

VARGAS TAMAYO, CAMILO ALFONSO, "Naturaleza jurídica y garantías ¿A dónde vamos a parar?

Un debate sobre el género de la extinción de dominio y su implicación frente a las garantías del debido proceso", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

**Naturaleza jurídica y garantías
¿A dónde vamos a parar?
Un debate sobre el género de la extinción
de dominio y su implicación frente a
las garantías del debido proceso**

*Legal nature and guarantees: where are we headed?
A debate on the nature of asset forfeiture and
its implications for due process guarantees*

CAMILO ALFONSO VARGAS TAMAYO*

Fecha de recibo: 10/07/2025. Fecha de aceptación: 25/08/2025

DOI: 10.17230/nfp21.105.7

* Abogado Universidad Externado de Colombia. Ex-monitor del Centro de Investigación en Política Criminal de la misma casa de estudios, con estudios de diplomado realizados en las Universidades Case Western University y de nuestra señora del Rosario. Máster de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Carlos III de Madrid. OCRIID: 0000-0003-4316-4366. Este trabajo se deriva del Trabajo de Fin de Máster que se presentó entre el 07 y 11 de julio de 2025 para aspirar al título de máster de la Universidad Carlos III de Madrid titulado: "Maquiavelo tenía razón: un aporte a la naturaleza del decomiso, la extinción de dominio y su incidencia en garantías fundamentales".

Resumen

En este escrito se abordan las tres posturas sobre la naturaleza de la extinción de dominio- penal, civil o administrativo-, se toma postura por una diferente, esto es, el género *sui generis* del instituto, y se mira como las diferentes tesis respecto de su naturaleza influyen en la interpretación de las garantías penales. Asimismo, se revisa en este texto como la Corte Constitucional dotando al derecho extintivo de una naturaleza diferente, y junto a ello a valorado axiomas como la presunción de inocencia, legalidad y culpabilidad.

Palabras clave

Extinción de dominio, garantías, naturaleza jurídica, presunción de inocencia, culpabilidad, *sui generis*.

Abstract

This paper addresses the three main postures regarding the nature of forfeiture-criminal, civil o administrative-. It advocates for a different view, namely, this institute constitutes a *sui generis* category. The discussion also explores how the various theories of the nature of forfeiture influence the interpretation of the due process guarantees. Furthermore, the text examines how the Corte Constitucional, by assigning a different nature to forfeiture, has revalued guarantees such as presumption of innocence, legality and guiltiness.

Keywords

Forfeiture, guarantees, legal nature, presumption of innocence, guiltiness, *sui generis*.

Sumario

1. Introducción. 2. Posturas sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio. 2.1. Postura sancionatoria. 2.1.1. Críticas a las tesis sancionatorias. 2.2. Postura civilista. 2.2.1. Críticas a las tesis civilistas. 2.3. Postura administrativa. 2.4. Postura *sui generis*. 3. Doctrina, naturaleza, extinción de dominio y ¿Dónde quedan las garantías? 3.1. Las garantías en el seno de las tesis sancionatorias de la extinción de dominio. 3.1.1. De la presunción de inocencia. 3.1.2. Del principio de legalidad. 3.1.3. Del principio de culpabilidad. 3.2. Las garantías en el seno de las tesis civilistas de la extinción de dominio. 4. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio, Corte Constitucional y garantías. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La extinción de dominio responde a una realidad jurídica concreta y por qué no, particular. Su configuración legislativa se debe a lo siguiente: por un lado, al continuo descredito de algunas ramas del derecho, como lo son la especialidad administrativa, a la que se le critica su burocratización y corrupción; por otra parte, es producto de una política criminal mundial que evoluciona en el seno de los delitos llamados *crime of the powerful*, escenario que ha permitido re-pensar garantías procesales penales, por lo menos, para los institutos de pérdida de dominio¹.

Asimismo, en Colombia su nacimiento responde al fenómeno del narcotráfico de la década de los 80. Dicho contexto tuvo su auge debido al incremento de la demanda de productos como la marihuana y la cocaína. En esa bonanza nacieron los imperios de la mafia colombiana: los carteles de Medellín y Cali². Esa situación se materializó en las grandes extravagancias de los capos colombianos. En este contexto, por ejemplo, Pablo Escobar terminó siendo el sexto hombre más rico del mundo³. Finalmente, según narró el historiador colombiano, Antonio Caballero, la rentabilidad del narcotráfico colombiano para la época representó el seis (6%) por ciento del PIB nacional⁴.

La gravedad del contexto colombiano llegó a oídos del constituyente de 1991 el cual adujo en uno de sus informes lo siguiente:

Repugna a toda lógica que los capitales originados en el delito encuentren protección constitucional en una norma que no fue creada para tal fin. Difíciles y presionados raciocinios han tenido que hacer los jueces para justificar en figuras como el comiso lo que debe poderse decidir directa, firme y establemente. No sufre ninguna atenuación el derecho de propiedad. El artículo propuesto es claro en que sus fines están en línea de desestimular el delito⁵.

Al margen del contexto en el que se presenta la creación de dicha figura, por lo menos en el mundo, y particularmente en el país cafetero, es importante poner el

1 Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed. (Buenos Aires: B de F, 2006), 63 y 85-86.

2 Eduardo Sáenz Rovner, "Historia del narcotráfico en Colombia", *El Espectador*, mayo 14, 2016, <https://www.elespectador.com/economia/historia-del-narcotrafico-en-colombia-article-632364/>.

3 Antonio Caballero, *Historia de Colombia y sus oligarquías*, (Bogotá: Planeta, 2018), 389.

4 Caballero, *Historia de Colombia*, 406.

5 Comisión Cuarta Asamblea Nacional Constituyente. Informe a la plenaria sobre el proyecto No. 102: constitución prescripción, confiscación y notariado. (1991), 3.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/486/rec/1>.

acento en los crecientes debates que han tenido las figuras de "pérdida de dominio" extinción de dominio y las nuevas modalidades de decomiso por lo menos de las directivas europeas del 2014 y 2024⁶— respecto a su naturaleza jurídica, debido a que derivado de esa discusión va a ser posible colegir que tan legítimos son. Se quiere decir, depende del género que se le dote al derecho extintivo, se podrá afirmar que el instituto vulnera garantías tales como culpabilidad, personalidad de las penas, prohibición de juicios *in abstentia*, etc., o no⁷.

Lo expuesto entonces pone en el centro de la conversación sobre la materia de pérdida de dominio la naturaleza propia del instituto, ya que, al tratar este tema, no solo se está concretando el instrumento jurídico, sino que también se cuestiona si es ilegítimo o no.

2. Posturas sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio

En los mecanismos de pérdida de dominio se logra visualizar que su principal "lucha" es por su independencia y autonomía de los procesos penales. Por lo menos en Colombia, eso se constata en que no solo se contempló la figura en un artículo de la Constitución⁸, sino que, además, la Ley 793 de 2002 fue explícita en señalar que dicho instituto es independiente del derecho penal.

Además, la búsqueda de su independencia llega hasta tal punto que se cuestiona si los efectos que despliega la extinción de dominio son una manifestación del *ius puniendi* del Estado. En particular, después de un estudio acucioso de las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de la figura, se está más de acuerdo con Vásquez Betancur en que se está ante la manifestación de algo que se puede ir denominando el *poder extintivo del Estado*⁹.

6 En particular se hace referencia a las modalidades incorporadas por: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, "sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea," Directiva 2014/42/UE, abril 3, 2014, <https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>, y Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, "sobre recuperación y confiscación de activos", Directiva 2024/1260/UE, abril 24, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1260/oj/eng>.

7 Carlos Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias", *InDret* 1 (2019): 20.

8 En el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia.

9 Santiago Vásquez Betancur, *De la extinción de dominio en materia criminal*, (Bogotá: Nueva Jurídica, 2020), 114.

Entonces, la búsqueda de su autonomía e independencia va estrechamente ligada al debate sobre su género. Al respecto han surgido varias posiciones: la sancionatoria, la civilista, la administrativista¹⁰ y la *sui generis*. La última es la que se defiende en este escrito. Lo más importante es que para desentrañar la naturaleza jurídica de esta figura— ya lo dijo Heidegger— hay que apelar al sentido y fundamentación¹¹ del instituto¹².

Así las cosas, se empezará por desarrollar cada una de las posturas enunciadas para luego acabar defendiendo la que se cree que encaja mejor en el instituto, y se acopla a su fundamento y a consideración de este escritor, ha adoptado la Corte Constitucional colombiana.

2.1 Postura sancionatoria

Estas posturas ubican a la extinción de dominio en la rama sancionadora y muy particularmente en el derecho penal, esto es, como una manifestación del *ius puniendi*. Entre los autores se tiene a Sancinetti quien señala que toda consecuencia del delito es una pena por más que se le quiera dar otra connotación, por lo que, si se está ante una ganancia de la que se presume su ilicitud, ello debe probarse dentro del proceso penal¹³.

También, tratándose de las nuevas modalidades del decomiso¹⁴ en España, autores como Gascón Inchausti han señalado que la naturaleza de esta figura, y en concreto, el de ganancias es sancionador, y lo es porqué al sujeto se la priva de un bien en ejercicio de la potestad punitiva del Estado, ya que, la infracción de un deber

10 Christoph Bouchard, “¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre como el mal enfocado debate acerca de la ‘naturaleza’ jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse”, *Latin American legal studies* 4, (2019): 43. Si bien no se ahonda más sobre este escrito en este trabajo, se recomienda que después de la lectura de esta investigación se lea el texto en referencia, y se pregunte lo siguiente ¿o estamos ante un nuevo derecho o el derecho penal está cambiando? Lejos de lo que opina Bouchard, yo sí creo que la discusión sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es esencial y no un simple fraude de etiquetas.

11 En este mismo sentido, Castellví Monserrat va a apelar a la naturaleza civil de las nuevas modalidades de comiso en España, analizando el sentido y finalidad de la figura. Ver: Castellví Monserrat, “Decomisar sin castigar”, 20.

12 Martin Heidegger, *Ser y tiempo* (Madrid: Trotta, 2020), 55.

13 Marcelo Alberto Sancinetti, “Dictamen sobre proyecto de leyes, así llamados, de ‘arrepentidos’ y de extinción de dominio”, *Revista Pensamiento Penal*, (2016): 24.

14 El cuál sería el homólogo a la extinción de dominio en España y en Europa.

—que deriva en la comisión de un injusto— tiene como contrapartida esa forma de castigo para el sujeto¹⁵.

Tratándose de las nuevas modalidades del decomiso, y en particular el de terceros (art 127 quater CP¹⁶), autores como González Quinzán han sostenido esta postura arguyendo que es una consecuencia jurídica que implica por un lado la existencia del delito, y para el caso de España— y a excepción del autónomo o sin condena¹⁷— la existencia de un proceso penal. Igualmente, resalta el contenido *aflictivo* de la figura, ya que, se priva al individuo de todo o parte de unos bienes, por lo que dicha "pena" sería acorde a los fines preventivos y retributivos de la sanción penal¹⁸.

Para finalizar, existe una última postura que enmarca este tipo de figuras en el denominado *derecho penal del enemigo*, comoquiera que, debido a las características de la extinción de dominio en México— que tiene su similitud en el instituto colombiano—, tales como: que invierte la carga de la prueba, que permite la prueba preconstituida, y que la Ley habilitó al Estado para realizar la venta anticipada de bienes, así como, al ser imprescriptible, se estaría ante el derecho punitivo de tercera velocidad¹⁹.

Es entonces preciso recordar a que hace alusión ese concepto. El *derecho penal del enemigo* es una discusión que puso sobre la mesa el profesor Günther Jakobs en el que se hace una división entre ciudadano y enemigo. Al primero se le trata como persona y al segundo como "fuente de peligro o como medio para intimidar

15 Fernando Gascón Inchausti, *El decomiso transfronterizo de bienes*, (Madrid: Colex, 2007), 30.

16 Se hace referencia al Código Penal español. Y dicho artículo- 127 quater- dispone que: "1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos en los siguientes casos:...". Los casos en cuestión son: a) cuando el tercero lo haya adquirido con conocimiento- o haya podido conocer- de su origen espurio; y b) cuando lo adquirió con conocimiento que se tenencia dificultaba la procedencia del decomiso.

17 Respecto al decomiso sin condena, este se encuentra regulado en el artículo 127 ter del CP español, y hace referencia al comiso que no requiere sentencia judicial en firme para su procedencia. En cambio, el decomiso autónomo es una figura procesal que se encuentra regulada en el art 803 ter de la Lecrim que busca hacer efectivo el comiso cuando este no se adelantó en un proceso penal ordinario.

18 Yago González Quinzán, "La regulación del decomiso de bienes de terceros en España: necesaria delimitación con respecto del delito de blanqueo de capitales", *Revista Derecho Penal y Criminología* 46, n.º121 (2025): 209.

19 Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, "El relativismo punitivo entre el derecho disciplinario y la extinción de dominio", *Derecho, Política y Gobierno*, n.º19 (2021): 89-106.

a otros²⁰. En el último escenario la coacción tiene pretensión de eficacia y en este caso el mensaje comunicativo de la pena se dirige al sujeto riesgoso²¹.

Frente a la reacción del ordenamiento jurídico ante estos peligros, al ya no tratarse de buscar la comunicación contra fáctica de la vigencia de la norma o la reparación de un mal, sino que se desea evitar la realización de un peligro, la consecuencia es que se adelanta la barrera punitiva hasta los actos preparatorios, y el fin de la pena se convierte entonces en el aseguramiento frente a futuros hechos, por lo que ya no sería relevante el derecho penal de acto²².

En adición a lo expuesto, el catedrático de Bonn señala que la regulación penal está entre dos tendencias, la primera es hacia la persona —hegeliana— y la segunda a la anticipación y al combate. Esta distinción es tan importante que se procede a realizar la respectiva cita textual:

Por lo tanto, el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias en sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combate su peligrosidad (...) Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena²³.

Se puede concluir brevemente que este nuevo derecho penal preventivo, al enfocarse ya no en la persona, sino en el enemigo y en el combate, esto es, al quitarle al individuo su condición de ciudadano ya no se ve obligado a promover, por ejemplo, las garantías judiciales que se le otorgan al sujeto protegido por el Estado de Derecho. Desde esa óptica no es descabellada la interpretación que hace Padilla Sanabria sobre la extinción de dominio, que se debe a una comprensión de la naturaleza del instituto como una figura del derecho penal.

2.1.1 Críticas a las tesis sancionatorias

La primera crítica que se le puede elevar a este tipo de posturas es que las consecuencias que derivan del decomiso no suponen un *mal*, así como, tampoco buscan afligir al afectado con la sentencia extintiva. Lo que busca la extinción de

20 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Editorial Civitas, 2003), 22.

21 Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*.

22 Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 40.

23 Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 43.

dominio, es perseguir la ganancia de la actividad ilícita. El eslogan europeo lo resume muy bien de la siguiente manera: *crime does not pay*²⁴. Sin embargo, considera este autor que dicha visión de la figura se queda corta, a pesar de su aceptabilidad, pues, no puede perderse el foco en que se busca algo más, no solo que el dinero no se consiga a través de medios ilícitos. La extinción de dominio busca corregir una situación de anomia²⁵.

La segunda observación que amerita hacer es que, de asumirse su naturaleza sancionatoria, y de afirmarse que la bondad de este instituto es que logra su fin propuesto— que los bienes espurios pasen a manos del Estado —sin el respeto de las garantías del derecho penal²⁶; entonces, no se debería discutir su naturaleza, sino adentrarse a analizar su ilegitimidad, y en eso toca ser rigurosos y radicales desde la academia. No se debe salir con argumentos "tibios" para tratar de salvar el instituto.

Se resume lo dicho, de aceptarse que su género es penal, se debe asegurar que su imposición vaya acompañada de todas las garantías judiciales propias de esta especialidad del derecho. Por ende, si se afirma que a pesar de su condición de una medida penal, por temas de eficiencia no se respetan axiomas fundamentales como la presunción de inocencia, la discusión debe llevar a resaltar lo ilegítima que es esta figura, y por lo que la academia no debería desgastarse en justificarla.

Para finalizar este apartado, algunos autores sostienen que al no afectar derechos personalísimos como la libertad, sino que, al estar delante de un instituto *in rem*, no habría necesidad de aplicar de forma rigurosa las garantías penales²⁷, lo que en pocas palabras indicaría que no sería penal.

2.2 Postura civilista

Estas posturas nacen en el debate en determinar si la extinción de dominio es una figura sancionatoria o *in rem*, y, si es el segundo, se estaría tomando postura por las tesis civilistas. En Colombia el mayor representante es Abril Santander quien sostiene que la naturaleza jurídica del instituto de pérdida de dominio no es

24 Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 1 y 5.

25 Camilo Alfonso Vargas Tamayo, "Anomia y extinción de dominio: una mirada fundamentadora a la figura constitucional", *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º118 (2024): 271-298. 26 Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 20.

26 Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 20.

27 Mario Germán Iguarán Arana y William de Jesús Soto Angarita, *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*, 2.ª ed. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2022), 261.

constitucional, y denominarla así solo responde a intereses procesales. El considera que se está ante una naturaleza mixta, pues, por un lado, tiene un componente *civil* y por el otro *sancionatorio*, ya que deriva de una actividad ilícita y debe estudiarse la expectativa social defraudada con la adquisición espuria de los bienes²⁸. El carácter privado de la extinción de dominio residiría en su efecto de *nulidad ab initio* —art 22 CED—, en el entendido de que ese derecho subjetivo no ha nacido a la vida jurídica, en ese caso por su origen ilícito²⁹.

¿Qué implicaciones tiene que la extinción de dominio sea civil? el académico señala que, de dotarle esa naturaleza al instituto de pérdida de dominio, ello explicaría características de esta figura como por ejemplo la imprescriptibilidad, la carga dinámica de la prueba, y que principios del derecho penal como por ejemplo la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la culpabilidad, etc., no sean aplicables en esta nueva especialidad del derecho³⁰.

En España, autores como Bermejo sostienen que existen dos modalidades con características similares a la extinción de dominio como lo son el decomiso ampliado y sin condena, las cuales tendrían naturaleza civil. Lo anterior debido a sus estándares probatorios y el uso de presunciones que no se acompañan con las garantías del derecho penal³¹. Este autor considera que como la finalidad de estos instrumentos es poner fin a una situación patrimonial ilícita, no pueden regir principios como de inocencia o culpabilidad. Lo dicho entonces sería el soporte para tener a su género como civil, cercano al enriquecimiento ilícito³².

Finalmente, en México se encontró una propuesta que llamó mucho la atención. Observa Oscar Müller que el fundamento de la extinción de dominio reside en un derecho indemnizatorio a favor del Estado cuya causa es la actividad ilícita que sirvió como *medio* para que el individuo obtuviera la ganancia reproachable, motivo por el cual, la acción que nace de las figuras de pérdida de dominio no sería de carácter real, sino personal, ya que se busca el bien en dominio de la persona que cometió el injusto³³.

28 Gilmar Giovanny Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio. Fundamento de las causales extintivas*, (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2018), 470.

29 Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio*, 475.

30 Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio*, 470.

31 Mateo G. Bermejo, "Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español. Análisis histórico y conceptual", *Latín American Legal Studies* 4, (2019): 27.

32 Bermejo, "Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español", 34 y 37.

33 Oscar Antonio Müller Creel, "La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídicovalorativa", *Criterio Jurídico* 9, n.º2 (2023): 145.

2.2.1 Críticas a las tesis civilistas

Las críticas que se le hacen a este tipo de posturas no son menores, y nacen en el seno de aquellos que defienden la naturaleza sancionatoria del derecho extintivo. Estos autores afirman que detrás de la necesidad de justificar el carácter no penal de la pérdida de dominio, lo que se busca es que este tipo de instrumentos sean más eficaces y que se solapen garantías fundamentales. Si se busca que el crimen no pague ¿todo vale para cumplir ese propósito? Se pasará a ver esas críticas.

Aguado Correa señala que, de llegarse a dotar a los instrumentos que persiguen ganancias espurias de una naturaleza diferente a la penal —para este caso civil—, eso justificaría que los axiomas del derecho penal no se apliquen de forma tan estricta³⁴, lo que se traduciría en que básicamente se elimina esa barrera.

En adición a lo expuesto, Nuria Matellanes Rodríguez indica que disfrazar estas figuras —para el caso que nos ocupa extinción de dominio— de una naturaleza que no corresponden, por ejemplo, de carácter civil, no justifica que las garantías judiciales se relajen a costas de la lucha en contra de las ganancias espurias generadas por actividades ilícitas. La autora eleva una pregunta, y es que si para lograr que el crimen no pague se justifica en últimas el solapamiento de los axiomas esenciales del derecho penal liberal, y señala que de entrada eso parece ser un precio bastante elevado³⁵.

Para culminar estas críticas, hay una de Carrillo del Teso bastante interesante en la que señala que, para el caso español, la nueva legislación del decomiso busca vencer las garantías judiciales, pero en concreto, no depender del estándar probatorio de "más allá de toda duda razonable". En particular, para que proceda modalidades del comiso como por ejemplo la del art 127 bis de su Código Penal —decomiso ampliado³⁶— no se requiere que se pruebe que es producto de una actividad ilícita *más allá de toda duda razonable*, basta entonces la suma de indicios bien fundados.

34 Teresa Aguado Correa, "Cinco años después de las reformas del decomiso", en *Decomiso y Recuperación de activos: crime doesn't pay* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 63.

35 Nuria P. Matellanes Rodríguez, "Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial la descoordinación entre la regulación penal y la procesal", en *Decomiso y Recuperación de activos: crime doesn't pay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 159-160.

36 El artículo 127 bis CP reza así "1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: (...)".

Lo anterior entonces, sería una manifestación de un fenómeno que se conoce como la *huida del derecho penal*³⁷.

2.3 Postura administrativista

Se encontró que un muy pequeño sector de la doctrina sostiene que la naturaleza de la extinción de dominio es administrativa. Autores como Edgar Colina aducen que este instituto sería equiparable con la expropiación debido a que las dos eliminan la propiedad del individuo y el bien pasa a manos del Estado. Lo que diferenciaría estas dos figuras es que uno tendría su fundamento en la utilidad pública y posee un carácter indemnizatorio³⁸, mientras que el derecho extintivo tiene su soporte en el principio de *corrección de anomia*.

La principal crítica que se le puede hacer a este tipo de posturas debe venir de la mano de resaltar las diferencias más importantes entre el instrumento de pérdida de dominio y la expropiación. Según Wilson Martínez las tres principales diferencias son: i) mientras la expropiación recae sobre bienes lícitos, la extinción de dominio persigue bienes espurios; ii) asimismo, la expropiación es una verdadera pérdida de dominio, ya que se elimina la propiedad del titular por motivos de utilidad pública, pero, por otro lado, el derecho extintivo elimina una titularidad aparente y; iii) finalmente, la extinción de dominio no tiene carácter indemnizatorio, la expropiación sí³⁹.

A la par de lo expuesto, Piva Torres resalta que la diferencia más importante entre estos dos instrumentos es que la expropiación supone un reconocimiento de parte del Estado del justo título del propietario; mientras que, la extinción de dominio hace desaparecer el derecho indemnizatorio, toda vez que, se detecta un vicio original en la adquisición del dominio⁴⁰. Eso haría que, a diferencia del primero, en el que se está en el escenario de un título consolidado, en el segundo se estaría ante un *título aparente*, razón por la cual se persigue ese bien mediante la acción de extinción de dominio.

37 Ana E. Carrillo del Teso, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 309-310.

38 Edgar Iván Colina Ramírez, *Consideraciones sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, (México: Ubijus, 2010), 31-32.

39 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), "Extinción del derecho de dominio en Colombia", Abril, 2015, 18, https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf.

40 Gianni Egidio Piva Torres, *La extinción del dominio: Aspectos sustantivos y procesales*, (Bogotá: Editorial Leyer, 2023), 72-73.

Por lo tanto, el derecho extintivo al no responder a las lógicas de utilidad pública, ni tener un carácter indemnizatorio, así como, tampoco depende de un acto administrativo para el inicio de la acción, ni mucho menos se puede ejercer un mecanismo dentro del contencioso para pedir la nulidad de ese acto, todo lo contrario, en virtud de su carácter jurisdiccional se debe ir a un juez especializado para que proceda o no la acción extintiva. En ese orden de ideas, no tendría naturaleza administrativa.

2.4 Postura *sui generis*

Esta postura es bastante minoritaria, hasta donde se encontró, por ejemplo, en España solo una autora la sostiene; sin embargo, es a esa a la que se adscribe el autor de este artículo. Dentro de los autores que la defienden aparece Roig Torres quien señala:

el decomiso no es una sanción penal, sino una medida *sui generis*, que tiene por objeto disuadir de la comisión de delitos que se realizan con fines lucrativos, estableciendo que la condena supondría la privación de todos los bienes relacionados con el hecho o de una suma proporcional. Se trata, pues, de una respuesta que pretende atajar las expectativas de obtener rendimientos económicos a través de operaciones delictivas⁴¹.

Entonces, la autora va más allá, porque el carácter *sui generis* también justificaría el carácter preventivo, en este caso de la extinción de dominio, comoquiera que, busca que la actividad ilícita no resulte provechosa ni para el autor, ni para el partícipe, ni para el tercero que no sea de buena fe exenta de culpa⁴².

Por esta misma vía va este autor, pero su fundamento está en el concepto de *corrección de anomia*. Retornando a Heidegger, para comprender en este caso la naturaleza de la pérdida de dominio, toca atender al sentido y la fundamentación del instituto⁴³. En esa revisión se está de acuerdo en que la extinción de dominio no es una pena, no es una consecuencia accesoria de la pena y tampoco es una tercera clase de sanción, pues no responde ni a los intereses ni a las finalidades del derecho sancionador en general.

41 Margarita Roig Torres, "La regulación del comiso, El modelo alemán y la reciente reforma española", *Estudios penales y criminológicos* 36, (2016): 268.

42 Roig Torres, "La regulación del comiso", 216.

43 Heidegger, *Ser y tiempo*, 55. Cfr. Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 34. Este autor también señala que para entender la naturaleza de la figura, se debe buscar su sentido y su fundamentación.

Como en otro trabajo se puso de presente, cuando se dice que el derecho extintivo busca corregir una situación de anomia⁴⁴, se parte de la distinción de fines y medios que utilizó Merton para explicar la estructura cultural. Entonces, en una sociedad como la colombiana que impone fuertes presiones sobre los fines culturales predeterminados —ganar dinero—, debe buscar lograr un equilibrio, y por lo tanto reforzar los medios lícitos para llegar a esos objetivos, y en ese reforzamiento de los *procedimientos lícitos* es donde encuentra su sentido y fundamentación la extinción de dominio⁴⁵.

Para mayor claridad, la fundamentación de este instituto es la situación de anomia, esto es, el desbalance entre los fines y los medios de un sistema. El sentido es la *corrección* de anomia, lo que en últimas sería, balancear los medios, resaltarlos de forma insistentes, destacar que solo es legítima la ganancia que deriva del trabajo duro, del esfuerzo y el mérito. Solo un bien adquirido por un procedimiento lícito es susceptible de protección por el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, el derecho extintivo fija su mirada en los bienes de origen o destinación ilícita⁴⁶, y eso es lo que no le permite ser del todo de carácter civil. Pero tampoco puede ser penal, por qué no responde a sus mismas finalidades o fundamentos, esto queda más claro cuando se habla de la retribución de la pena, ya que, la extinción de dominio adolece de ese carácter aflictivo de la sanción impuesta a través del *ius puniendi*.

Lo expuesto permite colegir que se está ante otra especialidad diferente del derecho, que opera mediante otras lógicas, tiene otro sentido y otra fundamentación, no tiene el carácter corporal de la prisión, pero, que el bien tenga una génesis espuria no significa que no tenga un reproche, pues es un título que no puede ser protegido por el Estado de Derecho, lo que permite colegir que la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es *sui generis*.

44 La anomia que se predica que debe ser corregida debe entenderse como la de Merton, sino el debate se oscurece.

45 Vargas Tamayo, "Anomia y extinción de dominio", 271-298. Se cita el texto en su integridad, pues es en ese escrito en el que propone por primera vez el concepto de corrección de anomia.

46 Piva Torres considera que estas son en resumen las dos causales por las que procede la extinción de dominio. Vid: Piva Torres, *La extinción del dominio*, 48. Sin embargo, acá entonces habría un debate con mi maestro, Vásquez Betancur quien dice que las causales del derecho extintivo son tres: origen, destinación y bienes equivalentes. Vid: Vásquez Betancur, *De la extinción de dominio en materia criminal*, 142.

3. Doctrina, naturaleza, extinción de dominio y ¿Dónde quedan las garantías?

El debate respecto de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio está lejos de ser una discusión meramente académica y de amor al arte por el arte. Es una conversación toral para la comprensión del instituto y para entender como interactúa con las garantías del debido proceso.

Dependiendo de la naturaleza que se le otorgue —civil o penal— axiomas tales como la presunción de inocencia, el principio de legalidad y la culpabilidad, van a interactuar de forma diferente en este sistema, y se considera que, de aceptarse que la extinción de dominio es una pena, al ver las garantías que interactúan en este escenario, se puede ir cuestionado de forma seria su legitimidad.

En este apartado se va a ver como la doctrina, asumiendo una u otra postura del género del derecho extintivo va a limitar o amplificar las garantías del debido proceso penal. Estos aportes se verán desde las posturas penales y civiles.

3.1 Las garantías en el seno de las tesis sancionatorias de la extinción de dominio

Las nuevas formas de pérdida de dominio han logrado tres cosas: i. ampliar su objeto —a la ganancia o al producto—, ii. extenderse a otros sujetos a los que le pueden recaer los efectos de las medidas cautelares o la sentencia y iii. distribuir la carga de la prueba, que también la tendría el afectado⁴⁷. Con base a lo expuesto, es posible entrar a cuestionarse la legitimidad de esta figura en el Estado Social de Derecho, si se mira como una pena accesoria o una tercera clase de sanción.

Al respecto, y como ya se ha venido diciendo, Vidales Rodríguez señala que, sacrificar las garantías penales en búsqueda del fin último de este instituto —que el crimen no pague— debería ser un costo inasumible en Estados democráticos de occidente⁴⁸.

47 Ana María Neira Peña, “Decomiso. Entre garantismo y eficacia: las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, en *Decomiso y Recuperación de activos: crime doesn’t pay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 91.

48 Andrea Planchadell Gargallo y Caty Vidales Rodríguez, “Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional”, *Estudios Penales y Criminológicos* 38, (2018): 88.

3.1.1 De la presunción de inocencia

Ya entrando en materia, en cuanto al principio de presunción de inocencia, aquellos que han asumido una postura sancionatoria sobre la naturaleza jurídica de estos institutos han argüido que, debido a que este axioma sería predicable no solo del delito, ni solo de la pena, sino de las consecuencias accesorias, se critica la presunción de ilicitud que permite que proceda —ejemplo en España— el comiso⁴⁹.

Sin embargo, ante esto se le contesta rápidamente que, a diferencia del país Ibérico, el cual por ejemplo en su artículo 127 sexies CP⁵⁰ si contiene una presunción de ilicitud expresa, en Colombia tal cosa no existe, ya que, lo que se reguló fue la carga dinámica de la prueba en el artículo 152 de la Ley 1708 de 2014, pero no existe una mención expresa en la ley que de entrada presuma que un posible afectado o un tercero posea el bien de forma aparente. Asimismo, Rivera Ardila señala que en extinción de dominio existe el principio de *objetividad y transparencia* el cual refiere que el ente acusador está en la obligación de buscar los antecedentes que permitan establecer que los bienes son de origen ilícito o han sido destinado para una actividad reprochable⁵¹.

Los indicios son permitidos en la extinción de dominio; sin embargo, si se asume la naturaleza penal de este instituto, un sector de la doctrina ha dicho que hay una inversión en la carga de la prueba, y ello tiene como consecuencia la lesión del principio en revisión. Eso se debe a que, por un lado, el afectado debe probar la licitud de su patrimonio; y por el otro, al requerir que un tercero ajeno a la actividad ilícita pruebe que no conoció o no pudo conocer el vicio de la cosa⁵², en pocas palabras: que es un tercero de buena fe exenta de culpa, esto trae como contraprestación que se le exige a una persona participar en un proceso con efectos sancionatorios, a pesar de no haber cometido una conducta ilícita, y que su único “pecado” es el hecho de que ostenta un bien que es objeto de dicho trámite. La pregunta sería ¿es eso legítimo?

49 José Antonio Choclán Montalvo, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancia*, (Madrid: Dykinson, 2001), 35.

50 Se asume la licencia para transcribir ese artículo para una mejor comprensión por parte del lector. El art 127 sexies numeral primero señala lo siguiente: "1. Se presumirá que *todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del periodo de tiempo que inicia seis años* antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad ilícita". [cursiva fuera de texto].

51 Ricardo Rivera Ardila, *La extinción de dominio: Un análisis al Código de Extinción de Dominio*, 3.ª ed. (Bogotá: Leyer Editores, 2020), 112.

52 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional", 65.

Otra crítica, que si bien surge tratándose de las modalidades de comiso en España —en concreto, el sin condena (art 127 ter CP)—, tiene plena aplicación para el caso colombiano, y es la que tiene que ver con la crítica sobre que una actividad ilícita (ej. Un delito) podría ser acreditada en un proceso no apto para ello, y peor aún, se impondría una sanción en un trámite que no es ni penal ni sancionatorio. Lo anterior, claramente afecta al principio de presunción de inocencia, siempre que se afirme que, la extinción de dominio es una manifestación del *ius puniendi*.

3.1.2. Del principio de legalidad

Respecto del principio de legalidad, de asumirse el carácter penal del derecho extintivo, se tendría que reconocer que en su regulación aplica el axioma de *estricta legalidad*⁵³. De estar de acuerdo con eso, tendría sentido que se le critique lo extenso e indeterminado que es el objeto de la pérdida de dominio, pues no se sabe si recae solo respecto a las ganancias, efectos o instrumentos del delito, o si, por el contrario, abarca todo⁵⁴.

Es por eso que, en materia de extinción de dominio la lógica ha sido diferente, ya que, al dotársele de naturaleza constitucional en temprana jurisprudencia de la Corte Constitucional, este principio de legalidad estricta no opera en esta área del derecho. De habersele dotado del género punitivo, se hubiese tenido varios problemas, pero principalmente dos: i. el concepto de actividad ilícita —el cual tal y como está redactado es muy amplio— y, ii. las causales del art 16 del Código de Extinción de Dominio —que en resumen son: origen, destinación y bienes equivalentes—.

Para aterrizar un poco más la discusión, conviene recordar a que hace mención dicha garantía. Sobre el particular, el principio de legalidad —*nullum crimen, nulla poena sine lege poenale certa, scripta et stricta*— es aquel que establece que ni un delito, ni una pena puede ser impuesta sin una ley previa, escrita, taxativa y estricta, además de prohibirse la analogía *in mala partem*. Sus efectos no se reducen al plano de los sustantivos, sino que se amplifican al proceso y a la ejecución de la condena⁵⁵.

53 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, “Decomiso: Comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, 51.

54 Ana E. Carrillo del Teso, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio”, en *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 314. 55 Jesús María Silva Sánchez, *Derecho penal. Parte general*, (Madrid: Editorial Aranzadi Ley, 2025), 324.

55 Jesús María Silva Sánchez, *Derecho penal. Parte general*, (Madrid: Editorial Aranzadi Ley, 2025), 324.

De regreso a la extinción de dominio, si uno de los elementos de este axioma es la taxatividad, ese requisito no lo cumple ni el art 16 en mención ni en el art primero, numeral segundo de la codificación extintiva, y eso debido al concepto de actividad ilícita. Lo anterior porque dicha categoría no se limita a los tipos de la parte especial del Código Penal, sino que el legislador es tajante en decir que la extinción de dominio extiende sus efectos a todas las conductas que atenten contra la moral social. Una confección así del concepto de actividad ilícita claramente atenta contra el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, pues hace depender para la comprensión del concepto de algo tan etéreo como lo es la moral social, por más que la Corte Constitucional diga que es un concepto determinable.

3.1.3 Del principio de culpabilidad

En relación con este principio, respecto al comiso ampliado en España se ha sostenido que este instrumento vulnera la culpabilidad comoquiera que la acreditación de la actividad ilícita puede hacerse a través de indicios⁵⁶. En el caso colombiano eso puede predicarse respecto a la carga dinámica de la prueba del art 152 del Código de Extinción de Dominio.

Asimismo, se alega que en el caso en que se esté ante una causal por origen en virtud de enriquecimiento ilícito, ello podría comprender un reconocimiento tácito de la culpabilidad por otros delitos, por lo que, además se afectaría el derecho a no declarar contra sí mismo⁵⁷.

Adicionalmente, es factible cuestionarse si en el evento en que un individuo opte por probar el origen legal de alguna de sus cosas, ello permita deducir que el resto del patrimonio que no defendió es producto de una causa espuria, esto es que, es culpable de otros delitos que no se han sometido a un proceso penal propiamente dicho⁵⁸.

Finalmente, el principio de culpabilidad encuentra mayores inconvenientes cuando se vincula a un tercero ajeno al delito, lo que frecuentemente se hace en extinción de dominio, toda vez que, a este se le exige que pruebe que no conoció o no pudo conocer que el bien que posee tiene un vicio en su procedimiento, esto

56 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional", 65.

57 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional", 72-73.

58 Carrillo del Teso, "El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio", 350-351.

es, debe probar su debida diligencia, pues de no llegar a probársele, se puede ir presumiendo que es culpable de un delito como por ejemplo el lavado de activos⁵⁹.

En resumidas cuentas, lo que se quiere afirmar con esto es que, sin que se le inicie un proceso de índole penal al tercero por un delito como por ejemplo el lavado, la extinción de dominio permite que sus bienes pasen a manos del Estado sin una declaración previa de su culpabilidad⁶⁰, lo que afecta este principio si se dice que este instrumento es una pena o una sanción.

Es por estos motivos que como se verá más adelante la Corte Constitucional desde temprana jurisprudencia va a decir que debido a que el adminiculo de pérdida de dominio tiene una naturaleza distinta, empero, no penal, garantías como el principio de legalidad estricta, o el principio de culpabilidad, no tendrán aplicación en el derecho extintivo, así como, la presunción de inocencia debe entenderse más como una presunción de licitud.

3.2 Las garantías en el seno de las tesis civilistas de la extinción de dominio

En este apartado se verá como la presunción de inocencia, el principio de legalidad estricta y el de culpabilidad se interpretan en la extinción de dominio cuando se le dota de una naturaleza civil.

Los que defienden que este instrumento tiene una naturaleza diferente al penal —ejemplo Blanco Cordero— arguyen que el adminiculo de pérdida de dominio no vulnera derechos fundamentales por tres razones: i) en el caso del derecho español los indicios que señala el legislador para que proceda la figura se escogen de forma correcta, ii) esos indicios se apoyan en las máximas de la experiencia y, iii) esas presunciones son *iuris tantum*. Además, la ley da un margen discrecional al juez para que se aparten de estas de considerarlo necesario⁶¹.

En ese orden de ideas, si lo expuesto se considera admisible en una figura como por ejemplo el comiso en España, la cual está regulada dentro de un Código Penal, entonces, como no será de recibo en la extinción de dominio, que cuenta con otra

59 Aguado Correa, “Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional”, 74.

60 Aguado Correa, “Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional”, 71.

61 Isidoro Blanco Cordero. “La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos”, en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, dir. Manuel Gómez Tomillo, coord. Anonio María Javato Martín y Patricia Tapia Ballesteros (Valladolid: Lex Nova, 2012), 171. 62 Ibid., 171.

codificación, y no establece presunciones, sino que distribuye la prueba al actor procesal que este en mejores condiciones de demostrar el objeto del litigio.

Adicionalmente, se dice que tampoco se afectaría la garantía de presunción de inocencia, pues la acusación es la que debe establecer los elementos para que se predique el carácter espurio del bien perseguido. Por ejemplo, debe demostrar los ingresos del individuo y afirmar que con ese salario no pudo haber adquirido el patrimonio que se persigue con la acción⁶².

En esta misma línea, se afirma que, toda vez que no se está ante una sanción de carácter penal, sino que es una medida de carácter civil —*in rem*— y que su objetivo es determinar que el patrimonio germinó de una actividad ilícita, lo expuesto hasta ahora tendría como consecuencia la transformación de la noción de prueba, que ya no sería penal, por lo que no es exigible ni el axioma *in dubio pro reo* ni el estándar de más allá de toda duda razonable⁶³.

Respecto al principio de culpabilidad, aquellos que defienden esta postura indican que, en la extinción de dominio no cabría dicho axioma, ya que, se arguye que las finalidades de esta figura no corresponden con las de la pena propiamente dicha, sino que, por el contrario, busca estabilizar la norma y establecer parámetros de ordenación de patrimonio, y para eso no se requiere de ningún instrumento de carácter sancionador⁶⁴. Esto va muy por la línea de la teoría de corrección de anomia.

Para finalizar, con la extinción de dominio se ve un mayor relajo con el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, pues, en esta especialidad se acepta un concepto amplio de la actividad ilícita. Tanto es así que hay propuestas desde la doctrina de que los efectos del derecho extintivo puedan alcanzar infracciones administrativas. Sin embargo, esas conductas, para el caso que nos ocupan se deben analizar desde la moral social, siendo ese el criterio límite para comprender qué infracciones administrativas pueden ser objeto de la pérdida de dominio⁶⁵.

En esa propuesta se considera que, la actividad ilícita sería o una conducta típica o contraria al ordenamiento, esto es, un concepto amplio que no se acompasa

62 Ibid, 171.

63 Cristina Martínez Arrieta Márquez de Prado, *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, 1ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 21.

64 Roig Torres, “La regulación del comiso”, 229.

65 Ronal Hanco Llocle, “La extinción de dominio como herramienta político-criminal y manifestación de la huida del Derecho penal para recuperar activos. ¿Qué nos queda después del Derecho Penal en Latinoamérica?”, en *Desafíos actuales del Derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica*, (Würzburg: Eckhaus Verlag, 2024), 92-95.

con las exigencias del principio de legalidad estricta. Además, para interpretar esta categoría, algunos autores sugieren que se tenga en cuenta los siguientes requisitos: i) se debe revisar que estas conductas tengan la capacidad de generar ganancias espurias y; ii) que sean equiparables a una actividad criminal, la cual debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable⁶⁶.

En este punto ya se han visto como la doctrina o bien asumiendo la naturaleza penal de la extinción de dominio o su naturaleza civil han interpretado garantías como la presunción de inocencia, culpabilidad y legalidad estricta. Queda entonces revisar como se ha decantado la Corte Constitucional.

4. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio, Corte Constitucional y garantías

La Corte Constitucional desde temprana jurisprudencia no vio a la extinción de dominio como una pena o una tercera clase de sanción⁶⁷. Desde sus inicios, se refirió a esta como una acción constitucional. En sentencia de 1997, la colegiatura señaló que la extinción de dominio no tiene carácter de pena, pero si un efecto negativo frente al sujeto, razón por la cual se debe respetar el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, ese axioma lo reinterpreta y aduce que, para este caso el Estado —a través de la Fiscalía— debe partir de la base de que cualquier individuo adquirió esa propiedad de forma legal, motivo por el cual, la carga de la prueba debe estar en manos del ente acusador⁶⁸.

Respecto al objeto, el cual se alegó que era muy amplio, ya que la ley vigente para ese entonces⁶⁹ abarcaba bienes muebles, inmuebles, frutos, rendimientos, bienes provenientes de permuta, etc.; la Corte señaló que al no tratarse de una sanción, sino de una acción real, la norma era acorde con el ordenamiento jurídico⁷⁰.

66 Hanco Llocle, “La extinción de dominio como herramienta político-criminal”, 96.

67 Como si lo ha hecho por ejemplo el Tribunal Supremo español, esto lo hizo en sentencias como, por ejemplo: Tribunal Supremo de España. Sala Penal. Sentencia 16/2009 del 27 de enero (M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez).

68 Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

69 Colombia. Congreso de la República. *Ley 333 de 1996*. (1996).

70 Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora, hizo alusión al principio de irretroactividad, toda vez que, en la demanda de inconstitucionalidad se alegó que se le estaba confiriendo un efecto retroactivo a una ley penal, a lo que contestó: i) no se está ante una pena y; ii) el patrimonio que nace a partir de conductas ilícitas no puede ser legitimado nunca por el Estado. Los bienes que son protegidos, y a los que se les puede exigir respeto por parte del ordenamiento jurídico, son a los adquiridos por *medios lícitos*⁷¹.

En esta misma línea, en una de las primeras sentencias de extinción de dominio de los años 2000, se señaló que el legislador le dio un mayor alcance a esta figura respecto al derecho penal, ello trastocando con el principio de legalidad ya que el radio de acción del derecho extintivo no se limita a tipos penales, sino que puede proceder ante el enriquecimiento ilícito, la afectación al tesoro público y la grave afectación de la moral social, conductas que puede o no encuadrar en una conducta descrita en el código penal⁷².

Igualmente, adentrándose al debate de la naturaleza jurídica de este instituto, indicó la consecuencia de tenerlo como pena o algo diferente. En este sentido mencionó que, si se tiene como sanción punitiva, debe operar el principio de culpabilidad y este debe ser declarado en un proceso penal, por lo que se debe esperar una sentencia en firme, y se debería arropar este instrumento de todas las garantías penales. Pero, si se dice que su carácter es constitucional, no se requiere de las garantías en cuestión, y se puede ejercer el proceso de extinción de dominio sin sentencia previa en firme de un juez penal⁷³.

Continuando, luego de promulgarse la Ley 1708 de 2014, se demandó el artículo primero de este Código, pues, a juicio de los demandantes, ese concepto de actividad ilícita que contempla la norma es muy genérico y desborda lo dispuesto en el artículo 34 constitucional. Por otra parte, a criterio de la Corte, el punto a tratar no es la actividad ilícita entendida como tipo penal, eso está claro. Lo importante a analizar, es a que hace referencia dicha categoría cuando se está hablando de afectación a la moral social.

Así las cosas, la corporación resaltó que el concepto de moral social no es tan ambiguo como lo plantearon los demandantes, pues en su jurisprudencia se ha dicho que se entiende como aquella que permanece en los pueblos en virtud de su contexto. Por tanto, ese principio quedó abierto a posteriores desarrollos

71 Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

72 Corte Constitucional. Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

73 Corte Constitucional. Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

tanto de la jurisprudencia como de la Ley. Por ende, el legislador podrá escoger que comportamientos se ajustan y cuales no a la moral social, y dependiendo el momento histórico establecer qué conductas afectan este segundo componente y que pueden dar paso a la extinción de dominio⁷⁴.

En sentencia C-357 de 2019, la Corte desde una comprensión *sui generis* de la naturaleza jurídica de extinción de dominio volvió a justificar la imprescriptibilidad del instrumento y reconoció que todo proceso de esa índole debe respetar la garantía del debido proceso, sin que por ello se pueda asumir que se está ante un trámite penal⁷⁵.

Asimismo, el debido proceso en materia de extinción de dominio, una vez asumido por la colegiatura que su naturaleza no es ni penal ni civil, en materia de presunción de inocencia, lleva a interpretar este principio como aquella garantía que tiene todo individuo de ser presumido titular legítimo del bien, salvo prueba en contrario, y con la posibilidad de distribuir la carga a quien esté en mejores condiciones de probar. Además, en este tipo de trámites, tienen plena aplicabilidad los siguientes principios: concentración, economía procesal y principio dispositivo, por ejemplo, para pedir nulidades⁷⁶.

Para el año 2020, la corporación varió su postura, y dotó al instrumento de pérdida de dominio colombiano de un carácter sancionador patrimonial. Revisada la sentencia, ese género debe interpretarse de forma mixta, así como lo expuso Santander Abril en su tesis. Por ese motivo, la Corte declaró exequibles los numerales 10 y 11 del código extintivo, ya que, desde una interpretación teleológica de los preceptos, en el que entiende que el derecho extintivo busca que el delito no resulte provechoso ni que cree riquezas, es legítimo extinguir el dominio de bienes lícitos que forman parte de patrimonios que han aumentado gracias a medios ilícitos, pero con un límite, el monto del incremento espurio⁷⁷.

Entonces, para que procedan estas causales —bienes equivalentes—, en Colombia se exigen dos requisitos: i) debe ser subsidiario, por lo que primero se exige que se persiga las ganancias directas o indirectas de la actividad ilícita y; ii) el límite es el monto del provecho ilícito⁷⁸.

74 Corte Constitucional. Sentencia C-958 del 10 de diciembre de 2014. (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

75 Corte Constitucional. Sentencia C-958 del 10 de agosto de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos).

76 Corte Constitucional. Sentencia C-357 del 06 de agosto de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos).

77 Corte Constitucional. Sentencia C-327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

78 Corte Constitucional. Sentencia C-327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Para finalizar este fallo, hay un salvamento de voto del magistrado Antonio José Lizarazo que resulta interesante. Sus reparos a la providencia parten de dotar a la extinción de dominio de una naturaleza mixta sancionatoria, ya que no se compartiría la interpretación de la Corte en esa providencia, comoquiera que a su juicio los bienes equivalentes tendrían un único objetivo de sancionar conductas ilegales que no han producido bienes legales, por lo que eso "implica desconocer la naturaleza patrimonial de la extinción de dominio, para *convertirla en una acción de naturaleza personal...*"⁷⁹ [cursiva fuera de texto]. Por lo tanto, la consecuencia de optar por una naturaleza que se acerca al penal deriva en cuestionar la legitimidad del instituto.

Finalmente, una providencia del 2023 retoma la postura que sostuvo el Tribunal en cita en el 2019, y señaló que la extinción de dominio es de naturaleza patrimonial y carece de finalidad punitiva. Por eso reiteró que no se le puede oponer ni la retroactividad ni la imprescriptibilidad, y se mantuvo en la tesis de que un bien que es adquirido por *medios ilícitos* no es susceptible de protección constitucional⁸⁰.

Así, al no ser una sanción, adujo que su procedimiento no se encuentra arropado por las garantías propias del proceso penal, por lo que sigue siendo admisible la carga dinámica de la prueba, y no serían aplicables los siguientes principios: legalidad, irretroactividad y favorabilidad de la ley penal⁸¹.

5. Conclusiones

De todo lo expuesto en este escrito, podemos afirmar dos cosas. La primera es que, tanto la Corte Constitucional, como un sector de la doctrina y como en este escrito se sostiene, se aboga por el carácter *sui generis* de la extinción de dominio. En este trabajo eso se argumentó apelando al sentido y la fundamentación del instituto, que no son otras cosas diferentes a la anomia y a la vocación de corrección de anomia que tiene el derecho extintivo.

Segundo, queda entonces por mencionar que garantías entran en la extinción de dominio y cuales no. Se está de acuerdo con la Corte en que los principios como irretroactividad, favorabilidad y culpabilidad no tienen cabida en esta nueva especialidad del derecho. Sobre el principio de legalidad, claro que se debe hacer un ligero matiz, pues el principio de legalidad si opera, pero no el de legalidad estricta que es el que irradia el derecho penal actual.

79 Corte Constitucional. Sentencia C- 327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

80 Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 09 de noviembre de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

81 Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 09 de noviembre de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

Lo anterior comoquiera que, no hay que olvidar que el objeto de estudio del jurista es la norma. Tal y como dijo Bobbio en su momento: "el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar al derecho como un *sistema de normas...la experiencia jurídica es una experiencia normativa*"⁸². Por lo que no se puede prescindir de la norma, esto es, del principio de legalidad, pero sí de la legalidad estricta, ya que su bondad esta mejor custodiada en el derecho penal.

Aquellas garantías que tendrían cabida en esta nueva ciencia del derecho son: la economía procesal, la concentración y el principio dispositivo. El derecho al debido proceso es axial y debe ser el centro de la construcción de la acción y el proceso de extinción de dominio. Sin esa garantía estaríamos ante una figura a todas luces ilegítima. Este principio es tan importante que por lo menos en Europa para el tema de reconocimiento mutuo de sentencias de las modalidades de decomiso, se exige el resguardo de esta garantía⁸³.

Como último punto a concluir, como tal la presunción de inocencia no aplica en la extinción de dominio. Si bien la Corte lo ha mencionado, de lo extraído se puede concluir que se está ante otra garantía que de hecho nace de esta misma ciencia. Sin embargo, vale la pena recordar en breves líneas a que se refiere la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un postulado que señala que hasta que no haya prueba en contrario, valorada y que sea fundamento de una sentencia judicial en firme, esto es que, la culpabilidad sea corroborada dentro del proceso y a la par, que la presunción en mención se derrumbe, el individuo debe ser tratado como inocente; además, Ferrajoli recuerda que esta garantía no solo le pertenece a la libertad y a la verdad, sino que es un axioma de defensa social y seguridad⁸⁴.

En ese orden de ideas, a nada se le parece la presunción de inocencia penal a lo construido por la Corte 1997. Pero tampoco se está de acuerdo con el nombre que le dio el Código y Ricardo Rivera Ardila a ese principio —*objetividad y transparencia*—, pues si bien el que tiene que probar así sea a través de indicios bien fundados que un bien o un patrimonio tiene causa o destinación espuria es la Fiscalía, eso conlleva un beneficio a favor del afectado, y es que se le presuma tenedor legítimo, hasta que se le demuestre lo contrario.

82 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*. 3.a ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2007), 3.

83 Lo anterior se puede ver en las siguientes disposiciones: art 8 de la Directiva 2014/42/U y; art 19 del Reglamento (UE) 2018/1805.

84 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta. 2018), 549.

Por lo tanto, nos separamos de la sentencia C-374 de 1997 en el entendido de que no se está de acuerdo en que en la extinción de dominio opera la presunción de inocencia, sino que debe operar un nuevo principio que si responde a las necesidades de este nuevo sistema del derecho. A esa garantía se le va a denominar: *presunción de licitud*. Es naturalmente de índole *iuris tantum*, pero seguro, bajo esta óptica, que no es nueva, solo que lo implícito se está haciendo explícito, la lógica para imponer medidas cautelares en el seno de estos procesos va a cambiar. ¿hasta que punto? Bueno que empiece la discusión.

Bibliografía

- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- Bouchard, Christoph. "¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre como el mal enfocado debate acerca de la "naturaleza" jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse". *Latin American legal studies* 4, n.º1 (2019): 41-74.
- Caballero, Antonio. *Historia de Colombia y sus oligarquías*. Bogotá: Planeta, 2018.
- Castellví Monserrat, Carlos. "Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias". *Indret*, n.º1 (2019): 1-67.
- Choclán Montalvo, José Antonio. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001.
- Colina Ramírez, Edgar Iván. *Consideraciones sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*. 1.^a ed. México: Ubijus, 2010.
- Comisión Cuarta Asamblea Nacional Constituyente. *Informe a la plenaria sobre el proyecto No. 102: constitución prescripción, confiscación y notariado*. Bogotá, Colombia, 1991.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/486/rec/1>.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 958 del 10 de diciembre de 2014. (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez).
- Corte Constitucional. Sentencia C-357 del 06 de agosto de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos).
- Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
- Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 09 de noviembre de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

- Corte Constitucional. Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- Gascón Inchausti, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Colex, 2007.
- Germán Bermejo, Mateo. "Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español. Análisis histórico y conceptual". *Latín American Legal Studies* 4, n.º1 (2019): 21-40.
- Gómez Tomillo, Manuel, Antonio María Javato Martín y Patricia Tapia Ballesteros. *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- González Quinzán, Yago. "La regulación del decomiso de bienes de terceros en España: necesaria delimitación con respecto del delito de blanqueo de capitales". *Revista Derecho Penal y Criminología* 46, n.º121 (2025): 203-231.
- Heidegger, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2020.
- https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf.
- Iguarán Arana, Mario Germán, y William de Jesús Soto Angarita. *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2022.
- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- Martínez Arrieta Márquez de Prado, Cristina. *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Montalvo Velásquez, Cristina, John Zuluaga Taborda y Leonardo Eduardo Astrain Bañuelos, coord.; Jorge Segismundo Rotter, José Martín Bonilla Leonardo Marlus Arns de Oliveira y Susana Martínez Nava, ed., *Desafíos actuales del derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica*. Würzburg: Eckhaus Verlag, 2024.
- Müller Creel, Oscar Antonio. "La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa". *Criterio Jurídico* 9, n.º2 (2023): 123-151.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *La extinción del derecho de dominio en Colombia*. Bogotá: UNODC, 2017 [Consultado el 2 de enero de 2025]. Disponible en:

Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl. "El relativismo punitivo entre el derecho disciplinario y la extinción de dominio". *Ciencia Jurídica*. n.º19 (2021): 202.

Piva Torres, Gianni Egidio. *La extinción del dominio: Aspectos sustantivos y procesales*. Bogotá: Editorial Leyer, 2023.

Planchadell Gargallo, Andrea, y Caty Vidales Rodríguez. "Decomiso: Comentario crítico desde una perspectiva constitucional". *Estudios Penales y Criminológicos* 38, (2018): 37-92.

Rivera Ardila, Ricardo. *La extinción de dominio: Un análisis al Código de Extinción de Dominio*. 3.ª ed. Bogotá: Leyer Editores, 2020.

Rodríguez García, Nicolás. *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Ed. por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Roig Torres, Margarita. "La regulación del comiso, El modelo alemán y la reciente reforma española". *Estudios penales y criminológicos* 36, (2016): 199- 279.

Rovner, Eduardo Sáenz. "Historia del narcotráfico en Colombia". *El Espectador*. 14 de mayo, 2016.

Sancinetti, Marcelo Alberto. "Dictamen sobre proyecto de leyes, así llamados, de "arrepentidos" y de extinción de dominio". *Revista Pensamiento Penal*, (2016): 2-25.

Santander Abril, Gilmar Giovanny. "Naturaleza jurídica de la extinción de dominio. fundamento de las causales extintivas". Trabajo de Grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás – Universidad de Salamanca, 2018.

Silva Sánchez, Jesús María. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Aranzadi Ley, 2025.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

Vargas Tamayo, Camilo Alfonso. "Anomia y extinción de dominio: una mirada fundamentadora a la figura constitucional". *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º118 (2024): 271-298.

Vásquez Betancur, Santiago. *De la extinción de dominio en materia criminal*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2020

