

Estructuración de la pretensión de extinción de dominio: exigencias objetivas y subjetivas

Gilmar Giovanni SANTANDER ABRIL*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 169-208.

SUMARIO

Introducción: superando las confusiones de la extinción de dominio con la confiscación

1. Sobre la estructura de la pretensión extintiva

1.1. Elementos objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas

1.1.1. El bien o derecho patrimonial 1.1.2. La actividad ilícita 1.1.3. El nexo de ilicitud o circunstancia ilícita 1.1.3.1. Sobre la idoneidad del nexo de ilicitud

2. Aspectos subjetivos que determinan el nexo de relación

2.1. Condiciones personales de atribución

2.1.1. Titularidad de derechos 2.1.2. La capacidad de goce y ejercicio

2.2. Factores de atribución en extinción de dominio

2.2.1. De los factores de atribución respecto a las personas naturales 2.2.2. De los criterios de atribución aplicables a las personas jurídicas 2.2.3. De la atribución de la consecuencia jurídica sobre bienes en cabeza de terceros

Conclusiones

* **Universidad Libre** (Bogotá-Colombia), Abogado; Especialista en Derecho Penal y Criminología. **Universidad Santo Tomás** (Bogotá-Colombia), *Magister Scientiarum* en Derecho Penal. **Pontificia Universidad Javeriana** (Bogotá-Colombia), Profesor del Curso Especializado en Extinción de Dominio. Corredactor de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de las Naciones Unidas y del Código de Extinción de Dominio de Colombia.

Introducción: superando las confusiones de la extinción de dominio con la confiscación

¿Qué es lo que evita que la extinción de dominio se convierta en una acción confiscatoria? Este es la principal interrogante que se pretende resolver a través de estas líneas que se centran en el estudio de la fase inicial o de investigación patrimonial, destacando los elementos que requiere tanto la fiscalía como la defensa para construir de manera metodológica y técnica su correspondiente teoría del caso, atendiendo a los derroteros previamente definidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, el cual acoge las recomendaciones técnicas de buenas prácticas contenidas en el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, que define los elementos que permiten estructurar la pretensión extintiva, fija las pautas para delimitar el conflicto que se debate en el correspondiente proceso, propone reglas de distinción entre afectados con los terceros de buena fe y consagra las bases para trabajar los factores o criterios de atribución de esta consecuencia jurídica, resaltando la importancia de la buena fe exenta de culpa como principal elemento subjetivo y límite de la extinción de dominio.

Una lectura detallada de la norma en mención permite conocer que esta va mucho más allá de la simple orientación de los actos de investigación, pues su observancia permite mitigar el riesgo de confiscación, exceso o abuso en la aplicación de la legislación extintiva, toda vez que define cuáles son los hechos de relevancia jurídica que permiten construir de manera técnica la pretensión, precisando los elementos objetivos que se deben acreditar para reconocer si un bien se encuentra comprometido en una causal de extinción de dominio, y relaciona los aspectos subjetivos que requieren ser demostrados para la declaración de la consecuencia jurídica en un caso concreto.

Por ello, el presente estudio plantea un ejercicio taxonómico para identificar claramente los temas de relevancia jurídica en torno a la estructuración de la pretensión extintiva, analizando detalladamente cada uno de los elementos identificados para ser comprendidos desde su propio contexto, los cuales se pueden clasificar en dos clases: los primeros, de carácter objetivo, que

permiten reconocer los componentes de las causales, como lo son: el bien o derecho patrimonial, el nexo de ilicitud y la actividad ilícita; y, en segundo lugar, se destacan los elementos personales o subjetivos que permiten establecer el nexo de relación entre el titular del bien con la causal de extinción de dominio, para lo cual se hace necesario tener claridad sobre los conceptos de titularidad y capacidad, y reconocer los factores de atribución que pueden comprometer a los titulares de derechos sobre los bienes investigados, los cuales pueden variar, según se trate de los factores atribuibles a personas naturales, o criterios predicables de las personas jurídicas e, incluso, aquellos factores que permiten justificar la extinción de dominio sobre bienes en cabeza de terceros que actúan por fuera de los parámetros de la buena fe exenta de culpa, los cuales serán analizados de forma independiente, con el propósito de proponer algunas recomendaciones de buenas prácticas para su reconocimiento.

1. Sobre la estructura de la pretensión extintiva

Una de las principales diferencias existentes entre la extinción de dominio y el comiso penal tradicional se presenta en la forma de acreditar sus presupuestos, toda vez que, mientras que en materia penal la afectación de bienes ilícitos suele responder, por lo general, a un evento coyuntural, generalmente representado por el hallazgo de un bien de uso o procedencia ilícita en los delitos detectados en un estado de flagrancia, en el trámite de extinción de dominio la afectación de bienes responde a una lógica completamente diferente, pues el esquema procesal definido en el Código de Extinción de Dominio demanda que la pretensión extintiva y, por ende, la pretensión cautelar que le es accesoria, debe estar precedida de una robusta investigación patrimonial adelantada durante la denominada «fase inicial».

De ahí que el artículo 116 del Código de Extinción de Dominio destaca que el proceso de extinción de dominio consta de dos etapas: la fase inicial o preprocesal, establecida para adelantar la investigación patrimonial y preparar la demanda extintiva a cargo de la Fiscalía, y la fase de juzgamiento, a cargo del juez especializado en extinción de dominio, la cual inicia con

la admisión de la demanda que presenta la Fiscalía. Ya en anterior oportunidad habíamos destacado las principales características de la fase inicial, al definirla como una actuación preprocesal, oficiosa, investigativa y estructurativa de la solicitud de extinción de dominio¹, cuya finalidad esencial es la de desarrollar una completa investigación patrimonial que le permita al fiscal recolectar todos los elementos de juicio que se requieren para estructurar de manera seria, técnica y fundada la pretensión de extinción de dominio, razón por la cual también se la ha reconocido como «fase fundante» o «fundamentadora»².

Sobre su carácter investigativo, resulta oportuno precisar que, si bien la Fiscalía goza de la facultad de utilizar las técnicas tradicionales y especiales de investigación previstas en el estatuto procesal penal³, la investigación patrimonial que se desarrolla durante esta fase no tiene tal carácter, pues así lo precisa la Corte Constitucional al señalar que «... las funciones que cumple la Fiscalía en el proceso de extinción de dominio, aunque son jurisdiccionales, no son de naturaleza penal; se trata de funciones jurisdiccionales de instrucción distintas y especiales...»⁴, con lo cual se reconoce que se tratan de dos investigaciones completamente diferentes, pues difieren en cuanto a su objeto y presentan fines completamente distintos, destacando además que la fase inicial no debe ser considerada como una etapa procesal, pues dado el carácter constitucional de la acción, dicha condición solo se cumple cuando la actuación se desarrolla ante la jurisdicción correspondiente, es decir, ante el juez especializado en extinción de dominio.

Sin embargo, se debe recordar que la iniciativa investigativa de la Fiscalía General de la Nación no es obligatoria ni se encuentra al arbitrio del fiscal, pues, a pesar de que en el artículo 117 del Código de Extinción de Dominio

¹ SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanni: «La nueva estructura del proceso de extinción de dominio». En: *La extinción de dominio en Colombia*. UNODC. Bogotá, D. C., 2015, pp. 51 y ss.

² PABÓN PARRA, Pedro: *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D. C., 2013, p. 123.

³ Numeral 2 del artículo 26 del Código de Extinción de Dominio.

⁴ CConst., sent. N.º C-540 de 2011.

se reconoce el carácter oficioso de la investigación patrimonial, ya sea por iniciativa propia del ente de investigación o por reporte ciudadano o de cualquier otra autoridad pública, nacional o extranjera, dicha facultad se encuentra condicionada a la verificación previa de la existencia de unos fundamentos serios y razonables⁵ que le permitan al fiscal inferir, en clave de probabilidad, la existencia de los elementos de juicio suficientes para considerar que el bien o los bienes objeto de investigación presentan una relación delictiva, ya sea por su origen o por su destinación, de acuerdo con las circunstancias de ilicitud patrimonial descritas en las causales previstas en el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio.

De ahí que la fase inicial no puede ser vista como una simple etapa investigativa para la identificación de bienes de un sospechoso, como erradamente suele ser considerada, pues las cargas probatorias que se imponen a la Fiscalía trascienden la simple identificación de bienes, ya que los fines que se establecen para esta fase preprocesal en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio centran como principal objetivo de la investigación patrimonial el de acopiar todos los elementos de juicio que le permitan al fiscal estructurar técnicamente la pretensión extintiva, es decir, demostrando de manera seria y fundada los hechos de relevancia jurídica que se requieren como presupuesto de la declaración de la extinción de dominio, exigiendo para ello la acreditación de los elementos objetivos de las causales, y estableciendo también algunas condiciones de orden personal o subjetivo, a través de las cuales se puede realizar el juicio de atribución de la consecuencia jurídica a un afectado en un caso concreto.

⁵ Se debe destacar que las exigencias de objetividad, razonabilidad y fundamentación de la pretensión extintiva no son obligaciones propias del trámite extintivo, pues las mismas se derivan de las cargas funcionales de la Fiscalía General de la Nación impuestas por el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, que le atribuye a ente investigador el deber de «... realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo». Por tanto, al ser el delito (actividad ilícita) un elemento estructural de las causales extintivas, dicho mandato constitucional también es predicable frente a la actuación que adelanta la Fiscalía en el trámite extintivo, en lo que le resulta compatible a la función investigativa.

Por lo anterior, el Código de Extinción de Dominio no consagra ningún termino procesal que limite el desarrollo de esta fase inicial, salvo si se afectan derechos a través de la adopción de medidas cautelares anteriores a la demanda⁶, lo que obliga a que el ente investigador desarrolle sin premura la fase de investigación patrimonial, la cual debe de ser el producto de un ejercicio técnico y metodológico de planeación, como quiera que los objetivos de investigación fueron definidos previamente por el legislador en el citado artículo 118 del estatuto extintivo, norma que, a nuestro juicio, es una de las más importantes que debe tener una legislación que desarrolle este modelo de decomiso sin condena⁷, pues allí se definen los elementos estructurales con los cuales se construye la pretensión extintiva, siendo uno de los principales referentes que definen la carga de la prueba de la Fiscalía, pues señala cuáles son los elementos y hechos de relevancia jurídica que deben ser acreditados para sustentar la demanda de extinción de dominio y, a su vez, constituyen el referente principal que debe tener en cuenta el juez sobre los elementos que debe constatar para emitir la correspondiente sentencia, lo que a su vez se traduce en el marco fáctico y jurídico del debate que permite orientar los actos de contradicción, oposición y defensa de los afectados y terceros.

⁶ Por regla general, la fase inicial o de investigación patrimonial no tiene un término que la limite, salvo que la Fiscalía acuda a su excepcional facultad de adoptar medidas cautelares anteriores a la fijación de la pretensión en la demanda, evento en el cual el legislador estableció en el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio un término de 6 meses, para que la Fiscalía pueda cumplir con los objetivos previstos para la investigación patrimonial en el artículo 118 *ibidem*, plazo razonable que se debe atender de forma perentoria, atendiendo a que toda medida cautelar constituye una pretensión accesoria que no puede subsistir indefinidamente sin que exista una pretensión principal.

⁷ Esta importante regla también ha sido acogida por distintas legislaciones especiales posteriores a la Ley Modelo de Extinción de Dominio, en los siguientes artículos: 27 de la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador; 23 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador; 33 de la Ley de Extinción de Dominio de Bienes Ilícitos de República Dominicana; 20 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Venezuela y, parcialmente, en el artículo 14 del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio de Perú. Adicionalmente, se viene observando en legislaciones anteriores a la Ley Modelo de Extinción de Dominio, como la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras, se acogen estas reglas como recomendaciones de mejores prácticas a través del *Manual de privación definitiva de dominio de bienes de origen ilícito* del Ministerio Público.

Y es que al revisar los fines de la fase inicial, se puede advertir que sus reglas trascienden la simple orientación de los actos de investigación, pues los objetivos que se plantean en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio realmente definen cuáles son los hechos de relevancia jurídica que permiten construir de manera técnica un caso, pues al realizar un breve ejercicio taxonómico de los temas de prueba⁸ que se plantean en dicha norma, y clasificar los elementos en que estos se pueden descomponer, se puede identificar que la estructura de la pretensión extintiva consta de dos clases de elementos: los primeros, de carácter objetivo, que permiten reconocer los presupuestos de extinción de dominio (elementos de las causales) y, en segundo lugar, se destacan los elementos subjetivos y de orden personal, que permiten establecer el nexo de relación entre el titular del bien y la causal de extintiva⁹, para lo cual se hace necesario tener claridad sobre los factores de atribución que permiten reconocer la consecuencia jurídica en un caso concreto (dolo, culpa, mala fe, etc.), los cuales se determinan a partir del análisis de la buena fe exenta de culpa, como principal límite de la extinción de dominio.

⁸ A pesar de que el legislador identificó el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio con el nombre de «propósito» de la fase inicial, este bien pudo haberse denominado como «carga de la prueba de la Fiscalía», pues claramente define los principales hechos que deben ser demostrados para sustentar la pretensión extintiva en un caso concreto. De ahí que también resulten inadmisibles las críticas dirigidas contra el instituto cuándo se señala que en la extinción de dominio se invierte la carga de la prueba, como quiera que los temas de prueba sobre los hechos de relevancia jurídica que se plantean en esta norma determinan la orientación técnica de los objetivos que debe alcanzar el fiscal para poder demostrar elementos mínimos que requiere el juez para poder declarar o no la extinción de dominio. No obstante lo anterior, se debe reconocer que en el evento en que la Fiscalía incumpla estas expresas cargas probatorias, llevaría a que la investigación patrimonial fuese totalmente deficiente, caso en el cual se corre el riesgo de incurrir en una ilegítima inversión de la carga de la prueba, lo cual constituye una mala práctica que no puede ser considerada como un defecto del instituto, pues la norma es bastante clara en definir cuáles son los hechos que deben de estar demostrados para que proceda la declaratoria de extinción de dominio.

⁹ Serían las condiciones personales y los factores de atribución de que hablaremos más adelante.

1.1. Elementos objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas

El componente objetivo de la extinción de dominio se encuentra determinado por los elementos comunes a todas las causales extintivas, como lo son: el bien (o derecho patrimonial), el nexo de ilicitud y la actividad ilícita, respecto de los cuales se ocupa los numerales 1 y 2 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que establece como fines de la fase de investigación patrimonial los de identificar, localizar y ubicar bienes que se encuentren comprometidos en una causal de extinción de dominio y el de buscar y recolectar los elementos de prueba que permitan acreditar los presupuestos o elementos que exige la causal o causales de extinción que lleguen a ser invocadas como sustento de la correspondiente acción.

De ahí que resulta necesario insistir en que la fase inicial no tiene como finalidad identificar o ubicar bienes de una persona comprometida con un delito, pues la exigencia legal va más allá de la simple constatación de titularidad de los bienes que puede tener un investigado, ya sea a su nombre o a través de terceros, pues dada la autonomía e independencia del instituto, el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio define claramente los presupuestos o causales por las cuales procede la extinción de dominio¹⁰; para ello, describe una serie de ilicitudes de carácter patrimonial en las que se puede encontrar un bien, ya sea por su procedencia u origen ilícito, o por su destinación o uso delictivo, circunstancias de ilicitud que deben verificarse con relación al bien o derecho patrimonial cuestionado y no respecto a su titular.

¹⁰ En anterior oportunidad resaltábamos que las causales de extinción de dominio son: «... delimitaciones normativas de las circunstancias relacionadas con el origen o la destinación ilícita de un bien, que recogen la descripción en abstracto de un daño antijurídico en materia patrimonial, que conllevan como consecuencia jurídica la pérdida o desestimación de los derechos que existen sobre el mismo. En otras palabras, las causales describen un hecho ilícito que compromete los derechos de contenido patrimonial sobre un bien, ya sea por su origen o su destinación ilícita, ilicitud que se examina al margen de los posibles compromisos de responsabilidad penal de sus titulares», SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanny: *Lineamientos técnicos para la interpretación y aplicación de las causales de extinción de dominio*. Fundación Panamericana para el Desarrollo. Quito, 2023, pp. 25 y ss.

De otra parte, al examinar detalladamente la redacción de cada causal extintiva, se puede advertir que en ellas se repiten tres elementos en común, pues todas hacen relación a un bien o derecho patrimonial; todas exigen la existencia de un delito o actividad delictiva, y cada una de las causales describe un distinto nexo de ilicitud que conecta el bien con dicha actividad delictiva, elementos que en su conjunto conforman el componente objetivo de la estructura de la pretensión extintiva.

1.1.1. El bien o derecho patrimonial

El primer elemento que requiere el ejercicio de estructuración de la pretensión extintiva hace relación al objeto sobre el cual esta recae, pues si bien, a primera vista, las causales hacen relación a un bien o bienes de origen o destinación ilícita, técnicamente la pretensión se dirige sobre un derecho o derechos de contenido patrimonial y no sobre el bien en su sentido ontológico o material. Es por ello que, para la estructuración técnica de un caso de extinción de dominio, resulta de suma importancia saber distinguir entre el bien, de los derechos de contenido patrimonial que sobre él recaen¹¹, pues, a diferencia de lo que sucede en materia de comiso penal, la extinción de dominio no se sustenta solo en una simple relación de ilicitud que puede existir entre un bien con el delito, sino que va mucho más allá, pues se centra en la legitimidad y validez del derecho de propiedad, pues lo que realmente es objeto de debate dentro del trámite extintivo, es establecer, en primer lugar, si dicho derecho de propiedad sobre un bien realmente nace o no a la vida jurídica (cuestionamiento de origen); o si el derecho de propiedad se ha ejercido correctamente dentro del marco de los límites inmanentes que la Constitución Política

¹¹ Se debe tener presente que sobre un mismo bien puede existir distintos derechos patrimoniales (reales o personales), los cuales pueden ostentar diferente titularidad, y que pueden presentar o no, diversas relaciones con el delito. En otras palabras, no siempre que se presente una vinculación causal o funcional con un delito, se comprometen todos los derechos patrimoniales que existen sobre cada bien, pues cada caso se debe examinar independiente, atendiendo a los fundamentos de legitimación que justifican la extinción de dominio, razón por la cual los aspectos objetivos de las causales se deben manejar de forma independiente de los aspectos subjetivos, en particular, de los factores de atribución de la consecuencia jurídica, los cuales deben examinarse caso por caso, tema que se abordará más adelante.

y la ley le imponen al derecho de propiedad, cuando el uso o destinación del bien se realiza desatendiendo las obligaciones inherentes a la función social y ecológica que debe cumplir dicho derecho de acuerdo con lo señalado en el artículo 58 constitucional.

De ahí que el Código de Extinción de Dominio, desde su artículo primero, llama la atención para que se aborde la comprensión de este instituto a partir de un concepto normativo de bien¹² y se evite cualquier apreciación desde su perspectiva ontológica o descriptiva, pues, como bien resalta la doctrina especializada, en extinción de dominio no se extinguen bienes, sino los derechos que sobre ellos existen, ya que el bien de por sí no pierde su existencia corpórea con la sentencia¹³, razón por la cual hace énfasis en dos aspectos en particular: su susceptibilidad de valoración económica y su capacidad de ser parte de un patrimonio, es decir, que sobre el bien pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.

A partir de estas dos características, el legislador ha querido cerrar el paso a malas interpretaciones frente a la identificación del objeto sobre el cual debe recaer la pretensión extintiva, como quiera que no cualquier cosa puede ser pasible de extinción de dominio, sino solo aquello que pueda ser objeto de apropiación, es decir, aquello sobre lo cual se pueda constituir un derecho

¹² Código de Extinción de Dominio, artículo 1, definiciones, «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».

¹³ Sobre el particular, MERINO MENJÍVAR, Manuel: *La extinción de dominio en El Salvador. Teoría y práctica*. Editorial Cuscatleca. San Salvador, 2022, destaca: «En este punto es preciso realizar una aclaración terminológica. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “extinguir” significa “acción y efecto de extinguir o extinguirse”. Dicho vocablo, en atención a su sentido natural, hace referencia a la desaparición material de una cosa o de un objeto (o bien, de una persona). Entonces, para los efectos de la figura en estudio, resulta incorrecto afirmar que “se extinguieron los bienes de una persona”, pues estos no han perdido su existencia corpórea. Lo correcto sería aseverar que “se extinguió el derecho de dominio sobre tales bienes”, pues con ello se hace referencia únicamente a la pérdida del referido derecho y no a la desaparición de los bienes en sí mismos».

estableciendo una relación jurídica patrimonial¹⁴ entre el titular de dicho derecho y el bien y que, además, sea susceptible de tener valor económico, lo cual cierra la posibilidad de pretender por esta vía cosas que tienen precio pero no valor económico, como por ejemplo, las cosas inherentemente delictivas, como las sustancias estupefacientes, armas hechizas, mercancías falsificadas, entre otros, que si bien pueden tener un precio en los mercados ilegales, ello de por sí no conlleva el reconocimiento de un valor en sentido económico para la sociedad, porque no generan ningún tipo de derecho, razón por la cual, con relación a estos elementos, la ley siempre dispone su destrucción¹⁵. Adicionalmente, la susceptibilidad de valoración económica descarta del ámbito de aplicación de la extinción de dominio frente a aquellas cosas con valor probatorio que, si bien emanan o se emplean también en el delito, tienen una destinación o uso distinto, como sucede por ejemplo con las evidencias, frente a las cuales el estatuto penal adjetivo establece un debido proceso caracterizado por las reglas de cadena de custodia¹⁶, recibiendo un tratamiento jurídico totalmente diferente.

Otro de los aspectos importantes relacionados con la acreditación de este elemento estructural es el relacionado con las cargas u obligaciones que se imponen a la Fiscalía en los numerales 1 y 3 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio para la identificación e individualización del bien o los derechos patrimoniales objeto de la pretensión extintiva, para lo cual

¹⁴ Destaca el profesor VELÁSQUEZ JARAMILLO, J. G.: *Bienes*. 13.^a, Temis. Bogotá, 2014, p. 2, lo siguiente: «... la palabra “bien” tiene un significado preciso para el Derecho Civil. Únicamente la cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de derechos, y que además tiene características pecuniarias o económicas, merece el calificativo de bien».

¹⁵ Sobre el particular, el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal establece la destrucción de elementos que no tienen el carácter de bien, en los siguientes términos: «En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este Código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público...».

¹⁶ Sobre el particular, véase el párrafo primero del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 114.4, 216, 254 y ss., *ibidem*.

no basta con realizar una identificación desde el punto de vista material a través de la descripción formal u objetiva del mismo, lo cual solo acredita su existencia; sino que, además, se debe realizar una identificación jurídica, estableciendo en lo posible todo lo relacionado con su título o modo de adquisición y describiendo todos los derechos materiales o inmateriales que existen sobre el mismo, pues esta información no solo resulta de gran utilidad para poder delimitar claramente el objeto de la pretensión extintiva, sino que también tendrá un serio impacto para determinar los criterios de razonabilidad con los que se deben adoptar las medidas cautelares y garantizar los derechos de quienes puedan verse afectados por ser terceros de buena fe, pues, como se mencionó anteriormente, la extinción de dominio no extingue bienes, sino derechos de contenido patrimonial (causales de destinación), o declara la apariencia de un supuesto derecho (causales de origen), razón por la cual el numeral 3 del mencionado artículo 118 del Código de Extinción de Dominio¹⁷ es enfático en resaltar que no basta con identificar, localizar y ubicar los bienes que puedan estar comprometidos en algún presupuesto de extinción de dominio, sino que, además, se requiere establecer cuáles son los derechos de contenido patrimonial que existen sobre dichos bienes y, a partir de ahí, conocer quiénes son los titulares, pues, respecto de ellos, se reconocerá la legitimación pasiva para ser tratados como afectados en los términos del numeral primero del artículo 1 del Código de Extinción de Dominio¹⁸.

A pesar de que el concepto normativo de bien impone un límite al alcance de la extinción de dominio al restringir su aplicación a todo aquello susceptible de apropiación y valoración económica, también se debe tener presente que, además de los bienes que no son susceptibles de valoración económica o que son inherentemente delictivos, existen otros bienes que por su naturaleza no son pasibles de extinción de dominio, como es el caso de los bienes del Estado o de uso público, los bienes de representaciones diplomáticas

¹⁷ Artículo 118.3: «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».

¹⁸ Artículo 1.1: «Afectado. Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso».

protegidos por el Derecho internacional, los bienes de las víctimas que deben ser objeto de restablecimiento del derecho de forma prevalente, entre otros.

1.1.2. La actividad ilícita

El segundo elemento objetivo que requiere ser verificado para acreditar que un bien se encuentra comprometido en una causal de extinción de dominio es la «actividad ilícita», la cual constituye un elemento normativo de las causales que se encuentra expresamente definido en el artículo primero del Código de Extinción de Dominio¹⁹, y constituye el referente principal que permite realizar el juicio de ilicitud del bien para determinar su contrariedad con el ordenamiento jurídico, según se acredite su origen o su destinación delictiva. Se debe precisar que el legislador estableció como regla general que la extinción de dominio solo procede sobre bienes vinculados causal o funcionalmente con los delitos tipificados en el Código Penal, y si bien abre la posibilidad de que el instituto pueda extenderse a bienes comprometidos en otro tipo de ilícitos, como, por ejemplo, las faltas disciplinarias o los ilícitos administrativos²⁰, dicha facultad quedó condicionada a la reserva legal, en aquellos eventos en los cuales el legislador establezca de manera clara e inequívoca, cuál o cuáles infracciones podrían dar lugar también a tan contundente medida.

¹⁹ «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».

²⁰ Ejemplo de esta facultad excepcional se encuentra en las legislaciones de El Salvador, Honduras y Guatemala, donde el legislador expresamente extendió la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a infracciones administrativas de carácter cambiario, como lo es, por ejemplo, la no declaración del transporte transfronterizo de divisas. Por su parte, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador establece como causal aquellos bienes existentes en el Ecuador de propiedad de una sociedad residente o establecida en un paraíso fiscal, jurisdicción de menor imposición o que esté sujeta a un régimen fiscal preferente. En Colombia, se han reconocido eventos de ilicitud patrimonial específicos sobre bienes, pero siempre vinculados con delitos, como es el caso de la Ley 1336 de 2009, que establece la extinción de dominio sobre: «... los hoteles, pensiones, hostales, residencias, apartahoteles 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».

De ahí que no cualquier hecho puede habilitar la aplicación de la extinción de dominio, pues, a pesar de que la norma hace alusión a «actividades ilícitas»²¹, la definición normativa aclara que, dentro de toda la gama de posibles ilicitudes, solamente aquellas seleccionadas por el legislador y que tienen la connotación de delito habilitan la declaratoria de extinción de dominio. La anterior denominación jurídica solo pretende el uso de un lenguaje neutro que permita preservar la autonomía e independencia de la acción extintiva frente al proceso penal, por lo cual el legislador, siguiendo las recomendaciones de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, evitó al máximo el uso de términos o conceptos penales, para impedir cualquier interpretación que pueda generar confusión sobre la naturaleza jurídica del instituto o de traer al trámite extintivo, por vía de la integración normativa, los principios y garantías propias del Derecho Penal.

²¹ Resulta oportuno aclarar que la denominación «actividad ilícita» tiene una justificación semántica y no técnica, pues fue adoptada con la Ley 793 de 2002, norma que se caracterizó por evitar el uso de cualquier término propio del Derecho Penal, con el fin de superar una de las grandes deficiencias de la Ley 333 de 1996, la cual presentó enormes dificultades interpretativas, especialmente, por el uso de múltiples vocablos propios del Derecho Penal, que obligaban a integrar las disposiciones de la legislación extintiva, con las normas de dicha materia, afectando la autonomía e independencia del instituto. De ahí la necesidad de describir los delitos con una expresión que no fuera propia del Derecho Penal, frente a lo cual han surgido dos fórmulas: «actividad ilícita», utilizadas en las legislaciones de Colombia, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Ecuador, Venezuela; o «hecho ilícito», propias de la legislación mexicana y argentina, las cuales, de acuerdo con la evolución doctrinal y jurisprudencial del instituto, siempre han sido restringidas a la idea de delito penal. Desafortunadamente, la excepción la ha marcado la legislación peruana, donde ha prevalecido una corriente eficientista que, anclada en el rancio dogma positivista, ha acogido la interpretación literal de este término, extendiendo los alcances de la extinción de dominio a los ilícitos de carácter administrativo, lo que, a nuestro juicio, constituye una peligrosa e inadecuada interpretación que desconoce la naturaleza misma del instituto, que fue concebido para combatir la gran criminalidad de alto impacto económico, lo que incrementa potencialmente el riesgo confiscatorio, pues este tipo de interpretaciones terminan colocando a los actores del sector productivo, empresarial o industrial, al mismo nivel de la criminalidad de alto impacto económico.

Se debe precisar que la referencia normativa que hace la definición del artículo 1 a la verificación de una actividad tipificada como delictiva no condiciona su demostración a la tipificación de un hecho que se haga dentro del marco de un proceso penal, pues se debe recordar que, en los eventos de preacuerdos o negociaciones, el ejercicio de adecuación típica puede ser producto del consenso entre las partes²², razón por la cual, el operador jurídico a cargo del proceso de extinción de dominio, atendiendo al carácter autónomo del instituto, debe deducir la actividad ilícita de los hechos mismos del caso y no depender de la calificación obtenida dentro del proceso penal²³, pues con ello se correría el riesgo de generar un problema de idoneidad de la actividad ilícita para comprometer el bien. A su vez, también resulta de suma importancia tener claridad sobre la conducta típica específica que compromete el bien, pues, por ejemplo, para las causales de destinación ilícita en los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de que tratan

²² Ley 906 de 2004, artículo 346. Preacuerdo desde la formulación de imputación. «... El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena».

²³ Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sent. N.º 417 del 2023, puntualizó lo siguiente: «Tal como lo señaló la Sala de Casación Civil, aun cuando el verbo rector definido en el proceso penal hubiera sido portar, “la realidad fáctica no podía desdibujarse como quiera que, de cara al material probatorio obrante, lo cierto era que los elementos bélicos eran almacenados en su heredad”. Dada la independencia entre las acciones de extinción de dominio y penal, no es dable para el juez de extinción de dominio circunscribir el análisis probatorio al verbo rector por el que se suscribió un preacuerdo, sino que por el contrario debe valorar integralmente el acervo probatorio que, en este caso, incluía los informes de investigación que dieron lugar posteriormente a las condenas penales (...) Al analizar el defecto fáctico alegado por la accionante, consistente en la indebida valoración de las condenas penales proferidas contra el señor L.H.G., la Sala enfatizó que la acción de extinción de dominio es autónoma de la acción penal. Por lo anterior, el alcance de las conductas ilícitas que fundamentan la acción de extinción de dominio no está condicionado por el verbo rector de la condena penal. Esta autonomía implica igualmente que el juez de extinción de dominio debe analizar integral e independientemente el acervo probatorio allegado al expediente, incluyendo las pruebas que dieron lugar a las condenas penales».

los artículos 365, 366 y 367 del Código Penal, no es lo mismo hablar de una actividad ilícita de «porte», donde su concreción de por sí no demanda la presencia o existencia de bienes, que invocar la conducta de almacenar, fabricar o conservar, donde la existencia de un bien o de una infraestructura logística para ello, resulta connatural con la propia conducta típica.

De otra parte, se debe resaltar que, si bien en la extinción de dominio no se protegen directamente bienes jurídicos, sí se requiere que alguno de ellos se haya vulnerado o puesto potencialmente en peligro, lo que ubica este elemento estructural en el plano de ser más una consecuencia jurídica del injusto penal (acción típicamente antijurídica), y no necesariamente del delito (acción típica, antijurídica, culpable y punible), ya que tan solo requiere para su acreditación la comprobación de la existencia de un hecho que pueda calificarse como típicamente antijurídico, sin que sea necesario acreditar los elementos de la culpabilidad, toda vez que esta es una de las principales características que derivan de su naturaleza jurídica y que es propia de los institutos de decomiso sin condena, lo cual constituye una de las principales diferencias entre la extinción de dominio y el tradicional comiso penal²⁴. Es de recordar que la razón de ser de la extinción de dominio fue precisamente la de poder contar con un instituto que permitiera superar todas las deficiencias del comiso tradicional²⁵ para alcanzar sus mismos fines,

²⁴ Se debe recordar que el legislador imprimió al comiso una naturaleza jurídica de sanción penal, al condicionar en los artículos 100 del Código Penal y 82 del Código de Procedimiento Penal, su procedencia sobre «los bienes del penalmente responsable».

²⁵ La principal razón que motivó la creación de la extinción de dominio como la adaptación de un instituto de decomiso sin condena fue precisamente la necesidad de superar las deficiencias del comiso penal tradicional, la mayoría de ellas presentadas en sede de culpabilidad, lo cual resultaba completamente ineficaz cuando se presentaba la extinción de la acción penal por muerte del investigado o prescripción del proceso; se absolvía al procesado por duda o insuficiencia probatoria; o los bienes se colocaban en cabeza de terceros ajenos al delito, personas jurídicas, o menores inimputables que estaban fuera del alcance del Derecho Penal; o la acción penal no podía adelantarse por la condición de fugitivo del investigado; o por operar algún fuero o inmunidad procesal; o por existir una terminación anticipada del proceso, o el reconocimiento de un criterio de oportunidad con inmunidad que impidiese adelantar la investigación patrimonial dentro del proceso penal, entre otros múltiples factores.

especialmente, cuando el proceso penal no lograba llegar a una condena, debido a la imposibilidad de demostrar la culpabilidad del titular del bien.

Sin embargo, se puede apreciar que este elemento estructural viene presentando una interesante evolución que lo va distanciando cada vez más de la noción del delito penal y lo va acercando al reconocimiento de un ilícito patrimonial propio de la extinción de dominio, que para el contexto nacional tiene el carácter de ilícito constitucional ligado al derecho de propiedad, elemento que es reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶. Este elemento estructural también se ha concretado a través la noción mexicana de «hecho ilícito» o la argentina de «hecho ilícito penal», que en nuestro contexto es reconocido en materia de responsabilidad civil, el cual también depende de la existencia de un delito y cuya estructura, bien puede servir de referente para comprender de mejor forma el concepto de actividad ilícita en materia extintiva, ya que ambos institutos constituyen consecuencias jurídicas del delito, que se pueden declarar de forma autónoma del proceso penal e independiente de una condena y, en ambas figuras, el delito cumple una función de complementariedad y no de subordinación, pues estos dos institutos demandan la acreditación de otros presupuestos adicionales para su reconocimiento.

Se destaca además que, en el trámite de extinción de dominio, los presupuestos de reconocimiento son similares a los de hecho ilícito civil²⁷, pues en ambos se requiere: i. una conducta o hecho antijurídico, que para la extinción

²⁶ Al respecto, la Corte Constitucional 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”, sentencia N.º C-740 de 2003».

²⁷ Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo: *Instituciones de Derecho privado IV (Obligaciones)*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2008, pp. 198 y ss. En similar sentido, ISAZA DÁVILA, José Alfonso: *Inducción a la responsabilidad civil*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2011, pp. 35 y ss.

de dominio se encuentra definido en sus causales; ii. un daño, que en materia extintiva se representa en la lesión o quebrantamiento del orden jurídico derivado de los efectos negativos que genera el delito en materia patrimonial; un nexo causal que conecte el bien con el delito, que para efectos extintivos se concreta en el nexo de ilicitud que describe expresamente cada causal; y la acreditación de algún factor de atribución (no de imputación), el cual es exigido a través del nexo de relación contemplado en establecer el numeral 4 del artículo 118 que demanda establecer una conexión entre el titular del derecho y la causal extintiva, tema sobre el cual se profundizará en el siguiente capítulo al momento de abordar el análisis de los elementos y condiciones subjetivas.

De otro lado, se debe tener presente que el carácter autónomo que tiene la extinción de dominio respecto del Derecho Penal, en punto de la acreditación de la actividad ilícita, es de orden procesal y nunca sustancial, pues, a pesar de que esta característica permite que se pueda acreditar la existencia de la actividad ilícita por fuera de un proceso penal, es decir, durante el desarrollo de la investigación patrimonial que se adelanta en la fase inicial del trámite extintivo, ello no significa que el operador jurídico pueda prescindir de los criterios de dogmática penal que rigen su reconocimiento.

En otras palabras, la acreditación de la actividad ilícita como elemento estructural de la pretensión extintiva requiere que el ejercicio de adecuación típica y constatación de la antijuridicidad del hecho determinante no se realice de forma superficial o formal, sino de manera técnica y debidamente sustentada, pues son múltiples los temas de dogmática penal que pueden terminar incidiendo en la efectividad del trámite extintivo, como por ejemplo, cuando se comprueba algún instituto de imputación objetiva, como la existencia de una conducta neutral, u opera el principio de confianza o una prohibición de regreso; o se descarta el tipo subjetivo por ausencia de dolo o algún ingrediente subjetivo; o se comprueba una causal eximente de responsabilidad; o se verifica que el bien investigado se encuentra cobijado por un hecho que es objeto de cosa juzgada penal, que guarda identidad en cuanto al objeto, el sujeto o la causa con la pretensión de extinción de dominio, entre

otros aspectos dogmáticos que pueden incidir en el reconocimiento de este elemento estructural.

1.1.3. El nexo de ilicitud o circunstancia ilícita

El tercer elemento común a todas las causales hace relación a la descripción específica y concreta de la circunstancia de ilicitud patrimonial que recoge cada causal y que demanda la demostración de una conexión idónea entre el bien investigado y la actividad delictiva determinante, lo que se conoce como «nexo de ilicitud»²⁸ o «circunstancia ilícita», también llamado genéricamente «nexo causal»²⁹, el cual establece la condición antijurídica que sustenta el cuestionamiento de ilicitud de un bien, ya sea por su origen o su destinación ilícita. En otras palabras, el nexo de ilicitud constituye

²⁸ Algunas legislaciones hacen un énfasis especial en este elemento, como por ejemplo, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador, que en el literal c. de su artículo 5 establece las «Condiciones para la extinción de dominio», para lo cual demanda, entre otros aspectos, que se acredite la existencia de un bien o bienes de origen o destinación ilícita; la existencia de una actividad ilícita, y un nexo «causal» de los dos elementos anteriores; en igual sentido el artículo 9 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio de México que describe entre los elementos de la acción de extinción de dominio: «1. La existencia de un hecho ilícito; 2. La existencia de algún bien de origen o destinación ilícita; 3. El nexo causal de los dos elementos anteriores...»; de forma similar se prescribe en el literal d. del artículo 14 del Decreto Legislativo 1373 de Perú, que establece como un fin de la indagación patrimonial el de: «Recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para declarar la extinción de dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio».

²⁹ Se debe precisar que, técnicamente, el nexo de ilicitud es un vínculo «de relación» que permite conectar un bien con el delito, y no siempre presenta una conexión genética o de «causalidad», como suele reconocerse, pues no todos los presupuestos de extinción de dominio se sustentan en criterios de causa-efecto, pues estos solo son predicables de las causales de origen ilícito, pero no de las causales de destinación ilícita, en las cuales se debe verificar otro tipo conexión, a partir de nexos de relación funcional entre el bien y el delito, que se plantean en el plano de la relación de medio a fin, que verifica la función que cumple el bien para la materialización del delito, ya sea porque este se empleó como medio o instrumento para cometer el delito, o se destinó para su preparación o ejecución, o se empleó para actos de mezcla u ocultamiento de activos de origen ilícito.

un elemento objetivo-normativo de los presupuestos de extinción de dominio que actúa sobre el objeto (bien o derecho patrimonial) y va a definir claramente cuál es la contrariedad del bien con el ordenamiento jurídico, siendo el elemento esencial que permite distinguir una causal de otra, pues el legislador reconoció distintos nexos de ilicitud, algunos atendiendo al origen, cuando se puede establecer una «relación de causalidad» entre el bien y el delito determinante, por ser su producto, su objeto material, o el resultado de una transformación o conversión, o sus ganancias no justificadas; incluso, se extiende a los frutos de los bienes anteriores. Igualmente, se establecen nexos de ilicitud que verifican la existencia de una «relación funcional» del bien con el delito, ya sea porque un bien fue empleado como un medio o instrumento para cometer el delito, o porque se encuentra destinado o acondicionado para cometerlo, o porque está en función de mezclar u ocultar bienes ilícitos con otros de legítima procedencia.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta circunstancia ilícita o nexo de ilicitud se debe verificar desde una perspectiva real (*in rem*) y no personal, ya que la ilicitud que resulta relevante en materia de extinción de dominio y que conlleva el juicio de antijuridicidad en esta materia, es aquella que se predica del bien y no de su titular. Por ello, este nexo de ilicitud no se debe confundir con el nexo de relación de que exige el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio³⁰, toda vez que esta conexión desborda el plano objetivo y busca establecer una vinculación entre el titular de los derechos patrimoniales sobre el bien cuestionado y la causal extintiva, lo cual obliga a verificar algunas condiciones personales y demostrar la existencia de algún factor o criterio de atribución que permita «atribuir» la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un titular de derechos en un caso concreto, aspecto sobre el cual se profundizará más adelante.

1.1.3.1. Sobre la idoneidad del nexo de ilicitud

Uno de los aspectos más importantes del nexo de ilicitud es el relacionado con el estándar de idoneidad con el que se debe valorar este elemento, el cual

³⁰ «4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio».

demanda la comprobación de coherencia lógica entre la actividad delictiva determinante y el cuestionamiento de licitud del bien; es decir, no basta con acreditar cualquier relación formal entre el bien y el delito, pues se debe verificar que exista una relación que sustancialmente permita considerar que la actividad ilícita tiene realmente una aptitud jurídica para comprometer el bien con una causal de extinción de dominio³¹, pues no todo delito es idóneo para generar un producto o ganancia ilícita, y no todo uso o aprovechamiento de un bien constituye un ejercicio ilícito del derecho de propiedad que conlleve una relación funcional efectiva de medio a fin para cometer un delito, razón por la cual esta condición de idoneidad debe verificarse caso por caso.

Por ejemplo, si se investiga un bien de propiedad de un funcionario comprometido por el delito de peculado del artículo 397 del Código Penal,

³¹ Frente a este punto, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá, puntualizó lo siguiente: «El establecimiento del vínculo que se echa de menos entre el uso del bien y el comportamiento ilegal del prenombrado, no puede quedar supeditado, como colige la funcionaria, a los criterios de imposición de la pena en el ámbito penal, donde, ciertamente, el enjuiciador al aplicar la ley, debe delimitar de acuerdo al agravio cometido, la aflicción con relación al daño social causado, a fin de restaurar la convivencia armónica de la sociedad y legitimar el ejercicio del *ius puniendi*, empero, dicha sistemática no puede extenderse a esta especialidad, como pareciera exigirlo la providencia consultada, pues de tiempo atrás se ha descartado el carácter punitivo de la presente acción (...) En ese orden de ideas, sin mayor esfuerzo, siguiendo la línea de los postulados deontológicos reseñados, puede notarse que no es posible excluir la consecuencia extintiva dentro del *sub iudice*, por el hecho de que el uso de la motocicleta en la que se movilizó H.J. para cobrar una extorsión, a juicio de la *a quo*, no era condición necesaria para el resultado típico, a más de que no causó un “daño a la autonomía personal y al patrimonio de la víctima”. No solo porque incurre nuevamente la falladora en suprimir el carácter autónomo de la *litis* aquí estudiada, sino también, porque desconoce que este instrumento guarda estrecha relación con la política criminal del Estado, la cual, no se agota en lo “penal, pues comprende un espectro estructural y funcional que desborda el marco del sistema penal ya que vincula a todas las ramas del Poder Público y a la sociedad en que tal poder se ejerce”. Así, lo único que correspondía era constatar si el ciudadano, con arreglo al derecho constitucional de la propiedad, utilizó su bien preservando el orden jurídico, de suerte que, de no proceder así, el activo debe volver a ser funcional a los intereses del Estado y la sociedad, a través de la extinción». Fallo de Consulta del 09-07-24, radicado 50001312000120190002802.

el nexo de ilicitud sería idóneo, si el nexo de causalidad de la actividad ilícita determinante guarda conexión con la modalidad de peculado por apropiación; sin embargo, si la modalidad acreditada es la de peculado a favor de terceros, cualquier vinculación de un bien del funcionario comprometido podría verse afectada por la falta de idoneidad del nexo de ilicitud, pues en este evento se entendería que el incremento patrimonial se dio en cabeza del tercero y no sería idóneo o coherente cuestionar los bienes del funcionario por la vía extintiva.

También puede presentar reparos de idoneidad la pretensión de extinción de dominio que se dirige sobre una casa donde solo se dio una reunión en la cual los asistentes expresaron un acuerdo para cometer delitos pues, en principio, el tipo base de concierto para delinquir descrito en el inciso 1 del artículo 340 del Código Penal no demanda el uso de bienes inmuebles para su tipificación. Situación distinta se presentaría si en el inmueble investigado se ubicasen campamentos, polígonos de tiro, armerías y en él permanecieran de forma permanente gran parte de los integrantes de un grupo criminal, quienes lo usan como «base de operaciones», toda vez que dichas objetividades sí permiten predicar la idoneidad suficiente para acreditar que el bien sí guarda una relación funcional concreta con alguna de las modalidades destacadas en las circunstancias de mayor punibilidad del inciso 2 de dicho tipo penal.

2. Aspectos subjetivos que determinan el nexo de relación

Como se mencionó anteriormente, para que un juez declare la extinción de dominio, no es suficiente con la verificación de una causal, que implica la constatación de los elementos objetivos analizados hasta el momento, sino que, además, requiere realizar un juicio de atribución de esta consecuencia jurídica, para lo cual debe verificar aquellos elementos de orden personal o subjetivo que permiten establecer un vínculo entre el titular de derechos sobre el bien pretendido y la causal extintiva, de acuerdo con la expresa exigencia que hace el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que establece como un objetivo primordial de la fase inicial el de recaudar los elementos de juicio necesarios para: «Acreditar el vínculo

entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio».

Por ello, si bien se dice que la acción extintiva es de carácter real, ello no quiere decir que para su reconocimiento baste con que la fiscalía demuestre que un bien se encuentra comprometido con alguna o varias de las causales de que trata el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, pues en materia de extinción de dominio no se discute la simple relación del bien con el delito, ya que el cuestionamiento trasciende al debate constitucional sobre la licitud del derecho de propiedad, ya sea para determinar si el titular lo adquirió con un justo título, como lo demanda expresamente el artículo 58 de la Constitución Política, presupuesto *sine qua non* de la protección constitucional, evento en cual se determina si el derecho de propiedad nace o no a la vida jurídica; o si el derecho de propiedad se ejerció de acuerdo con las expectativas de comportamiento acorde con el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la función social y ecológica del derecho de propiedad establecidas en la misma norma constitucional.

De ahí que, para que proceda la declaratoria de extinción de dominio, se requiere verificar algunas condiciones personales mínimas, con relación al titular de los derechos sobre los bienes pretendidos, además de la constatación de algún factor o criterio de atribución que permita demostrar la existencia de ese vínculo de relación entre el titular y la causal extintiva.

2.1. Condiciones personales de atribución

Como quiera que el conflicto en materia de extinción de dominio se centra en determinar la validez del derecho de propiedad o en la legitimidad de cómo este se ejerce, el Código de Extinción de Dominio establece, en su artículo 118, no solo el deber de identificar bienes comprometidos en una causal extintiva (numeral primero), sino que además exige: «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». Con ello, se pretende que la pretensión extintiva brinde claridad sobre dos aspectos en particular: en primer lugar, establecer cuáles

derechos patrimoniales existen sobre el bien, es decir, cuáles derechos se encuentran en discusión, identificando quiénes son sus titulares; y, en segundo lugar, determinar cuál es la capacidad jurídica con que dichos titulares actúan, pues se requiere realizar frente a ellos un juicio de atribución (numeral 4), siendo necesario reconocer su legitimación procesal y garantizar debidamente sus derechos de contradicción, oposición y defensa, para lo cual la norma le impone el deber a la fiscalía de investigar cuál es el lugar donde puedan ser localizados, para poder notificarlos de forma eficaz e integrar debidamente el contradictorio.

2.1.1. Titularidad de derechos

La extinción de dominio reconoce que sobre un mismo bien pueden existir distintos derechos y cada uno de ellos puede estar en cabeza de una misma persona o de personas diferentes y, por tanto, los presupuestos o causales de extinción de dominio pueden afectar todos los derechos de contenido patrimonial que existen sobre un bien o tan solo sobre una parte de ellos. Sería el caso, por ejemplo, de la hacienda adquirida a través de una herencia a favor de cinco hermanos, en la cual, además de los derechos de dominio que ostenta cada uno de los copropietarios, puede existir un derecho de uso y habitación constituido a favor de alguno de los ancestros de la familia; un derecho de hipoteca garantizando un crédito hipotecario a favor de una entidad financiera; un derecho de usufructo sobre una porción de la hacienda a favor de un tercero que desarrolla allí un cultivo agrícola; un derecho de anticresis sobre otra porción de terreno a favor de un acreedor anticrético, o una posesión regular de un pequeño lote de la hacienda ejercida por un tercero donde funciona un local comercial informal, entre otros.

Es claro que, en el evento de que alguno de los titulares abuse o ejerza mal su derecho utilizando el bien para una actividad ilícita, el poseedor, por ejemplo, que destina su local para vender sustancias ilícitas, ello no quiere decir que automáticamente se «contamina» todo el bien o quedan comprometidos los derechos patrimoniales de los demás titulares, como si se tratara de un bien «condenado» pues el nexo de relación de que trata el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio no es predicable de

todos ellos y, por ende, la afectación de la totalidad del bien, sin tener en cuenta los derechos en juego, podría atentar contra el principio de proporcionalidad, pues las relaciones jurídicas que puede tener una persona respecto a un bien pueden ser muy distintas, especialmente, cuando se tienen presentes los atributos de la propiedad³², y la distinción de los conceptos de propietario, poseedor y tenedor, ya que cada derecho le concede capacidades distintas a cada titular frente al bien, cobrando aquí una especial relevancia el principio *nemo plus iuris*³³, mediante el cual nadie puede transferir o, en este caso, disponer de más derechos de los que realmente ostenta.

Por tanto, la obligación que impone el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio de establecer los derechos que existen sobre un bien e identificar quiénes son sus titulares resulta de suma importancia para comprender la forma de cómo opera el principio de proporcionalidad en materia extintiva, toda vez que aquí no se pueden aplicar los mismos criterios de proporcionalidad que se manejan en el Derecho Penal, pues allí la consecuencia jurídica va a estar determinada por la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del acusado (cláusula de rigor)³⁴, lo que permite manejar la «pena» en un

³² La valoración de la situación jurídica de un titular de derechos respecto a un bien no puede realizarse sin tener presente los atributos inherentes al derecho de propiedad: el *ius utendi*, o derecho de uso y disfrute del bien, que le permite exigir al titular la exclusión de su uso a terceros; el *ius fruendi*, o derecho de goce, usufructo o aprovechamiento económico del bien y; el *ius abutendi* o derecho de disposición, pues a partir de ellos se va a definir el objeto y los límites de las causales extintivas, además de reconocer las garantías de protección de los derechos de terceros que se puedan ver afectados con la pretensión correspondiente.

³³ Sobre el particular, LUJAN, Manuel: «La regla *nemo plus iuris*, la extinción de dominio y la imprescriptibilidad de la acción». En: *Nuevo Enfoque, Revista especializada en extinción de dominio*. N.º 1. Lima, 2021, p. 72, destaca que «... en virtud de dicha regla a nadie se le permite transferir algo que nunca fue suyo, por la misma razón cualquier adquisición con dineros ilícitos no podría existir, ya que la misma posesión de tal riqueza sería ilegítima, lo que revela la aplicación de dicha regla».

³⁴ Con relación al comiso se reconoce como un criterio de proporcionalidad penal la denominada «cláusula de rigor», la cual es explicada por CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas». En: *Estudios de Derecho Judicial*. N.º 28. Madrid, 2000, p. 340, en los siguientes términos «... también para el comiso el legislador ha establecido un

rango de mínimos y máximos e incidir en estimaciones de ponderación de la pretensión del comiso penal frente al valor, proporción o extensión del bien. En cambio, en materia de extinción de dominio no es posible trabajar con esos extremos valorativos (mínimos y máximos-levés y graves), como quiera que la pretensión extintiva no se centra en la conducta delictiva, ni mucho menos repara en la gravedad de la lesión o daño ocasionado con el delito, sino que se concentra en el debate jurisdiccional frente a la legitimidad o validez del derecho patrimonial, en cuanto a la verificación de si el derecho nace o no a la vida jurídica (licitud de su origen) o si el derecho patrimonial se ejerce o no lícitamente (licitud de la destinación), sin que exista la posibilidad de que la consecuencia jurídica pueda ser segmentada, medida o determinada a través de mínimos o máximos, pues, independientemente de la intensidad del daño, el grado de lesividad de la conducta, o el nivel de compromiso de culpabilidad del titular del bien, la consecuencia jurídica siempre va a ser una sola: la extinción del derecho.

2.1.2. La capacidad de goce y ejercicio

La segunda condición personal que debe ser considerada para realizar el correspondiente juicio de atribución tiene que ver con la capacidad de goce y ejercicio que tenga quien ostente el derecho patrimonial, pues, como bien se ha resaltado en este análisis, técnicamente la extinción de dominio no extingue bienes, sino derechos de contenido patrimonial (causales de destinación), o se declara la apariencia de un supuesto derecho (causales de origen), razón por la cual el objeto de cuestionamiento que se realiza a través de la pretensión extintiva no recae sobre el bien en su sentido ontológico, sino sobre el derecho o los derechos patrimoniales que existen sobre el mismo. De ahí la importancia de la carga procesal que se impone en el citado numeral 3

correctivo derivado del principio de proporcionalidad. Nos referimos a la cláusula de rigor contenida en el artículo 128 del Código Penal, 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».

del artículo 118 del estatuto extintivo de identificar claramente a todos los posibles titulares de derechos sobre los bienes investigados, labor que no se debe hacer de manera formal, sino sustancial, verificando la capacidad de goce y ejercicio de tales derechos; es decir, corroborando que el titular cuente con la aptitud legal para ser reconocido jurídicamente como tal y constatando que efectivamente dicho titular se encuentra facultado para ejercer o disponer de los derechos que ostenta.

Lo anterior, como quiera que la extinción de dominio parte de la idea de que el afectado es un ser consciente que cuenta con total capacidad para ser titular de derechos y poder disponer de ellos, y salvo los casos de incapacidad jurídica (o inimputabilidad) o los eventos de afectación de su ejercicio por un consentimiento viciado (coacción o error), cualquier ciudadano que esté razonablemente integrado en la sociedad debe estar en capacidad de comprender lo bueno y lo malo con relación a las formas de adquirir el derecho de propiedad o de la forma de como dicho derecho se ejerce. Esta presunción de capacidad jurídica, que también es acorde con el respeto a la dignidad humana (artículo 2 del Código de Extinción de Dominio), tiene una especial incidencia para establecer el vínculo o nexo de relación entre el titular y la causal o presupuesto de extinción de dominio exigido en el citado numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, pues, para lograr acreditar algún factor de atribución, se requiere constatar que el titular del bien hubiese actuado con capacidad de goce y ejercicio.

Se tiene así, por ejemplo, que si un bien de legítima procedencia producto de una herencia que se encuentra en cabeza de un infante que solo tiene capacidad de goce y no de ejercicio es utilizado ilícitamente por sus padres o tutores para alguna actividad delictiva, la extinción de dominio sería improcedente, pues, a pesar de que objetivamente existe un vínculo de ilicitud entre el bien y el delito, lo que, a primera vista, podría enmarcarlo bajo una posible causal de extinción de dominio, al momento de verificar el nexo de relación que exige el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, en concordancia con los artículos 3 y 7 del mismo estatuto, se puede advertir que no es posible vincular al menor, titular del derecho, con la causal

extintiva, toda vez que el vínculo solo compromete a los padres o tutores, quienes no guardan ninguna relación jurídica o titularidad sobre el bien. En este caso, la destinación no se deriva de un acto de uso o disposición ilícita del bien de parte de su titular, pues el menor, al solo poseer capacidad de goce de su derecho y ser incapaz para ejercerlo, no se le puede cuestionar por el indebido o abusivo ejercicio de su derecho en contravía de las obligaciones que emanan de la función social y ecológica que debe cumplir el derecho de propiedad, ni mucho menos acreditar algún factor subjetivo de atribución en su contra (dolo, culpa, mala fe, creación de riesgo, etc.), debido a su evidente incapacidad para actuar.

También es importante aclarar que, si bien en las causales de origen ilícito basta con acreditar la capacidad de goce de derechos por parte del titular, pues este tipo de presupuestos se sustentan en normas objetivas de valoración que solo demanda verificar si el acto jurídico a través del cual se originó el derecho cumplió o no con los presupuestos para nacer o no a la vida jurídica, en las causales de destinación ilícita de bienes, dicha capacidad no es suficiente, pues aquí lo que más resulta relevante es la capacidad de ejercicio, y, en particular, la capacidad de uso y disposición, pues en este tipo de causales existe un límite jurídico al ejercicio de la capacidad dispositiva del 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 y ecológica que debe cumplir el derecho de propiedad.

Por lo anterior, para que proceda la extinción de dominio por una causal de destinación ilícita, no basta con que una persona utilice un bien para actividades delictivas que atentan contra la misma sociedad, sino que, además, demanda que dicho acto sea realizado por alguien que ostente la capacidad de uso o disposición sobre el mismo; es decir, quien pueda disponer jurídicamente del bien o, en otras palabras, sobre quien recae el deber constitucional de cumplir con las obligaciones constitucionales que emanan de la función social de la propiedad, pues los actos que tienen que ver con el cumplimiento de dichas limitaciones solo pueden predicarse de quienes tengan la capacidad de goce y ejercicio sobre el respectivo bien, es decir, quienes ostenten el *ius*

utendi o el *ius abutendi*. De ahí que no es jurídicamente correcto trasladar las obligaciones constitucionales que emanan de la función social y ambiental de la propiedad a quienes ostentan relaciones jurídicas precarias sobre el bien, como, por ejemplo, poseedores o tenedores, o exigir las de quienes no ostentan ningún vínculo jurídico con el bien, como empleados, clientes, pasajeros, visitantes, usuarios, etc., como quiera que dichos deberes constitucionales solo les son exigibles a los propietarios o titulares de derechos.

2.2. Factores de atribución en extinción de dominio

El Código de Extinción de Dominio es enfático en reconocer a la buena fe como uno de los principales límites y fundamentos de la extinción de dominio, la cual se establece como un criterio rector y una garantía del procedimiento en su artículo 7³⁵ y, a su vez, se impone como parámetro de verificación y presupuesto de procedencia, al exigir en el numeral 5 del artículo 118 de dicho estatuto que la Fiscalía, durante la fase inicial, cumpla con el deber de «Buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa», con lo cual no solo resalta la enorme importancia que tiene el componente subjetivo en materia de extinción de dominio, desvirtuando la posibilidad de que, en aquellos casos donde se tiene un titular conocido, la extinción de dominio proceda atendiendo solo con la comprobación de los elementos objetivos que determinan la existencia de la causal, sino que, además, establece la necesidad de acreditar algún factor de atribución (no de imputación³⁶), que permita desvirtuar la presunción

³⁵ Que acoge como norma rectora la presunción de buena fe en los siguientes términos: «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».

³⁶ La finalidad de la extinción de dominio, dada su naturaleza jurídica, no es la de entrar a reprochar comportamiento alguno, o hacer juicios de imputación de una conducta ilícita, pues, como bien resalta MERINO MENJÍVAR: ob. cit. (*La extinción de dominio...*), *passim*, la consecuencia es patrimonial y no personal, y con ella no se busca ningún tipo de sanción o castigo, sino, simplemente, la recomposición del orden jurídico que se ve quebrantado por los efectos patrimoniales que se derivan del delito, lo cual se logra de forma independiente a cualquier juicio de reproche que pueda hacerse en contra del titular en la órbita personal.

de buena fe y establecer el mencionado vínculo o nexo de relación entre el titular del bien y la causal extintiva.

Por tanto, los factores de atribución constituyen el elemento axiológico o valorativo a través del cual el ordenamiento jurídico logra atribuir la consecuencia jurídica de la ilicitud patrimonial a un titular de derecho sobre un bien comprometido en una causal de extinción de dominio en un caso concreto, pues, como se viene mencionando, para que proceda la declaratoria de extinción de dominio, no basta solo con acreditar el nexo de ilicitud entre el bien y la actividad ilícita determinante, pues ello solo queda en el plano objetivo de la demostración de la causal, sino que, además, se requiere vincular al titular de derechos patrimoniales sobre el bien con la causal invocada, para lo cual se suele acudir a diversos factores de atribución, objetivos y subjetivos, que permiten adjudicar la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un titular real o aparente de derechos patrimoniales sobre un bien cuestionado en cuanto a su origen o destinación.

Sin embargo, se debe precisar que los factores o criterios de atribución difieren si el afectado es una persona natural o una persona jurídica y, por tanto, constituye una mala práctica aplicar los mismos factores de atribución propios de las personas físicas a las personas morales, o viceversa, pues, al ser estas últimas entidades jurídicas que actúan a través de sus representantes u órganos de dirección o administración, la atribución de un comportamiento negligente o imprudente de uno de sus empleados o funcionarios no siempre va a comprometer a toda la entidad, pues ese proceso de vinculación va a demandar una carga probatoria muchísimo más alta y específica por parte de la Fiscalía.

2.2.1. De los factores de atribución respecto a las personas naturales

La extinción de dominio adopta estos criterios del Derecho Civil por vía de la integración normativa (numeral 4 del artículo 26 del Código de Extinción de Dominio), donde tienen un amplio desarrollo histórico en punto de su reconocimiento con relación a las personas naturales donde, a través de objetividades, se pueden acreditar ciertos factores o criterios de atribución que permiten desvirtuar la presunción de buena fe, tomando, como referentes

normativos, dos elementos subjetivos en particular: un dolo específico, con relación a la ilicitud patrimonial, que para efectos de la extinción de dominio se va a asimilar a la «mala fe»³⁷; y una culpa objetiva que actúa como moduladora de la presunción de buena fe, para lo cual se impone la obligación de confirmarla o desvirtuarla en el numeral 5 del mencionado artículo 118 del Código de Extinción de Dominio³⁸.

Se debe recordar que el dolo no es un elemento exclusivo del Derecho Penal, toda vez que en materia civil también se reconoce y verifica a través de los mismos componentes (artículo 63 del Código Civil), cognitivo y volitivo, pero se diferencia en cuanto al objeto de cognición, ya que en materia de extinción de dominio se va a centrar en el conocimiento que tenga el afectado de la contrariedad del bien con la norma a través del nexo de ilicitud, es decir, de la relación causal o funcional que tiene el bien con el delito determinante, sin necesidad de entrar a verificar el conocimiento exigido por el Derecho Penal sobre los elementos del delito.

Con relación a la culpa, esta se verifica, ya sea desde su perspectiva psicológica, a través de la constatación de actos imprudentes o negligentes que generan o incrementan el riesgo en la adquisición o destinación ilícita de bienes o, desde su perspectiva normativa, tomando como parámetro de referencia el deber de cuidado o la debida diligencia que se deriva de las expectativas de comportamiento frente al respeto de la Constitución y la ley; la

³⁷ Resulta oportuno aclarar que en ningún momento se pretende tomar el concepto de dolo como sinónimo de mala fe, pues tanto la jurisprudencia como la doctrina son enfáticas en resaltar que son dos figuras muy diferentes. Sin embargo, las primeras legislaciones de extinción de dominio, incluyendo la Ley Modelo de Extinción de Dominio, solo reconocía como límite subjetivo la buena fe exenta de culpa, razón por la cual la acreditación de la ausencia de este elemento, ya sea por un conocimiento directo de la ilicitud patrimonial o por el incumplimiento de los deberes de cuidado o de debida diligencia, se tomaban por igual, como actos de «mala fe».

³⁸ Esta carga responde a la necesidad de desvirtuar la presunción de buena fe establecida en el artículo 7 del Código de Extinción de Dominio, el cual lleva implícita las reglas generales de dicha presunción que se establecen en el artículo 769 del Código Civil, que prescribe que «La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse».

observación de reglamentos protocolos, manuales de prevención de riesgos, políticas de *compliance* o de ética empresarial; la costumbre comercial en la celebración de negocios; o los modelos clásicos del buen hombre de negocios o del hombre prudente y diligente frente a un riesgo de ilicitud patrimonial, entre otras fuentes, según el caso, para lo cual se deberá verificar siempre que la ilicitud patrimonial que se cuestione, según la causal, se derive directamente del incumplimiento de los deberes de cuidado o de debida diligencia exigibles para el caso en concreto, desvirtuando que ellos no respondan a otra causa no atribuible a quien se encontrare obligado. Igualmente, en los trámites de extinción de dominio también se suelen reconocer como factores de atribución aquellas formas de culpa por el hecho ajeno, como la culpa *in eligiendo*, *in vigilando*, *in contrahendo* o *in custodiando*, especialmente, en lo que hace relación a las causales de destinación ilícita.

También tiene cabida en la extinción de dominio el uso de factores objetivos de atribución, como la creación de riesgos (o injerencia), los cuales se suelen asociar tanto a las causales de origen como de destinación, cuando la relación causal o funcional del bien con el delito está determinada por vínculos de parentesco, dependencia o subordinación del titular del bien con quienes tienen algún compromiso de responsabilidad con la actividad ilícita determinante; o se realizan actos que puedan generar un incremento potencial del riesgo de ilicitud patrimonial que pueda comprometer el bien, como por ejemplo, cuando se realizan negocios con personas que se encuentran privadas de la libertad, o se nombran en cargos de responsabilidad de una sociedad o de un negocio a personas con notorios nexos delictivos, o se adquieren bienes sin verificar su ubicación, condición actual o existencia, entre otros múltiples eventos similares.

2.2.2. De los criterios de atribución aplicables a las personas jurídicas

Con relación a las personas jurídicas, se debe resaltar que, si bien, al principio, este instituto trabajó con los mismos factores de atribución de las personas naturales, la evolución que ha tenido el tema durante el presente siglo ha llevado a pasar de adaptaciones específicas de formas de culpa predicables tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas,

como la *culpa in contrahendo*, *in eligiendo*, *in vigilando* o *in custodiando*, las cuales se constataban frente a aquellos riesgos que eran comunes junto con las personas naturales, generalmente de orden comercial y registral (buena fe, creencia), hasta llegar a la adopción de estándares objetivos de debida diligencia más específicos; primero, a través de las obligaciones sistémicas de prevención de actividades delictivas impuestas a ciertas entidades jurídicas del sector financiero desde 1990 a través de las 40 recomendaciones del GAFI, desarrolladas a través de los programas de cumplimiento SIPLAFT, SARLAFT, SAGRILAFT, etc. las cuales se han venido extendiendo desde el 2012 a otros actores del sector real, como las entidades relacionadas con las actividades profesionales no financieras designadas (APNFD), o a las empresas del sector privado obligadas a adoptar medidas para prevenir actos de corrupción, de acuerdo con las pautas de transparencia y ética empresarial señaladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, y acogidas en Colombia a través de la Ley 1778 de 2016 modificada por la Ley 2195 de 2022, las cuales generan ciertas expectativas de comportamiento conforme a los deberes de debida diligencia que deben observar todos aquellos sujetos obligados a identificar, controlar y mitigar los posibles riesgos de actividades ilícitas, los cuales constituyen un referente objetivo para comprobar o desvirtuar un proceder conforme a la buena fe exenta de culpa en un caso en particular.

De ahí que, en la actualidad, los factores de atribución predicables de las personas naturales no sean los mismos que vinculan a las personas jurídicas, pues, frente a estas, las cargas probatorias de la investigación patrimonial deben ser más altas, pues, para acreditar si se cumplió o no con las expectativas de la debida diligencia, no se puede acudir a simples apreciaciones o conjeturas de orden subjetivo del ente investigador, pues, para ello, el ordenamiento jurídico ya ha impuesto deberes específicos de identificación, control o mitigación de riesgos, estableciendo obligaciones sistémicas para la prevención de delitos en distintas actividades económicas o productivas.

Por ello, para poder atribuir la consecuencia de la extinción de dominio sobre un bien ilícito perteneciente a una persona jurídica, se requiere definir

previamente: qué obligaciones de evitación de riesgos recaen sobre el ente jurídico; qué empleado, oficina o dependencia tenía la obligación de identificar o mitigar el riesgo en la adquisición de sus bienes, o respecto de quién recaía el deber de verificar, vigilar o custodiar el correcto uso o destinación de los mismos; además, se debe indicar de dónde se deriva la existencia del deber específico de actuar para identificar, controlar o mitigar un riesgo determinado o cuál es la fuente del deber de debida diligencia específico, o indicar, por lo menos, cuál fue el defecto orgánico que generó el riesgo de adquisición o destinación ilícita del bien.

Adicional a lo anterior, se requiere verificar si el empleado, directivo o funcionario actuó con capacidad para comprometer o no a la persona jurídica (factor o hecho vinculante), o si, por el contrario, el vínculo con la causal es producto de un abuso o extralimitación en sus funciones, pues, en materia de extinción de dominio, la observancia de los deberes de debida diligencia no son distintos a los que se suelen manejar actualmente en otras áreas del Derecho, como el Civil, Penal o Administrativo, para lo cual se deben comprender los fundamentos de responsabilidad por el hecho propio de los entes jurídicos, tema que ha sido expuesto en términos sencillos por la doctrina de la siguiente manera:

La responsabilidad autónoma de las personas jurídicas compatible con el principio de culpabilidad se configura conforme al modelo de responsabilidad por el hecho propio: el injusto corporativo se fundamenta en la generación por parte de la entidad jurídica de condiciones materiales determinantes para la comisión de delitos específicos en su seno, beneficiándose de los mismos, evidenciando un defecto estructural en su organización incompatible con una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal³⁹.

De ahí que a las personas jurídicas no se les pueda aplicar los mismos factores subjetivos de atribución que se manejan con relación a las personas

³⁹ MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel: *Lavado de activos y criminalidad empresarial*. Jurista Editores. Lima, 2023.

naturales, pues, dada su naturaleza jurídica y estructura orgánica, los factores de atribución van a estar determinados por el incumplimiento de deberes específicos de debida diligencia que le son propios de acuerdo con las obligaciones de prevención, mitigación o evitación de riesgos que les impone el ordenamiento jurídico, de acuerdo con su naturaleza, actividad económica o área en que se desarrollan, razón por la cual el examen de debida diligencia se determina caso por caso, teniendo como principal referente el criterio de la buena fe exenta de culpa.

2.2.3. De la atribución de la consecuencia jurídica sobre bienes en cabeza de terceros

Para comprender los factores de atribución que se pueden predicar con relación a los terceros, se debe tener en cuenta que la situación jurídica de ellos es muy distinta a la de aquellos titulares «delincuentes» o de mala fe, pues respecto de ellos no se cuestiona si su derecho patrimonial nace o no a la vida jurídica, pues su relación con las causales no es directa, ya que el problema jurídico que los vincula es el del denominado «dominio incompleto» o «falsa tradición», a través del cual quien figura como dueño de un bien que es transferido al tercero, realmente no era titular de derechos sobre el mismo. Lo anterior, atendiendo a los fundamentos de legitimación de la extinción de dominio, que impide reconocer la consolidación de derechos a través de un título injusto, es decir, toda vez que el delito no puede generar derechos y, por tanto, en virtud del mencionado principio *nemo plus iuris*, quien figura como aparente titular, no podría traspasar un derecho que jamás ha tenido. De ahí que el nexo de relación que compromete los derechos de los terceros no sea un vínculo directo con la causal extintiva, sino un nexo indirecto, que se constata a través del criterio de la buena fe calificada u objetiva⁴⁰.

⁴⁰ Tanto la jurisprudencia especializada como la doctrina internacional coinciden en reconocer que hay dos clases de buena fe: la buena fe simple y la buena fe calificada o creadora de derecho, conocida también como objetiva o exenta de culpa, siendo esta última la que por consenso general ha sido adoptada dentro del trámite extintivo, pues se predica generalmente del tercero adquirente que recibe el bien de alguien que carece de un justo título, sin que existiese la posibilidad de advertir sobre el carácter ilícito de su origen.

De ahí que la buena fe exenta de culpa se reconozca como el principal elemento subjetivo de la extinción de dominio y constituya, a su vez, su límite natural⁴¹, ya que la constatación de un proceder acorde con las expectativas que este estándar genera permitirá reconocer en el tercero el nacimiento de un derecho nuevo, derivado de su recto proceder conforme a la Ley, que permite que este sea reconocido como un verdadero propietario, pues, como bien destaca el profesor MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «... es muy importante aclarar que no se trata en este caso de una buena fe que subsane, limpie, lave o repare los vicios o defectos de la tradición. Se trata de una buena fe que da origen a un derecho nuevo, digno de reconocimiento y protección jurídica. Un derecho que no se deriva en un acto de tradición o transferencia, sino en la buena fe cualificada con que actuó el sujeto»⁴².

Por esta razón, si un ciudadano, que sin conocer la ilicitud que compromete un bien, lo adquiere cumpliendo con las expectativas de un proceder acorde con la buena fe exenta de culpa, es decir, realizando los actos de debida diligencia que la transacción le demanda, el vicio de ilicitud que subyace no le puede ser trasladado y surge para él un nuevo derecho que debe ser objeto de protección constitucional. Cabe recordar que la extinción de dominio no fue concebida para investigar o perseguir a los terceros que se consideren imprudentes o negligentes, porque la circunstancia que compromete su derecho siempre va estar por fuera del conflicto propio de la extinción de dominio; además, porque ser tercero «imprudente o negligente», no es una causal de extinción de dominio que justifique el inicio de una investigación, razón por la cual la situación de los terceros de buena fe no deben valorarse a través de un juicio de reproche de su comportamiento, sino que exige un tratamiento especial de valoración desde la perspectiva de una acción declarativa, para

⁴¹ Con relación a los efectos de la buena fe exenta de culpa, esta puede apreciarse desde dos puntos de vista: el primero, con relación a las causales de origen ilícito, donde sus efectos van a permitir la constitución de un nuevo derecho y, en segundo lugar, con relación a las causales de destinación ilícita de un bien, en el cual este componente subjetivo actúa como límite y excluye la posibilidad de declarar la consecuencia jurídica de la extinción de dominio.

⁴² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro: «La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia». En: *La extinción de dominio en Colombia*. UNODC. Bogotá, 2015, p. 15.

reconocer si en un caso en particular, bajo determinadas condiciones, se podía declarar la existencia de un derecho nuevo, por efectos del reconocimiento de los presupuestos de la buena fe exenta de culpa.

Por ello, resulta de suma importancia comprender que para poder determinar si una persona, natural o jurídica, procedió de acuerdo con las expectativas de la debida diligencia, es decir, si actuó de buena fe exenta de culpa, resulta recomendable realizar un «pronóstico objetivo posterior»⁴³, mediante el cual el operador judicial debe realizar un ejercicio de valoración y colocarse en la posición del adquirente al momento en que se realizó el acto jurídico cuestionado y verificar hipotéticamente, si de acuerdo con los hechos y la información que tenían disponible para ese momento, dicha persona, o cualquier otra en similares circunstancias, hubiesen podido detectar, en clave de probabilidad (no basta la posibilidad), que el bien que estaba adquiriendo se encontraba comprometido o no en una causal de extinción de dominio. En otras palabras, para determinar si un tercero actuó o no de buena fe exenta de culpa, se debe demostrar que estaba en capacidad real de poder identificar el origen ilícito del bien que negociaba, a partir de las exigencias del deber de cuidado o debida diligencia imperante en el lugar y momento de la negociación.

Conclusiones

La investigación patrimonial no es una simple etapa procesal abierta para que la Fiscalía, apoyada por sus organismos de investigación, se limite a identificar

⁴³ Frente a este punto, compartimos la posición de MARTÍNEZ SÁNCHEZ, quien resalta la utilidad de la metodología del pronóstico objetivo posterior (POP) para determinar si una persona actuó o no con buena fe exenta de culpa, la cual ha sido explicada por el Derecho Penal en clave de causalidad, al indicar que: «La cuestión, polémica durante largo tiempo, sobre el punto de vista desde el que ha de realizarse el juicio de adecuación (*¿ex ante?*, *¿ex post?*, ¿desde el punto de vista del autor o de un tercero?, ¿sobre qué base científica?) actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior: el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor», ROXIN, Claus: *Derecho Penal – parte general*. T. I. Civitas. Madrid, 1997, p. 360.

los bienes en cabeza de un delincuente o de sus allegados, sino que constituye un verdadero ejercicio metodológico y técnico orientado por unos objetivos previamente definidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que le permiten conocer cuáles son aquellos hechos de relevancia jurídica con los cuales se puede construir la teoría del caso y estructurar técnicamente su pretensión, delimitando el tema de prueba a aquellos hechos que deben ser acreditados para que un juez pueda declarar o no la extinción de dominio sobre los derechos patrimoniales de un bien ilícito.

Los lineamientos contenidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio constituyen el eje central a partir del cual se debe construir un caso de extinción de dominio, pues a través de esta disposición se definen los elementos estructurales de la pretensión extintiva, tanto objetivos como subjetivos; se fijan los criterios que permiten definir el conflicto que se debate en el proceso de extinción de dominio; se proponen las reglas de distinción entre afectados con los terceros de buena fe, y consagra la base para trabajar los factores o criterios de atribución de esta consecuencia jurídica en un caso concreto.

Para la estructuración de un caso de extinción de dominio se requiere la acreditación de dos clases de elementos: unos de carácter objetivo, que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas, como el bien o derecho patrimonial, el nexo de ilicitud y la actividad ilícita; y otros de carácter personal o subjetivo, como la titularidad, la capacidad de goce y ejercicio, y los factores de atribución, a través de los cuales se puede establecer el nexo de relación entre el titular del bien y una causal de extinción de dominio.

La extinción de dominio acoge por vía de integración los factores o criterios de atribución del Derecho Civil, como el dolo (o mala fe), la culpa (tanto por hecho propio como por el ajeno), la creación del riesgo, entre otros, los cuales constituyen el referente axiológico o valorativo para dotar de sentido práctico al vínculo o nexo de relación que permiten conectar a un titular de derechos sobre el bien pretendido con los presupuestos de procedencia de extinción de dominio.

Dada la evolución que ha tenido la extinción de dominio, se debe tener presente que los factores o criterios de atribución difieren si el afectado es una persona natural o una persona jurídica o un tercero que no actuó amparado por un proceder de buena fe exenta de culpa y, por tanto, constituye una mala práctica aplicar a las personas jurídicas los mismos factores de atribución predicables de las personas naturales, o viceversa, razón por la cual el juicio de atribución debe realizarse caso por caso, teniendo como referencia la expectativa de comportamiento conforme a un proceder de buena fe exenta de culpa, parámetro que es reconocido como el principal elemento subjetivo de la extinción de dominio y límite de la pretensión extintiva.

* * *

Resumen: El autor examina en detalle los lineamientos contenidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio de Colombia a los fines de identificar la estructura de la pretensión extintiva. Para tales propósitos escinde su colaboración en dos elementos estructurales, a saber: i. objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas y, de seguida, ii. subjetivos que determinan el nexo de relación entre el titular del bien y una causal de extinción de dominio. Lo anterior le permite concluir que tales lineamientos constituyen el eje central a partir del cual la Fiscalía debe construir un caso de extinción de dominio. **Palabras clave:** extinción, dominio, buena fe, elementos estructurales. Recibido: 13-08-25. Aprobado: 03-09-25.

*Structuring the Claim for Asset Forfeiture:
Objective and Subjective Requirements*

Abstract: *The author examines in detail the guidelines contained in Article 118 of the Colombian Asset Forfeiture Code to identify the structure of the claim for asset forfeiture. For such purposes, the author divides his work into two structural*

*elements, namely: i. objective elements that allow for the identification of the prerequisites for the grounds for extinction; and ii. subjective elements that determine the relationship between the owner of the asset and a ground for asset forfeiture. The above allows him to conclude that these guidelines constitute the central axis from which the prosecution must build a case for asset forfeiture. **Keywords:** asset forfeiture, good faith, structural elements.*