar en la práctica.

(2) Adición de titulares de derechos sobre el bien durante el proceso de transformación o conversión

Con relación a esta problemática, existen procesos de transformación o conversión donde la sustitución de titulares de derechos no es completa, sino parcial, como cuando un servidor público permuta una casa producto del dinero recibido por un soborno transnacional, por otro inmueble que adquiere junto con su esposa, quien no tiene ningún nexo de relación con la causal.

En este caso, al igual que el anterior, se deberá resolver desde la perspectiva subjetiva, atendiendo a los lineamientos de la buena fe exenta de culpa.

4. Causal cuarta: bienes producto de un incremento patrimonial no justificado

Esta causal no es otra cosa que el producto de la evolución que ha tenido la causal primera de la Ley 793 de 2002, que a su vez era la adaptación de la causal primera de extinción de dominio de la Ley 333 de 1996³⁹¹, que tenía origen directo en la causal constitucional de enriquecimiento ilícito aludido en el artículo 34 la Constitución Política³⁹²; causal que también se ha reconocido por la jurisprudencia constitucional como producto de los compromisos contenidos en los convenios internacionales,

³⁹¹ Esta es una de las causales originales que viene desde el primer proyecto de ley, con el que se buscaba frenar la proliferación de actividades ilícitas como lo expuso la Corte Constitucional en su sentencia C-389 de 1994, recogida en la exposición de motivos de la primera ley de extinción de dominio (Ministerio de Justicia, 1996), frente al siguiente aspecto: *"El sentido teleológico del precepto consiste en que el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cubre a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas, es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades, sino que por el contrario coloca a éste en la obligación de otorgar una retribución a la sociedad a través de la pena".* (Sent. C-389/94).

³⁹² En este sentido, Jorge Enrique Pardo, precisa que "Esta causal es la hipótesis del enriquecimiento ilícito señalado en el artículo 34 de la Constitución Política, pues nótese que la misma comparte la descripción que en el Código Penal se realiza de este delito" (Pardo Ardila, 2013).

como la Convención de Viena³⁹³, lo que nos permite analizarla como otra forma más de “Producto derivado” del que se hace alusión en numeral 1° del artículo 5 de la Convención de Viena.³⁹⁴

Esta causal también es la adaptación de otras formas de comiso existentes en el mundo, como el comiso de ganancias, el comiso de beneficios o el comiso por capitales emergentes de Costa Rica. También se puede reconocer en esta causal una expresión más técnica del denominado “comiso ampliado” de la legislación española, el cual también se vale del elemento de “no justificación”, pero a diferencia de esta figura de la corriente europea, dicha circunstancia no se toma allá como un elemento normativo que califica al objeto sobre el cual ha de recaer la pretensión de comiso, sino como un indicio que sería objeto de valoración con relación a la presunción de ilicitud que establece sobre unos bienes, cuando confluyen circunstancias de carácter personal de su titular que lo vinculan

³⁹³ “No sobra recordar que en la sentencia C-409 de 1997 la Corte se pronunció respecto de la presunta violación de los convenios internacionales, que reconocen derechos humanos, ratificados por el Congreso Nacional, porque las disposiciones examinadas - excepto las expresiones del párrafo del artículo 12 que se excluyen del ordenamiento - no los desconocen y dan cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Estado al respecto. En efecto, la comunidad internacional desde la expedición de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, comprometió a los Estados signatarios en la adopción de medidas y mecanismos efectivos destinados a evitar que el delito fuera fuente de enriquecimiento”. (Sent. C-1708/2000).

³⁹⁴ Que recomienda contemplar dentro de la normatividad interna de los países el comiso del producto derivado de los delitos de narcotráfico y conexos. Se reitera con similar literalidad en la recomendación contenida en las Convenciones de las Naciones Unidas de Mérida y Palermo.

como responsable de un delito en particular descrito en dicha norma³⁹⁵.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, consagra esta causal en el artículo 16 numeral 4° relacionado con los siguientes bienes:

“4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas”.

Dentro del contexto regional, se puede destacar que Honduras presenta tres causales para los casos de bienes o enriquecimiento no justificado; dos, dirigidas sobre bienes concretos que se pretendan dentro del trámite³⁹⁶ y, la tercera,

³⁹⁵ Artículo 127 bis del Código Penal español, introducido por el aparte 62 de la Ley Orgánica 1 de 2015: *“El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:*

(...) A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

(...) 3º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”.

³⁹⁶ Numerales 1, 2 y 8 del artículo 11 Decreto 27-2010: *“1. Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos o ganancias que no tengan causa o justificación económica o legal de su procedencia u origen;” y “2. Cuando en cualquier caso el afectado o*

cuyo objeto recae en un patrimonio que carece de justificación lícita³⁹⁷, causales que fueron inspiradas en las causales primera y séptima de la Ley 793 de 2002 de Colombia. También encontramos esta causal en las leyes de extinción de dominio de Guatemala³⁹⁸ y El Salvador³⁹⁹. Los demás instrumentos de extinción de dominio no la contemplan.

b) Objeto.

Esta es una causal que surgió como producto de la evolución del concepto de enriquecimiento ilícito que empezó a estructurarse a partir del Decreto Legislativo 1895 del 25 de agosto de 1989, el cual buscaba medidas de contingencia ante la expansión del fenómeno del enriquecimiento fácil; es decir, el que registraban ciertas personas cuyo patrimonio crecía súbitamente y que coloquialmente se les conoció como “mágicos”, como alusión a las fortunas de las mafias del

interesado no se logre justificar el origen lícito del bien, producto, instrumentos o ganancias, que es objeto de persecución;”

³⁹⁷ Numeral 8º artículo 11 Decreto 27-2010: “Cuando exista un incremento patrimonial sin justificación, en cualquier tiempo sin que se pueda explicar su origen lícito de éste;”.

³⁹⁸ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal b): “Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos”.

³⁹⁹ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal c) “Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de

narcotráfico. A diferencia de las demás causales, éste presupuesto de extinción de dominio suele presentar matices más amplios, pues no siempre se concentra sobre un bien en particular, sino que su objeto suele recaer sobre todo el patrimonio de una persona, el cual se aprecia en su aspecto civil, en su acepción más amplia. El profesor Luis Guillermo Velásquez, lo define: *“modernamente el patrimonio es una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva”* (Velásquez Jaramillo, 2010).

Al definir el objeto, se debe tener en cuenta que no siempre el incremento patrimonial se da cuando se presenta un aumento en los activos, pues también es frecuente que este incremento patrimonial sea el producto de una disminución en los pasivos. Otra modalidad frecuente de incremento patrimonial es el crecimiento en los gastos que no guarda correspondencia con las fuentes de ingreso del titular del patrimonio, aspecto último que si bien no resulta idónea para generar bienes que puedan ser pasibles de la extinción de dominio por la causal cuarta, en algunas legislaciones, como la hondureña y la guatemalteca, permite discutir la posibilidad de establecer la hipótesis de extinción de dominio sobre bienes equivalentes a aquel valor de gastos que se encuentre sin justificación⁴⁰⁰.

toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”.

⁴⁰⁰ Adicional a la posibilidad de acudir a las causales por bienes equivalentes, en este evento en el cual un bien es adquirido a través de un crédito hipotecario se suele presentar una particularidad que desafía los parámetros de la seguridad jurídica, pues de acuerdo con el respaldo probatorio con que se cuente y el objeto definido dentro de la investigación, puede ser pretendido a través de distintas causales, sin que ello pueda constituir violación al debido proceso o al derecho de defensa, pues son circunstancias perfectamente probables. Por ejemplo: si se analiza dentro del contexto patrimonial, tanto

Para precisar el objeto de esta causal también se requiere comprender el alcance de la expresión “no justificado” la cual actúa dentro de la causal como el elemento normativo que califica al objeto, igual que en la conducta de enriquecimiento ilícito y respecto del cual se va a centrar gran parte de la actividad probatoria para acreditarla.

La misma causal hace relación al estándar de prueba con el que se debe verificar esta no justificación al ubicar el tema en el plano de los fundamentos razonables, que no es otra cosa que una inferencia lógica de probabilidad, con relación a que el patrimonio examinado no tenga una explicación lógica razonable en actividades lícitas, es decir, que no guarda una relación de causalidad con una fuente o causa lícita, ya sea porque se demostró que no existe una fuente de recursos lícita; o bien sea porque las fuentes de recursos que logran

el capital que se entrega como cuota inicial o prima, como el dinero utilizado para pagar las correspondientes cuotas del crédito se tendrán como no justificada y, por tanto, la pretensión se estructuraría por vía de la causal cuarta, pues ambas circunstancias quedarían cobijadas por una no justificación.

Pero puede suceder que probatoriamente solo resulte cuestionable una sola de las dos formas de pago, manteniéndose en la otra la presunción de ilicitud; como cuando la cuota inicial o prima se cancela con recursos lícitos, y lo cuestionable son los recursos con que se pagan las demás cuotas. Aquí resulta procedente invocar una causal de destinación, como sería la causal octava por mezcla. En el caso contrario, donde lo cuestionable por su ilicitud (producto, objeto etc.) es la cuota inicial y las demás cuotas son canceladas con fuente lícita, como cuando se cancela las mensualidades con el producto del canon que produce el arrendamiento del mismo bien, aquí pueden concurrir también la causal séptima, con relación a los frutos que produce el bien.

Esta particularidad no puede verse como una deficiencia de la extinción de dominio, pues, como se analizó anteriormente, solo es una expresión de su carácter alternativo, característica que no es exclusiva de la extinción de dominio, pues es inherente también de los delitos que reprimen fenómenos delictivos complejos, como el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, el narcotráfico, entre muchos otros que reflejan la alternatividad en la descripción de sus verbos rectores.

identificarse, no tienen ninguna relación con el bien o los bienes objeto de investigación.

c) Fundamento.

Al reconocerse como una expresión de los productos derivados de la actividad ilícita, se identifica también como una típica causal de origen ilícito, por lo cual, de acuerdo con su naturaleza jurídica, también se va a sustentar en normas objetivas de valoración que cuestionarán la validez del acto jurídico de adquisición de todos los bienes que carezcan de una justificación razonable en una actividad lícita, es decir, cuya fuente no esté fundada en el trabajo o el desarrollo de la libre empresa como fuente de la riqueza legítima, pues se parte de una presunción tacita de lo que no tiene justificación en actividades lícitas, tiene su origen en actividades ilícitas.

En esta causal se acude a criterios de razonabilidad, pues se sustenta en principios lógicos, como el principio de la lógica aristotélica de no contradicción, mediante el cual, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; también permite refrendar la vigencia a principios metafísicos, como el “principio de Lucrecio”, que dispone que “Ninguna cosa sale de la nada” o como se le suele reconocer coloquialmente, “*de la nada no sale nada*” (Rojas Osorio, 2006, p. 135). Por esta razón, cuando se logra desvirtuar que un bien tiene origen en una fuente lícita, resulta lógico y razonable inferir que su origen es ilícito, siendo procedente el reconocimiento de esta causal.

Como toda causal de origen ilícito, esta también tiene su fundamento de legitimación en el artículo 34 de la Constitución Política que prevé la consecuencia jurídica de la extinción de dominio para todos aquellos casos de bienes producto de un enriquecimiento ilícito.

d) Clases.

Durante el desarrollo práctico de los procesos de extinción de dominio, se pueden identificar claramente dos circunstancias en las cuales se aplica esta causal:

(1) Incremento de un patrimonio general o integral

Es la circunstancia más común, y como se mencionó anteriormente, esta causal ha evolucionado a la par de delito de enriquecimiento ilícito de particulares, en el cual se toma como objeto de investigación un patrimonio general o integral de una persona natural o jurídica, con el fin de verificar si existe o no incrementos patrimoniales por justificar. Esta modalidad demandan la identificación de todo el patrimonio de una persona para que, a través de métodos de investigación económica, patrimonial, financiera o contable, según el caso, se verifiquen los elementos mínimos que permitan su reconocimiento: identificar los bienes que conforma el patrimonio a investigar; identificar los titulares de dominio sobre los bienes que constituyen dicho patrimonio; fijar el período de

tiempo a examinar; establecer la fuente de ingresos de dichos titulares; establecer si existe un nexo de causalidad ente las fuentes de ingresos y los bienes investigados.

(2) Incremento parcial o sobre bienes determinados

También se tramitan por esta causal aquellos casos en los cuales no se examina un patrimonio general, sino un bien o bienes en particular, donde se determina si posee o no una fuente lícita. En muchos casos se conoce que el titular de los bienes investigados posee bienes que no son objeto de cuestionamiento alguno, pero si presenta algunos ingresos o bienes que carecen de justificación, evento en el cual, no es necesario examinar todo su patrimonio, sino solo aquellos incrementos o bienes objeto de cuestionamiento. Esta modalidad es muy común, tratándose de investigaciones por casos de corrupción, donde generalmente el servidor público ingresa al servicio oficial con un patrimonio anterior, y sólo serían cuestionables los bienes adquiridos con posterioridad a dicho vínculo; o, en el caso de las oposiciones de posibles terceros de buena fe, donde el afectado buscará que se examine su patrimonio de manera independiente a los demás bienes que puedan ser objeto de investigación más amplia y compleja.

e) Aspectos problemáticos.

(1) Los incrementos patrimoniales de fuente lícita justificados

Uno de los aspectos más problemáticos en la aplicación de esta causal es el que tiene que ver con los incrementos patrimoniales de objeto o causa lícita que se generan con bienes o recursos que no tienen justificación en una actividad lícita. Suele darse en la práctica que, al hacer seguimiento a un patrimonio ilícito, por ejemplo, los movimientos financieros de un narcotraficante, que estos dineros terminan acrecentando el patrimonio de terceros, que en muchos casos, logran justificar sus recursos en una actividad económica o profesional lícita, frente a los cuales, tanto la jurisprudencia como la doctrina, suelen dar un tratamiento con posturas diferentes.

Es el caso de las personas comercializadoras de bienes o prestadoras de servicios profesionales, que de una u otra forma tienen vínculos comerciales o profesionales con personas comprometidas con actividades ilícitas, presentándose el pago de los bienes o servicios con bienes o recursos de origen ilícito. Un ejemplo frecuente de esta situación se presenta con los abogados, médicos, arquitectos, agentes inmobiliarios, vendedores de vehículos, cirujanos plásticos, músicos, y un sinnúmero de personas que, de una u otra forma, se ven comprometidas en este tipo de operaciones, en las cuales volvemos a encontrar la tensión entre los bienes de origen ilícito con el desarrollo de un trabajo lícito o de la libre empresa.

Este tema ya ha sido objeto de debate desde la perspectiva penal frente a la responsabilidad penal de estos comercializadores de bienes o prestadores de servicios con

relación a los tipos penales de enriquecimiento ilícito o el lavado de activos, frente a los cuales, la doctrina mayoritaria ha coincidido que, comoquiera que en este tipo de casos la venta de bienes o la prestación de servicios constituye una causa lícita en la cual no operan los principios operaciones del lavado de activos, como el beneficio de disposición o retorno del dinero al delincuente, la conducta es atípica.

Sin embargo, en materia de extinción de dominio el tratamiento ha sido muy distinto, pues en especial, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema, han admitido la posibilidad de extinguir el dominio de los bienes o recursos ilícitos adquiridos en este tipo de actividades lícitas, atendiendo a ciertas circunstancias. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente:

“La Corte no discute la naturaleza legal del ejercicio de la profesión de abogado, pero sí coincide con el Tribunal accionado en que la recepción de bienes provenientes del patrimonio ilícito de un procesado por parte de su apoderado no tiene la virtud jurídica de purgar ese vicio, de modo que la extinción del dominio es perfectamente procedente, tal como aquí se decretó. En tal caso lo que se genera es un problema civil entre el abogado que prestó sus servicios profesionales y el poderdante que le pagó con un bien cuya legalidad se hallaba viciada y por tanto está en la obligación de salir a sanear.

Y esa última alternativa procede sólo si el abogado actuó de buena fe, pues de llegar a demostrarse que tuvo conocimiento del origen viciado del bien, puede terminar comprometido penalmente porque en tal caso habría prestado su concurso para distraer los bienes de la persecución que el Estado tiene derecho a hacer dado su

origen contrario a la moral social. En todo caso, esa buena fe no purga el origen del bien, únicamente justifica la actuación del profesional para restablecer el equilibrio del contrato de mandato, por otras vías judiciales". (Sent. de Tutela 17.343/2004).

(2) Acreditación del incremento patrimonial no justificado. La problemática del dictamen pericial

Esta causal suele presentar problemas de aplicación práctica, pues existe una falsa creencia que para su demostración se hace indispensable acudir a la prueba pericial, ya sea para practicar un estudio patrimonial preliminar y final (Iguarán Arana & Soto Angarita, 2015, p. 148); o, realizar como mínimo dos estudios, uno socioeconómico y otro patrimonial (Rivera Ardila, 2014, p. 34), posturas respetables que si bien responden a la costumbre judicial colombiana, se deben tomar con beneficio de inventario; pues, de una parte, el régimen de libertad probatoria que acoge la extinción de dominio no amarra la acreditación de este hecho a un medio de prueba en particular; y, en segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que esta prueba por sí sola, no tienen suficiente capacidad suasoria para acreditar la causal (Sent. T 590/2009).

Frente al primer aspecto, el relacionado con los medios de prueba, es oportuno aclarar que no toda la información que se requiere para tener acreditada la causal requiere de un estudio o dictamen económico, financiero, patrimonial o contable, pues la demostración de este hecho se puede alcanzar por, por

lo menos, por cuatro vías: primero, tras la constatación objetiva, a través de diversos medios de prueba, generalmente documental, que el afectado no tiene capacidad económica, actividad económica ni historial financiero; segundo, cuando el afectado no se opone a la pretensión o se presenta contumaz a los requerimiento de las autoridades, manteniéndose incólume la pretensión de la Fiscalía; en tercer lugar, cuando a través de labores de los distintos medios de prueba se logra desvirtuar la versión de licitud del afectado o desestimar su actividad económica como origen de los bienes investigados y; en cuarto lugar, a través de un estudio o dictamen económico, financiero, patrimonial o contable donde de manera técnica se concluya si se justifica o no el incremento patrimonial. Sobre este punto, la guía de investigación financiera y contable recomienda lo siguiente:

Por otra parte, es de precisar que no todo asunto debe ser sometido a peritaje, sino solo aquellos hechos que por sus particulares características requieren para su demostración o comprensión de conocimientos especiales, los cuales, según el tratadista Jairo Parra Quijano, son “... *aquellos que escapan a la cultura de las gentes*”, o como bien afirma el procesalista español, Perfecto Andrés Ibáñez, “...*aquellos conocimientos extrajurídicos que no forman parte de la experiencia del hombre medio*”. (...)

Sin embargo, no requerirá de evaluación pericial, aquellas verificaciones de información que estarían al alcance del común de las personas o que pueden ser verificadas a través de otros actos de investigación, como sería el caso de la estimación de un monto por ingresos o egresos de una cuenta que puede obtenerse a través de sencillas operaciones aritméticas; las operaciones de conversión de moneda para una época concreta; la verificación de

específicas operaciones financieras realizadas por el investigado en el mercado financiero o bursátil o la determinación de un perfil económico de una persona, al cual se llega a través de labores de verificación de información económica, como se analizará más adelante, entre otros asuntos similares, los cuales se pueden acreditar a través de otros métodos de investigación o con la simple apreciación de la literalidad de los documentos que contienen la información respectiva, lo cual no rebasaría la órbita de valoración de la evidencia documental, pues como se mencionó anteriormente, a la prueba pericial se llega con el fin de obtener una nueva información o revelar aquella que no es apreciable a simple vista sin la aplicación de especiales conocimientos o métodos científicos, técnicos o artísticos. (Ministerio Público de Honduras, Policía Nacional, C.N.B.S., DIIC., 2014, p. 182)

El segundo aspecto a tener en cuenta es que ha sido la misma Corte Constitucional la que ha cuestionado la relevancia probatoria de los dictámenes o estudios patrimoniales, al indicar que un estudio de esta clase, no es suficiente para acreditar todos los elementos de la causal:

La Corte Constitucional ha considerado que, en materia de extinción de dominio, el Estado debe llegar a una inferencia razonable sobre el origen ilegal de los bienes y que el eventual afectado debe proceder a ejercer su derecho de defensa mediante la oposición acompañada de los documentos que desee hacer valer para demostrar el origen lícito de sus bienes. La corporación ha expresado, además, que las garantías del proceso penal no son extensivas al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta aplicable el principio de carga dinámica de la prueba, según el cual corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. Pero este Tribunal también ha establecido, sin ambigüedad alguna, que no puede declararse la extinción

de dominio en ausencia de prueba, y que la no aplicación de la presunción de inocencia no implica la existencia de una presunción de origen ilícito de los bienes ni una justificación a la inactividad estatal, o la derogación o anulación de los principios de la sana crítica. Esta Sala no considera que esas insuficiencias deban ser resueltas en favor del peticionario, precisamente porque en el trámite de extinción de dominio no se aplica la presunción de inocencia. Lo que sí resulta evidente es que el dictamen, por sí solo, no es prueba suficiente para sostener, en todo su alcance, los fallos adoptados por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá y la Sala de Descongestión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Lo que se echa de menos, en síntesis, es el análisis y la motivación judicial en la valoración de la prueba. El dictamen pericial es insuficiente para sostener la declaratoria de extinción de dominio en su integridad. (Sent. T-590/2009).

Pero los aspectos problemáticos no se restringen solo a determinar la viabilidad o no de la prueba pericial, sino a determinar el tipo de estudio que se debe realizar en cada caso concreto, pues si recae sobre aspectos económicos, financieros, patrimoniales o contables, además del método adecuado según el tema y objeto de prueba que propone la causal analizada. Sobre este tópico, resulta oportuno recordar las recomendaciones contenidas en la mencionada Guía de investigación financiera y contable de Honduras, que se ocupa de este aspecto puntual. Sobre el particular, señaló lo siguiente:

Muchas veces, los resultados negativos que arrojan los dictámenes financieros o contables responden más a las malas prácticas judiciales al momento de ordenar la prueba y definir el objeto del dictamen, que a las deficiencias propias del proceso de elaboración del estudio, dado el abuso indiscriminado en que incurren los operadores de

justicia al utilizar esta prueba en casi todos los casos que contienen información de orden económico, como suele suceder en las investigaciones por corrupción, estafas, lavado de activos o en investigaciones patrimoniales con fines de comiso o privación de dominio sobre bienes ilícitos. Este aspecto puede generar serios riesgos de desvío de la investigación, los cuales se deben en la mayoría de los casos por la falta de claridad previa sobre el tema en torno del cual se ha de desarrollar la actividad probatoria y los hechos específicos que deben ser probados a través de la prueba pericial; es decir, el objeto de prueba. (Ministerio Público de Honduras, Policía Nacional, C.N.B.S., DIIC., 2014, p. 183.)

(3) Retrospectividad de la acción y necesidad de utilizar criterios lógico-razonables

Mucho se ha especulado sobre el carácter retrospectivo de la extinción de dominio, en especial, sobre la posibilidad de extenderse ilimitadamente hacia el pasado, lo cual debe considerarse como inconcebible, pues en ningún momento se puede desconocer el momento de adquisición del bien, la lógica indica que si se invoca una causal de origen, fundamentada en el art. 34 de la Constitución, por estricto respeto del principio de legalidad, lo mínimo que se exige es que el bien haya sido adquirido con posterioridad de la actividad tipificación de la actividad ilícita, a menos de que se traten de bienes equivalentes, pero de ser así, en ese sentido se debería motivar su afectación. Por ejemplo, con relación a la actividad ilícita de narcotráfico, una de las conductas que justificaron la existencia de la extinción de dominio, se debe

tener en cuenta que el tema se empezó a reprimir en el país⁴⁰¹ a partir del decreto 1188 de 1974, fecha en que se adoptó nuestro primer estatuto nacional de estupefacientes, por lo que discutir incrementos patrimoniales anteriores, quedarían por fuera del concepto de ilicitud.

Es por ello que se debe tener en cuenta que si bien hay causales que renuncian a un límite temporal, se debe recordar que la Constitución, art. 2º, obliga a utilizar criterios de lógica racional y no de lógica formal; por lo tanto, cualquier afectación debe relacionarse, por lo menos, con un límite lógico de carácter temporal, pues existiendo unos fines claros en la acción de extinción, que se ajusta a propósitos constitucionales, estos no pueden remontarse indefinidamente en el tiempo, pues se generaría una enorme inseguridad jurídica, con el riesgo de caer en la confiscación, como quiera que de desconocer los límites lógicos temporales, la afectación de un bien carecería de sustento jurídico y constitucional.

5. Causal quinta: bienes medio o instrumento de actividades ilícitas.

Esta causal reproduce otro de los eventos clásicos de comiso penal y que también tiene su sustento en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención de Viena⁴⁰². Acoge distintas

⁴⁰¹ Se hace relación a la represión intensa del fenómeno del narcotráfico o "guerra contra el narcotráfico" con la connotación como se le conoce hoy en día.

⁴⁰² Esta norma recomienda incorporar en la legislación interna de cada país el comiso de los instrumentos del delito. Esta causal está descrita con similar literalidad en las

formas de comiso, como el comiso de seguridad, el comiso de efectos instrumentos, el comiso de destinación, comiso de aseguramiento, comiso de peligro, entre otros.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, lo consagra en el artículo 16 numeral 4º, relacionado con los siguientes bienes:

“5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas”.

Esta causal también está prevista en las leyes de extinción de dominio de México⁴⁰³, Guatemala⁴⁰⁴ y El Salvador⁴⁰⁵, frente a las cuales se hace necesario realizar la misma observación técnica de las causales anteriores, con relación a la indebida

convenciones de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional, y contra la corrupción, conocidas como las convenciones de Palermo y Mérida, respectivamente.

⁴⁰³ Numeral primero del artículo 8 de la Ley Federal de Extinción de Dominio “Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;”.

⁴⁰⁴ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 55 de 2010, artículo 4, literal c): “Cuando los bienes o negocios de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir”.

⁴⁰⁵ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal a) “Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero”.

acumulación de proposiciones jurídicas de distinta naturaleza bajo una misma causal (producto, objeto e instrumentos). Honduras, al igual que Colombia, prevé una causal para instrumentos y medios⁴⁰⁶. Sin embargo, presenta una imprecisión técnica, al definir legalmente instrumentos como medios, cuando debe reconocerse como circunstancias ilícitas diferentes⁴⁰⁷. Bolivia, dada la limitación del objeto de la ley que la consagra, solo prevé la pérdida de dominio de los instrumentos del narcotráfico⁴⁰⁸.

b) Objeto.

La causal recae sobre bienes que pueden ser de lícita o ilícita⁴⁰⁹ procedencia que han cumplido una función dirigida hacia un

⁴⁰⁶ Numeral cuarto del artículo 11 del Decreto 27 de 2010 “Cuando los bienes, productos, instrumentos, ganancias o negocios de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o sean destinadas a estas actividades ilícitas o cuando correspondan al objeto del delito;”.

⁴⁰⁷ Numeral 4º del artículo 3º del 2010 “4) Instrumentos: Son las cosas u objetos, medios, utilizados o destinados para ser usados o para usarse de cualquier manera, total o parcialmente en una actividad ilícita;”.

⁴⁰⁸ Numeral 3, artículo 68, Ley 913 de 2017 “Los bienes que hayan sido utilizados como instrumento en la preparación o ejecución de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, salvando los derechos del titular en caso de desconocimiento de la utilización ilícita del bien”.

⁴⁰⁹ Por regla general, los bienes ilícitos deberían perseguirse por las causales de origen. Sin embargo, nada impide que sobre un mismo bien puedan concurrir causales de origen y destinación ilícita. A pesar de ello, se debe resaltar que las causales de destinación suelen demostrarse de forma más fácil, pues suelen documentarse con las mismas pruebas o evidencias de la actividad ilícita determinante, por lo cual, en las causales de destinación, basta con acreditar dicha circunstancia, pues para efectos de la extinción de dominio, los problemas relacionados con la licitud o no del bien, suelen ser irrelevantes; salvo, si se trata del objeto material del delito, dada la problemática analizada con

fin⁴¹⁰ dentro del proceso delictivo y ha contribuido en la vulneración efectiva o puesta en peligro de un bien jurídico, ya sea por haber utilizado el bien como medio dentro del cual se desarrolla la actividad ilícita o que el mismo ha servido de instrumento empleado dentro de los actos preparativos o consumativos del mismo.

a) Fundamento.

Estas son las típicas causales de destinación ilícita que presentan una naturaleza jurídica sancionatoria, pues se sustentan en normas subjetivas de determinación, frente al cumplimiento o no de las expectativas de comportamiento que emanan del respeto del régimen constitucional del derecho a la propiedad privada.

Su fundamento constitucional se encuentra en el principio de responsabilidad del artículo 6º de la Constitución Política y en el artículo 58 de la Carta Política, que reconoce la garantía de protección al derecho de propiedad, siempre y cuando este cumpla las obligaciones que son inherentes a su función social y ecológica; es decir, que, el uso, goce, usufructo y disposición

relación a los casos donde procede el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas.

⁴¹⁰ Si bien, la redacción de las normas de comiso generalmente no hace relación a aspectos subjetivos como la finalidad de la acción en los actos de disposición de bienes, se debe recordar que este carácter finalista es inherente al concepto de instrumento, pues de acuerdo con una de las principales acepciones descritas por la Real Academia Española en su diccionario, se define instrumento como la *“Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin”*.

del bien se ajuste al respeto de los valores éticos y bienes jurídicos de la sociedad y no que se ponga en función en atentar contra ellos.

Al sustentarse en normas de determinación, dada su naturaleza jurídica y su fundamento constitucional de legitimación, resulta relevante en este tipo de causales analizar el aspecto subjetivo, o las condiciones de atribuibilidad de la consecuencia jurídica, como la capacidad dispositiva, la relación jurídica y el nexo de relación entre el titular y la causal, cuando dichas condiciones apliquen.

b) Clases.

El Código de Extinción de Dominio presenta tres clases de causales por destinación ilícita que coinciden con distintas formas de comiso (de seguridad, de instrumentos y medios, de destinación). Se tiene así las siguientes:

- Las causales de bienes que tienen una relación directa con la actividad ilícita, que podemos decir que son de verificación postdelictual y que son las dos que nos ocupan en esta causal: medios e instrumentos.
- Las causales que recaen sobre bienes que constituyen un potencial peligro para la vulneración de un bien jurídico, que bien pueden ser verificadas de manera predelictual o postdelictual, como son aquellos descritos en la causal sexta.

- Los bienes que no guarda ninguna relación directa con la actividad ilícita, pero que intervienen en su proceso de lavado o receptación: ocultamiento o mezcla, descritos en las causales 8 y 9 de extinción de dominio.

Por ello, en esta causal solo se habla de dos proposiciones jurídicas: bienes instrumento de la actividad ilícita y bienes que sirven de medio⁴¹¹ para la actividad ilícita.

(1) Bienes instrumento de la actividad ilícita

Los bienes que sirven de instrumentos del delito son aquellos que se pueden “instrumentalizar” para cumplir un fin ilícito, es decir, manipular de tal manera que contribuyan de forma efectiva en la realización del fin ilícito propuesto. Como el arma para ejercer la violencia en el hurto o en el homicidio; la retroexcavadora en la minería ilegal; los documentos falsos en la estafa; la gramera en el microtráfico de estupefacientes; las placas de impresión; tintas impresoras en la falsificación de moneda; el servidor y los “quemadores” de CD en los delitos contra la propiedad intelectual; los escáneres y las impresoras en la falsificación de documentos; el celular para realizar la llamada extorsiva en un secuestro extorsivo; los equipos tecnológicos en la intervención

⁴¹¹ Una de las primeras referencias sobre la descripción de esta causal, se encuentra en una forma de comiso adoptado en el artículo 47 de la ley 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacientes que hacía relación a los medios de transporte o de los medios utilizados para la comisión de los delitos allí descritos.

ilícita de comunicaciones; la caja de seguridad donde se conserva el dinero de origen ilícito en el lavado de activos, etc..

Con relación a los bienes que constituyen los instrumentos del delito el profesor Gracia Martín los definen de la siguiente manera:

Son instrumentos (*instrumenta scaeleris*) los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación, como por ejemplo las armas con que se hayan ejecutado la muerte o las lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de que se haya servido el falsificador.

Este tipo de bienes, como su nombre lo dice, tiene un carácter instrumental, pues es una de las primeras formas de comiso reconocida en la mayoría de los países, y suele confundirse con los efectos del delito, pues parte de una visión elemental desconociendo la importancia de la funcionalidad de los bienes dentro del combate a la criminalidad

(2) Bienes que sirven de medio para la actividad ilícita.

Si bien en Colombia existen posturas que asumen “instrumentos” y “medios” de la actividad ilícita como sinónimos (Pardo Ardila, 2013), al punto tal de no reconocer en esta clasificación

ninguna utilidad práctica⁴¹², encontramos necesario apartarnos de esta respetable postura para asegurar todo lo contrario, pues a nuestro juicio, esta es la causal que mayor alcance e importancia le ha dado a la extinción de dominio, al punto de reconocerla como una de las más eficientes y contundentes en el desarrollo de este instituto jurídico, pues no se enfoca en el bien solo en su relación con la actividad ilícita, es decir, como como hecho individual, sino que se preocupa de revisar dichas actividades en un contexto mucho más amplio, acorde con los principios que orientaron la creación del instituto, para revisar con una visión más amplia, el riesgo potencial que puede acarrear este tipo de bienes. Su importancia y dimensión ya ha sido resaltada por la doctrina con relación al comiso penal. Al respecto, Muñoz Cuestas, ha destacado lo siguiente:

“... el término instrumentos ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice...” (Muñoz Cuestas, 2004, p. 294).

⁴¹² Al respecto, Jorge Pardo considera esta distinción innecesaria tanto en la extinción de dominio como en la descripción del comiso: “Sin embargo, puede concluirse con base en lo expuesto, que la diferenciación teórica, en la práctica no tiene ninguna incidencia, al contrario, se confunde la destinación como medio o instrumento de un bien, de ahí que no se entienda el por qué el legislador realizó dicha distinción carente de efectos materiales, crítica que se puede trasladar al figura del comiso.” (Pardo Ardila, 2013, p. 76)

Es por ello, que el objeto y los límites de esta causal son más amplios que los instrumentos, y, en la práctica, es más útil y contundente, pues se extiende a bienes más complejos o de mayor dimensión, como los medios de transporte, los medios de producción (sociedades y empresas), medios de distribución, medios de comercialización, medios de ocultamiento, medios de seguridad, etc. Por ejemplo, en el delito de falsificación de moneda, en algunos casos se ha aprovechado la infraestructura de negocios o empresas de imprenta para cumplir con los fines delictivos y ocultar la actividad ilícita. Allí, los instrumentos pueden ser las placas, el papel moneda, las impresoras, las tintas, los fotolitos, etc. Pero el medio destinado para tal fin es la imprenta misma, pues todos sus recursos, su imagen y nombre estuvieron en función de la actividad delictiva como medio de producción o de ocultamiento.

Sin duda, esta causal abarca bienes de mayor envergadura, como los medios de transporte (aeronave, naves, autos) en los delitos de tráfico ilícito; inmuebles, barcos, hoteles, cuando se destinan como medios para facilitar la explotación sexual de menores⁴¹³; medios de comunicación, en las conductas de apología del genocidio o pánico económico cuando se acredita el compromiso de quienes tienen la capacidad dispositiva; toda clase de inmuebles utilizados como medios de seguridad, ocultamiento de actividades ilícitas; sociedades, empresas o negocios utilizados como medios para lavar activos,

⁴¹³ En este sentido, la citada Ley 1336 de 2009, a través de la cual se prevé “la extinción de dominio y otras medidas de control en casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

o medios de producción en procesos productivos ilícitos, o medios de defraudación del tesoro público a través de fraude en la contratación pública, etc.

c) Aspectos problemáticos.

(1) Improcedencia del reconocimiento del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido preocupación para gran parte de la doctrina en materia del comiso penal⁴¹⁴, pues se considera que una medida desproporcionada sobre el patrimonio de una persona desbordaría los límites del comiso tradicional y penetraría en el capo de la confiscación. Sin embargo, tratándose de la causal de medios o instrumentos del delito, dada la naturaleza jurídica sancionatoria y el carácter real de la pretensión, no es posible entrar a hacer distinciones o

⁴¹⁴ El problema de la proporcionalidad ha sido contemplado en la legislación española a través de la denominada "cláusula de rigor", la cual es explicada por Choclán Montalvo en los siguientes términos "... también para el comiso el legislador ha establecido un correctivo derivado del principio de proporcionalidad. Nos referimos a la cláusula de rigor contenida en el art. 128, C.P, a cuyo tenor, "cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el juez o tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente". Se trata, pues, de una moderación de la consecuencia derivada de la responsabilidad por el hecho.

En este punto nuestro Código se ha inspirado en la regulación alemana contenida en el § 74, que prohíbe el comiso cuando, a pesar de ser admisible por concurrir sus presupuestos, sin embargo, resulte una medida desproporcionada en atención a la significación del hecho cometido y el reproche que afecta al autor o al adquirente del objeto." (Choclán Montalvo, 2000, p. 341).

segmentaciones de bienes en atención a este principio, como si lo hacen algunas legislaciones penales frente al comiso⁴¹⁵; pues la pretensión siempre se dirigirá sobre un bien, visto en su unidad o integralidad física, jurídica y funcional, como quiera que cualquier tipo de reducción o limitación de la medida, podrá considerarse como ilegal, caprichosa y especulativa.

Sería el caso de quien tiene una hacienda de 100 hectáreas, con una casa principal de 600 Mt², pero que también tiene otras construcciones pequeñas, como una pesebrera, un granero, una casa de 100 Mt² para el administrador y otra de 200 Mt² para los trabajadores, así como una pequeña cabaña de tan solo 50 Mt², la cual se encuentra en el lugar más lejano de su propiedad. En el evento en que este ciudadano decide utilizar la pequeña cabaña como medio para esconder un secuestrado, al pertenecer esta construcción a un predio que física, jurídica y funcionalmente corresponde a una unidad patrimonial de mayor extensión, la acción debe dirigirse en contra de dicha unidad, pues desde el punto de vista jurídico es un solo bien que fue dispuesto en contravía de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada.

⁴¹⁵ Las discusiones de proporcionalidad son frecuentes en materia de la aplicación efectiva del comiso penal, existiendo algunas legislaciones que atendiendo a criterios económicos, como el valor del bien, otorgan a los jueces la facultad potestativa de excluir el reconocimiento de la consecuencia jurídica del comiso penal en aquellos eventos en que se advierta una desproporción de tal índole, sin reparar en el interés de la justicia, o el cumplimiento de los valores ético sociales, como sucede, por ejemplo, con el comiso contenido en el código penal español, el cual prevé en su artículo 128 que *"Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente"*.

Situación distinta se presenta si el inmueble está en cabeza de diferentes personas, pues al ser esta causal de naturaleza sancionatoria, en virtud del principio de responsabilidad, en los casos de destinación ilícita solo procede sobre los derechos de quien tiene la capacidad dispositiva y respecto de quien si se puede predicar un nexo de relación con la causal de extinción de dominio, evento en el cual, la pretensión solo recaería sobre los derechos de su cuota parte, a menos que los otros propietarios hayan actuado de mala fe o consentido o actuado en forma permisiva frente a la destinación ilícita del bien.

(2) Problemática de las sociedades - abuso del derecho por fuera de la capacidad dispositiva.

Uno de los aspectos más problemáticos es el relacionado con la afectación de las sociedades, cuando ésta se ha utilizado o puesto en función de una actividad ilícita, sin que los titulares de los derechos sociales hubiesen consentido o ejercido su capacidad dispositiva para ello. Sería el caso de una empresa que, por disposición del gerente, que no es socio ni directivo, es destinada para una operación de lavado de activos. Sobre el particular, cabe recordar que solo puede disponer quien tiene una relación jurídica legítima sobre el derecho, a menos que dicha facultad se delegue en un tercero, como sucede con ciertos derechos de tipo societario. En este caso, son distintos los derechos en juego, así como las relaciones jurídicas con relación a la sociedad. Al respecto, resulta oportuno las apreciaciones realizadas por la Corte Constitucional frente a

una de las más interesantes demandas que se ha presentado en contra de la legislación de extinción de dominio, donde reflexiona sobre uno de los aspectos más complejos que se presentan al momento de accionar en contra de una sociedad, como lo es la precisión del objeto sobre el cual debe recaer la pretensión cuando se dirige en contra de una sociedad y su representación:

En relación con esta última expresión “sociedades incautadas” cabe precisar desde ahora que la misma no puede entenderse en el sentido de estar significando que la persona jurídica en sí misma “es objeto de incautación”. Sin duda, como pone de presente el interviniente en representación de la Academia de Jurisprudencia, la expresión “sociedades incautadas” constituye una imprecisión que evidencia un defecto de redacción de la norma que sin embargo no tiene la relevancia, para alterar el real sentido del artículo 5º de la Ley 785 de 2002 ni menos para producir la inconstitucionalidad de este —como se explicará más adelante al hacer el análisis de los cargos—. (...).

Son los bienes de los socios, en la primera hipótesis a que se ha hecho referencia, o los bienes de la sociedad en la segunda hipótesis aludida, los que son objeto de incautación. Cosa diferente es que el artículo 5º de la Ley 785 establezca determinadas medidas preventivas en relación con la actuación y facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad respecto de cada uno de dichos bienes según la hipótesis de que se trate.

Tratándose de causales de destinación ilícita de sociedades el tema no es tan sencillo, pues se deberá examinar siempre cual fue la forma de destinación de la sociedad y quien es el responsable de ello, si fue uno de los titulares de derechos

sociales, o un empleado o representante con poderes limitados para actuar y comprometer a la sociedad. En estos casos, no solo se debe establecer la relación jurídica de quien genera algún nexo de relación con la causal extintiva, además se deberá: verificar si quien destinó la sociedad a una actividad ilícita tenía capacidad dispositiva suficiente para comprometer la sociedad; si obró dentro de sus facultades o abusando de ellas, y si los titulares de derechos de la sociedad guardan algún nexo de relación con la causal o actuaron por fuera de los postulados de la buena fe exenta de culpa. Si bien existen tipos de sociedades donde este factor no es un problema, como suceden con las empresas de tipo familiar, no sucede lo mismo con las sociedades anónimas o por acciones, donde los derechos sociales deberán ser contrastados con la capacidad dispositiva del titular del derecho comprometido y el nexo de relación con la causal.

(3) El desconocimiento de los componentes subjetivos de la causal.

Las causales de destinación no son tan objetivas como a primera vista se ven, pues siempre demandan la acreditación de objetividades que permitan conocer que el propietario del bien sabía o conocía de las actividades ilícitas, dada su naturaleza jurídica sancionatoria, que prevé la consecuencia jurídica de la extinción de dominio por la desatención o el incumplimiento de normas subjetiva de determinación relacionadas con el correcto ejercicio del derecho a la

propiedad privada. Por ejemplo, si alguien tiene una casa y la alquila a una persona; y, ésta a su vez la destina para vender droga y el titular del derecho nunca se entera, a pesar de que objetivamente pareciera que la casa había sido destinada a una actividad ilícita, realmente lo que se dio fue un uso ilícito por parte de quien no tenía la capacidad dispositiva frente al bien. Situación distinta es que el titular se entere de que venden droga en su casa, porque la policía le informa, y no hace nada para impedir que continúe esa destinación ilícita, siendo permisivo para que con su bien se siga atentando contra la sociedad. En este evento si es procedente extinguir el dominio.

Por eso, tratándose de las causales de destinación, son varios los aspectos que tienen que ser verificados antes de su reconocimiento:

- La Identificación del bien y los derechos que sobre él recaen.
- La Identificación del titular, respecto de aquellos derechos (en los casos donde este elemento aplique).
- La relación jurídica del titular respecto al bien para determinar si ostenta la capacidad dispositiva sobre el mismo.
- La circunstancia ilícita, es decir, los actos de destinación ilícita.
- El nexo de relación entre el titular y la causal.

Lo anterior no quiere decir que se tienen que demostrar todos estos elementos por aparte, pues con un solo elemento de prueba pueden acreditar varios de estos puntos; de ahí la importancia de documentar bien, de manera clara y detallada,

los hallazgos ilícitos y las circunstancias que se observan en las diligencias de inspección, allanamiento o registro. Como este tipo de causales demanda la verificación de ciertas conductas (incumplimientos de normas de determinación), resulta útil en la práctica conocer la versión del titular del derecho, o acudir a técnicas especiales de investigación, como vigilancia o seguimiento de personas y cosas, entregas vigiladas, etc.

6. Causal sexta: bienes destinados a actividades ilícitas

Esta causal tan solo es una variación técnica de la causal anterior, y como tal, también fue tomada del literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención de Viena⁴¹⁶ donde la utilización y la destinación de un bien en una actividad ilícita son tratados como proposiciones jurídicas diferentes. La circunstancia de comiso que inspira esta causal también recoge las figuras conocidas con los nombres de comiso por preparación, comiso indiferenciado y comiso de bienes en tentativa.

a) Descripción

⁴¹⁶ La convención recomienda incorporar en la legislación interna de cada país el comiso de los bienes destinados a ser utilizados en comisión del delito. Esta causal está descrita con similar literalidad en las convenciones de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional, y contra la corrupción, citadas anteriormente.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, consagra esta causal en el artículo 16 numeral 6° y la relaciona con los siguientes bienes:

“Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas”.

Con esta redacción se pretende trascender el alcance de la causal anterior, sobre bienes utilizados como medios o instrumentos de una actividad ilícita, pues aquí no resulta tan relevante demostrar el uso del bien en un acto ilícito, sino reunir los elementos de juicio que permitan inferir razonablemente que el bien se utilizó en su preparación o que estaba siendo destinado en función de la consumación del mismo.

Esta causal también se encuentra prevista en las leyes de extinción de dominio de Guatemala⁴¹⁷ y El Salvador⁴¹⁸, frente a las cuales se hace necesario realizar la misma observación

⁴¹⁷ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 55 de 2010, artículo 4, literal c): “Cuando los bienes o negocios de que se traten hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir”.

⁴¹⁸ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4° literal d) “Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que han sido mezclados con bienes de origen ilícito”. Así mismo, se alude a la destinación ilícita en la causal del literal i): “Cuando los bienes y recursos investigados hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa”.

técnica de las causales anteriores, con relación a la indebida acumulación de proposiciones jurídicas de distinta naturaleza bajo una misma causal (producto, objeto e instrumentos). Honduras, también prevé la destinación ilícita como una modalidad más de la causal sobre instrumentos y medios⁴¹⁹.

Perú, Bolivia y México no tienen una causal de destinación como tal. Sin embargo, la legislación mexicana prevé en su causal tercera la consecuencia para el titular que permite una destinación ilícita por un tercero al indicar que *“Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito;”*⁴²⁰

b) Objeto.

Recaen sobre bienes que representan un peligro objetivo⁴²¹ por su potencial capacidad para lesionar o poner en riesgo un bien

⁴¹⁹ Numeral cuarto del artículo 11 del Decreto 27 de 2010 *“Cuando los bienes, productos, instrumentos, ganancias o negocios de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o sean destinadas a estas actividades ilícitas o cuando correspondan al objeto del delito;”*.

⁴²⁰ Numeral III del artículo 8º de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

⁴²¹ Sobre el peligro objetivo, Ricardo Pérez destaca lo siguiente: *“Ahora bien, el fundamento del decomiso, puede ser ubicado en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, con la finalidad de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos —eso se puede apreciar claramente en el caso de los*

jurídico; es decir, que tienen vocación para ser empleados como medios o instrumentos de actividades ilícitas, que, de acuerdo con su naturaleza, características y las circunstancias en que se encuentren, se puede inferir que fueron utilizados en la preparación de una actividad ilícita o están siendo destinados como medio o instrumento de la misma.

c) Fundamento.

Al ser una modalidad de la causal quinta, comparte la misma naturaleza sancionatoria, toda vez que “destinar” significa *“ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”*, lo que implica el ejercicio de la capacidad dispositiva para disponer que el bien cumpla o contribuya con un fin ilícito, aspecto que de acuerdo con la naturaleza jurídica del instituto, permite identificar que en su descripción subyacen normas de determinación que legitiman el reconocimiento de la consecuencia jurídica en aquellos eventos en los cuales la destinación implica el incumplimiento de las expectativas razonables de comportamiento en el correcto ejercicio de los derechos de uso, goce y disposición inherentes a la propiedad privada dentro del marco permitido por su régimen constitucional y legal.

De la misma forma, comparte idéntico fundamento constitucional, en los principios de responsabilidad y

instrumentos—, o bien responder a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de

cumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad, pues al colocarse el bien en función de una actividad ilícita, dicho bien representa un peligro objetivo no tolerable por el ordenamiento jurídico.

d) Clases.

Se puede decir que esta causal comprende dos tipos de bienes:

1. bienes con relación funcional con la actividad ilícita

Recae sobre bienes que tienen relación funcional directa con una actividad ilícita. A diferencia de las demás causales que demanda la acreditación de una circunstancia ilícita de donde se pueda desprender un vínculo entre la actividad ilícita y el bien; en esta causal, solo basta que ese nexo de relación se pueda inferir razonablemente a través de prueba indiciaria.

Como ejemplo, se tiene el caso del vehículo que es detenido en un retén de la policía en zona de influencia guerrillera y tras ser sometido a una requisa de rutina, se encuentra una caleta en la cual se transportan ocultos proveedores sin munición y accesorios para fúsil AK47, arma prohibida que ninguna autoridad legítima del país tiene como dotación y que es de

un delito, tal el caso del decomiso del producto en sentido amplio y más específicamente el de ganancias" (Pérez Blanco, 2011, p. 5)

uso frecuente de la guerrilla y otras organizaciones criminales. Si se analiza la conducta desde el punto de vista penal, se podrá concluir que esta es atípica, porque el transporte de proveedores o partes de fúsil no se encuentra tipificado en ningún delito. Sin embargo, dadas las circunstancias y la particularidad del elemento encontrado, se puede inferir razonablemente que el vehículo está siendo destinado a la actividad ilícita de tráfico de armas, así sea por partes para evadir la responsabilidad penal; o que el mismo está en función de las actividades de la organización criminal, pues ninguna autoridad legítima requiere de ese tipo de accesorios para fúsil.

2. Sobre bienes con relación de potencialidad para estar en función de la actividad ilícita o bienes de actos preparatorios.

Esta clasificación coincide con una forma de comiso conocida como de actos preparatorios, la cual recae sobre aquellos bienes que están vinculados a una de las fases de preparación de la actividad ilícita. A diferencia de la modalidad de comiso penal, esta causal de extinción de dominio también procede sobre actos preparatorios no punibles, es decir, anteriores a la tentativa, cuando la prueba recaudada permite inferir la inequívoca relación con una actividad ilícita futura.

Es el caso, por ejemplo, de una fábrica de muebles que, de acuerdo con las investigaciones, se considera que pertenece a una organización criminal, y que al momento de ser allanada, se encuentra oculta entre una pared una palanca que activa un mecanismo hidráulico que hace que se levante una placa

de concreto en el piso, permitiendo el acceso a un sótano en el cual se encuentran cinco celdas de 3x3 Mt², protegidas con barras de acero, las cuales tienen una colchoneta y una batería sanitaria, y cadenas con grilletes adheridos a la pared, pero en el lugar no se encuentra ninguna persona retenida.

Al analizar este caso desde el punto de vista penal, resulta evidente que se está ante un acto preparatorio que no resulta punible, porque no existe principio de ejecución de una conducta concreta.

No obstante, a pesar de no encontrar una persona retenida en el lugar que permita inferir que el bien estaba siendo destinado para una actividad ilícita concreta, como secuestro, trata de personas, explotación sexual de menores, etc., la adaptación del bien, las circunstancias y características del mismo permiten inferir razonablemente que este bien tiene la vocación potencial para ser destinado a alguna actividad ilícita, lo cual estaría en contravía del cumplimiento de la función social de la propiedad.

e) Aspectos problemáticos.

Esta causal comparte los mismos aspectos problemáticos de la causal quinta.

7. Causal séptima: ganancias, rentas, frutos, y otros beneficios de bienes ilícitos.

La causal séptima también hace relación a una de las formas de comiso recomendadas en el literal c) del numeral 6° del artículo 5° de la Convención⁴²², que coincide con otras formas de comiso, como el comiso sustituto, comiso de ganancias, comiso de beneficios, o comiso de los aprovechamientos⁴²³, circunstancias que también reciben el nombre de confiscación en algunas legislaciones como la alemana, uruguaya, puertorriqueña, entre otras.

Es de precisar que la descripción de la convención es más amplia, pues hace relación a todos los bienes descritos en el citado artículo 5°, los que comprenden también los frutos de los bienes lícitos utilizados para mezclar u ocultar bienes ilícitos y los bienes equivalentes, dada la naturaleza jurídica de los bienes sobre los cuales recae, que se sustentan en normas de valoración y que permiten cuestionar fundadamente el derecho y, por tanto, lo que se derive de tal derecho espurio, siendo predicable a esta causal, el mismo principio que se reconoce en materia probatoria con relación a la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, por lo cual, los frutos, rendimientos o ganancias que genere un bien ilícito, se verán afectados por el carácter ilícito del bien que los origina.

⁴²² Forma de comiso que también está recomendada en términos similares en las convenciones de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional, y contra la corrupción, donde se considera necesario perseguir los ingresos o beneficios derivados de los bienes descritos en el artículo 5° de la convención.

⁴²³ Los aprovechamientos son descritos por Patricia Vargas como “...las ventajas que se obtienen de la explotación de las ganancias originales.” (Vargas Gonzalez, 2017, p. 8).

Lo anterior, no quiere decir que la extinción de dominio se aparta de dar alcance integral a la recomendación contenida en los instrumentos internacionales. Todo lo contrario; la recomendación se acoge y se desarrolla de manera coherente con la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, la cual es muy distinta a la naturaleza jurídica de las formas de comiso recomendadas en la norma, reconocida directamente por la misma organización (Naciones Unidas, 1999) como de naturaleza sancionatoria⁴²⁴.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, la consagra en el artículo 16 numeral 7° y recae sobre los siguientes bienes:

“Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes”.

⁴²⁴ Al respecto, los comentarios oficiales a las normas de la Convención indicaron que “5.1. La redacción del artículo 5 resultó difícil, en parte debido a las diferentes formas de decomiso que se usan en las leyes nacionales (véase el párrafo 5.7 *infra*), y en parte en razón de los diferentes conceptos de decomiso que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales, algunos de los cuales lo consideran como una medida preventiva y en otras como una sanción. Cabe tener presente que el decomiso se trata expresamente como una sanción en el inciso a) del párrafo 4° del artículo 3, donde el contexto es la necesidad que la comisión de delitos sea pasible de sanciones que tengan en cuenta la naturaleza grave de los delitos pertinentes”. (Naciones Unidas, 1999, p. 98)

Esta causal se contempla de manera general en las demás legislaciones de extinción de dominio como una forma de producto indirecto. México no tiene una causal para los frutos y rendimientos de los bienes ilícitos, pero admite esa posibilidad, pues el tema lo lleva incorporado dentro del concepto de bienes⁴²⁵. Por su parte, Bolivia no la consagra.

b) Objeto.

Al ser una forma de producto indirecto, va a recaer sobre todos los bienes que se deriven de la explotación, aprovechamiento, inversión o rentabilización de bienes que se encuentre comprometidos en las causales 1 a la 6 de extinción de dominio.

Con relación a las ganancias, se deben entender que se alude a las ganancias que no tienen una relación directa con la actividad ilícita, como quiera éstas quedan comprendidas dentro del concepto de producto de la causal primera.

c) Fundamento.

⁴²⁵ Numeral II del artículo segundo de la Ley Federal de Extinción de Dominio: "Bienes. Todas las cosas materiales que no estén excluidas del comercio ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, que se encuentren en los supuestos señalados en el artículo 8º de esta ley".

Al ser una forma de producto indirecto, comparte los mismos fundamentos de legitimación analizados en las causales uno, tres y cuatro de extinción de dominio.

Esta causa responde a la necesidad de reafirmar los valores ético-sociales, y por lo tanto, busca rechazar socialmente el valor de cualquier ganancia o fruto ilícito, o como bien lo expresa Muñoz Conde y García Aran, “evitar el enriquecimiento injusto” de los autores de una actividad ilícita (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal - Parte General, 2007, p. 607). Para ello, el cuestionamiento de ilicitud no solo recae en el producto directo o indirecto del ilícito, sino que, además, se extenderá a todas las ganancias, frutos, beneficios, o rendimientos que de él se generan.

d) Clases.

(1) Bienes que constituyen la ganancia indirecta de una actividad ilícita

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española, se entiende por ganancia “la utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción.”. Por ello, para efectos de esta causal, se tendrá por ganancias todo lo que resulte de un proceso productivo o de aprovechamiento del producto o las ganancias directas del delito. Por ejemplo, si una persona, con el producto de una actividad ilícita de minería ilegal adquiere un establecimiento de comercio, se tendrán por ganancias,

para efectos de la presente causal, lo que produzca ese establecimiento.

(2) Rentas, frutos y beneficios

Para efectos de la presente causal, estos tres conceptos son sinónimos entre sí, y se diferencian de las ganancias indirectas, porque aquí no se vinculan procesos productivos. Ejemplo de ello, los intereses financieros de recursos depositados a término fijo, las rentas que genera el arrendamiento de un mueble adquirido con recursos ilícitos, las utilidades que generan las acciones en una sociedad, etc.

e) Aspectos problemáticos.

(1) Legitimación de la extinción de las ganancias derivadas de bienes lícitos destinados ilícitamente

Consideramos que existe una imprecisión técnica con relación a la ubicación de esta causal dentro del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, pues al definir ella misma su objeto, señalando que se aplicará sobre las ganancias frutos, rendimientos etc., *“derivados de los anteriores bienes.”*, dicha regla también predicar la extinción de dominio sobre las ganancias, frutos o beneficios que producen bienes lícitos, sin que sea clara la legitimación que le permite pretender los frutos que si tendrían protección constitucional.

Al ser esta una causal de origen, se parte del supuesto de que todo lo que tiene un origen ilícito no tiene protección constitucional; y que lo que tiene origen lícito merece dicha protección, pues lo único censurable frente a este tipo de bienes es el incumplimiento de las expectativas sociales por desatención de las obligaciones inherentes al función social que debe cumplir la propiedad privada, pues no se puede desconocer la naturaleza jurídica sancionatoria de este tipo de causales, pues aquí se parte del reconocimiento de un derecho que ha nacido plenamente a la vida jurídica, pero se pierde por la desatención de las normas que regulan el ejercicio del derecho a la propiedad privada por disponer el bien en contravía de la función social que le es inherente.

No siempre que se destina un bien a una actividad ilícita, los efectos de la ilicitud se trasladan a las ganancias, rentas o frutos que puede producir dicho bien, pues a diferencia de las causales de origen ilícito, el juicio de censura que se realiza en las causales de destinación, están limitados por las condiciones objetivas de atribuibilidad, como el ejercicio de la facultad dispositiva. Por ejemplo, si el propietario de un laboratorio farmacéutico permite que su sociedad sea destinada o utilizada en actos de corrupción como medio para defraudar al tesoro público a través de contratos ilícitos de venta de medicamentos a los hospitales públicos con millonarios sobrecostos, resulta claro que dicha empresa se encuentra comprometida quinta de extinción de dominio por su destinación ilícita. Sin embargo, si esta sociedad percibe regalías por la explotación económica de sus propias patentes, no existe un fundamento válido que legitime la extinción de dichos frutos o beneficios, pues dada la

naturaleza jurídica de la extinción de dominio, sobre los derechos económicos de dichas patentes no se puede cuestionar ni su origen ni su destinación.

Lo anterior, permite llegar a la conclusión de que los únicos frutos y rendimientos que pueden ser pretendidos por vía de la causal séptima, son los bienes de origen ilícito que estén comprometidos en las causales 1, 2, 3, 4, 5, y 6; pues con relación a los frutos y rendimientos de bienes de origen lícito que se enmarquen entre las causales 5, 6, 8, 9, 10 y 11, no existe un fundamento constitucional que legitime la persecución de sus frutos o rendimientos, lo cual tomaría visos confiscatorios.

(2) Beneficios no susceptibles de extinción de dominio

El concepto frutos no es un concepto fácil, pues en realidad se trata de un producto indirecto. Se debe tener cuidado con los frutos no causales. Por ejemplo, financiación campañas políticas, pago de estudios de los hijos, entre otros eventos en los cuales, si bien se puede percibir un fruto al alcanzar el fin propuesto con la inversión ilícita, el mismo, no se enmarca dentro del concepto de bienes, evento en el cual, al poderse cuantificar, daría lugar al reconocimiento de la causal por bienes equivalentes.

(3) Casos de tensión entre frutos o beneficios de bienes ilícitos como ganancias de actividades lícitas.

Es frecuente encontrar casos de bienes que tienen su origen, fuente o capital semilla en recursos que son el producto directo o indirecto de una actividad ilícita, pero que son explotados o incrementados con el capital de trabajo o el aporte profesional de un tercero que no guarda ningún nexo de relación con la causal que compromete el capital original.

Es por ello que se hace necesario indicar que esta causal no siempre procede cuando se verifica una causalidad naturalística, pues pueden existir conflictos entre los frutos de bienes que son de origen ilícito y aquellos frutos que responden a una causa lícita por haber sido impulsados o promovidos con el trabajo o ejercicio profesional de terceros, a pesar de que de ellos no se puedan predicar su condición de terceros de buena fe exenta de culpa.

Sería el caso, por ejemplo, de un reconocido narcotraficante que le financia toda la carrera de odontología a su hijo y, al momento de graduarse, le regala un consultorio completamente dotado para que comience a ejercer su profesión, el cual es adquirido con recursos de procedencia ilícita. Sin embargo, estos bienes son aprovechados de la mejor forma por el hijo, quien durante el ejercicio profesional comienza a ganar un muy buen nombre como odontólogo, adquiriendo cierto prestigio que le permite que su consultorio crezca, pues invierte las ganancias en la constitución de una empresa de servicios odontológicos de bastante reconocimiento por la calidad de sus servicios, que a lo largo de 10 años le permite contar con sucursales en las principales ciudades del país.

En este caso, resulta indiscutible demostrar el origen de la empresa. Así mismo, se encuentra acreditado el aspecto subjetivo, pues el hijo estaba en plena capacidad de conocer el origen del consultorio y el equipo que le había regalado su padre. Sin embargo, los frutos y las ganancias que se obtuvieron responden más al trabajo, prestigio y profesionalismo del hijo que a la rentabilidad de los bienes en sí, con lo cual se genera un conflicto entre esta causal extintiva con el reconocimiento del trabajo lícito como fuente de riqueza, conflicto que a nuestro juicio deberá resolverse acudiendo a los métodos de interpretación constitucional.

8. Causales octava y novena: bienes lícitos destinados para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Estas causales están inspiradas en la recomendación prevista en el literal b) del numeral 1° del artículo 3°⁴²⁶ y en el literal a) del numeral sexto del artículo 5° de la Convención de Viena y

⁴²⁶ Esta circunstancia también está descrita en la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, en los siguientes términos: *"Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito."*

En términos similares se regula en el numeral 5 del artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, *"5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación"*.

corresponde a dos formas de comiso reconocidas en muchas legislaciones por mezcla u ocultamiento, caracterizadas porque el bien pretendido no guarda una relación directa con el delito, toda vez que se ubica en una fase post consumativa, aspecto que incrementa la dificultad de demostración de la ilicitud que subyace detrás de confundir el producto de un delito con bienes que presentan una fuente lícita. También esta causal se suele asociar al comiso del objeto de las conductas de lavado de activos, al ser el ocultamiento, una modalidad permanente en este tipo de delitos.

a) Descripción.

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, las consagra en el artículo 16 numeral 8° y 9° relacionados con los siguientes bienes:

“8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia”.

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

También son reconocidas como causales en las leyes de extinción de dominio de México,⁴²⁷ Honduras, ⁴²⁸Guatemala, y

⁴²⁷ Numeral dos del artículo 8° de la Ley Federal de Extinción de Dominio “Aquéllos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito”.

⁴²⁹El Salvador;⁴³⁰ mientras que la legislación peruana de pérdida de dominio no la prevé y la boliviana pareciera preverla, pero la limita al igual que el comiso penal, salvaguardando la parte obtenida de forma lícita⁴³¹.

Se destaca la legislación mexicana, donde se propone en el artículo 8° de la Ley Federal de Extinción de Dominio una distinción entre mezcla y ocultamiento de la siguiente manera: *“Se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito y por mezcla de bienes, la suma o aplicación de dos o más bienes;”*. En Colombia, la experiencia en la aplicación de la figura ha llevado a manejar criterios más concretos.

⁴²⁸ Numeral séptimo del artículo 11 del Decreto 27-2010: *“Cuando los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia legal, pero que hayan sido utilizados o destinados para ocultar o mezclar bienes de origen ilícito;”*.

⁴²⁹ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, literal g): *Cuando los derechos de que se trate, recaigan sobre bienes o negocios de procedencia lícita pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes de procedencia ilícita o delictiva.*

⁴³⁰ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4° literal d) *“Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que han sido mezclados con bienes de origen ilícito”*.

⁴³¹ Numeral 5 del artículo 68 de la Ley 913 de 2017: *“Los bienes, acciones y derechos derivados de actividades vinculadas al tráfico ilícito de sustancias controladas, que hayan sido fusionados, material o jurídicamente, a bienes de procedencia lícita, utilizados para ocultar aquellos, salvando la parte obtenida de forma lícita”*. Es claro que esta redacción no tiene presente los fundamentos de legitimación relacionados con la función social de la propiedad para los casos de destinación ilícita como el descrito en la norma, donde un bien lícito se destina a ocultar o mezclar uno ilícito, razón por la cual reafirmamos nuestra posición de señalar que las figuras de Bolivia, al igual que Perú y México, no responden a la naturaleza del instituto de la extinción de dominio, pero si deben reconocerse como institutos de decomiso sin condena.

b) Objeto.

Estas causales siempre van a recaer sobre bienes lícitos; es decir, aquellos productos del trabajo honesto, del pago de una indemnización, de una herencia o producto de los derechos económicos de propiedad intelectual o industrial, etc., que se ponen en función de bienes que son producto de una actividad ilícita (causal primera), ya sea para ocultarlos, dentro de una maniobra de lavado de activos o receptación; o, mezclándolos; en este último caso, el objeto será un nuevo producto: el que resulta de la “suma” de bienes lícitos e ilícitos.

Con relación al bien de ilícita procedencia que es sujeto a ocultamiento o mezcla, este debe ser uno que se encuentre comprometidos en las causales primera, segunda o tercera, por lo que se debe tener en cuenta que, atendiendo al principio de legalidad, los bienes comprometidos en la causal cuarta de extinción de dominio (no justificados), no cumplen con dicha condición, pues precisamente la finalidad de esa causal es la de establecer si un bien o un patrimonio es o no de procedencia ilícita; a menos que las dos causales, incremento patrimonial y mezcla, se demuestren conjuntamente.

c) Fundamento.

Estas son unas de las causales donde más se refleja el carácter distintivo de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio frente a la naturaleza sancionatoria del comiso penal. Sin duda,

la mezcla de bienes lícitos con ilícitos suele ser una de las causales que tiende a ser mal interpretada o incomprendida, pues incluso, desde la perspectiva penal, se ha considerado que tendría un carácter confiscatorio (Vargas González, 2017, p. 8)⁴³² y carecería de un fundamento serio que la legitime, lo que dificulta su comprensión por fuera de los cánones que sustentan las normas sustanciales de la extinción de dominio.

Si bien estas causales hacen alusión a bienes que son producto de actividades ilícitas, se debe tener en cuenta que se apoyan en normas de naturaleza jurídica sancionatoria, pues se sustentan en normas de determinación con relación al cumplimiento de las expectativas sociales frente al correcto ejercicio del derecho a la propiedad privada, causales que por tanto encuentran su legitimación constitucional en los artículos 6 y 58 de la Carta Política, siendo el incumplimiento de la función social de la propiedad su fundamento principal, pues cuando la porción lícita de un patrimonio o un bien, se pone en función de ocultar o mezclar otro de procedencia ilícita, no solo se configuran actos que suelen ser valorados desde el punto de vista penal como actos de encubrimiento o lavado de activos (aspecto que no resulta relevante para efectos de la extinción de dominio); sino que además, dicho proceder constituye un incumplimiento de las expectativas constitucionales del

⁴³² Patricia Vargas, a pesar de reconocer su naturaleza jurídica, sostiene el carácter confiscatorio de esta causal indicando lo siguiente: *"El supuesto número 6) es claramente confiscatorio. En lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, sin límite alguno. ¿Cuál es la razón, el fundamento de esto? No la hay. Especulando, podría ser el sancionar al titular de los bienes lícitos por permitir esa mezcla y, si es una sanción, hay que aplicar los derechos y garantías que se asocian a estas"*.

correcto ejercicio del derecho de la propiedad, pues la propiedad legítima, se pone en función de esconder, proteger o blindar de cualquier acción judicial tradicional, aquellos bienes que son el producto de reprochables atentados a bienes jurídicos (delitos), comportamiento dispositivo del bien (destinación) que resulta intolerable frente a los mandamientos constitucionales que regulan el régimen constitucional del ejercicio del derecho a la propiedad privada.

d) Clases.

Si bien en vigencia de la Ley 793 de 2002 estas causales se encontraban descritas como proposiciones jurídicas que formaban parte de la misma causal, las malas prácticas de extender los efectos de la mezcla a los casos de ocultamiento obligó al legislador a plantearlas en el nuevo estatuto de extinción de dominio como causales independientes, a pesar de que ambas causales responden al mismo criterio de ser causales de destinación ilícita que recae sobre bienes de origen lícito que guardan una relación indirecta con la actividad ilícita, con lo cual, cada causal es la expresión de la misma figura.

(1) Bienes de origen lícito destinados a mezclar bienes de ilícita procedencia.

La mezcla suele ser el producto típico de una operación de lavado de activos. Si bien las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales exhortan a adoptar dentro de la legislación interna el comiso de bienes lícitos que se mezclan con ilícitos, facultando a los países a limitar el monto de la afectación sólo a lo ilícitamente adquirido⁴³³, en Colombia, dada la naturaleza jurídica sancionatoria que subyace en esta causal y sus fundamentos de legitimación sustentados en los artículos 6 y 58 de la Constitución Política, la pretensión siempre se aplica al producto resultante entre la combinación de los bienes lícitos con los ilícitos, pues se parte de la idea de que la porción de bienes lícitos puestos en función de la mezcla, no cumplen con la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada.

⁴³³ Esta limitación estuvo vigente en Colombia hasta la entrada en vigencia de la Ley 793 de 2002, como quiera que la primera ley de extinción de dominio, Ley 333 de 1996, se había considerado como un límite razonable, lo cual se había encontrado ajustado a la Constitución en los siguientes términos. *"La norma enjuiciada cubre tanto los bienes muebles e inmuebles, como los frutos, productos y rendimientos de ellos, lo cual parece lógico si se tiene en cuenta el carácter ilegítimo de la propiedad, aunque debe aclararse, como lo hace el legislador, que, si se mezclan bienes de procedencia ilícita con otros que fueron adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito, distinción razonable y necesaria, porque el fundamento de la extinción del dominio está en la adquisición, no ajustada a Derecho, o contraria a la moral pública, del bien correspondiente. Resultaría opuesto a la seguridad jurídica y altamente lesivo del artículo 6 y del mismo 34 de la Constitución un precepto general e indiscriminado que llevara a aplicar tan grave sanción a una persona sobre la totalidad de su patrimonio sin introducir diferenciación alguna entre los bienes según su origen."* (Sent. C-374/97). Sin embargo, se debe precisar que el citado análisis de constitucionalidad se realizó con relación a los presupuestos contenidos en el artículo 34 de la Carta Política, es decir, desde la perspectiva del origen ilícito. Pero cuando el análisis se hizo con relación al deber de cumplimiento de la función social de la propiedad contenido en el artículo 58 de la constitución, resultó necesario reconocer que dicha interpretación tenía visos de inconstitucionalidad.

Entre los eventos más frecuentes de mezcla se tienen todos los casos de mejoras sobre bienes, modificaciones, adiciones, actualizaciones o anexiones realizadas con el producto de una actividad ilícita, incrementando el valor del bien lícito. Es el caso, por ejemplo, de la hacienda improductiva por la mala calidad de sus suelos, pero que con el producto de un tráfico ilícito, su dueño le invierten millonarios recursos para instalar un moderno sistema de riego que convierte un terreno árido en apto para cultivar; o el caso del servidor público que en el terreno heredado de sus padres construye una mansión con el producto de un peculado; o el del extorsionista que adquiere los predios adyacentes a su casa y los engloba en uno solo. También encontramos mezcla en las sociedades que dentro de una operación de lavado de activos comienzan a sustituir sus gastos e ingresos operativos con dineros ilícitos. Otro ejemplo de mezcla se puede dar con la fiducia de construcción cuando una persona entrega su casa a una fiducia a cambio de unos apartamentos, si la construcción se da con recursos ilícitos y el dueño de la casa conoce el origen de lo que se invirtió en el bien, se predica mezcla.

La mezcla se distingue del ocultamiento, en la imposibilidad de distinguir, a simple vista, los bienes lícitos de los ilícitos; es decir, sin necesidad de dictamen alguno; o como se dice coloquialmente, cuando del bien resultante de la mezcla no se puede conocer cual es lícito y cual no, por lo que siempre que hay mezcla se procede sobre un producto nuevo, distinto a los bienes originalmente mezclados.

(2) Bienes de origen lícito destinados a ocultar bienes de ilícita procedencia

El ocultamiento constituye una operación más sencilla, pues a diferencia de la mezcla, los dos tipos de bienes, lícitos e ilícitos, siempre será fácilmente distinguibles a simple vista. Es el caso de quien presta el garaje de su casa para permitir esconder un vehículo hurtado; o los casos de contrabando técnico, donde la mercancía lícitamente importada es puesta en el mismo contenedor en función de ocultar la que llega de contrabando; o el certificado de depósito a término fijo que es producto de los ahorros de una persona que se incrementa con los recursos obtenidos por el tráfico de especies silvestres, etc.

e) Aspectos problemáticos.

(1) Ocultamiento de bienes o recursos ilícitos en sociedades

En materia de sociedades esta causal suele ser confundida con la de mezcla, por lo que el legislador encontró necesario manejarla de manera independiente. Ejemplo de ello, cuando en una sociedad se le permite el ingreso a un nuevo socio quien adquiere el 15% de la participación accionaria de la sociedad con recursos ilícitos. En este caso, este quince por ciento siempre estará cuantificado o será cuantificable, razón por la cual, los recursos ilícitos no se logran confundir con toda la sociedad y solo serán perseguibles por esta causal, los derechos de los socios que permitieron conscientemente el ingreso de los dineros espurios.

(2) Valoración extensiva de las causales

El principal presupuesto probatorio de estas causales exige que las calidades de lícito e ilícito de los bienes comprometidos se encuentren acreditadas, es decir, que exista un bien lícito, respecto del cual no existan elementos para desvirtuar o cuestionar su presunción de licitud; y, en segundo lugar, se requiere acreditar que el bien que se reputa ilícito, es producto directo o indirecto de una actividad ilícita, es decir, que el nexo entre el bien ilícito y la actividad ilícita se encuentre debidamente acreditado, condición que solo se cumple cuando el bien que es objeto de ocultamiento o mezcla se encuentra comprometido en la causal primera, segunda o tercera de extinción de dominio, donde la procedencia ilícita ya está establecida.

Si bien la causal cuarta, sobre bienes que representan un incremento patrimonial injustificado, también es una causal de origen ilícito, esta no cumple con el presupuesto del objeto que demandan las causales octava y novena, como quiera que dicha causal tiene precisamente como finalidad establecer esa procedencia ilícita; además, porque en su esencia, la causal de no justificación lleva implícita la discusión de la existencia de una mezcla ilícita de patrimonios. Por esta razón, los bienes investigados por la causal cuarta, no cumple con los presupuestos de las causales octava y novena, lo que permite concluir que estas causales son incompatibles con la causal cuarta y, por ello, una aplicación extensiva de estas causales a

los casos de bienes no justificados constituye una mala práctica que desconoce los principios y las garantías constitucionales del afectado, por la inobservancia del principio de legalidad.

(3) Casos de aparente mezcla

¿Este aspecto problemático parte del interrogante de si un patrimonio ilícito se puede legalizar? A nuestro juicio, se debería analizar caso por caso, especialmente frente a la causal de mezcla, pues todo depende de la disposición que se tenga del bien ilícito. En principio, lo que tiene origen ilícito no se puede legalizar. Sin embargo, habrá casos complejos de aparente mezcla, donde se podrán confundir patrimonios lícitos con ilícitos.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la mezcla recae sobre bienes lícitos que se mezclan con ilícitos y no al revés. Sí bien, a primera vista el orden no alteraría la consecuencia jurídica, en la práctica, si se puede dar un conflicto entre la propiedad ilícita con la que legítimamente debe ser objeto de protección constitucional. Atendiendo a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio que reconoce estas causales como de naturaleza sancionatoria, resulta claro que si alguien tiene un bien lícito, y lo mezcla con otro ilícito, está actuado en contravía de normas de determinación que le dicen como debe ser el ejercicio lícito del derecho a la propiedad; es decir, se actúa consciente de que la parte lícita se pone en función para lavar, ocultar o dar apariencia de legalidad a lo ilícito, lo cual, sin

duda, está en contravía del artículo 58 de la Constitución Política.

Situación distinta se presentan cuando la persona tiene un bien ilícito y un tercero que ostenta una relación jurídica legítima frente al mismo bien, comienza a invertir con el producto del trabajo lícito sin la intención de lavar. En este evento tendríamos otro conflicto entre los bienes ilícitos comprometidos con una causal de extinción de dominio con el producto del trabajo lícito.

Es el caso del narcotraficante que entre sus bienes de fortuna deja una sociedad comercial que se constituyó con recursos ilícitos junto con su esposa y sus hijos menores de edad. Sin embargo, diez años después de la muerte del padre, cuando los hijos son mayores de edad y profesionales, reactivan la empresa y con su trabajo lícito la posicionan en el mercado, lo que les permite ampliar la sede y construir un edificio sobre el lote donde estaba la empresa familiar. Sin duda, este es otro caso que debe ser resuelto a través de un test de razonabilidad aplicando métodos de interpretación constitucional.

9. Causal décima y undécima: Bienes equivalentes

Los bienes por valor equivalentes, también conocidos como bienes por valor correspondiente, equiparable, sustitutivo o de reemplazo, son una forma de comiso indirecto que también fue adoptada de la recomendación prevista en el literal a) del

numeral 1° del artículo 5° de la Convención de Viena⁴³⁴, que ha sido acogida como un presupuesto de extinción de dominio a través de las causales diez y once (L. 1708, art. 16, nums. 10 y 11).

a) Descripción

El Código de Extinción de Dominio de Colombia, Ley 1708 de 2014, consagra los bienes por valor equivalente como causales en su artículo 16 numerales 10 y 11 relacionados con el siguiente tenor normativo:

“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”.

“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”.

Se debe precisar que estas causales no gozan de una total autonomía, pues son presupuestos de extinción de dominio subsidiarios, condicionados o residuales, ya que se encuentran

⁴³⁴ Esta norma recomienda incorporar las formas de comiso indirecto de bienes cuyo valor es equivalente o correspondiente al producto de los delitos. Esta forma de comiso indirecto está descrita con similar literalidad en las convenciones de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional, y contra la corrupción, conocidas como las convenciones de Palermo y Mérida, respectivamente.

supeditados a la verificación objetiva de circunstancias que imposibiliten la efectividad de otras causales previamente demostradas. De ahí que, durante la vigencia de las leyes 333 de 1996 y 793 de 2002, los bienes por valor equivalentes se encontraban por fuera del catálogo de las causales extintivas, pues su reconocimiento solo podía realizarse en la sentencia, luego de que se demostrara la imposibilidad de efectividad de la causal que comprometía de manera directa al bien perseguido, condición que se debía verificar durante los debates probatorios previstos en la etapa de trámite, en sede de Fiscalía, o a través de la actividad probatoria que debía agotarse durante el juicio.

El Código de Extinción de Dominio presenta un cambio sustancial frente al tratamiento de los bienes equivalentes, pues a pesar de su condición residual o de subsidiariedad, los reconoce como nuevas causales. Esta transformación se logra gracias a los cambios introducidos en la dinámica probatoria del trámite extintivo, al acoger en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio las recomendaciones contenidas en el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, que establece cuales son los fines que se deben alcanzar durante la fase inicial o de investigación; de ahí que se impone a la Fiscalía una exigente carga probatoria previa a la solicitud de extinción de dominio, exigiendo, entre otros aspectos, el deber de *“Buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales de extinción de dominio que se invoquen”*. En otras palabras, la pretensión de extinción de dominio sobre bienes por valor equivalentes presenta las mayores exigencias probatorias, toda vez que, tanto la acreditación de la causal que compromete directamente los

bienes, como los elementos estructurales que se exigen para su reconocimiento (los cuales se analizarán más adelante), se deben demostrar previamente durante la fase inicial o preprocesal de investigación.

Honduras⁴³⁵ y Guatemala⁴³⁶ adoptan la redacción que en su momento previó la Ley 793 de 2002 y padecen por tanto, las mismas limitaciones, ya que desconocen el carácter de causal de los bienes equivalentes y los describe por fuera del catálogo de presupuestos de privación o extinción de dominio. Frente a la norma guatemalteca, llama la atención la exclusión de la consecuencia jurídica de los bienes objeto de simulación, pues la regla general es que la pretensión no procede sobre los bienes pertenecientes a terceros de buena fe exenta de culpa, pero la norma de Guatemala extiende esta excepción a los casos de simulación, que por experiencia, constituyen la tipología o mecanismo más común de evasión de la acción de extinción de dominio, por lo cual, esta disposición termina restando eficacia al instituto.

⁴³⁵ Artículo 12. Decreto 27-2010. **“Los bienes equivalentes.** En aquellas circunstancias en las cuales no resulte posible ubicar los bienes, productos, instrumentos o ganancias, o dictar la privación definitiva del dominio de bienes determinados sobre los cuales se haya entablado la acción, el Juez, en la sentencia declarará la privación definitiva del dominio sobre los bienes o valores equivalentes del mismo titular.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se interpretará en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de responsabilidad”.

⁴³⁶ 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 de negocio.

Por su parte El Salvador sí reconoce los bienes equivalentes como causal autónoma⁴³⁷, mientras que Perú, Bolivia y México no las contemplan en sus ordenamientos jurídicos.

b) Objeto.

Los bienes por valor equivalente siempre recaen sobre bienes de legítima procedencia que tienen un valor igual o equiparable al valor predeterminado de otros bienes de origen ilícito que no se pueden extinguir y que pertenecen al mismo titular. Por esta razón, consideramos que los bienes equivalentes son causales híbridas que guardan características reales y personales, pero dada su naturaleza jurídica, se pueden considerar prevalentemente reales.

A través de estas causales, que corresponde a una modalidad de comiso indirecto, se pretende evitar la “impunidad” en materia de persecución de bienes ilícitos, pues busca hacer efectiva las acciones de comiso teniendo como referencia el valor de los bienes ilícitos, para aquellos casos en los cuales se frustra o neutraliza una pretensión de comiso o extinción de dominio.

⁴³⁷ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal f) “Cuando se trate de bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a los bienes que se encuentran considerados dentro de los presupuestos de los literales anteriores y no haya sido posible su localización, incautación o aplicación de cualquier otra medida cautelar.”; y Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal g) “Cuando se trate de bienes de origen lícito pertenecientes a la persona contra quien se ejerza la acción de extinción de dominio, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los literales anteriores y se haya acreditado sobre éstos el derecho de un tercero de buena fe exenta de culpa, conforme a la presente ley”.

Es considerada una causal normativa, donde el legislador acude a una ficción jurídica mediante la cual se le da a un bien el tratamiento de otro. Es de anotar que este tipo de equivalencias o ficciones no son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico, ni son exclusivas de esta figura jurídica, pues ya en materia penal se tienen varias equivalencias, como la contenida en el artículo 20 del Código Penal, mediante la cual, en virtud de la teoría de la función pública, la actuación de un particular corresponde normativamente a la de un servidor público; o la contenida en el artículo 25 del estatuto punitivo, que consagra la denominada “cláusula de equiparación valorativa” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal - Parte General, 2007 Pg. 242), donde la omisión se equipara a la acción; o la equivalencia que se registra en la parte especial del Código Penal, descrita en el artículo 278, mediante el cual unos títulos valores se equiparan normativamente a moneda circulante. En este caso, por referencia normativa, un bien lícito se equipar en sus efectos jurídicos a un bien ilícito.

c) Fundamento.

La naturaleza civil también sirve de sustento al reconocimiento de los denominados “Bienes equivalentes”, sobre los cuales se puede predicar que también responde a criterios de valorativos con relación a la comprobación de objetividades concretas, como la preexistencia de un bien de origen ilícito; la

imposibilidad de pretenderlo por vía de la acción extintiva, y la existencia de bienes lícitos que desde el punto de vista civil presentan una vocación general de servir de garantía para el cumplimiento de obligaciones, bastando solo la verificación formal de estos presupuestos para el reconocimiento de la consecuencia jurídica de la extinción de dominio.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la esencia de la extinción de dominio por bienes equivalentes se va a sustentar en simples normas de valoración que establecen unas circunstancias fácticas que no demandan realizar ningún juicio de valor de tipo subjetivo frente a normas de determinación, los cuales se quedan reservados a las otras formas de extinción de dominio a través de las causales de destinación ilícita, o en los eventos en que se constate un acto contrario a la buena fe exenta de culpa.

Esta naturaleza civil también ha sido reconocida por la doctrina en materia del comiso por bienes equivalentes, pero con otro fundamento. Al respecto Gascón Inchausti sostiene lo siguiente:

La figura del decomiso de valor abre las puertas, de hecho, a que la orden de decomiso acabe convirtiéndose en la reclamación de un crédito dinerario dirigido contra el autor de la infracción penal que, de no ser satisfecho, puede conducir al decomiso-embargo de bienes del delincuente: se trata de un mecanismo habitual en otros ordenamientos tanto de corte angloamericano, como continentales al que, en virtud de las normas sobre cooperación, pueden tener que acabar dando cumplimiento nuestros propios tribunales. (Gascón Inchausti, 2007, p. 66)

No obstante lo anterior, se debe aclarar que a pesar de que a los bienes equivalentes se les reconoce una naturaleza jurídica civil, ello no quiere decir que puedan ser invocados para perseguir bienes de interés de la denominada pretensión civil dentro del proceso penal, es decir, esta causal no puede ni debe ser invocada para efectos de garantizar los fines de reparación o indemnización de perjuicios a que se pueda ver obligado el afectado, ya sea como autor o participe de un delito, o por ser considerado tercero civilmente responsable, pues ello desbordaría de manera grave el ámbito de aplicación normativa de la extinción de dominio y adquiriría rasgos confiscatorios, toda vez que la responsabilidad civil presenta fundamentos de legitimación muy distintos a aquellos que sustentan la pretensión extintiva; además, que dicha pretensión civil está dotada de una serie de garantías del debido proceso que difieren ostensiblemente a las que se reconocen en el proceso de extinción de dominio pues, en primer lugar, las medidas cautelares del trámite extintivo resultarían excesivas para tal fin, pues generalmente el titular bien afectado con fines de reparación o indemnización de perjuicios mantiene su derecho de disposición y lo puede entregar en todo o en parte en dación de pago; y, en segundo lugar, las exigencias de su reconocimiento son ajenas a la naturaleza misma de la extinción de dominio, pues se debe recordar que la pretensión civil solo procede cuando la responsabilidad penal ha sido declarada, requisito que como se ha analizado durante el presente estudio, no puede ser considerado como un presupuesto para el reconocimiento de la extinción de dominio, dada su naturaleza jurídica y las características propias de la acción.

d) Clases.

(1) Cuándo es imperativo reconocer los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.

Es el caso más frecuente de bienes equivalentes, el cual surge cuando el bien que representa el producto de la actividad ilícita es transferido o grabado en su totalidad a favor de un tercero que actúa ceñido a los postulados de la buena fe exenta de toda culpa, y no es posible perseguir los bienes sustitutos, como en los casos de venta de un inmueble adquirido con el producto de un tráfico de personas, el cual es adquirido por un tercero de buena fe quien actúa exento de toda culpa, y el valor que dicho tercero canceló por el bien no puede ser perseguido. En este caso la ley habilita al Estado a buscar bienes lícitos del mismo titular, que equivalga a valor del bien que pago el tercero en la adquisición de este.

También se puede presentar en el evento en que el bien es adquirido con recursos ilícitos y es comprado con reserva de dominio, la cual condiciona la adquisición del derecho a que se cumpla con la condición del pago total. En el caso que la afectación proceda antes del cumplimiento de dicha condición y se reconozca la condición de tercero de buena fe al vendedor, se estaría habilitando a perseguir bienes por valor equivalente al del bien cuyo derecho de dominio no se logró consolidar.

También existe la necesidad de acudir a perseguir bienes por valor equivalentes, en aquellos casos donde el juez reconoce a favor de un acreedor prendario o hipotecario la efectividad de la garantía real frente a un derecho de crédito adquirido de buena fe.

(2) Cuando se acredita la imposibilidad de identificar, ubicar o localizar el bien investigado

Esta modalidad de bienes equivalentes se da en aquellos casos en los cuales el bien ilícito queda por fuera del alcance de la acción de la justicia. Son varios los eventos en los que la investigación permite conocer, con probabilidad de verdad, que existen bienes de origen ilícito por un valor comprobable, como por ejemplo intervenciones telefónicas, incautación de cartas de propiedad, declaración de testigos, etc., pero al momento de realizar la ubicación o afectación material, resulta imposible encontrarlos.

Es el caso, por ejemplo, de la información que se obtiene en una investigación por lavado de activos, donde se conoce que el lavador adquiere para un cliente un yate de lujo, por valor de un millón de dólares, hecho que es corroborado con la empresa que lo vendió y la declaración del lavador tras su captura, quien se ofreció a brindar su cooperación. Sin embargo, tras verificar todas las capitanías de puerto del país y entidades relacionadas, resulta imposible ubicar físicamente la

embarcación, desconociéndose si la misma fue registrada en el país o con otra bandera, evento en el cual surge la posibilidad de acudir a la figura de bienes equivalentes al valor cancelado por el bien ilícito.

Resulta importante dejar en claro que esta causal hace relación a la imposibilidad de identificación, localización o ubicación del bien ilícito, lo que demanda como presupuesto previo, que se realice una investigación completa durante la fase inicial dirigida a cumplir dichos fines; pues cuando la imposibilidad de identificación, ubicación o localización sobreviene por ausencia, negligencia o deficiente investigación, la afectación de bienes lícitos tendría matices confiscatorios, pues las deficiencias investigativas del Estado no pueden ser trasladadas al afectado por esta vía.

(3) Cuando es imposible la afectación material

En este evento la investigación va a tener claridad sobre cuál es el producto del delito, en donde se encuentra o en qué se convirtió, pero su nueva forma no coincide con el concepto de bienes que trae la ley de extinción o no podrían ser susceptibles de afectación material, como sería el caso en que los bienes son ubicados en un “paraíso fiscal” donde no es posible invocar la cooperación judicial para hacer efectiva su afectación.

Existen eventos en los cuales el producto ilícito se transforma en algo que no se enmarca dentro del concepto de bien previsto

en el Código de Extinción de Dominio, como por ejemplo, en las acciones de penetración del crimen organizado, se financia una campaña política y lo que se obtiene como producto es la elección en un alto cargo de un funcionario afín a los intereses de la organización criminal; también se puede dar la financiación de una carrera profesional, como aquellas acciones a largo plazo en las cuales la organización criminal financia la carrera policial, militar, para tener miembros de la organización criminal infiltrados al interior de estas instituciones; en estos eventos, la fuente ilícita no puede cuestionar los logros personales, pero sí habilita a perseguir bienes por valor equivalente al dinero ilícito invertido para alcanzar dichos fines.

En ocasiones, el producto ilícito si se puede identificar o localizar, pero resulta inviable la aprehensión material del bien, como cuando con el producto de un homicidio, un sicario recibe 15 mil dólares que invierte en el aumento del busto y glúteos de su novia; en este caso, la transformación del producto no puede ser pasible la acción extintiva ni objeto de medida alguna, a pesar de ser ubicada e identificada. También se verifica esta hipótesis cuando el producto de la actividad ilícita se encuentra en un país con el que no existe cooperación judicial internacional en materia de bienes.

El mismo tratamiento procede en los casos que el producto ilícito es consumido, destruido, despilfarrado o resulta necesaria su destrucción, como cuando el delincuente se gasta el producto del ilícito en derroche, bebida, fiestas, etc.; o cuando lo invierte en un caballo de pasó que se muere antes de la investigación, o; en los eventos en que el producto está

representado en bienes que deben ser destruidos, como el caso de insumos químicos, como sería un bicarbonato de sodio vencido, etc.

e) Presupuestos.

A diferencia de las anteriores causales, la pretensión de extinción de dominio sobre bienes equivalentes reviste mayor complejidad para su estructuración, pues en esta figura concurren diferentes fundamentos de legitimación, tanto del sistema personal como del real; por ello, su reconocimiento va a exigir la acreditación de distintas circunstancias de carácter real y personal, a saber:

1. La demostración de la existencia de bien ilícito de imposible incautación o extinción, cuyo valor se toma como referencia para la estructuración de la pretensión.
2. La constatación de un factor que frustre o neutralice la posibilidad de incautación material o extinción real del bien ilícito, de acuerdo con las circunstancias descritas en el literal anterior.
3. La comprobada imposibilidad de perseguir bienes sustitutos o el producto de una transformación, en aquellos

eventos en que el bien ilícito es transferido o transformado en otro, como cuando delincuente vende un bien producto de un cohecho, pero el mismo es vendido a favor de un tercero que lo compra de buena fe exento de culpa.

4. La identidad del titular del bien ilícito cuyo valor sirve de referencia a la pretensión de equivalencia y el bien lícito que se toma en su reemplazo, pues dada la particular condición *ad personam* que caracteriza esta causal, su reconocimiento queda condicionado a que el dueño del bien ilícito sea al mismo tiempo titular del bien legítimo que se toma como equivalente.
5. La acreditación del carácter lícito del bien sobre el cual se dirige la pretensión de comiso; es decir, que el bien pretendido provenga de una fuente legítima, ya sea porque fue adquirido con el producto de un trabajo lícito, de una herencia, de una indemnización judicial o extrajudicial, etc.

f) Aspectos problemáticos.

(1) Extensión de los bienes equivalentes a los bienes de destinación ilícita

De acuerdo con la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, los bienes por valor equivalente solo tienen justificación

con relación a los bienes de origen ilícito, pues como se mencionó, se sustenta en normas de valoración que no demandan ninguna censura desde el punto de vista subjetivo. Por ello, consideramos que la redacción de la causal decima no es afortunada, al fijar como objeto de esta causal todos los bienes relacionados en las causales anteriores, incluyendo los de destinación ilícita, los cuales se fundamentan también en el peligro que representan para lesionar bienes jurídicos en contravía de la función social que debe cumplir el derecho de propiedad, razón por la cual, si se determina que un bien representa un peligro potencial, ya sea por su naturaleza o por el riesgo que representa al estar en manos de quien está comprometido con una actividad ilícita, no tiene sentido buscar un bien distinto, que, a pesar de tener el mismo valor económico, no va neutralizar el riesgo que se pretende contrarrestar con la pretensión sobre el bien de destinación ilícita.

Si bien se reconoce que esta consecuencia jurídica está dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, y quedaría enmarcada dentro de la facultad legal de fijar los eventos en los cuales procedería la extinción de dominio, creemos que se con este tipo de inconsistencias que desconocen la naturaleza jurídica del instituto, se abre la puerta a formas disimuladas de confiscación.

(2) Estimación del valor del bien equivalente

Uno de los problemas que se suele presentar en la práctica tiene que ver con la estimación del valor del bien sobre el cual se fija la correspondiente equivalencia, pues la norma no es clara en determinar si este se establece con el valor del bien que es producto directo, o el bien producto indirecto, el valor comercial de compra⁴³⁸ o el valor que realmente recibió el afectado en el traspaso del mismo.

Es el caso, por ejemplo, de quien recibe 50 mil dólares como producto directo del pago de un rescate en un secuestro extorsivo y compra un vehículo nuevo por ese valor, pero a los dos años lo vende a un tercero de buena fe exenta de culpa, en 30 mil dólares, cuando el valor comercial, en condiciones del mercado, era de 40 mil dólares.

Al respecto vemos que hay un margen de maniobra bastante amplio que puede generar espacios de inseguridad jurídica, pues la norma, lo único que tiene de referencia es el bien “los bienes descritos en los numerales anteriores” o el “producto directo o indirecto”, y no propiamente el producto ilícito, que para este ejemplo, en un momento dado, fue el mismo. Nuevamente nos encontramos frente a un problema que debe

⁴³⁸ Esta parece ser la tendencia en la legislación europea, como bien lo resalta Teresa Aguado al precisar que “...la última cláusula, que en realidad no constituye ninguna novedad, se limita a aclarar que el valor a tener en cuenta para calcular el valor económico de los mismos es el del momento de adquisición, de manera que en los casos en los que haya disminuido su valor económico desde ese momento, se deberá acordar el comiso por valor equivalente de otros bienes por una cantidad que corresponda a la diferencia que hay entre el valor económico de los bienes cuando se adquirieron y en el momento de acordar el comiso. La referencia a la forma de incorporación al patrimonio del bien a través de la adquisición excluye inexplicablemente otras formas de incorporación al patrimonio del sujeto distintas, de ahí que sea preferible suprimir la referencia a la adquisición, y sustituirla por el “valor de lo obtenido”.” (Aguado Correa, 2014, p. 16).

ser resuelto desde la perspectiva constitucional, realizando el correspondiente test de ponderación para evitar casos de injusticia.

(3) Aparente enriquecimiento sin causa del Estado en los casos de enajenación del bien pretendido

La enajenación del bien de origen ilícito pretendido puede dar lugar a la extinción de dominio sobre bienes por valor equivalente, siempre y cuando no exista la posibilidad de acudir a la persecución del bien sustituto en los casos de venta o permuta, lo que permitiría perseguir el dinero pagado por el bien vendido, o de pretender el bien por el cual fue permutado, evento último que se ubica dentro de la causal de transformación o conversión, por ser una forma de transformación jurídica del bien.

En otras palabras, la enajenación del bien, por sí misma, no habilita a la persecución de bienes por valor equivalente; solo procede cuando compromete los derechos de terceros de buena fe que actúan exentos de toda culpa, como se analizó al momento de estudiar la primera modalidad de bienes equivalentes.

Sin embargo, existe el dilema de precisar el objeto sobre el cual debe recaer la pretensión en aquellos eventos en los cuales existe la posibilidad de perseguir el valor pagado por el bien pretendido, ya sea como producto indirecto (bien sustituto) o

por transformación, en el caso de las permutas y, a su vez, se comprueba que el adquirente del bien originalmente pretendido actuó con dolo o mala fe, a pesar de emplear recursos lícitos en la transacción, lo cual habilitaría también a perseguir el bien objeto de enajenación, por el dolo o la mala fe del adquirente.

En este caso, si bien a primera vista pareciera que puede generarse un posible enriquecimiento sin causa a favor del Estado, pues la extinción de dominio resulta procedente sobre el bien sustituto o transformado y, al mismo tiempo, permitiría desconocer la consolidación del derecho en contra del tercero que actúa de mala fe, se debe reconocer que no existe ningún parámetro normativo que permita buscar una solución optativa para preferir una u otra opción, pues de acuerdo con la naturaleza, autonomía e independencia del instituto, la pretensión sobre los dos bienes sería legítima a la luz de los fundamentos de legitimación constitucional de la extinción de dominio.

Lo anterior, pues se debe recordar que con relación a bien sustituto que se encuentra en una circunstancia de producto indirecto o transformado, la consecuencia jurídica responde por la invalidez del acto constitutivo del derecho; es decir, como consecuencia civil de la actividad ilícita, por lo cual, el derecho no nace a la vida jurídica y por lo tanto, su transformación en dinero o en otro bien, no legitima su origen.

De otra parte, con relación al adquirente de mala fe, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la extinción de dominio analizada en los capítulos precedentes, se reconoce que la

consecuencia jurídica se impone a título de sanción, por desatender normas subjetivas de determinación relacionadas con la forma de disponer de sus recursos o bienes lícitos, que se emplean conscientemente para adquirir y consolidar el derecho a la propiedad, lo que traducido a una tipología de lavado de activos, se debe reconocer como una forma de facilitar o contribuir con un acto de lavado de activos del tradente, y en tal sentido, tanto el dinero lícito o los bienes utilizados para pagar el bien, como el bien adquirido, no tendrían protección constitucional y por tanto, serían pasibles de la acción extintiva sin generar ningún enriquecimiento sin causa del Estado.

IV. CONCLUSIONES

- El examen profundo de las normas sobre las que se construye la extinción de dominio contenido en el nuevo Código, permite concluir que es imposible reconocer o encasillar a la extinción de dominio bajo una naturaleza jurídica única, comoquiera que este instituto no es otra cosa que la extrapolación de distintas formas de comiso penal, las cuales han tenido un desarrollo dogmático amplio, reconociendo en ellas circunstancias de comiso que también responden a distinta naturaleza jurídica, según se trate de bienes viciados por su origen delictivo (bienes que son producto, objeto, efectos, derivados, transformados, frutos, ganancias, etc.); o cuestionables por el peligro o riesgo de lesión para la afectación de un bien jurídico (por la destinación, uso o disfrute de dichos bienes), cuando estos se ponen en función de la ejecución o consumación del delito. La extinción de dominio solo adopta esta variedad de formas de comiso que responden a una distinta naturaleza, pero las dota de unos fundamentos de legitimación diferente a aquellos que maneja el derecho penal, pues la consecuencia jurídica ya no la puede sustentar en la ilicitud o peligro que se deriva del delito penal, sino en otros factores independientes.
- La naturaleza de la extinción de dominio es muy distinta de aquella reconocida por la Corte Constitucional, que la dota de una identidad procesal (acción de extinción de dominio) de naturaleza constitucional, para reconocer a la extinción

de dominio como un instituto de derecho sustancial de naturaleza mixta o compuesta, pues de una parte, es una consecuencia civil de las actividades ilícitas sustentada en normas objetivas de valoración, como sucede con relación a las causales de origen ilícito y de bienes equivalentes; y, de otra, su naturaleza es sustancialmente sancionatoria, sustentada en normas subjetivas de determinación, relacionadas con la valoración de una conducta del titular del derecho, relacionada con el riesgo o peligro que genera el incumplimiento de las expectativas sociales de comportamiento relacionadas con la adquisición (en el caso de terceros), el ejercicio y disposición del derecho de propiedad, por la inobservancia de los mandatos u obligaciones inherentes al régimen constitucional y legal de la propiedad privada, naturaleza que sirve de sustento a las causales de uso o destinación ilícita.

- La naturaleza civil de la extinción de dominio relacionada con las causales de origen ilícito permite sustentar algunas de las características que permiten definir la identidad del instituto, como la intemporalidad, pues al reconocer que la extinción de dominio no es una pena, bien se puede hablar de imprescriptibilidad y retrospectividad en la aplicación de sus normas sustanciales. Así mismo, esta concepción “no penal” también repercute en aspectos probatorios y procesales, como la dinamización de la carga de la prueba y el reconocimiento de garantías procesales distintos a las del rito penal, las cuales terminan siendo incompatibles con la naturaleza sustancial del instituto, como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la favorabilidad penal, entre otros.

- No obstante lo anterior, se debe reconocer también que la definición dual de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, si bien permite justificar su carácter intemporal, también permite cuestionar su alcance, como quiera que todos los fundamentos brindados por la Corte Constitucional que sustentan hoy en día esta característica en el nuevo Código de Extinción de Dominio, solo tienen validez frente a las causales de origen ilícito, pero no con relación a las causales de destinación ilícita, o en los eventos de adquisición de mala fe, pues en estas circunstancias no hay ninguna discusión o valoración sobre el nacimiento del derecho, pues se parte de la presunción de licitud, por lo que los argumentos esbozados por la Corte Constitucional no pueden tener aplicabilidad, lo cual imprime ciertos rasgos confiscatorios, cuando se extienden estas características a los casos mencionados. En los eventos donde se cuestiona la destinación ilícita de un bien, es indispensable realizar una valoración subjetiva con relación al cumplimiento de las expectativas de comportamiento por parte del titular, ya sea frente a normas subjetivas de determinación, o con relación a la observancia de los postulados de debida diligencia o de buena fe objetiva, por lo cual, se debe realizar un juicio de valoración subjetiva y la consecuencia jurídica se impondría a título de sanción; de ahí que reconocer la retrospectividad en estos dos eventos, constituyen un exceso que no tiene un fundamento lógico razonable, lo cual cobra visos de confiscación. Frente a este aspecto, reconocemos como buena práctica el tratamiento que se le da a este tema en la Ley Federal de Extinción de Dominio de México, donde por ejemplo, atendiendo a la naturaleza mixta de la extinción de

dominio, se reconoce la imprescriptibilidad para los casos de bienes de origen ilícito, mientras que para los demás eventos, se establece una caducidad de la acción de 30 años.

- De otra parte, la naturaleza sancionatoria de la figura, permite reconocer la necesidad de la valoración de los aspectos subjetivos en las causales de destinación ilícita o de adquisición de bienes de origen ilícito por terceros sin relación directa con la causal, por lo que en este trabajo se propone reconocer a la buena fe objetiva, calificada o exenta de culpa, como el elemento subjetivo de la extinción de dominio, la cual, a diferencia de lo reconocido por parte de la doctrina y la jurisprudencia, este componente subjetivo no solo sería predicable en las causales de origen, como se ha sostenido hasta el momento, sino que también debe reconocerse en las causales de destinación ilícita, dado el carácter general del artículo 83 de la Constitución Política; para ello se debe tener presente como principal referente de valoración la culpa psicológica y la culpa normativa, según se trate de su verificación en las causales de origen o en causales de destinación, lo cual le imprime a la buena fe una doble funcionalidad en materia de extinción de dominio, pues tratándose de las causales de origen, su demostración es constitutiva de derechos; mientras que en las causales de destinación ilícita, actúa como el elemento excluyente de la consecuencia jurídica.
- La extinción de dominio adoptada en el Código de Extinción de Dominio, es la expresión normativa de su propia naturaleza jurídica y como tal, presenta su propia estructura dogmática desarrollada a partir del análisis de los elementos

especificadores y diferenciadores de cada una de las causales adoptadas en su artículo 16, las cuales constituyen su eje principal, pues éstas son para la extinción de dominio, lo que el tipo es para el derecho penal. Del análisis de los elementos comunes se propone el reconocimiento de dos tipos de elementos estructurales que actuarían como categorías sistemáticas: los primeros, que se relacionan con las condiciones objetivas de reconocimiento de las causales, que serían los elementos estructurales de toda causal sobre los cuales recaerán los ingredientes de orden normativo que permiten distinguir una causal de otra. Son tres: el bien, la circunstancia ilícita y la actividad ilícita y; los segundos, aquellos elementos que se relacionan con las condiciones de atribuibilidad de la consecuencia jurídica, los cuales componen la parte subjetiva de la extinción de dominio y serían: la relación jurídica legítima de derechos, el nexo de relación entre el titular y la causal extintiva; y la capacidad dispositiva.

- La definición de la naturaleza jurídica también permite llegar a la conclusión de reconocer que la extinción de dominio, desde la perspectiva del derecho sustancial, no es un producto nuevo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues tan solo se trata de la unificación de reglas de distinta naturaleza relacionadas con la legitimidad y validez en la adquisición, uso y disfrute del derecho a la propiedad, o de los derechos susceptibles de valoración económica. Lo único que puede considerarse como "novedoso", es el refuerzo que recibe la legitimación de sus normas sustanciales a través de reglas, valores y principios de mayor categoría, pues se expresa como desarrollo de normas de orden constitucional,

y la perfilación de una nueva juridicidad que reclama el reconocimiento e independencia de las tradicionales ramas del derecho dentro de la jurisdicción.

- La comprensión de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio permite redefinir el concepto que se tiene de este instituto jurídico, pues a pesar que durante el presente trabajo, se partió de la idea sencilla de que la extinción de dominio era el mismo comiso penal que se desarrolla a través de un procedimiento no penal; ese cambio de escenario, propone toda una reconsideración de su naturaleza jurídica, pues el comiso se despoja de su ropaje penal, quedando como una consecuencia jurídica de las actividades ilícitas que consistente en la desestimación de la existencia de un derecho sobre un bien de origen ilícito o la declaración de pérdida de un derecho existente sobre un bien que se ha destinado ilícitamente, que se impone, ya sea a título de declaración o de sanción constitucional, según la circunstancia ilícita que afecte al bien.

- El enfoque dogmático de la extinción de dominio permite que la aplicación de este instituto abandone las prácticas de la corriente “técnico eficientista” y se reafirme su carácter “sustancial efectiva”, fijando lineamientos claros para estructurar y fijar la pretensión sobre un bien en un caso determinado. Con ello se busca evitar que se siga mirando a la extinción de dominio como aquel instrumento que se utiliza arbitrariamente para la incautación indiscriminada de posibles bienes de origen ilícito y garantizar así que el instituto se aplique de forma tal, que se alcance su efectividad, es

decir, que no se limite solo a las acciones de investigación e incautación de bienes, sino que permita la estructuración seria de una pretensión extintiva con el fin procurar obtener sentencias de extinción de dominio más efectivas, reduciendo así el error judicial y garantizando al máximo el respeto de los derechos de los afectados.

- El presente trabajo reconoce a las causales como el principal instituto propio de la extinción de dominio, las cuales, son la expresión práctica de su naturaleza jurídica dual o mixta, pues dependerá de los fundamentos de legitimación que se invoquen, ya sea si se trata de una causal por origen ilícito o por destinación ilícita, circunstancias que permiten considerar que en algunas causales efectivamente se extingue un derecho, mientras que en otras, como sucede con las casuales de origen ilícito, dónde se parte del supuesto de que el derecho no ha nacido a la vida jurídica (nulidad *ab initio*), simplemente la declaración de extinción de dominio va a desestimar un derecho aparente. Lo anterior permite llegar a una aproximación conceptual frente al término de "causal" de extinción de dominio, para lo cual, se entenderá como tal, todos aquellos presupuestos normativos donde se describen circunstancias de origen o destinación ilícita que recaen sobre un bien (no sobre su titular), que conllevan como consecuencia jurídica la pérdida o desestimación de los derechos que existen sobre el mismo.
- Se demuestra que las causales de extinción de dominio ya formaban parte de la cultura jurídica tradicional, pues son la expresión y el desarrollo de las recomendaciones contenidas en los principales instrumentos internacionales, como las

convenciones de las Naciones Unidas de Viena, Palermo y Mérida, y los convenios de Estrasburgo y Varsovia, entre otros, que ya se encontraban recogidas en las disposiciones de comiso descritas en los estatutos penales. De ahí que resulte posible predicar la adaptabilidad de esta figura en cualquier ordenamiento jurídico que se encuentre adherido a estos instrumentos internacionales y los reconozca como una fuente de su derecho interno, pues como se logró demostrar a lo largo de este estudio, la bondad de la extinción de dominio en Colombia no es la de presentar un nuevo instituto al mundo de derecho, sino el de dotar de un sustento dogmático serio para que institutos jurídicos ya existente, como son las formas de comiso o decomiso, puedan ser reconocidos a través de una acción o procedimiento autónomo del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal.

- El análisis a fondo de la evolución histórica de la figura permite reconocer que la extinción de dominio concebida en su momento a través de la Ley 333 de 1996, es completamente distinta al instituto contenido en el actual Código de Extinción de Dominio. Mientras la primera norma desarrolló una acción; el código despliega toda una sistematicidad para desarrollar un instituto de derecho sustancial cuyas características actuales fueron perfiladas originalmente en la Ley 793 de 2002, la cual propuso toda una reorientación filosófica de instituto, planteando las bases para de la nueva sistematicidad desarrollada en el código. Si bien presentan la misma denominación jurídica, sustancialmente son diferentes, pues la actual extinción de

dominio presenta una estructura jurídica que forma parte de una nueva juridicidad que reafirma su naturaleza jurídica dual, y reconoce institutos y elementos propios o auténticos, distintos a los de cualquier otra área del ordenamiento jurídico, que le permite incluso apartarse y marcar una sustancial diferencia con el comiso penal, instituto del cual se deriva.

- El contexto histórico que rodeó la formación del instituto, en especial, la influencia que ejerció la lucha contra el denominado crimen organizado y el control de constitucionalidad realizado a las disposiciones implementadas para combatirlo, permitió perfilar las características de la extinción de dominio que se conoce hoy en día, la cual no surge simplemente como un instrumento para privar a la delincuencia de sus bienes de origen o destinación ilícita, sino también, se debe reconocer como un sistema normativo diseñado para proteger la propiedad lícitamente adquirida, que reafirma los valores ético- sociales, fomentando la cultura de la legalidad, enviando un claro mensaje a la sociedad para que con claridad se reconozca que el delito “no paga” o “no vale la pena”; con ello, también se refuerza la eficacia del sistema normativo en la lucha contra la delincuencia de todo orden, pues la extinción de dominio se diseñó para ser efectiva en aquellos espacios donde el derecho penal tiende a fracasar, contrarrestando así nuevas formas de impunidad, pues se parte de la idea de que impunidad no es solo no sancionar o castigar al delincuente, sino que también lo es permitir que los efectos del delito, sus ganancias o la riqueza que de él se deriva, se

logre consolidar en los circuitos económicos, afectando seriamente los pilares éticos de una sociedad.

Finalmente, el análisis realizado en la presente investigación demuestra que la extinción de dominio, como instituto de derecho sustancial, tiene las bases suficientes para dejar de ser vista como una simple acción o un procedimiento especial, y, por el contrario, ser reconocida como una nueva juridicidad de derecho sustancial que por su especialidad merece el reconocimiento de su propia jurisdicción, para promover así su estudio, generando su propio desarrollo dogmático, el cual parte del reconocimiento de su naturaleza jurídica que identifica elementos de fundamentación que son comunes a la mayoría de ordenamientos jurídicos; con lo cual el instituto puede extenderse de manera fundada y técnica, y con mayor seguridad jurídica, a otras jurisdicciones, especialmente ahora, cuando en la actualidad, cursan en los congresos de América Latina proyectos de leyes de extinción de dominio en Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Brasil, República Dominicana, Argentina, Panamá, entre otros, lo que demuestra el enorme potencial que tiene este instituto dentro del mundo del derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Correa, T. (2014). Comiso: crónica de una reforma anunciada. *InDret revista para el análisis del derecho*.
- Alessandri R., A., Somarriva U., M., & Vodanivic H., A. (1998). *Tratado de derecho civil - Partes preliminar y general Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Álvarez García, F. J. (2001). *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Arredondo Campuzano, F. J., Cota Murillo, S., Martínez Gómez, R., Mejía Gómez, J. A., Orduña Sosa, H., Ramos Martínez, M., y otros. (2009). *Extinción de Dominio* (Tercera ed.). México D.F.: Editorial Porrúa.
- Asamblea Nacional Constituyente. (15 de abril de 1991). *Gaceta Constitucional* N° 46. Bogotá.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal - Parte General* (2 ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Barranco Avilez, M. D. (2004). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal* (sexta ed., Vol. Tomo I). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Betancur Echeverri, J. H. (2004). *Aspectos sustanciales de la extinción de dominio de bienes*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Blanco Cordero, I. (2012). Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). En E. Fabián Caparros, M. Ontiveros Alonso, & N. Rodríguez García, *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. México D.F.: Ubijus.
- Blanco Cordero, I., & Cheng Li, D. (2011). *Sistemas de administración de bienes de América Latina y guía práctica para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado*. OEA CICAD.
- Blanco Zúñiga, G. A. (2002). Los principios generales del derecho en la constitución de 1991. *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídica de la Universidad del Norte* N° 17, 248-262.
- Bonnelly Vega, M. U. (2008). *Extinción de dominio o confiscación civil de bienes de origen ilícito: una propuesta para combatir los delitos económicos, la corrupción y la delincuencia organizada*. Santo Domingo.
- Bonnelly Vega, M. U. (2012). *Propuestas de desarrollo del marco legal sobre recuperación de bienes en República Dominicana*. Recuperado el 4 de diciembre de 2015, de CICAD - OEA: <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=1675>
- Brucceñ Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Buitrago Flórez, D. (1993). *Buena fe exenta de culpa*. Bogotá D.C.: Jurídica Radar.

- Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN E.E.U.U.: Palibrio.
- Bustos Ramírez, J. (1991). *Manual de Derecho Penal, parte especial* (segunda ed.). Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito*. Tegucigalpa: Poder judicial de Honduras.
- Camargo, P. (2009). *La acción de extinción del dominio* (sexta ed.). Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.
- Cárdenas Chinchilla, C. E. (2013). *Persecución Penal del patrimonio ilícito criminal*. San José C.R.: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Caro Gómez, J. I. (2011). Tesis. *Los terceros en la acción de extinción de dominio en Colombia*. Universidad Libre.
- Castillo Monterrey, M. (2012). Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción. En *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y de las comunicaciones en las modernas ciencias penales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Ceballos Velásquez, A. (2010). *Los Bienes en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Choclan Montalvo, J. A. (2001). *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson.
- Choclán Montalvo, J. A. (2000). El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas. *Estudios de derecho Judicial # 28* (Ejemplar dedicado a:

Prevención y represión del blanqueo de capitales), 329-370.

Colina Ramírez, E. I. (2010). *Consideraciones generales sobre la ley federal de extinción de dominio*. México D.F.: Ubijus Editorial.

Colombia, Congreso de la República. (3 de agosto de 1994). Ley 160 de 1994. *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*. Publicada en el Diario Oficial N° 41.479, de 5 de agosto de 1994.

Comisión redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. (1973). *Código Penal Tipo para Latinoamérica - Parte General*. (F. Grisolia, Recopilador) Editorial Jurídica de Chile.

Corral Talciani, H. (2010). La raíz histórica del adagio "Venire contra factum proprium non valet". En *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance, límites de la doctrina de los actos propios* (págs. 19-33). Santiago de Chile: Universidad de los Andes.

Cortés Bechiarelli, E. (2007). Valoración crítica de la reforma del comiso - LO 15/2003 de 25 de noviembre. En U. d. Salamanca, *Universitas Vitae - Homenaje a Ruperto Núñez Babero*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Delgado Tovar, W. J. (2007). Tesis. *Nulidad de actos jurídicos de disposición y gravamen de bienes en el proceso penal*. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.

Delgado Tovar, W. J., & Gálvez Villegas, T. A. (2006). *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*. Lima: Juristas Editores.

- Delgado Tovar, W., & Gálvez Villegas, T. (2013). *Las pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores E.R.I.S.
- Díaz Almeida, J. (2010). Medidas cautelares y decomiso en la legislación nacional. En J. Díaz, G. Adriasola, & A. Villegas, *Crimen organizado y lavado de dinero en la nueva Ley N° 18.494* (págs. 175-209). Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- El Tiempo. (16 de diciembre de 1996). Cartas de la Mafia al Congreso. *El Tiempo*, pág. 8A.
- Espitia Garzón, F. (2003). *La extinción de dominio* (tercera ed.). Bogotá D.C.: Gustavo Ibáñez.
- Espitia Garzón, F. (2006). *Instituciones de derecho procesal penal (sistema acusatorio)* (Sexta ed.). Bogotá D.C.: Gustavo Ibáñez.
- Espitia Garzón, F. (2015). *Instituciones de derecho procesal penal* (Novena ed.). Bogotá: Legis.
- Estévez, J. L. (1956). Sobre el Concepto de "Naturaleza Jurídica". *Anuario de Filosofía de Derecho N° 4*, 159-182.
- Fabian Caparros, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Fiscal General de la Nación. (2013). *Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio*.
- Fiscalía General de la Nación. (2001). *Informe de Gestión 1997 - 2001*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación.
- Fiscalía General de la Nación. (2012). *Anteproyecto del Código de Extinción de Dominio*.
- GAFI. (19 de febrero de 2010). Mejores prácticas decomiso (Recomendaciones 3 y 38). *Documento guía GAFI*. Paris, Francia: GAFI/OCDE.
- Galindo Gamba, Donado Sierra, L., F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una*

herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional. Bogotá: Agencia GIZ.

Gálvez Villegas, T. A. (2015). *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y lege ferenda.* Buenos Aires: Valleta Ediciones.

Gálvez Villegas, T. A., & Delgado Tovar, W. J. (2013). *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano.* Lima: Jurista Editores.

García Maynez, E. (1940). *Introducción al derecho* (53 ed.). México D.F.: Porrúa.

Gascón Inchausti, F. (2007). *El decomiso transfronterizo de bienes.* Madrid: Editorial Colex.

Giménez Alcover, P. (1993). *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann.* Barcelona: J.M. Bosh Editor S.A.

González Cussac, J. L. (2006). *Decomiso y embargo de bienes.* En S. d. Justicia, *La armonización del derecho penal español: una armonización legislativa.* Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones -Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.

Gracia Martín, L. (2006). *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción de la concepción finalista de la responsabilidad penal.* Barcelona: Atelier.

Gracia Martín, L., Alastuey Dobón, M., & Boldova Pasamar, M. Á. (2004). *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito.* Valencia: Tirant lo blanch.

Gracia Martín, L., Boldova Pasamar, M. Á., & Alastuey Dobón, M. d. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español. El sistema de penas, medidas de*

- seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena.* Washington D.C.: Banco Mundial.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Henao Hadrón, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional.* Bogotá D.C.: Temis.
- Henao Ospina, M. (1981). El comiso: análisis de la institución. *Revista Derecho Penal y Criminología - Universidad Externado de Colombia*, 178-179.
- Hernández Alvarado, J. (2 de abril de 2018). Veto presidencial al Decreto Legislativo 30-2018. Tegucigalpa, Honduras.
- Iguarán Arana, M. G., & Soto Angarita, W. d. (2015). *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa.* Bogotá: Ediciones Jurídica Andrés Morales.
- Jaén Vallejo, M., & Perrino Pérez, Á. L. (2016). *La recuperación de activos frente a la corrupción: La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.* Madrid: Dickinson.
- Jescheck, H. H. (2002). *Tratado de derecho penal - Parte General.* (M. O. Cardenete, Trad.) Granada: Comares S.L.
- Jorge, G. (2008). *Recuperación de activos de la corrupción.* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Krauthausen, C. (1998). *Padrinos y mercaderes. Crimen Organizado en Italia y Colombia.* Bogotá: Espasa Hoy.
- Luhmann, N. (2006). *La Sociedad de la Sociedad.* México D.F.: Herder.

- Manzanares Samaniego, J. L. (1984). El comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de código penal. *Boletín del Ministerio de Justicia* N° 1342.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1981). La pena del comiso en el proyecto de Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 613-645.
- Martínez Sánchez, W. A. (2015). La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. En W. A. Martínez Sánchez, G. G. Santander Abril, J. I. Acosta Aristizábal, F. Cañón, N. A. Novoa Velásquez, F. Terner Barrios, y otros, *La Extinción de Dominio en Colombia* (págs. 7-34). Bogotá D.C.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Martínez-Bastida, E. (2014). *Comentarios a la ley de extinción de dominio para el Distrito Federal* (4 ed.). México D.F.: Raúl Juárez Carro Editorial S.A.
- Ministerio de Justicia. (1996). *Proyecto de ley "Por el cual se desarrollan los artículos 34 y 58 de la Constitución Política en materia de Extinción del Dominio"*. Bogotá D.C.
- Ministerio Público de Honduras, Policía Nacional, C.N.B.S., DIIC. (2014). *Guía de investigación financiera y contable*. Tegucigalpa M.D.C.: Ministerio Público de Honduras.
- Muñoz Conde, F. (2007). *Teoría General del Delito*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2007). *Derecho Penal - Parte General* (Séptima ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Cuestas, J. (2004). El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En *Repertorio de Jurisprudencia*. Navarra: aranzadi.

- Murcía Ramos, B. (2012). *En enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio*. Bogotá: Ediciones Ibañez.
- Naciones Unidad - UNODC. (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*. Bogotá: Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.
- Naciones Unidas - UNODC. (2011). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*. Viena: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1999). *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Nueva York: Publicación de la Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. New York: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (2004). *Guía para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. New York: Publicación de las Naciones Unidas.
- Naciones Unidas- UNODC. (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*.
- Nino, C. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Novoa, V. N. (2015). Nulidades. En N. U. UNODC, *La extinción de Dominio en Colombia* (págs. 103-177). Bogotá D.C.: Oficina contra la Droga y el Delito - UNODC.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá D.C.: Editorial Scripto Ltda.

- Ospino Gutiérrez, J. (2008). *La acción de extinción de dominio*. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- Pabón Parra, P. A. (2013). *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pardo Ardila, J. E. (2013). Tesis. *La extinción de dominio, partes y tercería*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia - Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C.: Ediciones el Profesional.
- Peñailillo Arév alo, D. (2006). *Los Bienes. La propiedad y los otros derechos reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez Blanco, R. (septiembre de 2011). OEA. Recuperado el 22 de marzo de 2014, de http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf
- Ramón Ribas, E. (2003). La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria. (S. d. Compostela, Ed.) *Estudios Penales y Criminológicos* N° 24, 518-564.
- Restrepo Medina, M. A. (2006). Instrumentación Cautelar del Comiso. *Estudios Socio Jurídicos*, 151-170.
- Restrepo Medina, M. A. (2007). *El comiso: análisis sistemático e instrumentalización cautelar*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Rivera Ardila, R. (2014). *La extinción de dominio - Un análisis al código de extinción de dominio*. Bogotá D.C.: Leyer Editores.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2000). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

- Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rojas Osorio, C. (2006). *La Filosofía, sus transformaciones en el tiempo*. Santo Domingo RD: Isla Negra Editores.
- Roldan Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Sánchez García de Paz, I. (2005). *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dickinson.
- Santander Abril, G. (2015). La nueva estructura del proceso de extinción de dominio. En *La Extinción de Dominio en Colombia*. Bogotá D.C.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Santander Abril, J. (2009). *Análisis de los determinantes del surgimiento de una economía ilegal*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes - CIDER.
- Trilleras Matoma, A. (2009). Tesis. . *La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia - Maestría en Derecho.
- Vargas González, P. (2012). *El comiso del patrimonio criminal*. Salamanca: Tesis doctoral.
- Vargas González, P. (2017). *La extinción de dominio. Una aproximación desde los derechos fundamentales*. Recuperado el 13 de junio de 2017, de <https://m.facebook.com/notes/posgrado-en-derecho-ucr/juristas-v-en-con-preocupaci%C3%B3n-proyecto-de-ley-sobre-extinci%C3%B3n-de-dominio/1333237116790537/>: <https://drive.google.com/file/d/0B8f0flh99m2HWkdwZE5oTlpiSk0/view?pli=1>

- Velado Escobar, C. A. (mar./2017). La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: breve análisis histórico, legal doctrinario y jurisprudencial de sus principales instituciones. (C. c. justicia, Ed.) *XI Certamen de Investigación Jurídica. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia*.
- Velásquez Jaramillo, L. (2010). *Bienes* (duodécima ed.). Bogotá D.C.: Temis.
- Velásquez Velásquez, F. (2004). *Manual de Derecho Penal* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Vervaele, J. (1998). Las sanciones de confiscación ¿Un intruso en el proceso penal? *Revista Penal* N° 2, 67-80.
- Vervaele, j. (abril de 1999). El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos. *Actualidad Penal* N° 14, 5-11.
- Villeda Sandoval, M. A. (junio de 2017). La extinción de dominio como forma de combate a la delincuencia organizada. (C. N. Dominicana, Ed.) *Saber y Justicia*, 1(11).
- Vizueta Fernández, J. (feb. 2/2007). El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena? *Diario La Ley* N° 6643.
- Vizueta Fernández, J. (2011). Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* N° 42.
- Zaragoza Aguado, J. (2014). La nueva regulación del decomiso de bienes en el código penal y en el derecho comparado. En I. Blanco Cordero, E. Fabian Caparros, V. Prado Saldarriaga, & J. Zaragoza Aguado, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (págs. 336-408). Washington: OEA.

Sentencia T-590, T -2.266.891 (Corte Constitucional M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 27 de 8 de 09).

Sentencia C-066 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo 1993).

Sentencia C 176 (Corte Constitucional; M.P. Alejandro Martínez Caballero 1994).

Sentencia C 389 (Corte Constitucional; M.P. Antonio Barrera Carbonell 1994).

Sentencia C-83 (Corte Constitucional, M.P. Carlos Gaviria Díaz 1995).

Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo 1997).

Sentencia C 409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernandez Galindo 1997).

Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo 1997).

Auto Sala Penal N° 228 (Corte Suprema de Justicia; M.P. Jorge Córdoba Poveda 21 de septiembre de 1999).

Sentencia C-1708 (Corte Constitucional; M.P. Álvaro Tafur Galvis 12 de 12 de 2000).

Sentencia C- 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas 2002).

Sentencia C 1096 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería 2003).

Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño 2003).

Sentencia de Tutela N° 17.343 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Yesid Ramírez Bastidas 28 de Julio de 2004).

Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra 2005).

Sentencia C 591 (Corte Constitucional MP Clara Inés Vargas Hernández 2005).

Sentencia C-030 (Corte Constitucional; M.P. Álvaro Tafur Galvis 26 de enero de 2006).

Sentencia 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio 31 de marzo de 2009).

Sentencia T 590 (Corte Constitucional M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 27 de 08 de 2009).

Sentencia 11001070401000018-02 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de extinción de dominio. M.P. Pedro Oriol Avella Franco 2011).

Sentencia 110010704011200800003- 02 (Tribunal superior de Bogotá - Sala de extinción de dominio. M.P. Nelly de Jesús Mena Murillo 2011).

Sentencia 110010704012200800037-02 (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de extinción de dominio. M.P. Pedro Oriol Avella Franco 9 de marzo de 2011).

Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub 2011).

Sentencia C-459 (Corte Constitucional; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 2011).

Declaración constitucional plurinacional 0002/2013 (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia; M.P. Macario Lahor Cortez Chávez 2013).

Sentencia C 958 (Corte Constitucional. M.P. María Victoria Sáchica Méndez 2014).

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2015).

Jurisprudencia Constitucional Décima Época, 2008873 (Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación abril de 2015).

Resolución 2015018946, 13-0076644-0007-CO (Sala Constitucional
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 2 de 12 de
2015).

Sentencia C 516 (Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos
2015).