

# Factor subjetivo en la extinción de dominio por utilización de bienes en la comisión de actividades ilícitas\*

■ Por: *Omar Huertas Díaz*\*\*  
*Iván Ricardo Morales Chinome*\*\*\*  
*José Saúl Trujillo González*\*\*\*\*

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

## Resumen

La extinción de dominio es una acción constitucional, judicial, autónoma y real que declara la pérdida del derecho de dominio en favor del Estado sin contraprestación ni compensación en favor de su titular. Esta acción procede cuando los bienes han sido adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social o cuando han sido objeto de un delito o han sido utilizados para la comisión de actividades ilícitas. En este último supuesto se debe demostrar la utilización del bien con fines ilícitos (factor objetivo), y la aquiescencia o la falta de cuidado y vigilancia por parte del titular del bien (factor subjetivo). Sin embargo, las normas aplicables no establecen los requisitos de este factor, situación que ha provocado su necesaria creación por parte de la jurisprudencia.

**Palabras clave:** Buena fe, Derecho de dominio, Derecho penal, Extinción de dominio, Jurisdicción penal.

---

\* Este artículo es resultado de la investigación realizada en colaboración entre el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”, financiado por la Universidad Nacional de Colombia, Proyecto “Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario”, Convocatoria 31 de 2014, actualmente registrado con el Código COL0078909 en Colciencias, reconocido, clasificado en D, y el Grupo POLEMOS de la Corporación Universitaria Unisabaneta – UNISABANETA., registro COLCIENCIAS COL0111291.

\*\* Abogado, Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal, Líder de Grupo de Investigación. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Ph.D © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología.  
Correo electrónico: [ohuertasd@unal.edu.co](mailto:ohuertasd@unal.edu.co)

\*\*\* Magíster en Derecho con profundización en Sociología y Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Observatorio de Política Criminal en Colombia e investigador Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal *Nullum crimen sine lege UN* de la Universidad Nacional de Colombia.  
Correo electrónico: [irmoralesc@unal.edu.co](mailto:irmoralesc@unal.edu.co)

\*\*\*\* Abogado de la Universidad de Santo Tomás. L.LM Derecho Público Económico Universität Konstanz y Doctorando en Derecho Público Universität Konstanz República Federal de Alemania. Líder del Grupo de Investigación POLEMOS (COL0111291) de la Corporación Universitaria de Sabaneta – UNISABANETA.  
Correo electrónico: [jose.trujillo@unisabaneta.edu.co](mailto:jose.trujillo@unisabaneta.edu.co)

## *Subjective factor in the forfeiture for use of possessions in the commission of illegal activities*

### **Abstract**

The forfeiture of possessions is a constitutional, judicial and independent action declaring the loss of ownership rights to the State without compensation or against provision in favor of the owner. This action comes when the goods have been acquired through illicit enrichment, to the detriment of the public treasury or severe impairment in social or moral when they have been the subject of an offense or have been used to commit illegal activities. In the latter case it should demonstrate the use of the property for illegal purposes (objective factor), and the acquiescence or lack of care and monitoring by the holder (subjective factor). However, the rules do not provide for the requirements of this factor, a situation that has led to its creation required by the jurisprudence.

**Keywords:** Criminal jurisdiction, Criminal law, Forfeiture, Good faith, Ownership rights.

## Introducción

La acción de extinción del derecho de dominio, que tiene fundamento en el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia y es desarrollada por la Ley 793 de 2002 derogada por la Ley 1708 de 2014, es un mecanismo para combatir el crimen organizado y recuperar los bienes que han sido adquiridos ilícitamente o usados para realizar actividades delictivas.

Dicha acción es declarativa pues determina si existen bienes derivados de actividades ilícitas y priva a su titular del derecho de propiedad; es autónoma pues se ejerce de forma independiente del proceso penal; es imprescriptible pues no se sana por el paso del tiempo; es retrospectiva pues genera efectos futuros sobre hechos sucedidos antes de la promulgación de sus normas; es patrimonial pues se ejerce sobre los bienes que conforman el haber patrimonial de las personas; y es real pues no busca establecer responsabilidades penales individuales sino perseguir bienes que han sido adquiridos por actividades ilícitas o han sido utilizados en la ejecución de ellas.

Esta acción puede ser ejercida por varias causales, entre las cuales se encuentran que los bienes hayan sido obtenidos como consecuencia de un delito, o enriquecimiento injustificado, o hayan sido usados para realizar actividades ilícitas.

Respecto de la procedencia de la acción de extinción del derecho de dominio sobre los bienes que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinados a estas, o correspondan al objeto del delito, deben demostrarse dos elementos: el primer elemento (objetivo) consiste en la ocurrencia de la actividad ilícita y el uso de los bienes para la ejecución de ella, el cual generalmente se demuestra con la prueba trasladada del proceso penal que dio origen a la extinción de dominio; y el segundo elemento (subjetivo)

es la participación en el delito del titular del derecho de dominio del bien o su aquiescencia o falta de cuidado sobre el objeto que fue utilizado en la conducta delictual.

Sin embargo, las normas aplicables (Ley 793 de 2002 derogada por la Ley 1708 de 2014) adolecen de un vacío legislativo en esta materia, pues solamente regulan el factor subjetivo al permitir la oposición de los *terceros de buena fe exenta de culpa* cuando los bienes han sido adquiridos como consecuencia de un delito.

Por tal razón, el factor subjetivo respecto de la causal de extinción de dominio por utilización de bienes en actividades delictivas ha sido una creación jurisprudencial de la jurisdicción penal, particularmente de las salas de decisión penal de extinción de dominio de los tribunales superiores de distrito. Tratar este tema es el objeto del presente documento.

Para la realización de esta investigación se utilizó la herramienta metodológica de investigación documental (ID), la cual consiste en el estudio de datos, documentos escritos, fuentes de información impresas, contenidos y referencias bibliográficas (Uribe, 2011). Particularmente se analizaron las sentencias de la Corte Constitucional que decidieron acerca de la constitucionalidad de las normas relativas a la extinción de dominio y 12 sentencias de apelación y consulta de la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, por cuanto es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia.

El presente documento seguirá el siguiente orden: en primer lugar se determinarán las características de la acción de extinción del derecho de dominio, a continuación se establecerá en qué consiste la causal de utilización como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, en tercer lugar se expondrá el desarrollo jurisprudencial de la demostración

del factor subjetivo en dicha causal y finalmente se presentarán algunas conclusiones y comentarios sobre el tema.

## **La acción de extinción del derecho de dominio**

La acción de extinción del derecho de dominio —en adelante AED— está consagrada en el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia.

Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

El legislador colombiano desarrolló esta acción a través de la Ley 333 de 1996, el Decreto 1975 de 2002, el Decreto 1837 de 2002, la Ley 793 de 2002 estudiada por la Corte Constitucional en sentencia C 740 de 2003, y actualmente está regulada en la Ley 1708 de 2014 que derogó las leyes anteriores.

La AED es una acción constitucional, declarativa, retrospectiva, judicial, patrimonial, real y autónoma. La AED es definida de la siguiente manera por la legislación y la jurisprudencia:

Ley 1708 de 2014:

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

Por su parte la ley 793 de 2002 establecía: La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley.

La jurisprudencia ha determinado lo siguiente respecto de las características de la AED:

Es de carácter REAL, porque, a diferencia del proceso penal, la misma no busca establecer responsabilidades de índole personal en la comisión de conductas punibles, sino que su teleología es la persecución de bienes que hubieren tenido su devenir en actividades ilícitas o que hubieren sido utilizados en la comisión de las mismas, independientemente de quien ejerza la titularidad del derecho de dominio o que ejerza la posesión o tenencia de los mismos (Corte Constitucional, C-740, 2003).

Es una acción DECLARATIVA habida cuenta que “...mediante ella se determina si existen bienes afectos a una actividad ilícita en forma directa o indirecta y, con base en ese pronunciamiento, se priva al titular del derecho...”, esto en el entendido de que la actividad ilícita que se pudiera predicar frente al origen del bien o que se hubiere desarrollado utilizando el mismo, es anterior a la iniciación de la acción, y lo que se hace en el pronunciamiento es únicamente declarar si el bien está o no incorporado a dicha ilicitud (Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala Penal, Rad 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

Es AUTÓNOMA, porque la misma tiene su origen directamente en los mandatos de la Constitución Política (artículo 34) y se ejerce independientemente de cualquier otra acción, en especial de la punitiva, aspecto este que fue desarrollado por el alto tribunal constitucional:

...La extinción del derecho de dominio es una acción constitucional pública, consagrada por el constituyente en forma directa y expresa, en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio, independientemente de que tal ilegitimidad genere o no un juicio de responsabilidad penal y el legislador, que está legitimado para desarrollar la acción de extinción del derecho de dominio en todo aquello que no fue previsto expresamente por el constituyente, puede consagrar la autonomía de la acción para significar que sus presupuestos, la asignación de competencias y los procedimientos son diferentes de otras acciones, tanto de la acción penal -entendida como ejercicio de ius puniendi- como de otras formas de extinción del derecho de dominio... (Corte Constitucional, C- 740, 2003).

La acción de extinción del derecho de dominio es IMPRESCRIPTIBLE porque la ilicitud que recae sobre el bien pasivo de la misma no se sana por el mero transcurso del tiempo y "...una interpretación armónica de las disposiciones citadas y los fallos que sobre las mismas se produjeron, permite concluir, de un lado que la acción de extinción del dominio es imprescriptible y, en consecuencia, no es posible oponer a ella la prescripción extintiva..."(Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

Es RETROACTIVA, porque las causales que dan lugar a la declaratoria de la extinción del derecho de dominio están consagradas en el artículo 2 de la Ley 793 de 2002, normatividad que entró en vigencia a partir de su publicación el 27 de diciembre de 2002, las mismas que se pueden predicar de bienes adquiridos o utilizados para la comisión de actividades ilícitas antes de esa.

...Contra lo que señalan los demandantes, la norma examinada no vulnera el princi-

pio de irretroactividad de la ley penal, primero porque, como ya se dijo, no se está ante la aplicación de penas, y segundo por cuanto la figura allí prevista no corresponde al concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino al de retrospectividad.

En efecto, puede verse en el texto del artículo que la Ley aprobada "rige a partir de la fecha de su promulgación", es decir que sus disposiciones tendrán efecto y concreción en el futuro y sobre la base del conocimiento público y oficial de su contenido. Luego no es retroactiva.

Sin embargo, el segundo inciso advierte que la extinción del dominio habrá de declararse con independencia de la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la Ley (Corte Constitucional, C-374, 1997).

Por último, se tiene que esta acción es de carácter PATRIMONIAL, partiendo por supuesto del concepto de patrimonio, este entendido como "...una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva...", lo cual quiere decir que la acción no recae sobre la persona sino sobre los bienes que conforman su haber patrimonial, este entendido como una universalidad jurídica independiente al individuo..." (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED), 2011)

### ***Las causales de la acción de extinción del derecho de dominio***

La AED procede por las siguientes causas consagradas en la Ley 1708 en su artículo 16 que establece:

1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.

2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.
10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.
11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos.

Por su parte, la Ley 793 de 2002 regula las causales en su artículo 2 de la siguiente manera:

Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial, cuando ocurriere cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.
3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.
4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.
5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.
6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospe-

chosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

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

### ***Causal de acción de extinción de dominio por utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas***

Esta causal se encuentra contemplada en la Ley 1708 de 2014 en los numerales 2,5 y 6 del artículo 16, a saber:

2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 793 de 2002 establece lo siguiente:

“Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito”.

En el párrafo 2 de la misma Ley se enumeran las actividades ilícitas de la siguiente forma:

Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

1. El delito de enriquecimiento ilícito.
2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito

en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo.

Respecto de dicha causal la jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

En estos supuestos la acción no procede por la ilegitimidad del título sino por dedicarse los bienes a actividades ajenas a la función social y ecológica de la propiedad. Bien se sabe que ésta debe ejercerse de tal manera que se orienta a la generación de riqueza social y a la preservación y restauración de los recursos naturales renovables y no a la comisión de conductas ilícitas (Corte Constitucional, C 740, 2003).

Por otro lado, para configurar dicha causal se requiere la presencia de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El requisito objetivo hace referencia a la correspondencia entre el acontecer fáctico y la descripción legal de la causal 3ª del artículo 2º de la Ley 793 de 2002, mientras que el aspecto subjetivo de

la acción requiere que la voluntad del titular esté orientada a que su patrimonio cumpliera fines contrarios a la legalidad (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704012201100080 01(E.D. 062), 2011).

### ***El factor subjetivo en la causal de acción de extinción de dominio por utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas***

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá ha establecido determinados requisitos para demostrar el factor subjetivo en esta causal a través de la resolución de recursos de apelación y de consulta.

1. No se presenta el factor subjetivo cuando el titular del bien no se encuentra en un estado psíquico de normalidad que le permita propugnar por el uso legal del bien.

La AED no es aplicable cuando el propietario del bien adolece de una enfermedad o anormalidad psíquica que le impide encontrarse en condiciones de normalidad y, por tanto, no le es exigible y verificable el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la propiedad.

Este elemento fue señalado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá en un caso en el cual negó la extinción de dominio de las cuotas de tres herederos –entre once– sobre un inmueble que había sido utilizado para la venta y tráfico de estupefacientes, puesto que sufrían de enfermedades psicológicas. En esta sentencia la Sala manifestó:

En este orden de ideas, ha de establecerse que las cuotas herenciales que les corresponden a GUSTAVO, ORLANDO y

ÁLVARO RUEDA JIMÉNEZ, no serán objeto de extinción en razón de su estado psíquico, pues el mismo les impedía tener una vida en condiciones de normalidad, por lo que su autonomía e independencia se ven limitadas al punto que se les dictaminó la asistencia de una persona para vivir, en consecuencia, no les es exigible que actualicen un comportamiento para propugnar por la función social y ecológica que debió observar al inmueble afectado (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014200842 02 (ED.008), 2011).

2. La oposición de la buena fe exenta de culpa no es aplicable en esta causal.

En este punto la sala de decisión ha sido incoherente, por cuanto en algunos casos acepta la improcedencia por esta causal cuando el titular del bien ha obrado con *buena fe exenta de culpa* de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 792 de 2003.

Este es el caso en el cual se negó la procedencia de la acción de extinción de dominio de un inmueble de propiedad de las señoras Blanca Mery Arias López y Oveida Arias de Arias y en el que se encontró una maleta con una gran cantidad de marihuana escondida debajo del tablado de una de las habitaciones. Sin embargo, ellas adquirieron el bien después de iniciado el proceso de extinción de dominio.

Así las cosas, como quiera que los derroteros de la causal de extinción invocada por la Fiscalía únicamente fueron acreditados en cuanto al aspecto objetivo, faltando el elemento subjetivo, esto es, que la destinación ilícita del inmueble identificado M.I. No. 157 42317 –expendio y almacenamiento de marihuana–, era atribuible a sus actuales propietarias, emerge imperativa la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues se itera, no existe en el presente asunto, evidencia que demuestre que las afectadas hayan incumplido la obli-



gación “que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables”, según los fines sociales y ecológicos que se desprenden del canon 58 Superior, máxime cuando del análisis probatorio se colige que su actuar está amparado por la buena fe exenta de culpa o cualificada, pues al momento de la celebración del contrato, mediante el cual adquirieron la propiedad del inmueble afectado, desplegaron las actividades suficientes y necesarias tendientes a verificar la titularidad del dominio y la inexistencia de medidas que lo afectaran (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704003201100084 01 (E.D. 066), 2011).

En otro caso, se negó la extinción de dominio sobre un inmueble en el cual funcionaba un inquilinato y se expendían sustancias psicoactivas por cuanto el titular del bien, el señor Gonzalo Díaz Jaimes, no tenía la obligación de vigilancia sobre el bien por cuanto su administración la ostentaba una inmobiliaria.

Este aspecto por sí solo resultaría suficiente para predicar la extinción del derecho de dominio del bien con base en la causal 3ª, porque como se indicó, el mismo fue utilizado para la comisión de una actividad ilícita como el tráfico y comercialización de estupefacientes, sin embargo, debe verificarse también que el propietario las haya realizado, permitido o consentido, o si por el contrario, actuó bajo los postulados de buena fe cualificada.

En torno a este punto, se refiere que el señor DÍAZ JAIMES actuó diligentemente, dada su avanzada edad y precario estado de salud, al entregarle en el año 2004 la administración del bien a una inmobiliaria, lo cual se encuentra soportado con el contrato de mandato que celebró con la inmobiliaria ESTEBAN RÍOS LTDA; lo que es indicativo de que actuó con buena fe cualificada.

Entonces, si el señor GONZALO DÍAZ JAIMES, no tenía la administración ni la tenencia del bien, no le eran exigibles labores de vigilancia y además no se encuentra prueba en la actuación que permita afirmar que conocía de las actividades ilícitas que eran desplegadas en el inmueble, lo cual también se predica de los herederos de este (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

Sin embargo, en un caso muy similar, la Sala de Decisión manifestó que la figura del *tercero de buena fe exenta de culpa* solo es aplicable cuando se adquiere el dominio, no cuando se dispone del bien para ejecutar una actividad ilícita.

Así pues, en esta oportunidad la Sala de Decisión conoció de la AED sobre una bodega de propiedad del señor Winston Orlando Giraldo Toro, en donde se encontraron almacenadas 30 canecas con insumos químicos para el procesamiento de alcaloide. El propietario del inmueble manifestó que tenía arrendada la propiedad a través de una inmobiliaria.

Por manera que según lo reseñado, cuando el legislador lo refiere y la Corte Constitucional interpreta la figura del tercero de buena fe, señalan tal calidad con relación a la forma como adquiere un título, es decir, dicha particularidad se circunscribe a la adquisición de la propiedad, o creación de derechos, que cuando no sean exentos de culpa son aparentes.

Bajo esta óptica, resulta lógico estimar que la calidad de tercero de buena fe exento de culpa, a que refiere la norma, opera con relación a las causales que contemplan la adquisición de los bienes comprometidos y no a aquellas que sancionan su indebida utilización o destinación (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704013200900016 01 (ED.012), 2011).

3. El aspecto subjetivo consiste en el dolo, la culpa grave o la culpa del derecho civil.

En otra oportunidad se estableció que el aspecto subjetivo debe estudiarse a partir de las reglas del dolo o la culpa de la legislación civil. Así pues, la Sala determinó:

Ahora, la causal no se estructura solo por la utilización del bien en el desarrollo de actividades ilícitas (componente objetivo), sino que además requiere que se determine si el propietario del titular del derecho real cuya extinción se pretenda, ya sea por acción o por omisión, que, permitió dicho uso, desatendiendo los deberes que le impone el ordenamiento jurídico frente al ejercicio de dicho derecho (componente subjetivo), aspecto este, dependiendo del caso en particular, se debe abordar ya sea desde la intencionalidad (dolo de acuerdo a la legislación civil) o desde la omisión (culpa civil), atendiendo las reglas del artículo 63 del Código Civil, cuyo texto es del siguientes tenor:

“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

4. El elemento subjetivo no se satisface cuando se demuestra que el titular del derecho de dominio cumplió con todas las obligaciones provenientes de la propiedad.

Este criterio fue fijado en la sentencia que determinó la improcedencia de la AED sobre dos motonaves de la Sociedad Marítima Providencia S.A., en las cuales se encontraron en varias oportunidades estupefacientes camuflados en su interior.

La sociedad de conformidad con la normatividad que regula su operación comercial, cumplió con los protocolos y deberes que le eran exigibles, en la medida de sus posibilidades, sin que asista razón a la apoderada de la Dirección Nacional de Estupefacientes, en cuanto afirma que al hacerse responsable el transportador de la carga también debía obligarse por los vicios de la cosa a trasladar (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100047 01 (ED.065), 2013).

Además se demostró que la conducta de tráfico de estupefacientes fue ejecutada exclusivamente por el capitán de los navíos.

En las investigaciones adelantadas por estos hechos se logró establecer que la conducta ilícita obedeció de manera exclusiva a la voluntad del capitán del navío, quien aprovechó la calidad especial que le daba el ostentar el cargo de mayor jerarquía en la tripulación para destinar el bien encomendado a su propósito delictivo, aspectos que lo llevaron aceptar los cargos que en su momento le endilgara el investigador (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100047 01 (ED.065), 2013).

5. No es posible afirmar la existencia del factor subjetivo cuando el propietario desconoce o está en desacuerdo con que

se realicen actividades ilícitas con los bienes, de los cuales es titular.

En esta oportunidad se negó la extinción de dominio sobre un inmueble, dentro del cual fueron incautadas dosis de marihuana y cocaína en una de sus habitaciones, por cuanto los propietarios del bien, tan pronto tuvieron conocimiento de la situación, informaron a las autoridades.

De relevancia resulta la actitud asumida por el afectado al momento cuando tuvo conocimiento sobre las actividades que en su predio se venían presentando, como quiera que no guardó silencio, sino que decidió cumplir con el deber de denuncia que le exigía la ley, es decir, patentizó el deber de vigilancia sobre su propiedad y a partir de allí actuó conforme a derecho, lo que permite concluir que en efecto ninguna responsabilidad se le puede endilgar en la destinación ilícita dada a su propiedad (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 11001070401220110003201 (ED.048), 2012).

6. Es posible excluir el factor subjetivo cuando el titular del bien delega sus obligaciones de cuidado y vigilancia sobre sus familiares en virtud del principio de confianza legítima.

La Sala de Decisión en grado de consulta negó la AED de un inmueble situado en Bucaramanga (Santander), cuya propiedad se hallaba inscrita en cabeza del señor Carlos Camacho Niño, y que era destinado para el almacenamiento y comercialización de hidrocarburos de contrabando, procedentes del vecino país de Venezuela, por considerar que el factor subjetivo de esta causal no quedó satisfecho porque el titular del bien permaneció en Venezuela por varios años y dejó la administración de este en cabeza de su ex compañera y sus hijas.

Por ello, con las probanzas debidamente recaudadas en esta acción extintiva, no se encuentra en la actitud de CAMACHO NIÑO negligencia, falta de cuidado o permisividad para que en el bien de su propiedad se ejecutaran actividades ilícitas, pues no escapa a la órbita de este juzgador recriminarle el hecho de haber salido del país a trabajar en otro lugar o reclamar visitas constantes al inmueble cuando en éste residían su ex compañera e hijas y por el grado de confianza que de tal relación familiar emana, no era su deber realizar como sí hubiese sido en calidad de arrendador y respecto de terceras personas (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 11001070401220110008001 (E.D. 062), 2012).

## Conclusiones y comentarios

De lo anterior se puede afirmar que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá acertadamente, respetando los derechos de defensa e interpretando armónicamente con otros valores y principios del derecho, exige que se demuestre en la causal 3 de la Ley 793 de 2002 tanto el factor objetivo como el factor subjetivo para que proceda la acción de extinción de dominio.

Sin embargo, cae en contradicciones y no son claros los fundamentos jurídicos y los elementos del factor subjetivo en dicha causal, puesto que en la resolución de varios casos afirma que se debe probar la *buena fe exenta de culpa*, o se debe acudir a las normas del derecho civil y comercial, sin mantener una línea jurisprudencial constante respecto al tema.

Por tanto, considero que ante esta laguna legislativa se deben aplicar ciertos fundamentos del derecho penal, tales como el dolo, la culpa, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

Así pues, ciertos principios del derecho penal se deben aplicar en este caso por dos razones principalmente. En primer lugar, la causal de la acción de extinción de dominio por utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas se estructura como una típica norma del derecho penal.

Lo anterior por cuanto el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o medida de seguridad (Roxin, 2001, p. 41).

En este caso, la conducta se corresponde con la utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinados a estas, o correspondan al objeto del delito. Por su parte, la sanción consiste en la pérdida del derecho de dominio en favor del Estado.

En segundo lugar, el factor objetivo de la causal se demuestra a través de prueba trasladada proveniente del proceso penal, por tanto, si este elemento se establece con los principios y valores del derecho penal resultaría lógico que el factor subjetivo también se funde en ciertos elementos del propio derecho penal.

De esta forma es posible organizar estos principios extraídos de los pronunciamientos de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá a partir de ciertos fundamentos de derecho penal general.

1. Esta acción no procede cuando el titular del derecho de dominio es un inimputable.

Considero que resulta aplicable el concepto de inimputabilidad por cuanto la AED no sería aplicable cuando el propietario del bien no posee unas condiciones de sanidad mental suficientes que le permitan motivarse conforme a la norma (Velásquez Velásquez, 2009, p. 849). Así pues no le sería exigible el uso de sus propiedades de forma lícita.

2. La aplicación del dolo y la culpa en el derecho penal.

Resulta lógico que este factor subjetivo se satisfaga cuando el titular del bien conozca de lo injusto de su conducta y quiera su realización, en este caso participar de la destinación ilícita de su propiedad (Ley 599, 2000, art. 22).

Por su parte este requisito podría establecerse si se demuestra el actuar culposo del titular del derecho de dominio cuando el uso de su propiedad en actividades ilícitas se produce como consecuencia de su infracción al deber objetivo de cuidado cuando era previsible o debió haberlo previsto (Ley 599, 2000, art. 23).

3. El principio de confianza y la prohibición de regreso.

También es posible aplicar las instituciones dogmáticas de la imputación objetiva en Derecho Penal. En primer lugar, el derecho y la sociedad distribuyen roles, en este caso el rol de “propietario”, “arrendador”, “titular del derecho de dominio”, de “arrendatario”, “tenedor”, etc. Ante ello los ciudadanos deben administrar en debida forma su rol y esperar que los demás lo hagan de igual manera, pues existe un principio de confianza (Jakobs, 1994).

Así pues, no es aplicable la AED cuando el titular del derecho de dominio cumple con las obligaciones que emanan de su rol.

Finalmente, considero que la prohibición de regreso, consistente en que el ciudadano que asume un vínculo estereotipado inocuo con otro ser humano no quebranta su rol aunque el otro desvíe su actuar en una organización no permitida (Jakobs, 1994), puede ser aplicada en los procesos de extinción de dominio, por cuanto quien asume un rol, tal como el de “arrendador”, no es responsable si el “arrendatario” desvía su conducta hacia una actividad ilícita como ocurre en varios de los casos estudiados.

## Referencias bibliográficas

- Congreso de Colombia. (27 de Diciembre de 2002) por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. [Ley 793 de 2002].
- Congreso de Colombia. (20 de Enero de 2014) Por medio de la cual se expide el código de extinción de dominio. [Ley 1708 de 2014].
- Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000].
- Constitución política de Colombia. (1991) 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional. (28 de Agosto de 2003) Sentencia C 740. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (13 de Agosto de 1997) Sentencia C 374. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Jakobs, G. (1994). *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, C. (2001). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas.
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (31 de Marzo de 2011) (Sentencia Rad. 110010704013200900016 01 (ED.012), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (9 de Junio de 2011) (Sentencia Rad. 110010704014200842 02 (ED.008), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (29 de Agosto de 2012) (Sentencia Rad. 11001070401220110003201 (ED.048), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (30 de Noviembre de 2012) (Sentencia Rad. 110010704012201100080 01(E.D. 062), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (13 de Febrero de 2013) (Sentencia Rad. 110010704003201100084 01 (E.D. 066), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (14 de Junio de 2012) (Sentencia Rad. 110010704014201100004 01 (ED.024), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (22 de Marzo de 2013) (Sentencia Rad. 110010704014201100047 01 (ED.065), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Uribe, J. (2011). *La investigación documental y el estado del arte como estrategia de investigación en ciencias sociales*. En: PÁRAMO, P (Comp.). *La investigación en ciencias sociales. Estrategias de investigación*. Bogotá: Universidad Piloto de Colombia.
- Velázquez Vázquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Medellín: Comlibros.