



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



LA EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO EN COLOMBIA

Especial referencia al nuevo Código

EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO EN COLOMBIA

Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano

Coordinador Académico:
Wilson Alejandro Martínez Sánchez

Autores:

Wilson Alejandro Martínez Sánchez	Jairo Acosta Aristizabal
Gilmar Santander	Fernando Cañón
Néstor Armando Novoa Velásquez	Francisco Ternera Barrios
Liliana Patricia Donado Sierra	Juan Enrique Medina
Jorge Enrique Pardo Ardila	Maria Dolores Sánchez Prada
Libardo Guauta Rincón	Unidad de Información y Análisis Financiero
Serafín Varela Martínez	Andrés Ormaza

Pares evaluadores:
Julio Ospino María Idalí Molina Aidee López

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA – 2015

Contenido

La Extinción de Dominio y la Acción de Extinción de Dominio en Colombia.....	5
Sujetos Procesales, Intervinientes, Jurisdicción y Competencia.....	35
La Nueva Estructura Del Proceso De Extinción De Dominio.....	49
Nulidades.....	103
La Acción de Revisión en el Código de Extinción de Dominio.....	163
Administración y Destinación de los Bienes.....	179
Las Medidas Cautelares sobre Sociedades.....	195
El Modelo de Investigación Científica Aplicado a la Investigación Judicial.....	213
Investigación Judicial de Activos.....	233
Técnicas de Investigación en el Marco de la Ley 1708 de 2014.....	247
Régimen Probatorio de la Extinción de Dominio.....	273
La Auditoría Forense.....	295
Estudio de Títulos.....	315
La Inteligencia Financiera en la Extinción de Dominio.....	353
Cooperación Internacional en Extinción de Dominio.....	373



LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA

Perspectiva General

Por: Wilson Alejandro Martínez Sánchez

1.La Extinción De Dominio

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

1.1. El derecho a la propiedad y la extinción de dominio

El artículo 58 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho a la propiedad privada, siempre que ella haya sido adquirida con arreglo a las leyes civiles. Allí se señala que el Estado no puede desconocer este derecho, ni vulnerarlo, por medio de leyes posteriores. No obstante lo anterior, el derecho a la propiedad privada no es absoluto. De acuerdo con la Corte Constitucional, “el derecho de propiedad no es, per se, un derecho fundamental ya que el constituyente no lo ha dotado de esa precisa naturaleza. Si bien durante el Estado liberal originario, el derecho de propiedad era considerado como un derecho inalienable del ser humano y, por lo mismo, no susceptible de la injerencia estatal, hoy esa concepción está superada y esto es así al punto que en contextos como el nuestro, el mismo constituyente le ha impuesto límites sustanciales a su ejercicio. De allí que, si bien se lo reconoce como un derecho constitucional, se lo hace como un derecho de segunda generación, esto es, como un derecho adscrito al ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales. Por ello, la jurisprudencia de esta Corporación sólo le ha reconocido al derecho de propiedad el carácter de derecho fundamental cuando está en relación inescindible con otros derechos originariamente fundamentales y su vulneración compromete el mínimo vital de las personas” (Sentencia C-740, 2003).

Una de las principales limitaciones del derecho a la propiedad tiene que ver con la relación que existe entre este derecho y los valores que el Estado tiene la función de realizar en la sociedad. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha explicado que “uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano está constituido por el trabajo. La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y en el mérito que el trabajo implica, y se lo desestimularía en alto grado si

se admitiera que sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio personal y familiar” (Sentencia C-374, 1997). En este sentido, para la Corte Constitucional el derecho a la propiedad en Colombia solo es reconocido por el ordenamiento jurídico y protegido por el Estado, cuando ha sido adquirido a través de trabajo honrado y conforme a las leyes civiles que lo regulan: “El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad” (Sentencia C-374, 1997).

Esta limitación al derecho a la propiedad permite entender por qué razón el constituyente, en el artículo 34 de la Carta Política, dispuso que “por sentencia judicial se declarará extinguido el derecho de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”. De acuerdo con la Corte Constitucional, la extinción de dominio prevista en el artículo 34 de la Constitución no es en estricto sentido una «extinción» del derecho de dominio, sino una declaración de inexistencia del derecho, en el entendido de que este ha sido privado de reconocimiento jurídico por no haber sido obtenido o ejercido con arreglo al ordenamiento jurídico. Específicamente, la Corte Constitucional ha explicado que “[e]n realidad, la ‘pérdida’ de la que habla el artículo acusado no es tal en estricto sentido, por cuanto el derecho en cuestión no se hallaba jurídicamente protegido, sino que corresponde a la exteriorización a posteriori de que ello era así, por lo cual se extingue o desaparece la apariencia de propiedad existente hasta el momento de ser desvirtuada por la sentencia. Es claro que, mientras tal providencia no esté en firme, ha de presumirse que dicha apariencia corresponde a la realidad, pues suponer lo contrario implicaría desconocer las presunciones de inocencia y buena fe plasmadas en la Constitución, pero ya ejecutoriado el fallo, acaba esa apariencia, entendiéndose que sustancialmente, y a pesar de haber estado ella formalmente reconocida, jamás se consolidó el derecho de propiedad en cabeza de quien decía ser su titular” (Sentencia C-374, 1997).

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

rigurosamente los trámites legales y una vez observadas las garantías del debido proceso, se declara la extinción del dominio, desvirtúa la presunción de que quien exhibía la titularidad de la propiedad de uno o varios bienes, que se procuró en contra del orden jurídico, la tenía de manera legítima. Se trata, entonces, de una providencia judicial que no crea a partir de su vigencia el fenómeno de la pérdida de una propiedad que se tuviera como derecho, sino que declara –como el artículo 34 de la Constitución lo estatuye claramente– que tal presunta propiedad, dado su irregular origen, nunca se hizo merecedora de la garantía ofrecida por la Constitución, ni a la luz del artículo 30 de la Carta Política anterior, ni con arreglo al 58 de la hoy vigente. Estos preceptos han partido del esencial presupuesto de la licitud para cobijar bajo el manto de la legitimidad y la tutela jurídica el derecho alegado por alguien. Resulta, entonces, que la sentencia es meramente declarativa: aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio” (Sentencia C-374, 1997).

Ahora bien, el ámbito de aplicación práctica de la extinción de dominio no se contrae al caso de los bienes provenientes de un origen ilícito. El artículo 58 de la Constitución Política dispone que “La propiedad es una función social que implica obligaciones”, y en ese sentido, quien ostenta un título válido de propiedad se expone a perderlo si no ejerce su derecho de manera legítima, acorde con el ordenamiento jurídico. En palabras de la Corte Constitucional, “Desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales” (Sentencia C-740, 2003).

La principal consecuencia de lo anterior se muestra claramente: el derecho a la propiedad válidamente adquirido puede perderse por medio de la extinción de dominio, cuando el titular de ese derecho da a los bienes un uso contrario a la función social que es inherente a la propiedad, pues se entiende que ese uso constituye un ejercicio arbitrario e injusto del derecho subjetivo que se ostentaba.

En estos casos, la sentencia de extinción de dominio sigue siendo declarativa. Pero ya no en el sentido de declarar que la persona nunca ha sido realmente propietaria de los bienes, sino en el de declarar que el derecho de propiedad que ostentaba ha dejado de ser digno de reconocimiento y protección por parte del Estado, a partir del momento en que el titular del derecho destinó los bienes a fines ilícitos. En estos casos de bienes de origen lícito, el derecho de dominio no deja de tener reconocimiento y protección por razón de la sentencia, sino por razón de la destinación de los bienes a un fin contrario a la función social de la propiedad. La sentencia simplemente reconoce y declara esta situación, ordenando que la titularidad de los bienes pase a favor del Estado sin contraprestación alguna para el anterior propietario. Es por ello que la sentencia no es constitutiva de la pérdida del dominio, sino declarativa de esa situación.

Como consecuencia de lo dicho hasta ahora podemos concluir lo siguiente:

- Primero, que la extinción de dominio tiene naturaleza declarativa, lo cual significa que el dominio no se pierde como consecuencia de una sentencia judicial, sino como corolario de la concurrencia de alguna de las causales previstas para ese efecto. La sentencia simplemente declara el acaecimiento de la causal, y ordena el paso de la titularidad de los bienes al Estado, sin contraprestación alguna.
- Segundo, que las causales de extinción de dominio son de origen constitucional, por cuanto es la propia Carta Política la que señala en qué supuestos es posible esa declaración. Por consiguiente, la facultad de configuración legislativa del Congreso en esta materia está limitada a la posibilidad de hacer desarrollos frente a las causales previstas por el constituyente. Es decir, el legislador solo puede desarrollar las causales previstas en la Constitución, mediante la concreción de estas en hipótesis jurídicas que encajen en aquellas.
- Y finalmente, que las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde.

Esta conclusión ha sido explicada igualmente por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Se indicó que el constitucionalismo colombiano, de manera progresiva, había configurado un completo régimen del derecho de dominio y demás derechos adquiridos. De acuerdo con él, para su adquisición se exige un título legítimo y para su mantenimiento se precisa del cumplimiento de una función social y ecológica y de la no concurrencia de motivos de utilidad pública o interés social legalmente acreditados. Si el primer presupuesto no concurre, hay lugar a la extinción de dominio por la ilegitimidad del título y la acción se basa en el artículo 34 superior. Si el segundo presupuesto no concurre, hay lugar a la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad y la acción se basa en el artículo 58 constitucional” (Sentencia C-740, 2003).

1.2. Alcance de la extinción de dominio

La naturaleza declarativa de la extinción de dominio es fundamental para entender una de sus principales características: la intemporalidad. Esta intemporalidad consiste fundamentalmente en la posibilidad de declarar extinguido el derecho de dominio en cualquier tiempo, aun cuando el hecho que configura la causal de extinción hubiere acaecido antes de la entrada en vigencia de la primera ley de extinción de dominio (Ley 333 de 1996), o incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Esto significa que en la práctica es posible extinguir el derecho de dominio sobre bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades ilícitas en cualquier tiempo, incluso antes de 1991.

Sobre esta intemporalidad, la Corte Constitucional ha sostenido que “el artículo 34 de la C. P., rechaza, en términos absolutos, toda protección jurídica a la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. No solamente se ha prohibido, de manera perentoria, que hacia el futuro se incrementen los patrimonios personales de las personas sometidas al orden constitucional colombiano por la vía de las indicadas modalidades ilícitas, sino que se ha ordenado, en el más alto nivel de la juridicidad, que las autoridades estatales persigan las fortunas que a ese título ya se habían obtenido, inclusive antes de entrar a regir la Carta Política. Y eso es así porque, a la luz de la Constitución de 1886, los comportamientos que hoy describe la norma citada tampoco generaban derecho alguno, comoquiera que el artículo 30 de esa codificación sólo garantizaba la propiedad y los demás derechos adquiridos ‘con justo título, con arreglo a las leyes civiles’, de tal manera que cuando, con base en cualquiera de los delitos que el artículo 2 de la Ley examinada, una persona creyó adquirir el derecho de propiedad sobre un bien o grupo de bienes, ya sabía, antes de la existencia del artículo 34 de la Constitución de 1991, sobre el carácter ilegítimo de su pretendido derecho y acerca de que él, ante el Estado colombiano, carecía de toda protección” (Sentencia C-374, 1997).

Esta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir de legalidad algo que nunca lo tuvo o que lo perdió. En otras palabras, sería el equivalente a crear un mecanismo legal de “lavado de activos”, para que los delincuentes pudieran revestir de legalidad sus enormes fortunas mal habidas. Mecanismo con el cual se desestimularía en gran medida el trabajo honrado como fuente de riqueza y progreso social, en contravía de los valores que la Constitución Política le impone al Estado proteger y realizar.

Dicho en otras palabras, resultaría contrario a la noción de «orden social justo» que se permitiera que por el puro y simple paso del tiempo, sin mediar circunstancia o actividad adicional alguna, una persona pudiera adquirir el derecho de dominio sobre un bien proveniente de actividades ilícitas y del cual solo era dueña en apariencia. Por esta razón, la Corte Constitucional ha sostenido que “El Constituyente ha querido trazar una clara, visible y decidida frontera moral y jurídica, que sirva al propósito de reordenar de manera radical a la sociedad colombiana, atacada en los últimos lustros por los efectos deletéreos de la corrupción y el narcotráfico, entre otros males que han desdibujado en la conciencia social las mejores tradiciones de un país que siempre ha asociado la riqueza y el bienestar al trabajo honesto y que, asimismo, ha estimado como la mayor traición a los deberes públicos el enriquecimiento que se configura a partir del menoscabo del erario” (Sentencia C-374, 1997).

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

Ya la jurisprudencia ha explicado en muchas oportunidades que la ilicitud no genera derechos, y que por consiguiente, del delito no se derivan derechos merecedores de reconocimiento y protección jurídica. De tal suerte que ante la inexistencia de un justo título, y sin importar en qué momento se perfeccionó el modo, es lógico que la declaratoria de extinción pueda sobrevenir en cualquier tiempo, aun incluso si el modo se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, pues el simple y puro paso del tiempo no constituye justo título alguno para adquirir el derecho de dominio. Menos aún si tras ese paso del tiempo lo único que se encuentra es una actividad ilícita como fuente u origen de los bienes.

Tal ha sido la posición reiterada de la Corte Constitucional al señalar que “Al dictarse la norma, las fortunas y patrimonios de espurio origen no tenían ningún justo título que oponer a la prohibición, ya de tiempo atrás consagrada en el sistema jurídico y que en ella se elevaba a canon constitucional. También, bajo la anterior Constitución, tales adquisiciones quedaban por fuera de la tutela jurídica y el Derecho positivo incorporaba el principio según el cual a nadie se permite invocar su dolo o su culpa como fuente de derechos” (Sentencia C-374, 1997).

Ahora bien, esta intemporalidad de la extinción de dominio no está libre de reparos. Un sector de la doctrina, integrada principalmente por penalistas de orientación garantista, cuestionan el hecho de que la intemporalidad de la extinción de dominio abre la posibilidad de que el Estado persiga bienes sin ningún límite temporal hacia el pasado, lo que llevaría al absurdo de pensar en perseguir bienes provenientes, por ejemplo, de delitos cometidos por los españoles durante la Colonia.

Al respecto, es importante tener en cuenta que las causales de extinción de dominio están previstas directamente en la Constitución Política. En lo que respecta a esta preocupación en particular, el artículo 34 de la Constitución dispone que la extinción procede respecto de los bienes provenientes de conductas que afectan gravemente la moral social. En relación con el alcance de esa disposición, la Corte Constitucional ha entendido que el Congreso tiene un amplio margen de configuración legislativa para definir cuáles son esas conductas que afectan gravemente la moral social, y que en ejercicio de esa facultad el legislador resolvió que ellas son las definidas en la ley penal como delito.

Esta decisión del legislador tiene un importante efecto sobre el alcance material de la extinción de dominio, cuandoquiera que surge el problema de definir el ámbito de aplicación temporal de la ley penal frente a la extinción de dominio: ¿puede el Estado perseguir bienes adquiridos mediante conductas que cuando fueron cometidas no eran delito, pero hoy sí lo son? Piense por ejemplo en un delito como el desplazamiento forzado (tipificado por primera vez en Colombia en la Ley 589 de 2000) cometido en los años 50, cuando esta conducta no estaba aún prevista expresamente en la ley penal.

En opinión de este autor, la decisión del legislador de referir las conductas que afectan gravemente la moral social a aquellas que están descritas en la ley penal como delito tiene una consecuencia muy importante, consistente en someter la aplicación de la extinción de dominio a la vigencia de la ley penal. Así, para efectos de esta causal, la

extinción de dominio solo puede aplicarse respecto de los bienes adquiridos mediante conductas que para la época en que fueron cometidas ya estaban previstas como delito. Lo contrario comportaría una aplicación retroactiva e injusta de la ley penal que no tendría justificación, pues implicaría la extinción del dominio sobre un bien adquirido mediante una conducta que en el momento en que fue ejecutada era lícita y no estaba definida en alguna ley como contraria a la moral social.

Y es que nótese que si la conducta que dio origen a los bienes no estaba definida como delito, ni contraría el ordenamiento jurídico en modo alguno, entonces no puede afirmarse que el título de propiedad sea ilegítimo. Salvo que concurrieran circunstancias de naturaleza civil que viciaran el título, uno debería admitir que los bienes fueron adquiridos con arreglo al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, el derecho de propiedad nació legalmente y es merecedor de protección estatal. En consecuencia, los presupuestos que fundamentan la extinción de dominio desaparecen, y por consiguiente el Estado no tiene legitimidad para declararse propietario de ellos, en detrimento de los derechos adquiridos por los ciudadanos: “Cuando el artículo 58 de la Carta declara que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, supone que ellos se alcanzaron por sus titulares ‘con arreglo a las leyes civiles’, expresión que, a juicio de la Corte, no es específica sino genérica, es decir, alude tanto a las reglas integrantes del Código Civil y disposiciones complementarias, como al conjunto del ordenamiento jurídico basado en la Constitución” (Sentencia C-374, 1997).

De hecho, fue por esta razón que originalmente el artículo 33 de la Ley 333 de 1996 estableció que “la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de esta Ley, siempre que dicha adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos haya sido realizada con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a esta medida de extinción, así la legislación haya modificado o modifique la denominación jurídica, sin perjuicio del término de prescripción de que trata el artículo 9º de esta Ley” (negritas y subrayas fuera del texto original)¹.

1.3. La buena fe como límite de la extinción de dominio

El artículo 83 de la Constitución Política establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que ellos adelanten ante estas”. Esta buena fe constituye un límite material a la extinción de dominio, cuando ella reúne las características necesarias para dar origen a un derecho digno de reconocimiento y protección jurídica. Es decir, cuando se trata de una buena fe cualificada o, como también se le conoce: una buena fe creadora de derecho.

En efecto, la doctrina dominante en materia civil reconoce dos clases de buena fe. De un lado tenemos “la buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. El Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad, la define en el artículo 768 como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos,

exentos de fraude y de todo otro vicio. Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos solo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. Es así que, si alguien de buena fe adquiere el derecho de dominio sobre un bien cuyo titular no era el verdadero propietario, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios, que si bien no alcanzan a impedir la pérdida del derecho sí aminoran sus efectos. Tal es el caso del poseedor de buena fe condenado a la restitución del bien, quien no será condenado al pago de los frutos producidos por la cosa (C. C. art. 964 párr. 3°); o del poseedor de buena fe que adquiere la facultad de hacer suya la cosa poseída (C. C. arts. 2528 y 2529)” (Sentencia C-1007, 2002). adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: ‘Error communis facit jus’, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años” (Sentencia C-1007, 2002).

La Corte Suprema de Justicia ha explicado esta máxima legal y su relación con la buena fe creadora de derecho de la siguiente manera:

“Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa.

Se pregunta: ¿quién ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fe o buena fe no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fe exenta de culpa?

El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fe exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fe exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resultó aparente, en realidad, o lo que es lo mismo, el propio orden jurídico creaba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía” (Sentencia del 23 de junio de 1958).

Si se lee con detenimiento la descripción que hace la jurisprudencia, puede apreciarse que esta buena fe cualificada tiene dos elementos fundamentales, necesarios para que pueda crear un derecho digno de reconocimiento y protección jurídica: un elemento

1 Frente a esta disposición es importante aclarar que ella, junto con el artículo 9° al que se refiere, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, por el hecho de fijar un término de prescripción para la extinción de dominio. Sin embargo, en la sentencia la Corte no hizo referencia alguna al aparte en que la norma habla de la existencia de los delitos que dan lugar a la extinción. Esa consideración fue pasada por alto por la Corte, por lo que un pronunciamiento al respecto en el futuro sería de gran importancia para aclarar el alcance de la intemporalidad de la extinción de dominio y del ámbito de aplicación temporal de la ley penal en esta materia.

subjetivo consistente en la conciencia de haber obrado conforme a derecho, y un elemento objetivo consistente en haber realizado actos que demuestren diligencia y cuidado suficientes para merecer un tratamiento diferenciado frente a quienes actúan con pura buena fe simple. En palabras de la Corte Constitucional, “a diferencia de la buena fe simple que exige solo una conciencia recta y honesta, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige solo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza” (Sentencia C-1007, 2002).

Esta buena fe cualificada o creadora de derecho es un límite material de la extinción de dominio, porque protege a los terceros que adquieren de buena fe un bien incurso en alguna cualquiera de las causales de extinción de dominio. Así, por ejemplo, “[l]a buena fe cualificada o creadora de derecho tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita. Es así que, si alguien adquiere un bien con todas las formalidades exigidas por la ley para adquirir la propiedad, y si ese bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita, en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero, si se actuó con buena fe exenta de culpa, dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio” (Sentencia C-1007, 2002).

Ahora bien, es muy importante aclarar que no se trata en este caso de una buena fe que subsane, limpie, lave o repare los vicios o defectos de la tradición. Se trata de una buena fe que da origen a un derecho nuevo, digno de reconocimiento y protección jurídica. Un derecho que no se deriva en un acto de tradición o transferencia, sino en la buena fe cualificada con que actuó el sujeto.

En efecto, como lo aclara la Corte, nadie puede transferir lo que no tiene. De manera que quien ha adquirido un bien de manera ilícita no es realmente propietario del bien, y por lo tanto no puede transferir válidamente la propiedad. Asimismo, quien siendo legítimo propietario ha perdido el derecho de dominio a causa de haber destinado el bien a un fin ilícito, no puede transferir válidamente el derecho que ya no tiene. En ambos casos, el tercero adquirente no recibe derecho alguno de parte del “tradente”, porque ninguno de ellos tiene derecho alguno que transferirle. Esto significa que el derecho que se le protege y respeta al tercero de buena fe exenta de culpa no es el derecho de propiedad adquirido de quien le vendió o permutó el bien. Lo que se le protege y respeta es el derecho de propiedad que se originó en su buena fe cualificada; o sea, el derecho creado por su buena fe exenta de culpa.

Y para que la denominada buena fe cualificada pueda surtir sus efectos creadores de derecho, se requiere el cumplimiento de algunos requisitos exigidos de antaño por la jurisprudencia:

“a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la creencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error communis, error común a muchos.

b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y

c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño” (Sentencia del 23 de junio de 1958).

1.4. Diferencia entre extinción, expropiación y confiscación

La extinción de dominio tiene grandes similitudes con otras instituciones jurídicas, como la expropiación y la confiscación, las cuales pueden inducir en confusión. Para comenzar, estas tres instituciones jurídicas tienen en común el hecho de que a través de una decisión judicial, la titularidad del derecho de dominio sobre los bienes pasa al Estado. Por eso la Corte Constitucional ha sostenido que las tres instituciones tienen como común denominador, el ser una limitación a la propiedad privada: “Constituyen límites a la propiedad privada, la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación” (Sentencia C-133, 2009). Lo que marca la diferencia entre ellas es la razón o justificación última que tiene la decisión judicial, para ordenar el paso de la titularidad del derecho de dominio sobre los bienes al Estado, así como la obligatoriedad de reconocer o no al individuo una indemnización.

En el caso de la expropiación, la Corte Constitucional ha explicado que esta “puede ser definida como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa” (Sentencia C-1074, 2002). Además, esa Corporación también ha aclarado lo siguiente:

“en relación con la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, hay que decir que se trata de un evento en el que se satisfacen las exigencias relacionadas con la licitud del título originario de la propiedad y con su función social y ecológica pero concurren circunstancias en las que el interés privado debe ceder al interés social. Es decir, el propietario ha accedido a su derecho por un medio legítimo, permitido por el ordenamiento jurídico. Además, la propiedad se ha explotado de tal manera que se dirige a la generación de riqueza social y no sólo a atender intereses egoístas y, además, en esa explotación ha cumplido el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. No obstante, pese a la licitud del título y a la funcionalización social y ecológica de la propiedad, existen motivos de utilidad pública o interés social que conducen al Estado a extinguir el dominio del particular y a asumirlo para sí.

En este evento, no se trata de un cuestionamiento dirigido al origen del dominio, ni tampoco de un cuestionamiento por la no realización de la propiedad como función social, sino de un evento en el que debe primar el interés público sobre el interés privado del propietario aunque esa primacía constituya una limitante para un derecho lícitamente adquirido y ejercido. De allí las especiales exigencias planteadas por el constituyente para la expropiación de un bien: la declaración legal de tales motivos de utilidad pública o interés social, la indemnización previa y la intervención judicial o administrativa” (Sentencia C-740, 2003).

Atendiendo estos direccionamientos de la jurisprudencia constitucional, la confusión entre la expropiación y la extinción de dominio puede evitarse si se observan estas tres importantes diferencias

- La primera de ellas es que la expropiación recae sobre bienes de origen lícito que han sido destinados al cumplimiento de su función social, pero que por razones de interés general o utilidad pública deben pasar al Estado. Es decir, la expropiación recae sobre bienes respecto de los cuales existe un derecho de dominio legítimo, digno de reconocimiento y protección jurídica. La extinción de dominio en cambio recae sobre bienes que tienen origen ilícito, o que habiendo sido adquiridos lícitamente fueron destinados a una actividad contraria a la función social de la propiedad. Por consiguiente, en la extinción de dominio no hay un derecho subjetivo digno de reconocimiento y protección jurídica que se vea afectado.
- La segunda diferencia consiste en que en la expropiación hay una auténtica pérdida del derecho de dominio; es decir, el propietario realmente pierde un derecho del que era titular legítimo, por razones de interés general o utilidad pública. Situación que no se presenta en la extinción de dominio, pues en este caso el sujeto solo era propietario del bien en apariencia, y la sentencia lo único que hace es reconocer y declarar esa situación.
- Y la tercera diferencia estriba en que la expropiación prevé la obligación de pagar al individuo una indemnización justa por la pérdida de su derecho en favor del Estado. Indemnización que es completamente ajena a la extinción de dominio, la que por definición implica la ausencia de cualquier pago, contraprestación o indemnización.

Como puede apreciarse, la extinción de dominio y la expropiación son en realidad dos instituciones jurídicas diferentes, asimilables únicamente en la apariencia externa de sus consecuencias materiales: “La expropiación implica el ejercicio de una potestad, de la cual es titular el Estado Social de Derecho, que le permite, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales, quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo. La expropiación en nada se asemeja a la extraordinaria figura consagrada en el artículo 34, inciso 2, de la Constitución. Aquélla, como lo indicó la Corte Constitucional, implica la conversión de la propiedad privada en pública por motivos de utilidad pública o de interés social, por razones de equidad o por la necesidad de responder adecuadamente a los requerimientos de la guerra, pero ‘no se aplica a título de sanción por la conducta del propietario sino en desarrollo

del principio constitucional de prevalencia del interés común sobre el particular, que debe ceder ante aquél en caso de conflicto'. Pero, además –lo que es relevante en este análisis–, la expropiación supone el reconocimiento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, salvo el caso de las razones de equidad declaradas por el Congreso, la Carta exige su resarcimiento, mientras que, en el caso de extinción del dominio en la forma consagrada por el inciso 2 del artículo 34 constitucional, el supuesto primordial de la indemnización desaparece, dado el vicio original que empaña el dominio, hasta el punto de provocar que el Estado lo declare extinguido desde siempre” (Sentencia C-374, 1997).

La distinción entre la confiscación y la extinción de dominio es aún más difícil, porque ambas suelen en la práctica ser consecuencia de conductas merecedoras de reproche punitivo –con lo cual es común considerarlas como sanciones penales de carácter patrimonial–, y además porque ninguna de las dos prevé pago, contraprestación o indemnización para el ciudadano. La diferencia entre estas instituciones es, no obstante, muy clara:

- Para comenzar, la confiscación, entendida como la pérdida del derecho de propiedad sobre bienes de origen lícito a título de pena, es un tipo de sanción proscrita de manera absoluta por nuestra Constitución Política (Art. 34): “Respecto de la confiscación debe afirmarse que es una pena, que afecta el patrimonio de la persona que ha sido condenada como responsable de un delito, pues implica la pérdida de sus bienes a favor del Estado. Así las cosas, la confiscación que la Constitución prohíbe es la apropiación oficial indebida, sin causa y procedimiento legal, por vía de simple aprehensión, del patrimonio de una persona. Donde existe la confiscación, la titularidad del derecho de dominio de los bienes se pierde por el condenado y pasa al Estado sin que hubiere lugar a indemnización alguna y contra la voluntad del condenado. La Constitución colombiana de manera expresa prohíbe esa pena, y si la norma atacada estableciera una confiscación, claramente sería inconstitucional por cuanto la norma superior prohíbe dicho tipo de limitación a la propiedad” (Sentencia C-133, 2009).

A diferencia de la confiscación, la extinción de dominio no es en modo alguno una pena. No tiene naturaleza sancionatoria, aun cuando los bienes hubieren tenido origen en, o destinados a, una conducta descrita como delito por la ley penal. La extinción de dominio es una consecuencia civil derivada de la comprobación del origen ilícito de los bienes, o del uso contrario a la función social de la propiedad sobre bienes de origen lícito. Por esta razón la Corte Constitucional ha explicado que “[n]o se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito. Su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delincuente sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos proclamados por la organización social, no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la moral social proscribiera, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni se le haya señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole” (Sentencia C-374, 1997).

- En segundo lugar, la confiscación recae sobre bienes de origen lícito que han sido destinados al cumplimiento de su función social, y que pasan a poder

del Estado a título de sanción penal. Es decir, la confiscación —al igual que la expropiación— recae sobre bienes respecto de los cuales existe un derecho de dominio legítimo, digno de reconocimiento y protección jurídica. En la extinción de dominio, en cambio, no hay un derecho subjetivo digno de reconocimiento y protección jurídica que se vea afectado, porque ella recae sobre bienes que tienen origen ilícito, o que habiendo sido adquiridos lícitamente fueron destinados a una actividad contraria a la función social de la propiedad.

- Y como corolario de lo anterior surge una tercera y última diferencia: en la confiscación —como en la expropiación— hay una auténtica pérdida del derecho de dominio; es decir, el propietario realmente pierde un derecho del que era titular legítimo, a título de sanción penal. En la extinción de dominio, en cambio, el sujeto solo es propietario del bien en apariencia y la sentencia lo único que hace es reconocer y declarar esa situación, por lo cual no se presenta el fenómeno de la pérdida de un derecho adquirido.

Teniendo en cuenta estas diferencias, la confiscación no se confunde con la extinción de dominio, pues su naturaleza es evidentemente distinta: “En cuanto a la confiscación, rechazada en nuestro ordenamiento, tampoco se confunde con la figura objeto de estudio, pues si bien no ocasiona indemnización ni compensación alguna, así ocurre por tratarse de una sanción típicamente penal, y no del específico objeto patrimonial que caracteriza a la extinción del dominio. Esta, tiene varias expresiones y se produce a raíz de la realización de ciertos supuestos de hecho establecidos por el Constituyente o el legislador” (Sentencia C-374, 1997).

2. LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

2.1. Definición y características

La acción de extinción de dominio, entendida como la facultad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener una sentencia declaratoria de titularidad del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación, pago o indemnización alguna, se desprende del artículo 34 de la Constitución Política. Ese artículo no contiene una descripción precisa de las características fundamentales de esa acción, pues la norma se limita a disponer que “por sentencia judicial se declarará extinguido el derecho de dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

No obstante, un análisis detallado de las implicaciones de esa disposición permite atribuir a la acción de extinción de dominio las siguientes características: “La extinción del dominio es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia,

los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna” (Sentencia C-374, 1997). Veamos en qué consiste cada una de esas características:

Constitucional: Es una acción constitucional, porque se desprende directamente del artículo 34 de la Carta Política. En palabras de la propia Corte Constitucional: “[e]s una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático” (Sentencia C-740, 2003).

Real: Es una acción real, porque su objeto son los bienes y no las personas que alegan ser titulares de derechos reales sobre ellos. Con la acción de extinción de dominio se persiguen los bienes incurso en alguna de las causales previstas para su ejercicio, independientemente de quién sea la persona que alega la titularidad del derecho real sobre ellos. En consecuencia, dentro del proceso de extinción de dominio no se debate sobre el carácter, la inocencia o la culpabilidad de las personas, sino el origen o la destinación de los bienes.

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado “que es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad” (Sentencia C-740, 2003).

Por supuesto, la buena fe cualificada como defensa dentro del proceso de extinción de dominio conlleva la apertura de un debate acerca de algunos elementos subjetivos que están referidos a la persona que alega ser titular de derechos reales sobre los bienes. Sin embargo, ese debate sobre aspectos subjetivos –como, por ejemplo, el conocimiento del verdadero origen de los bienes– no convierte la extinción de dominio en una acción personal, porque al final la decisión judicial recae sobre los bienes y no sobre las personas. En tal sentido, la sentencia que pone fin al proceso no contiene un juicio de responsabilidad jurídica –ni mucho menos moral– hacia la persona, sino únicamente la declaratoria de extinción del derecho de dominio y la orden de que los bienes pasen a poder del Estado sin pago, indemnización o contraprestación alguna.

Jurisdiccional: Es una acción jurisdiccional, porque la decisión sobre la procedencia o no de la extinción de dominio corresponde a la rama judicial, a través de sus jueces y fiscales. Así lo ha aclarado la Corte Constitucional al explicar que ella “[e]s una acción judicial porque, dado que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la

sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción” (Sentencia C-740, 2003).

Pública: Es una acción pública, porque en ella está involucrado el interés común. Al respecto, la Corte Constitucional ha aclarado que “[e]s una acción pública porque el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social” (Sentencia C-740, 2003).

Este carácter de acción pública se manifiesta de manera concreta en la naturaleza de quien la ejerce: precisamente por tratarse de una acción en la que está involucrado el interés general, la titularidad de la facultad para ejercerla ha sido atribuida al Estado mismo, en representación de todos los ciudadanos. Adicionalmente, si bien el monopolio de esta acción está en cabeza del Estado, por su carácter de acción pública cualquier ciudadano puede promover su ejercicio, poniendo en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación los hechos que configuran el acaecimiento de una causal de extinción de dominio sobre bienes.

Directa: Es una acción directa, porque no requiere del agotamiento previo de otro procedimiento –judicial o administrativo– para su ejercicio, sino que basta el cumplimiento de los presupuestos previstos en la Constitución y en la ley para su procedencia. Dicho en otras palabras, “[e]s una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social” (Sentencia C-740, 2003).

Independiente: Es una acción independiente, porque no requiere de una declaración judicial o sentencia previa de otra autoridad. Particularmente es independiente de la acción penal, porque la declaratoria de extinción de dominio no depende de una declaración previa de responsabilidad penal contra el sujeto que alega tener un derecho real sobre los bienes afectados. En los términos de la Corte Constitucional, esta es una acción independiente “porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado” (Sentencia C-740, 2003).

La independencia es sin duda la característica más importante de la acción de extinción de dominio, porque es ella la que explica su origen y evolución histórica, y la que permite diferenciarla de otras instituciones similares que han existido en el Derecho desde hace mucho tiempo atrás, como el comiso.

En efecto, es importante recordar que la extinción de dominio surgió en Colombia en el año 1996, como una respuesta a las dificultades prácticas existentes, para poder privar a los delincuentes más peligrosos del país de los recursos obtenidos mediante el ejercicio de actividades ilícitas. En aquella época la única institución que permitía quitarles los bienes obtenidos ilegalmente a los miembros de las organizaciones criminales era el comiso, previsto en el artículo 110 del Código Penal vigente (Decreto-ley 100 de 1980). Sin embargo, esta institución era (y aún sigue siendo) una consecuencia civil accesoria

de la responsabilidad penal, por lo que su aplicación está supeditada al cumplimiento de varias condiciones muy exigentes, relacionadas con la existencia de una sentencia previa declaratoria de responsabilidad penal. Es decir, el comiso era (y hoy continúa siendo) una institución dependiente y accesoria de la responsabilidad penal.

Dicha dependencia era una consecuencia de la redacción del artículo 110 del Código Penal anterior, el cual establecía claramente que para poder aplicar el comiso se requería al menos contar con una sentencia condenatoria en materia penal, la cual debía declarar que los bienes objeto de comiso habían sido utilizados para la comisión del delito o provenían de su ejecución. Esto suponía múltiples dificultades para privar a los delincuentes de los bienes obtenidos ilegalmente. El problema más común consistía en que el Código Penal vigente establecía que una de las causales de extinción de la acción penal era la muerte del procesado. Por consiguiente, cuando el delincuente era dado de baja por las autoridades de policía, o por cualquier causa moría, los jueces penales debían declarar extinguida la acción penal y no podían dictar sentencia condenatoria. En consecuencia, al no haber sentencia declaratoria de responsabilidad penal, tampoco era posible ordenar el comiso de los bienes adquiridos ilegalmente.

Otra dificultad consistía en que dada la definición legal del comiso, queda claro que este solo procede respecto de los bienes utilizados para, o provenientes de, el delito específico por el cual se condena al sujeto. Esto suponía –y así sigue siendo– una dificultad, porque para aplicar el comiso las autoridades judiciales tenían que probar una relación de causalidad entre el delito específico por el cual se condenaba al sujeto y los bienes objeto de comiso. A guisa de ejemplo, si un sujeto era condenado por homicidio, las autoridades debían probar que los bienes objeto de comiso fueron utilizados para ese homicidio específico, u obtenidos como producto de él. De manera que si los bienes provenían de otro delito distinto de ese homicidio específico por el cual se condenaba al sujeto, o simplemente no se podía probar relación alguna entre el delito específico y los bienes, el comiso no era procedente.

Para solucionar estos problemas de aplicación práctica del comiso, el Congreso de la República profirió la Ley 333 del 19 de diciembre de 1996 (Diario Oficial núm 42945, 1996), por medio de la cual se crearon normas para permitir la extinción del derecho de dominio sobre bienes adquiridos de forma ilícita. El principal objetivo de esa ley era crear un mecanismo que fuera totalmente independiente de la acción penal, para perseguir los bienes adquiridos ilegalmente o utilizados para la comisión de conductas ilícitas.

Lamentablemente, a pesar de haber constituido un significativo avance en la lucha contra las finanzas de las organizaciones criminales, la Ley 333 de 1996 no logró la total independencia de la extinción de dominio frente a la acción penal, porque el

2 ARTÍCULO 110. COMISO. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado, a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos, y que se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.

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

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

artículo 7º de esa ley disponía textualmente que “en ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso”. Claramente esta ley mantuvo la acción de extinción de dominio ligada a la acción penal, en la medida que establecía que cuando había proceso penal en curso, la extinción de dominio debía tramitarse dentro del proceso penal. Esto significa que aun cuando la declaratoria de extinción de dominio no dependía de la declaratoria de responsabilidad penal, ella debía tramitarse dentro del proceso penal, salvo cuando la acción penal se hubiera extinguido o hubiera terminado sin pronunciamiento sobre los bienes, caso en el cual la extinción debía tramitarse ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal.

Por esta razón (además de otras relacionadas con problemas de procedimiento) fue necesaria la expedición de una nueva ley, para dotar a la acción de extinción de dominio de toda la independencia necesaria. Fue así que se expidió la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002 (Diario Oficial núm 45046, 2002), por medio de la cual se derogó la Ley 333 de 1996 y se establecieron nuevas reglas para gobernar la extinción de dominio. Esta nueva ley preveía, de manera explícita en su artículo 4º, que la acción de extinción de dominio es “distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa”. Previsión con la cual se zanjó por completo toda relación de dependencia existente con el proceso penal, habilitando el trámite simultáneo o paralelo de las dos acciones y subrayando que el resultado de la una no afecta en nada las decisiones de la otra.

Y es esta precisamente la principal consecuencia de la independencia de la acción de extinción de dominio: las decisiones penales no afectan las decisiones de extinción de dominio, porque entre ellas no hay relación de dependencia alguna, ni se requiere declaratoria de responsabilidad penal previa para poder declarar la extinción de dominio. Así lo ha repetido en innumerables decisiones la Corte Constitucional, al explicar que “[n]o estando unida la extinción del dominio de manera exclusiva a la responsabilidad penal, la terminación del proceso penal no implica simultáneamente la de la acción para intentar aquélla, desde luego siempre que se acrediten los presupuestos del origen viciado de la propiedad y que no se afecten los derechos de los terceros de buena fe” (Sentencia C-539, 1997).

Como puede verse, la independencia le confiere a la acción de extinción de dominio un carácter propio, y la dota de un alcance especial más allá de los límites del derecho penal. Esta independencia es la que permite que la extinción de dominio llegue allá donde el comiso no puede, convirtiéndola en una institución jurídica especial, inequivalente a la acción penal. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“Adviértase lo siguiente: Si la pretensión del constituyente hubiese sido la de circunscribir el ámbito de procedencia de la extinción de dominio únicamente a hechos constitutivos de delitos, la expresa regulación constitucional de esa institución era innecesaria pues, como se ha visto, el régimen penal colombiano, mucho antes de la Constitución de 1991, consagraba mecanismos orientados a extinguir el dominio de los bienes adquiridos a instancias del delito, de los rendimientos de esos bienes y de aquellos dedicados a su comisión, sean o no de libre comercio. Es más, si esa hubiese sido la pretensión del constituyente,

es decir, circunscribir la procedencia de la extinción de dominio a la comisión de delitos, la conclusión a que habría lugar es que lo hizo de tal manera que restringió el régimen previsto en la legislación penal pues, a diferencia de ésta, que procede indistintamente del delito de que se trate, aquella procedería únicamente respecto de los delitos lesivos de los bienes jurídicos protegidos por el constituyente en el artículo 34 superior.

De ello se infiere que la pretensión del constituyente no fue la de circunscribir la extinción de dominio a la comisión de delitos, ni mucho menos restringir la aplicación del régimen consagrado en la legislación penal. Lo que hizo fue consagrar un mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar la legitimidad de los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante. Desde luego, es el legislador el habilitado para desarrollar las causales de extinción de dominio de manera compatible con las necesidades de cada época. En tal contexto, si bien hasta este momento ha supeditado tal desarrollo a la comisión de comportamientos tipificados como conductas punibles, indistintamente de que por ellos haya o no lugar a una declaratoria de responsabilidad penal, es claro que ello no agota las posibilidades de adecuación de nuevas causales, desde luego, siempre que no se desconozcan los límites constitucionales” (Sentencia C-740, 2003).

Autónoma: Es una acción autónoma, porque se ejerce siguiendo principios y reglas de procedimiento propios, distintos de los de cualquier otro procedimiento. Particularmente es autónoma de la acción penal, porque los principios y reglas que rigen este procedimiento son distintos de los del proceso penal, por el hecho de ser esta una acción real y aquella una acción personal. Así lo ha reconocido en diversas sentencias la Corte Constitucional, al explicar que esta “[e]s una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público” (Sentencia C-740, 2003).

La autonomía de la acción de extinción de dominio es apenas una consecuencia natural de su independencia. Pues si la acción de extinción de dominio no depende de una declaratoria previa de responsabilidad penal, ni se tramita dentro del proceso penal, entonces de ello se desprende que debe tener principios y reglas propias que la gobiernan.

Y en efecto es así. Por ejemplo, mientras el proceso penal está enmarcado por los principios de presunción de inocencia e indubio pro reo, de los cuales se desprende que la carga de la prueba está radicada en cabeza de la parte que presenta la acusación, en materia de extinción de dominio predomina el principio de carga dinámica, según la cual corresponde probar a la parte a quien le resulta más fácil obtener y aportar la prueba. Otro ejemplo: mientras el proceso penal está gobernado por el principio de presunción de inocencia, el proceso de extinción de dominio se rige por el principio de

presunción de buena fe, diferencia que se explica principalmente como consecuencia de la naturaleza personal de la acción penal, en contraste con la naturaleza real de la acción de extinción de dominio.

Lamentablemente, la autonomía de la extinción de dominio se ha visto tradicionalmente restringida, por la adscripción de esta acción a la jurisdicción penal. En efecto, desde sus orígenes la acción de extinción de dominio fue asignada a los fiscales y jueces penales, cuya formación profesional es esencialmente penal. Esto tuvo como consecuencia que la extinción de dominio fuera vista siempre como un apéndice del derecho penal, y que se la interpretara tradicionalmente desde la óptica del penalista. Por esta razón, la extinción de dominio ha sido vista tradicionalmente como un suplemento, o un procedimiento especial menor, anejo al proceso penal, lo cual ha dificultado la elaboración de una doctrina que desarrolle académicamente esta institución: no hay manuales de extinción de dominio, ni programas universitarios de posgrado para especializarse en esta materia.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha reiterado en varias decisiones la autonomía de la acción de extinción de dominio, subrayando que el hecho de que su ejercicio haya sido atribuido a las autoridades penales no significa que esta no tenga principios y reglas propias que deben respetarse. Textualmente ha dicho esa Corporación lo siguiente: “El proceso de extinción del dominio no tiene el mismo objeto del proceso penal, ni corresponde a una sanción de esa índole. Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de que el Estado desestime las actividades ilícitas y las contrarias al patrimonio estatal y a la moral pública, exteriorizando, mediante sentencia judicial, que quien pasaba por titular del derecho de dominio no lo era, por el origen viciado del mismo, en cuanto no podía alegar protección constitucional alguna. Así las cosas, siendo la acción de carácter eminentemente real, bien podía el legislador confiar su trámite a una jurisdicción especial, a la rama civil de la jurisdicción ordinaria, o, como lo hizo, a los funcionarios enunciados en el inciso 1 del artículo 14, materia de examen. Carece de sentido, entonces, la pretendida imposición de que necesariamente tuviera el legislador que atar el trámite judicial correspondiente al proceso penal por enriquecimiento ilícito” (Sentencia C-409, 1997).

Más tarde, en otra trascendental decisión, la Corte Constitucional reiteró la autonomía de la extinción de dominio a pesar de su adscripción a la jurisdicción penal, explicando lo siguiente:

“Existen varias razones que explican la tendencia a negarle a la acción de extinción de dominio el carácter de una institución directamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad y a asignarle la índole de una pena ligada a la comisión de un delito y requerida, como presupuesto de procedibilidad, de una previa declaratoria de responsabilidad penal. De un lado, en la legislación penal, aun antes de 1991, se consagraron mecanismos de extinción del dominio adquirido mediante la comisión de conductas punibles. Por otra parte, en la regulación legal de esa figura constitucional, las causales de la extinción de dominio se han circunscrito a la comisión de conductas que han sido definidas como punibles. Y, para concluir, la competencia para conocer de ella se ha radicado en funcionarios del sistema penal, como fiscales y jueces

penales, por ejemplo. No obstante, ninguna de estas razones puede alterar la índole constitucional de la acción de extinción de dominio.

En cuanto a lo primero, se indicó ya que la novedad del constituyente de 1991 no radicó en suministrar fundamento expreso a la extinción del dominio adquirido mediante la comisión de delitos sino en consagrar de manera directa una institución que permite la extinción del dominio por las causales fijadas por aquél, independientemente de su adecuación o no a un tipo penal. Luego, la vinculación de la acción de extinción de dominio a un delito y al proceso penal por él generado, en manera alguna ata al constituyente y, menos, le imprime naturaleza específica alguna a la institución por él concebida.

En cuanto a lo segundo, el legislador es el habilitado para fijar las condiciones en las que ha de operar la extinción de dominio y, en consecuencia, para concretar las causales concebidas por el constituyente. En cumplimiento de tal labor, bien puede, como lo ha hecho, circunscribir tales causales a la comisión de delitos. No obstante, como ya se indicó, ello no agota las posibilidades de regulación de la institución y por ello bien puede, en cualquier momento, contemplar causales de viabilidad de la acción que no se ajusten a tipo penal alguno.

Finalmente, la decisión legislativa de atribuir el conocimiento de la acción de extinción de dominio a funcionarios de la justicia penal y no a otros, la justicia civil, por ejemplo, no tiene la virtualidad de mutar el carácter que a esa institución le imprimió el constituyente. De un lado, porque en la Carta no existe prohibición alguna en ese sentido, ni indica tampoco el ámbito de la jurisdicción que ha de conocer de la institución. De otro, tal decisión legislativa es consecuente con la sujeción que se hizo de las causales de viabilidad de la acción a conductas constitutivas de tipos penales. Finalmente, lo único que la Carta impone en relación con la acción de extinción de dominio es una reserva judicial para su declaración y este mandato no se irrespeta con la radicación de la competencia en jueces que hacen parte de la jurisdicción penal” (Sentencia C-740, 2003).

Ahora bien, precisamente para conceder a la extinción de dominio toda la autonomía que requiere para su ejercicio, la Ley 1708 de 2014 tiene la pretensión de ser un auténtico Código en el que se consagran positiva y sistemáticamente organizados por primera vez en nuestra historia, todos los principios y reglas que gobiernan el ejercicio de esta acción. Además, para acabar definitivamente con ese sesgo de dependencia con el derecho penal, la Ley 1708 prevé la creación de una jurisdicción propia, con fiscales y jueces especializados en extinción de dominio, que ejercerán esa acción siguiendo los lineamientos del Código con total autonomía frente a las otras ramas del derecho.

2.2. Titularidad y ejercicio de la acción de extinción de dominio

La titularidad de la acción de extinción de dominio no fue definida por la Constitución. El artículo 34 de la Carta se limita a señalar que la extinción debe ser declarada “por sentencia judicial”, pero no aclara qué entidad o funcionario del Estado es quien está facultado para acudir ante los jueces y poner en movimiento el aparato judicial, con miras a la obtención de una sentencia en esa materia.

Teniendo en cuenta esta omisión, la Corte Constitucional ha entendido que la voluntad del constituyente primario fue la de conferir al Congreso de la República un amplio margen de configuración legislativa. Asimismo ha entendido que el Congreso, en ejercicio de ese amplísimo margen de configuración legislativa, decidió en su momento que la titularidad del ejercicio de la acción de extinción de dominio estuviera en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, quien por sus competencias tradicionales estaba en mejores condiciones que cualquier otra entidad pública para ejercerla adecuadamente.

Esta decisión no fue sin embargo pacífica. En su momento ella estuvo precedida de un debate sobre la necesidad, conveniencia y posibilidad jurídica de asignarle a la Fiscalía General de la Nación, o a otras entidades, como la Procuraduría General de la Nación o la Contraloría General de la República, esa misma facultad. Dicho debate se resolvió finalmente a favor de la Fiscalía, en razón a que la persecución de activos ilícitos comporta la necesidad de una variedad de recursos, destrezas y conocimientos que posee esta entidad, debido a sus competencias en materia de persecución penal. No fue entonces una razón jurídica de orden constitucional o legal la que llevó a que la Fiscalía General de la Nación se hiciera al monopolio de la acción de extinción de dominio, sino una decisión política del Congreso, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa dada por el constituyente.

Así lo entendió la Corte Constitucional, quien en su momento avaló esa decisión afirmando lo siguiente:

“El Congreso Nacional puede, en ejercicio de la cláusula general de competencia, porque la Constitución Política no dispone lo contrario, distribuir entre los distintos organismos y autoridades que integran la Rama Judicial del Poder Público el conocimiento de asuntos jurisdiccionales y decidir, por razones de economía procesal, o de política legislativa, que la Fiscalía General de la Nación conozca de una acción de naturaleza constitucional, dirigida a desvirtuar la presunción de legalidad que protege los derechos adquiridos por los administrados.
(...)”

La Corte no podría decidir lo contrario atendiendo a un texto constitucional tan claro como el artículo 250, que, simplemente, enuncia las funciones del ente acusador y permite a la ley adicionarlas al decir en el numeral 5º: ‘Cumplir las demás funciones que establezca la ley’ ” (Sentencia C-111, 2000).

Ahora bien, la atribución del monopolio de la acción de extinción de dominio a la Fiscalía General de la Nación tiene consecuencias muy importantes, especialmente en lo que se refiere al alcance y límites de las facultades que tiene esa entidad para ejercerla.

En efecto, es muy importante subrayar que en Colombia la Fiscalía General de la Nación es una entidad adscrita a la rama judicial del poder público, y que cumple funciones judiciales por expreso mandato del artículo 116 de la Constitución Política³. Esta norma dispone que la Fiscalía General de la Nación administra justicia al igual que los jueces de la República, y en esa medida puede ser revestida de la facultad de actuar

³ARTÍCULO 116. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

y decidir como juez. Es decir, esta norma constitucional autoriza al legislador para que, en ejercicio de su amplio margen de configuración legislativa, le asigne a la Fiscalía General de la Nación funciones judiciales propias de los jueces de la República.

Adicionalmente, la Constitución Política en su artículo 250⁴, al definir las competencias de la Fiscalía General de la Nación, no solo no limitó o restringió la posibilidad de que el legislador le atribuyera nuevas facultades judiciales propias de los jueces, distintas al ejercicio de la acción penal que tradicionalmente le correspondía, sino que de hecho lo autorizó al indicar que esa entidad debería cumplir todas las demás funciones que “establezca la ley”. Por consiguiente, al no existir limitación constitucional alguna, el Congreso tiene la facultad de asignar a la Fiscalía General de la Nación las competencias judiciales propias de los jueces que a bien tenga, en ejercicio de su facultad de configuración legislativa. De esa manera lo ha entendido también la Corte Constitucional, al afirmar explícitamente que “[l]a radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial, no configura una decisión de índole, exclusivamente, constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado”.

⁴ARTÍCULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

Todo lo anterior sirve para sostener que en materia de extinción de dominio, la Fiscalía General de la Nación no solo es la titular del monopolio de la acción, sino que además está revestida de facultades judiciales para su ejercicio. Esto significa que en la práctica, la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad de adoptar decisiones propiamente judiciales, como aquellas restrictivas de derechos fundamentales o de otros derechos subjetivos, sin necesidad de un control previo o posterior de parte de otra autoridad judicial.

Esta conclusión ha despertado una enorme controversia, especialmente entre los penalistas de tendencias más garantistas. Ellos consideran que es inaceptable que los fiscales especializados en extinción de dominio puedan ordenar actos de investigación que afecten derechos fundamentales sin control previo del juez de control de garantías, tal como se lo exige a los demás fiscales. Para este sector de la doctrina, el sometimiento de la Fiscalía General de la Nación al control de los jueces de garantías ha sido una invaluable conquista en materia de derechos humanos, y es inaceptable que esa misma restricción no se aplique en materia de extinción de dominio.

Frente a esa discusión, la Corte Constitucional ya ha explicado que la prohibición general prevista en el artículo 250 de la Constitución Política, relativa a la que la Fiscalía General de la Nación no puede ordenar actos de investigación que afecten derechos fundamentales (salvo la interceptación de comunicaciones y los allanamientos y registros) sin control previo del juez de garantías, aplica únicamente dentro del proceso penal. En consecuencia, y dado que la extinción de dominio es una acción DIFERENTE, INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMA de la acción penal (Sentencia C-540, 2011), los límites a las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación previstos en el artículo 250 de la Constitución Política no pueden aplicarse en materia de extinción de dominio. Dicho en otras palabras: ese artículo 250 de la Constitución Política solo se aplica para establecer los límites de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal, y no dentro del proceso de extinción de dominio. Así lo tiene decidido la Corte Constitucional:

“2.7.5. En el proceso de extinción de dominio, los fiscales son competentes para ordenar el empleo de técnicas de investigación que afecten los derechos fundamentales de los afectados. En este caso la Constitución no exige la intervención del juez de control de garantías.

2.7.5.1. Como se indicó en la sección anterior, por expreso mandato constitucional, el empleo de cualquier técnica de investigación que involucre una afectación de derechos fundamentales requiere autorización judicial. Esta Corporación ha precisado para estos efectos, que la Fiscalía General de la Nación también hace parte de la categoría de autoridad judicial. (...)

2.7.5.2. Ahora bien, es cierto, en materia penal únicamente, el Acto Legislativo 03 de 2002, al reformar el artículo 250 superior, precisó que las decisiones del fiscal deben estar sujetas a control previo o posterior del juez de control de garantías.(...)

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, en el caso del proceso de extinción de dominio, tal intervención no es requerida por el texto constitucional, por las razones que a continuación se exponen:

En el proceso penal, el control judicial posterior de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales fue ordenado expresamente por el constituyente derivado, mandato que fue materializado por el legislador en la Ley 906. En efecto, como explicó la Corte en la sentencia C-740 de 2003, en el nuevo sistema penal acusatorio, ‘(...) por autorización constitucional expresa, la Fiscalía General de la Nación conserva la facultad excepcional de tomar medidas restrictivas de derechos fundamentales, como capturas, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones’. No obstante, estas medidas, por expreso mandato constitucional, están sujetas a un control posterior ante el juez de control de garantías.

Por el contrario, en el caso del proceso de extinción de dominio, en tanto el constituyente guardó silencio al respecto, el legislador goza de libertad de configuración y puede prescindir del juez de control de garantías. Ciertamente, en el proceso de extinción de dominio, la Fiscalía puede emplear estas técnicas de investigación sin necesidad de que intervenga un juez de control de garantías, pues como se indicó en la sentencia C-740 de 2003, la Constitución no lo requiere en atención a que el proceso de extinción de dominio (i) no se basa en el ius puniendi del Estado y (ii) en tanto acción autónoma, puede tener una configuración distinta a la del proceso penal” (Sentencia C-540, 2011).

2.3. Imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio.

Una de las principales características de la extinción de dominio es su intemporalidad, que, como ya se explicó, consiste en la posibilidad de declarar extinguido el derecho de dominio en cualquier tiempo, aun cuando el hecho que configura la causal de extinción hubiere acaecido antes de la entrada en vigencia de la primera ley de extinción de dominio (Ley 333 de 1996), o incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Esa intemporalidad de la extinción de dominio tiene como consecuencia directa la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio, entendida como la ausencia de un límite temporal para acudir ante los jueces en procura de una sentencia de extinción de dominio.

Intemporalidad e imprescriptibilidad son en realidad las dos caras de una misma moneda, con la cual se libera al Estado de cualquier atadura temporal para extinguir el derecho de dominio, pues la imprescriptibilidad es una condición indispensable para que la extinción de dominio pueda ser intemporal. En efecto, de nada sirve que la Constitución Política autorice a que se declare la extinción de dominio “en cualquier tiempo”, si la autoridad a quien se le ha conferido la facultad de acudir ante los jueces y poner en movimiento el aparato judicial para lograr esa declaración está sometida a un término o plazo perentorio para hacerlo, pues una vez vencido ese plazo o término, el aparato judicial ya no podría ponerse en movimiento y, por ende, los jueces no tendrían la posibilidad de emitir la declaración de extinción de dominio. Podría decirse que imponer un término o plazo de prescripción para ejercer la acción hace inane la

intemporalidad de la extinción, pues vencido ese término la intemporalidad se convierte en una institución con existencia precaria y puramente formal.

Es por esta razón que la Corte Constitucional considera inexequible cualquier tipo de norma que pretenda fijar un término de prescripción para la extinción de dominio. Esa Corporación ha sostenido que la Constitución Política fue clara al prever que la extinción de dominio puede declararse “en cualquier tiempo”, y en ese sentido cualquier norma que tenga como efecto la imposibilidad práctica de emitir esa declaración en algún momento es contraria a la Constitución. De allí que la intemporalidad de la extinción sea un límite material a la facultad de configuración legislativa del Congreso, en el entendido de que este no puede crear límites temporales –directos o indirectos– para la declaración de extinción de dominio.

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que “(...) no solamente es constitucional que se contemple la viabilidad de extinguir el dominio de bienes adquiridos en tales condiciones en épocas anteriores a la vigencia de la actual Constitución, sino que ésta resulta violada por cualquier determinación legal que delimite en el tiempo, pasado o futuro, la acción correspondiente” (Sentencia C-374, 1997). Ello es así, según esa Corporación, porque “(...) de ninguna manera puede el legislador, en ejercicio de un poder constituido y subalterno, reducir su alcance temporal, medida que, en este caso, no tendría efecto distinto que el de desplazar las fronteras puestas por el Constituyente, con el objeto de amparar los frutos ilícitos obtenidos por quienes desafiaron el Derecho positivo en su nivel superior y atentaron gravemente contra la sociedad” (Sentencia C-374, 1997).

Adicionalmente, la fijación de un término de prescripción crearía un régimen inconstitucional de “legitimación” o “lavado” de activos ilícitos, en el entendido de que al cumplirse el plazo previsto para el ejercicio de la acción de extinción de dominio el Estado ya no podría perseguir los bienes, y la persona que los adquirió ilícitamente podría disfrutar de una posición inatacable respecto de ellos. En opinión de la Corte Constitucional:

“Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente” (Sentencia C-740, 2003).

2.4. Retroactividad y retrospectividad de la acción de extinción de dominio

Un sector de la doctrina, integrada principalmente por penalistas de orientación garantista, ve en la imprescriptibilidad un desconocimiento injusto de los derechos adquiridos y una violación al principio general de irretroactividad de la ley, que también es de raigambre constitucional. Esta posición ha sido rechazada reiteradamente por la jurisprudencia constitucional, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque la ley de extinción de dominio no es retroactiva sino retrospectiva, y en segundo lugar, porque en materia de extinción de dominio no existen derechos subjetivos consolidados que limiten la facultad del Estado para perseguir de manera retrospectiva los bienes ilícitos.

En cuanto a lo primero, el efecto de la ley de extinción de dominio respecto de situaciones acaecidas antes de su entrada en vigencia no es realmente retroactiva sino retrospectiva. La Corte Constitucional ha aclarado que la ley de extinción de dominio solo rige hacia el futuro, tal como ella misma lo prevé en su artículo final sobre la vigencia. Por consiguiente, no es retroactiva. Sin embargo, es cierto que bajo el ámbito de aplicación de esta ley pueden caer situaciones acaecidas antes de su expedición. En este sentido, la ley es retrospectiva. Así lo ha explicado esa Corporación:

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

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

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

Esta previsión no implica que se autorice a los jueces para desconocer derechos adquiridos con arreglo al orden jurídico precedente, pues si ello fuese así se tendría sin duda una flagrante inconstitucionalidad, dada la garantía que contempla el artículo 58 de la Carta Política, el cual asegura que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles ‘no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’ ” (Sentencia C-374, 1997).

Ahora bien, en cuanto a lo segundo, afirmar que la ley de extinción de dominio viola el principio constitucional de irretroactividad de la ley desvirtúa el verdadero sentido de este principio, “que consiste en la protección de quien ya ha sido amparado por el Derecho, ante la posible arbitrariedad de futuros legisladores que, por razones

políticas o de otra índole, pudieran pretender atropellarlo, desconociendo sus derechos adquiridos. Tal institución no es ahora, y no lo fue jamás, una argucia para legitimar lo que siempre fue ilegítimo” (Sentencia C-374, 1997).

La Corte Constitucional siempre ha entendido que la extinción de dominio no tiene el efecto de extinguir un derecho adquirido, sino de declarar que el derecho no nació y solo existe en apariencia porque su título está viciado. Por consiguiente, al extinguir el derecho de dominio no se están lesionando derechos adquiridos: “[s]egún se desprende de la interpretación que esta Corte ha hecho sobre los alcances del artículo 34, inciso 2, de la Constitución, toda vez que, al tenor de ella, en los eventos allí descritos, desarrollados por los artículos 2 de la Ley 333 de 1996 y 14 de la Ley 365 de 1997, no hay derecho adquirido alguno. Esto significa, por sustracción de materia, que, no habiendo objeto sobre el cual pueda haber recaído la protección del sistema jurídico, es no solamente posible sino natural y obvio que el Estado tenga la facultad de hacer explícito mediante sentencia que ningún derecho existía, con miras a deducir los efectos prácticos de esa situación jurídica, tomando para sí, a nombre de la sociedad, los bienes mal habidos, sin importar la fecha en que la supuesta adquisición se produjo”.

Asimismo, al no existir realmente el derecho, la aplicación de la ley de extinción de dominio no genera la afectación sustantiva que pretende evitar el principio general de irretroactividad de la ley, con lo cual la extinción del derecho de dominio de bienes adquiridos antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política es perfectamente legítima. En resumen, la Corte ha explicado lo siguiente:

“Bajo el manto de la irretroactividad de las leyes penales y el respeto a los derechos adquiridos, entendidos de manera equivocada, se pretende sustraer eficacia a una disposición constitucional absoluta, como si su efectividad tuviese menos consideración que la intangibilidad de los patrimonios nacidos e incrementados con abierto desacato de la misma Constitución, de las leyes y de la moral social. (...)

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

No se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales. Simplemente se está haciendo explícita por la ley una condición que ya el ordenamiento jurídico imponía, desde el momento en que se produjo la adquisición de la propiedad y que, por tanto, era suficientemente conocida por los infractores: la propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse.

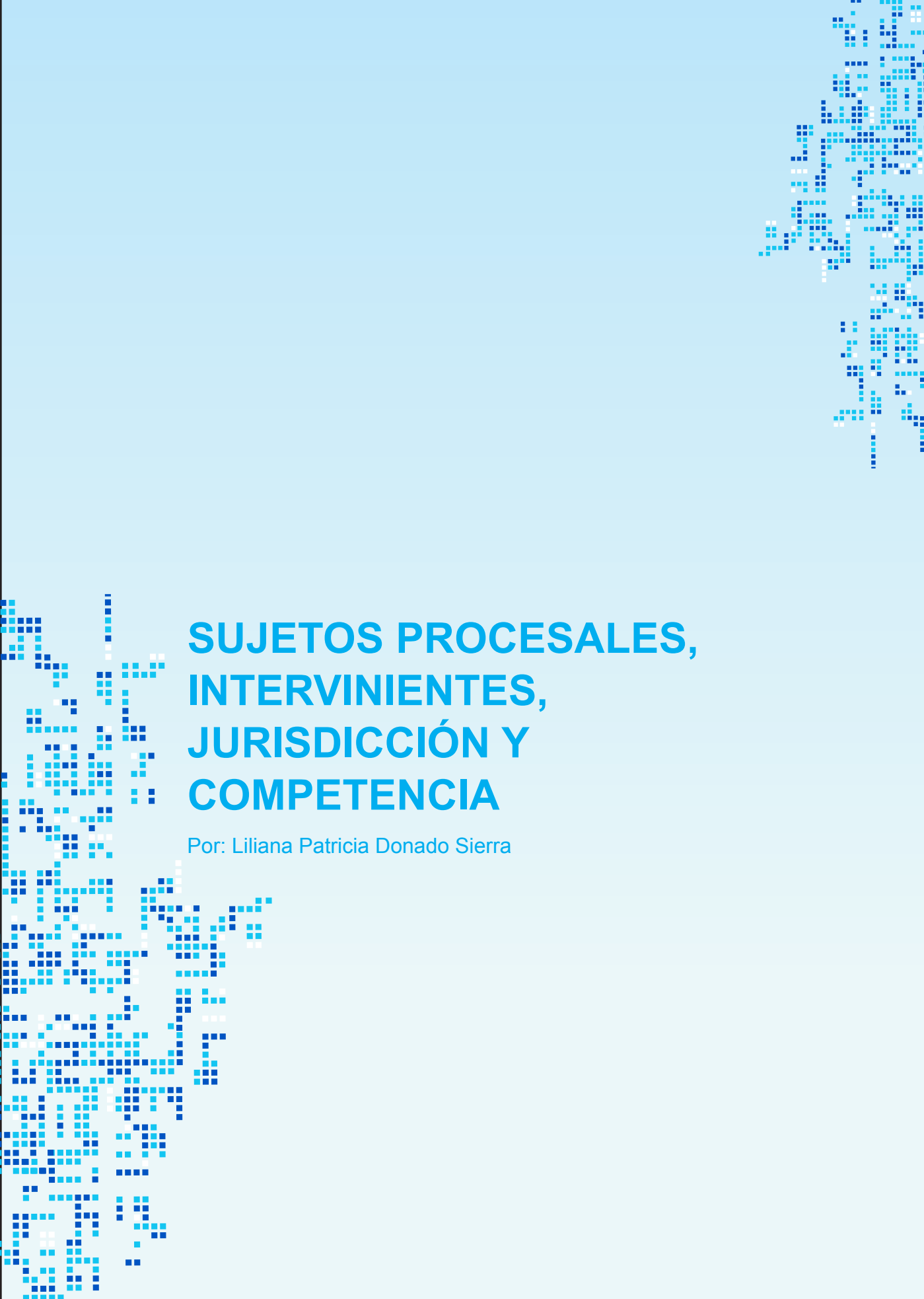
Mediante las disposiciones de esta Ley no se hace nada distinto de afirmar el mecanismo institucional para deducir la consecuencia de la señalada premisa: la entrega al Estado de unos bienes que nunca fueron de la legítima propiedad de quienes decían ser sus dueños” (Sentencia C-374, 1997).

Teniendo en cuenta lo anterior, la aplicación de la ley de extinción de dominio a situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia, o incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución del año 91, no solo es legítima sino una necesidad para garantizar la seguridad jurídica, que es precisamente lo que pretende proteger el principio de irretroactividad de la ley. Es decir, la aplicación de la ley de extinción de dominio a situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia no solo no viola el principio de irretroactividad de la ley, sino que es compatible con él, en el sentido de que ambos apuntan a garantizar la seguridad jurídica.

Y es que nótese que al declarar la extinción de dominio, el Estado no hace otra cosa que confirmar la vigencia del derecho aplicable, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica. Ello es así, precisamente, porque al declarar que el derecho de dominio no existe, o que no es legítimo ni goza de protección jurídica, la sentencia de extinción de dominio está ratificando la vigencia del ordenamiento jurídico existente, en el sentido de afirmar que las normas que prohíben el enriquecimiento ilícito y la obtención de derechos a través de conductas ilícitas, así como aquellas que imponen una función social a la propiedad, son válidas, eficaces, surten plenos efectos y son de obligatorio acatamiento.

Bibliografía

- Diario Oficial* núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. *Diario Oficial*.
- Diario Oficial* núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. *Diario Oficial*.
- Sentencia C-1007* (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).
- Sentencia C-1074* (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).
- Sentencia C-111* (Corte Constitucional. M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).
- Sentencia C-133* (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).
- Sentencia C-374* (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).
- Sentencia C-409* (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).
- Sentencia C-539* (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).
- Sentencia C-540* (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).
- Sentencia C-740* (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 28 de agosto de 2003).
- Sentencia del 23 de junio de 1958* (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).



SUJETOS PROCESALES, INTERVINIENTES, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Por: Liliana Patricia Donado Sierra

1. SUJETOS PROCESALES E INTERVINIENTES

El Código⁵ identifica como sujetos procesales a la Fiscalía General de la Nación y a los afectados, y les asigna el carácter de intervinientes al Ministerio Público y al Ministerio de Justicia y del Derecho⁶.

Esta distinción que hizo el legislador entre sujetos procesales e intervinientes obedece a los diferentes roles que cada uno debe cumplir durante el transcurso del proceso de extinción de dominio.

Es por ello que la Fiscalía General de la Nación y los afectados, como sujetos procesales, participan en el proceso de extinción con vocación de permanencia, al punto de poder afirmar que sin ellos no se conforma la relación procesal requerida para elevar la pretensión extintiva del Estado sobre un determinado bien de origen ilícito o destinado a actividades ilícitas. Así, mientras la Fiscalía General de la Nación ejerce el derecho de acción en esa relación jurídico-procesal, los afectados ejercen el derecho de contradicción.

La Fiscalía General de la Nación en su rol de ente investigador es fundamental para la construcción de la pretensión extintiva, el aseguramiento de los bienes objeto del trámite y la presentación del requerimiento de extinción o de la improcedencia de la acción ante los jueces competentes. A su vez, debe coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los demás órganos que señale la ley, así como velar por la protección de los testigos e intervinientes en el proceso.

La estructura del trámite que prevé el Código, le impone a la Fiscalía un nuevo rol en el ejercicio de la acción de extinción de dominio, tanto en la etapa inicial como en la de juzgamiento, el cual no solo se agota con el desarrollo de las labores de investigación que permitan estructurar la pretensión extintiva, el aseguramiento de los bienes objeto del trámite y el posterior requerimiento de extinción de dominio o en su defecto la solicitud de improcedencia de la acción ante el juez competente.

Adicionalmente, el fiscal debe asumir una posición activa en sede judicial, la cual se traduce no solo en la controversia de aquellas decisiones que sean adversas a la pretensión extintiva por él elevada a través de los recursos de ley, sino también en la participación del debate probatorio, allegando y solicitando las pruebas que fortalezcan su requerimiento, e interviniendo en la práctica de aquellas solicitadas por los demás sujetos procesales e intervinientes. Así mismo, deberá presentar sus alegaciones con ocasión de los distintos traslados que ordene el juez competente en el curso del trámite del control de legalidad y de la acción de revisión, y en general desplegará todas las demás actuaciones que demande la defensa de su interés jurídico.

Por ello, desde el momento en que el fiscal profiere resolución en la que fija provisionalmente su pretensión extintiva sobre determinados bienes, decretando

⁵ Artículo 28 - Código de Extinción de Dominio - Ley 1708 del 20 de enero de 2014.

⁶ Artículos 31 y 32 *ibidem*

medidas cautelares sobre los mismos, se activa el derecho de contradicción del afectado, quien podría someter a control de legalidad dicha decisión ante el juez competente. En ese momento el fiscal se despoja de su rol de director de la instrucción y se convierte en un sujeto procesal ante el juez de extinción de dominio competente, por lo cual debe llevar a cabo todas aquellas actuaciones que sean necesarias y pertinentes conforme a la ley, para evitar que se declare la ilegalidad de la medida cautelar que ha decretado sobre el bien; debiendo estar atento de los traslados ordenados por el juez, e intervenir sin dejar vencer los términos de estos, o impugnar aquellas decisiones que le sean adversas.

Lo anterior, por cuanto el fiscal se convierte en un defensor de su pretensión provisional o de su requerimiento de extinción de dominio en sede judicial, y por tanto, su actuación siempre debe estar dirigida a consolidar tal pretensión o requerimiento ante el juez competente.

Por su parte el afectado, según la definición prevista en el artículo primero del Código, es aquella persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso.

En esos términos, el rol de los afectados resulta fundamental para la relación jurídico-procesal que genera la fijación de la pretensión extintiva, puesto que es precisamente contra sus derechos sobre un determinado bien, el objeto de la acción de extinción de dominio. Por lo tanto, su comparecencia al trámite es necesaria y sus derechos se encuentran regulados en el Libro Primero, Título II sobre “*Normas Rectoras y Garantías Fundamentales*”⁷, de cuya lectura se deduce que los afectados deben asumir una posición dinámica en el trámite, a través del ejercicio del derecho de contradicción que se activa a partir de la comunicación de la resolución de la fijación provisional de la pretensión o desde la materialización de las medidas cautelares.

El ejercicio del derecho de contradicción de los afectados se traduce en la oposición a la pretensión extintiva del Estado elevada por la Fiscalía General de la Nación y en la presentación, solicitud y participación en la práctica de las pruebas, con el fin de acreditar el origen legítimo de los bienes objeto del trámite, así como la licitud de su destinación; la no concurrencia de alguna de las causales previstas en la Ley para la procedencia de la extinción de dominio; la existencia de una decisión sobre sus bienes que deba ser reconocida como cosa juzgada, y toda aquella actuación tendiente a controvertir las pretensiones que se pretenden hacer valer en contra de sus bienes. Así mismo, los afectados tienen derecho a renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.

Debe recordarse que la Corte Constitucional, en la revisión de constitucionalidad de la Ley 793 de 2002 (Sentencia C - 740 , 2003), indicó que el afectado en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba o solidaridad probatoria debía asumir una posición activa en defensa de sus derechos, la cual no se entiende materializada con negaciones indefinidas en el sentido de que no es ilícita la procedencia de su patrimonio, sino con una serie de actuaciones tendientes a acreditar actividades lícitas demostrables. Estas actuaciones a las que se refirió la Corte se traducen en los derechos y garantías de los afectados que en forma expresa previó el Código.

Ahora bien, en la nueva estructura del trámite extintivo la observancia de estas garantías y derechos de los afectados tiene lugar en la etapa de juzgamiento, ante un funcionario judicial imparcial, puesto que es en sede judicial en donde se agota el debate probatorio, y allí tanto la Fiscalía como los afectados deben ejercer sus roles en defensa de sus intereses.

El Código⁸ presenta los diferentes escenarios en que una persona puede ser considerada como un afectado en el proceso de extinción de dominio, así:

- Tratándose de bienes corporales, muebles e inmuebles es afectado toda persona natural o jurídica que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción. Un ejemplo de este tipo de afectados son los titulares del derecho de dominio sobre el bien, o el titular de una acreencia hipotecaria, o de una servidumbre constituida sobre él mismo.
- En relación a los derechos personales o de crédito se considera afectada toda persona natural o jurídica que alegue estar legitimada para reclamar el cumplimiento de la respectiva obligación. Así, cuando se asegura un crédito que se constituyó con dineros de ilícita procedencia, el afectado es aquel que esté legitimado para reclamar dicha obligación ya sea porque se constituyó a su favor, o porque fue legitimado por una cesión de la misma.
- En el caso de títulos valores se considera afectada toda persona natural o jurídica que alegue ser tenedor legítimo de esos bienes o beneficiario de un derecho cierto. Por ejemplo, cuando se ordena medida cautelar sobre un cheque, el afectado es su beneficiario o el último endosatario del mismo. Si el bien asegurado es un bono que circula en el mercado de valores, el afectado es aquel que pueda acreditar que tiene un derecho cierto sobre él mismo, pues la mayoría de estos son inmateriales.
- En relación a los derechos de participación en el capital social de una sociedad, se considera afectada toda persona natural o jurídica, que alegue ser titular de algún derecho real sobre una parte o la totalidad de las cuotas. Por ejemplo, al asegurar acciones o cuotas sociales de una sociedad, el afectado es aquel que tenga la calidad de socio o accionista de la misma, al ser titular de acciones, cuotas o participaciones sociales. Es por ello que para su identificación es necesario obtener los respectivos certificados mercantiles o las correspondientes escrituras públicas de constitución o de reformas sociales o el documento privado de su constitución.

De otra parte, téngase en cuenta que el juez no fue relacionado por el legislador como un sujeto procesal, pese a que su actuación es fundamental dentro del desarrollo del proceso de extinción de dominio, por cuanto es el responsable de proferir la decisión definitiva sobre el requerimiento de extinción de dominio o de improcedencia que eleva el fiscal. La razón de ser de esta determinación es la de enfatizar la actuación imparcial del juez en la adopción de las decisiones sometidas a su conocimiento, quien a diferencia

⁸ Artículo 30 *ibídem*.

de los sujetos procesales no tiene un interés específico en la pretensión extintiva ni en los derechos de los afectados, sino en el ejercicio de la función constitucional de administrar justicia.

En un capítulo independiente el legislador trató el tema de los intervinientes, identificando como tales al Ministerio Público y al Ministerio de Justicia y del Derecho, quienes actúan en este trámite con un interés diferente al de los sujetos procesales; por ende, sus roles difieren al del ente investigador y al de los afectados. Si bien deben comparecer al trámite, su intervención no siempre será fundamental para el ejercicio de la acción de extinción de dominio, como lo es la de la Fiscalía General de la Nación y los afectados.

Acorde con lo dispuesto en el Código⁹, el Ministerio Público, en calidad de interviniente, actúa en este trámite en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. De igual forma, su intervención se lleva a cabo a partir de la fijación provisional de la pretensión, otorgándole las mismas facultades de los sujetos procesales.

En términos generales, el rol del Ministerio Público es igual al que desarrolla en otros procesos, en los que vela por la observancia del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales en el curso de la actuación procesal, es decir, a diferencia de la Fiscalía General de la Nación, no tiene un interés específico en el éxito de la pretensión extintiva, ni tampoco pretende su controversia, tal como lo persigue el afectado. Por ello, el Ministerio Público puede optar por defender la pretensión extintiva o por controvertirla cuando evidencia que ha sido estructurada desconociendo el ordenamiento jurídico o los derechos y garantías fundamentales de los afectados.

Sin embargo, en el segundo inciso de la norma en cita, se le impone al Ministerio Público un rol muy específico y obligatorio, como es el de velar por el respeto de los derechos de los afectados determinados que no comparecen al trámite y de los indeterminados, el cual estaba asignado al curador ad litem en la Ley 793 de 2002. Ello en razón de que debe defender no solamente el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, sino también los derechos de los afectados determinados que no comparecen al trámite, por lo cual debe dirigir su actuación y atención hacia la controversia de la pretensión extintiva elevada por la Fiscalía General de la Nación, teniendo para tales efectos las mismas facultades de los sujetos procesales.

Por ello, en esos casos su interés jurídico varía y su intervención en el proceso tiene vocación de permanencia, por ser su actuación de vital importancia para la conformación de la relación jurídico-procesal, de suerte que hasta que no comparezca el Ministerio Público al trámite no se integra el contradictorio, “accionante versus accionado”.

En ese contexto, el rol del Ministerio Público es de contraparte de la Fiscalía General de la Nación, y tendrá la carga de demostrar la procedencia o destinación lícita de los bienes de sus representados, al ejercer su derecho de contradicción. Así, deja de ser el representante de unos intereses colectivos para pasar a representar unos intereses individuales en cabeza de aquellos afectados determinados que no comparecieron al proceso.

⁹Artículo 31 *ibídem*.

Situación diferente ocurre cuando el Ministerio Público actúa en defensa de los afectados indeterminados, pues si bien es cierto, resulta esencial para la integración del contradictorio, su intervención no está dirigida a la representación de unos intereses particulares, sino en general de todos los derechos y garantías de aquellos que podrían estar afectados con el ejercicio de la acción de extinción de dominio sobre los bienes objeto de la misma.

Respecto al Ministerio de Justicia y del Derecho, el Código¹⁰ prevé que su rol dentro de este trámite será el de actuar en defensa del interés jurídico de la Nación y en representación del ente responsable de la administración de los bienes afectados en el curso del procedimiento. Por lo cual, podrá intervenir a partir de la fijación provisional de la pretensión y presentar las solicitudes y los recursos que estime necesarios en procura de los intereses del Estado, lo cual lo legitima, al igual que el Ministerio Público, a promover la acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, proponer nulidades, y solicitar el control de legalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía.

El Ministerio de Justicia y del Derecho debe perseguir la defensa de los intereses del Estado, quien finalmente va a ser el beneficiario de los bienes cuyo dominio sea extinguido, específicamente del ente que tiene a su cargo la administración de los bienes objeto de extinción. De ahí que debe estar siempre atento a que prospere la pretensión extintiva para que los bienes ingresen al patrimonio del Estado a través de la entidad competente.

Su intervención a partir de la fijación provisional de la pretensión por parte de la Fiscalía, se previó por cuanto esta actuación implica la afectación de unos bienes que se dejarán bajo su administración provisional, y es a partir de ese momento procesal que adquiere ese interés jurídico que lo legitima para intervenir en el trámite, no solo en defensa del ente responsable de la administración de los bienes objeto de la acción sino también de la Nación, quien en últimas será la beneficiaria de tales bienes en el evento de ser extinguidos.

2. JURISDICCION Y COMPETENCIA

Previo a abordar los criterios dispuestos en el Código para determinar la competencia que regula el conocimiento de la acción de extinción del derecho de dominio, resulta importante hacer claridad sobre la diferencia entre los conceptos de jurisdicción y competencia.

En la doctrina de manera reiterada se ha sostenido que la jurisdicción representa la función de aplicar derecho, mientras que la competencia es la aptitud legal de ejercer dicha función en relación con un asunto determinado (Prieto, 2008).

Por ello, todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia. De modo que los jueces ejercen su jurisdicción atendiendo las reglas que determinan la competencia, las cuales fijan qué autoridad judicial es la que va a conocer de manera

¹⁰ Artículo 32.

preferente una determinada controversia, lo que conlleva la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional.

Es así que el nuevo Código creó la jurisdicción especializada en extinción de dominio en cabeza de las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y los Jueces del Circuito Especializado de Extinción de Dominio. Para tales efectos, se dispuso que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creará las Salas de Extinción de Dominio que sean requeridas para el eficaz y eficiente cumplimiento de las disposiciones del Código, dándole prioridad a la creación de Salas en los Tribunales de Distrito Judicial de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cúcuta.

A su vez, se dispuso la creación de juzgados especializados en extinción de dominio, determinando que en los distritos judiciales de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cúcuta se crearán al menos 5 juzgados. En los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Ibagué, Bucaramanga, Tunja, Villavicencio, Neiva, Manizales, Pasto y Florencia se crearán como mínimo dos juzgados. Y en los Distritos de Cartagena, Armenia, Pereira, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Popayán y Valledupar se creará como mínimo un juzgado.

En materia de investigación, el Código dispuso la creación de cincuenta (50) despachos adicionales de fiscalías especializadas para la extinción de dominio, con igual número de cargos de asistentes de fiscal y cien (100) investigadores criminalísticos de distintos grados. La organización y distribución de estos despachos en el territorio nacional estará a cargo del Fiscal General de la Nación, atendiendo criterios de necesidad y eficacia del servicio de administración de justicia, así como la reciente reestructuración de la Fiscalía General de la Nación, en la que se creó dentro de la estructura del ente investigador la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio¹¹.

La creación de esta jurisdicción especializada y de fiscales especializados en el tema, se justifica en razón de la especial naturaleza y el carácter autónomo e independiente de la acción de extinción frente a la acción penal o cualquiera otra. Por ello, así como el legislador expidió un Código que regulara de manera especial el ejercicio de la acción, de igual manera, creó cargos para funcionarios que conocerán de manera exclusiva la acción de extinción de dominio.

2.1. FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA

Al analizar las normas de competencia contenidas en el Código, es necesario precisar los factores que las determinan, los cuales fueron abordados por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“En relación con el tema de la competencia, debe tenerse en cuenta que en anterior oportunidad la Sala precisó, que es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades que la integran y que se determina teniendo en cuenta factores universales que garantizan que el asunto debatido será conocido por el juez más cercano a quienes aspiran obtener su pronunciamiento. Dichos factores han sido

¹¹Decreto 016 del 9 de enero de 2014

definidos como el objetivo: basado en la naturaleza del proceso y en la cuantía de la pretensión; el subjetivo: que atiende a la calidad de la persona que ha de ser parte dentro del proceso; el funcional: que se determina en razón del principio de las dos instancias; el territorial: a cada juez o tribunal se le asigna una jurisdicción territorial, es decir, un ámbito territorial para desatar los litigios que en ella surjan; y de conexión: cuando en razón de la acumulación de una pretensión a otra, entre las que existe conexión, un juez que no es competente para conocer de ella puede llegar a serlo, por ser competente de la otra” (Consejo de Estado - Consejero Ponente Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, 2001)

2.1.1. FACTOR FUNCIONAL

Sobre el factor funcional el tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO (López Blanco, Hernán Fabio. , 2012) determinó: *“Se tiene así que la determinación de la competencia, en lo que al concepto de instancias se refiere, se realiza mediante el factor funcional, que adscribe a funcionarios diferentes el conocimiento de los asuntos, partiendo de la base esencial de que existen diversos grados jerárquicos dentro de quienes administran justicia. En suma, cuando la ley dispone que un funcionario judicial debe conocer de un proceso en determinada oportunidad, en primera instancia, ora en segunda, bien en única instancia, ya en el trámite propio de la casación (que algunos señalan es una tercera instancia), está asignando la competencia en virtud del factor funcional y es por eso que todo artículo que señala competencia, acude al mismo; así, por ejemplo, cuando el artículo 16 del C. de P. C. dice que los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de determinados asuntos está utilizando este factor, al igual de como lo hacen el 14 y 15 al referirse a la competencia de los jueces civiles municipales en única y en primera instancia”.*

Por ello, con fundamento en este factor el legislador determinó los asuntos que conocerán en cada instancia judicial la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los jueces del circuito especializados de extinción de dominio.

Así, dispuso que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia será competente para conocer de los recursos de apelación y queja interpuestos contra los autos y sentencias proferidos por las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores, en el trámite de la acción extraordinaria de revisión.

Por su parte, las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores conocerán en primera instancia de la acción extraordinaria de revisión promovida contra las sentencias de esa corporación en materia de extinción de dominio; en segunda instancia, de los recursos de apelación y queja interpuestos contra los autos y sentencias proferidos por los Jueces de Extinción de Dominio, y de las solicitudes de control de legalidad que sean promovidas contra las decisiones adoptadas por el Fiscal General de la Nación en los trámites a su cargo.

Y los jueces de extinción de dominio conocerán del juzgamiento de la extinción de dominio y de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia.

Por la función constitucional de la Fiscalía General de la Nación, el legislador dispuso que tiene competencia para dirigir, realizar y coordinar la investigación en materia de extinción de dominio, la cual desplegará a través del Fiscal General de la Nación o de los fiscales que este delegue para estos fines.

Por lo tanto, los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito especializado pertenecientes a las diferentes seccionales conocerán de la acción de extinción sobre bienes vinculados con las actividades ilícitas propias de su competencia o relacionadas con estas. En los demás casos, conocerán de la acción de extinción de dominio los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito.

2.1.2. FACTOR SUBJETIVO

Con base en este factor, el Fiscal General de la Nación o quien este delegue especialmente, conocerá de la acción de extinción de dominio sobre bienes cuya titularidad recaiga en un agente diplomático extranjero debidamente acreditado ante el Gobierno de la República de Colombia, sin perjuicio de su facultad para delegar estos asuntos. Así mismo radicó en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento en única instancia del juicio de los procesos de extinción de dominio que sobre estos bienes adelante el Fiscal General de la Nación y de la revisión de las sentencias que dicte dicha corporación.

2.1.3. FACTOR TERRITORIAL

Con fundamento en el factor territorial, el legislador determinó que los jueces del circuito especializado de extinción de dominio del distrito judicial donde se encuentren los bienes, serán los competentes para asumir el juzgamiento y emitir el correspondiente fallo. Y ante la falta de jueces de extinción de dominio en el distrito judicial donde se encuentren los bienes, la competencia la tendrán los jueces penales del circuito especializado de ese lugar.

De igual manera dispuso, que cuando en un trámite se involucren pluralidad de bienes y estos se encuentran ubicados en distintos distritos judiciales, el juez competente será el del distrito judicial que cuente con mayor número de jueces de extinción de dominio, o en su defecto el de mayor número de jueces penales de circuito especializado. En este mismo sentido se estableció, que si con posterioridad a la fijación provisional de la pretensión aparecen bienes en otros lugares, este hecho no alterará la competencia.

Por ejemplo, en los eventos en que en un trámite de extinción de dominio se encuentren involucrados bienes ubicados en las ciudades de Bogotá, Manizales y Cartagena, el juez competente para conocer del trámite será el juez de extinción de dominio de la ciudad de Bogotá, puesto que es el distrito judicial que cuenta con mayor número de jueces especializados de extinción de dominio.

Ante la eventual situación de que se tratara de bienes que estén ubicados en Bogotá y Medellín, o en Cali, Cúcuta y Barranquilla, ciudades que por ley tendrían igual número de jueces especializados de extinción de dominio, el conocimiento de la acción podría estar radicado en cualquiera de los jueces de estos distritos judiciales, pudiéndose presentar una posible colisión de competencias. Circunstancia que demandaría considerar como una posible solución, radicar la competencia en el juez especializado

de extinción de dominio del distrito judicial en el que se encuentren ubicados el mayor número de bienes.

Por ejemplo, si se profirió resolución que fije provisionalmente la pretensión extintiva sobre 10 bienes inmuebles ubicados en la ciudad de Barranquilla, 5 bienes inmuebles ubicados en Bogotá y 3 bienes ubicados en la ciudad de Cali, la competencia para conocer de una solicitud de control de legalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía podría estar radicada en los jueces especializados de extinción de dominio de cualquiera de estos distritos judiciales, puesto que cada uno de ellos deberá tener el mismo número de jueces de extinción de dominio, conforme lo ordena el artículo 215 del Código. Por ello, en este caso la solución propuesta sería fijar la competencia en el distrito judicial de Barranquilla, el cual tiene el mayor número de jueces de extinción de dominio y de bienes ubicados en su circunscripción territorial.

De otra parte, en materia de investigación el Código dispuso que el Fiscal General de la Nación y sus delegados tendrán competencia en todo el territorio nacional.

Así, el Decreto 016 del 9 de enero de 2014 determinó que las Direcciones de Fiscalías Nacionales Especializadas tienen competencia en todo el territorio nacional; por tanto, los fiscales que integren la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada en Extinción del Derecho de Dominio tendrán competencia en todo el territorio nacional.

En ese sentido, se deberán tener en cuenta las resoluciones que en desarrollo de los decretos que reestructuraron orgánica y funcionalmente la Fiscalía General de la Nación, profiera el señor Fiscal General de la Nación para efectos de la competencia, por cuanto se podría radicar en cabeza de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada en Extinción del Derecho de Dominio una competencia preferente en aquellos procesos que sean priorizados por recomendación del respectivo comité de priorización o directamente por el Fiscal General de la Nación, conforme a la política criminal del ente investigador.

En estos eventos, pese a que la competencia para conocer de esos procesos esté radicada en un fiscal delegado ante los jueces penales del circuito especializado o fiscal especializado en extinción de dominio de una determinada seccional, en virtud de una asignación especial del señor Fiscal General de la Nación podría otorgarse competencia preferente para conocer de aquella investigación a un fiscal especializado de extinción de dominio adscrito a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada en Extinción del Derecho de Dominio.

2.1.4. FACTOR DE LA CONEXIDAD

Inicialmente el legislador determinó que por cada bien se adelantará una sola actuación procesal cualquiera que sea el número de afectados, para preservar la unidad procesal que debe comportar el ejercicio de la acción de extinción de dominio sobre un determinado bien, y evitar que se fraccione la investigación al verificar que sobre el bien objeto de persecución hay varios afectados titulares de derechos reales principales o accesorios o de un derecho personal o de crédito.

No obstante lo anterior, comoquiera que la mayoría de las investigaciones de extinción

de dominio involucran un número plural de bienes, el legislador facultó al Fiscal para acumular en una misma investigación distintos bienes al verificarse los siguientes factores de conexidad:

1. Cuando los bienes aparentemente pertenezcan a una misma persona, al mismo núcleo familiar o al mismo grupo empresarial o societario.

En este caso, pese a que se trata de una investigación sobre diferentes bienes, la conexidad se traduce en el hecho de estar bajo la titularidad de una misma persona, núcleo familiar o grupo empresarial, por lo cual se acumula bajo una misma cuerda procesal el ejercicio de la acción extintiva, atendiendo criterios de economía y celeridad procesal.

Por ejemplo, se han identificado bienes de presunto origen ilícito que están en cabeza de una estructura empresarial y de sus socios integrantes de un mismo núcleo familiar. En este evento, por razones de conexidad derivada de la condición de sus titulares, su investigación se adelantará en una sola actuación procesal.

2. Cuando existen nexos de relación común entre los titulares de los bienes que permiten inferir la presencia de una identidad o unidad patrimonial o económica, tales como la utilización de testaferros, prestanombres, subordinados u otros similares.

En este evento, la conexidad se deriva del nexo de relación entre los titulares de los bienes afectados, que permite inferir una identidad en el modus operandi para la obtención de bienes de origen ilícito. Por ejemplo, durante la investigación se detecta que los bienes están en cabeza de diversas personas que pese a que no pertenecen a un mismo núcleo familiar o a un conglomerado empresarial tienen en común haber prestado sus nombres para ocultar bienes de una misma organización criminal.

3. Cuando se trate de bienes que presentan identidad en cuanto a la actividad ilícita de la cual provienen o para la cual están siendo destinados.

En este caso el factor de conexidad no se predica de la calidad de los titulares o la relación existente entre ellos, sino de la identidad de la actividad ilícita de la que se originan los bienes perseguidos o para cuya ejecución se destinaron.

Por ejemplo, la Fiscalía ha identificado varios bienes en cabeza de diversas personas que no tienen ningún nexo de relación, pero se decide investigarlos en una sola actuación procesal al advertir que el común denominador entre los mismos se traduce en el hecho de originarse en actividades ilícitas que atentaron contra la salud pública en una misma población o de haberse destinado al secuestro y extorsión de unas personas.

4. Cuando después de una evaluación costo-beneficio se determine que se trata de bienes respecto de los cuales no se justifica adelantar un proceso de extinción de dominio individual para cada uno de ellos, debido a su escaso valor económico, a su abandono o su estado de deterioro.

Este factor de conexidad está determinado por la valoración económica del bien y su relación con el costo del proceso de extinción de dominio. Por ejemplo, si la Fiscalía está investigando la destinación ilícita de varios inmuebles que por su valor no se justifica adelantar una actuación procesal por cada uno de ellos para perseguir la extinción de su dominio a favor del Estado, el instructor está facultado para acumular la persecución de estos inmuebles bajo una misma cuerda procesal, pese a que no exista relación alguna entre sus titulares y los móviles de la actividad ilícita para la cual fueron destinados.

Por ejemplo, se está investigando la destinación de bienes colindantes que fueron destinados a varias actividades ilícitas, como trata de blancas, expendio de estupefacientes y hurto de hidrocarburos, pero después de una valoración costo-beneficio se determina que por sus condiciones físicas y el sector en el que se encuentran no justifica adelantar un trámite de extinción de dominio por cada uno de ellos, el fiscal con fundamento en esta causal podrá acumular su investigación en una misma actuación, pese a que no hay vínculo entre sus titulares, en el modus operandi empleado, ni se trata de una misma actividad ilícita.

Así como el legislador previó la acumulación de actuaciones sobre diversos bienes bajo un mismo escenario procesal, también facultó al operador judicial para ordenar la ruptura de la unidad procesal en los siguientes eventos específicos, los que se relacionan expresamente en el artículo 42 del Código:

1. Cuando el Fiscal General o sus delegados esté investigando un número plural de bienes pero considere que existe mérito suficiente para elevar requerimiento de extinción de dominio o de declaratoria de improcedencia de la acción respecto de solo uno o algunos de esos bienes objeto de la acción, podrá romper la unidad procesal de esa actuación elevando tal requerimiento sobre esos bienes ante el juez competente, y continuará el recaudo de elementos de prueba que le permitan consolidar su pretensión sobre el resto de bienes bajo otra cuerda procesal.

Un ejemplo de esta causal se presenta cuando la Fiscalía está investigando 120 de bienes que están en cabeza de una organización criminal y de presuntos colaboradores, y en el curso de la investigación ha obtenido suficiente material probatorio que le permite elevar un requerimiento de extinción de dominio sobre 30 de esos bienes, siendo necesario proseguir las labores investigativas sobre el resto de bienes para determinar si es viable elevar el requerimiento sobre el resto o de lo contrario solicitar la improcedencia de la acción sobre los mismos. En este caso por razones de economía y celeridad procesal, se podrá disponer la ruptura de la unidad procesal, para continuar la investigación sobre el resto, y pasar a la siguiente etapa procesal ante la judicatura respecto de los 30 bienes.

2. Cuando se declara la nulidad parcial de la actuación, se podrá romper la unidad procesal para rehacer la actuación viciada en otra actuación procesal y evitar retrotraer la investigación que se adelanta sobre la totalidad de bienes.

Por ejemplo, en el evento de que se declare la nulidad parcial de la actuación por la indebida notificación de un titular de uno de los bienes afectados, se dispondrá la

ruptura de la unidad procesal para que se rehaga la actuación viciada en otro escenario procesal, y el resto de los bienes continúe su curso en el trámite originario.

3. Cuando en el curso del proceso uno de los afectados solicita el trámite de sentencia anticipada, se faculta al operador judicial a continuar el ejercicio de la acción de ese bien en otro escenario procesal y continuar el trámite normal de la acción extintiva sobre el resto de los bienes afectados.

Por ejemplo, se está adelantando una investigación sobre bienes de varios empresarios involucrados en operaciones de lavado de activos, y uno de ellos solicita a la Fiscalía el trámite de la sentencia anticipada, teniendo en cuenta que dicho trámite implica un procedimiento abreviado para la declaratoria de la extinción del derecho de dominio; el legislador previó que el operador judicial de la acción ordene la ruptura de la unidad procesal respecto de los bienes de la persona que solicitó la sentencia anticipada, y continuar el resto de la investigación por el procedimiento ordinario.

4. Se faculta al Fiscal General de la Nación o a sus delegados a disponer la ruptura de la unidad procesal en aquellos trámites en que estén involucrados bienes de titularidad de personas residentes en el exterior, respecto de las cuales hay mayor dificultad para lograr su comparecencia al proceso.

Esta situación se presenta comúnmente en aquellos casos en que se persiguen algunos bienes en cabeza de una persona que ha sido extraditada por solicitud de un gobierno extranjero, y otros de titularidad de su familia residente en territorio colombiano; el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá disponer la ruptura de la unidad procesal para que el trámite respecto de los bienes en cabeza del extraditado se adelante en otra actuación procesal y continuar el impulso de la actuación sobre los otros bienes.

Es importante destacar que la ruptura de la unidad procesal no altera la competencia de quien la ordena, puesto que este podrá continuar conociendo de ambas actuaciones.

La regulación expresa de estos eventos, en los que es posible la ruptura de la unidad procesal, contribuye al ejercicio de la acción bajo los presupuestos de la economía y la celeridad procesal, en aras de garantizar los derechos de los sujetos procesales que podrían resultar beneficiados con una pronta y justa decisión que finalice el proceso.

Bibliografía

- (s. f.).
Auto (Consejo de Estado - Consejero Ponente Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, 30 de marzo de 2001).
Sentencia C - 740 (Corte Constitucional, 28 de agosto de 2003).
Corte Constitucional (2003). Sentencia C - 740 .
López Blanco, Hernán Fabio. (2012). Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Bogotá: DUPRE Editores, páginas 236 y 237.
Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio (2008). Teoría General del Derecho Procesal. Bogotá: Temis - Cuarta Edición, páginas 197-221 .

The page features a light blue background with decorative pixelated patterns in the corners. The top-right corner has a pattern of blue and white pixels. The bottom-left corner has a more complex pattern of blue, white, and light blue pixels. The main title is centered in the upper half of the page.

LA NUEVA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Por: Gilmar Giovanni Santander Abril

I.Evolución del esquema procesal de la acción de extinción de dominio

Para comprender el modelo procesal que adopta el nuevo Código de Extinción de Dominio, resulta oportuno recordar el proceso evolutivo que ha tenido este instituto desde su misma concepción y conocer la influencia que recibió de la jurisprudencia constitucional y la legislación comparada en la definición de sus contenidos.

Y es que el nuevo Código no solo se encarga de concentrar el mayor número de reglas jurídicas posibles que resultan compatibles con un “sistema normativo” de extinción de dominio, sino que además propone un nuevo esquema procesal que permite asegurar que la acción extintiva reafirme su autonomía, abandonando algunas de las características inquisitivas que heredó del proceso penal y aproximándose más a un modelo procesal de corte adversarial.

Se debe recordar que la extinción de dominio, como instituto concebido para perseguir los bienes de origen y destinación ilícitos, surgió en la vida jurídica de nuestro país en el seno del proceso penal de corte inquisitivo regido por el Decreto Legislativo 2790 de 1990 (artículo 57); posteriormente, fue destacada como un instituto de derecho procesal penal a través del artículo 1º del Decreto 99 de 1991, adoptando así varias de las características de las normas de excepción que se expidieron en la época dentro de la denominada “Jurisdicción de Orden Público”.

Posteriormente, a través de la Ley 333 de 1996, la extinción de dominio logra su emancipación del procedimiento penal. Sin embargo, su primer paso para convertirse en un instituto jurídico plenamente autónomo e independiente de la acción penal no fue el más afortunado, pues a pesar de marcar sustanciales diferencias frente al tradicional comiso penal, el modelo procesal adoptado fue complejo e ineficiente, ya que recogía características de distintos sistemas procesales, sin guardar coherencia sistémica alguna.

En efecto, desde su concepción original en el proyecto de Ley 016 de 1996, se podían advertir los problemas que la afectarían, pues había sido ideada como una acción pública, contenciosa administrativa, pero durante el tortuoso paso por el legislativo terminó siendo una mezcla entre acción civil y pública a cargo de la justicia penal, mixtura de disposiciones que delineó un esquema procesal complejo, que sin duda fue uno de los factores que influyó directamente en su rotundo fracaso, como bien lo expresó el Fiscal General de la Nación a la Corte Constitucional al momento de identificar las dificultades que presentaba la Ley 333, en informe transcrito en la sentencia C 1007 de 2002, donde destacó los factores que habían llevado al fracaso el modelo procesal previsto en dicha ley, indicando, entre otros aspectos, lo siguiente:

La mixtura de disposiciones civiles, penales y administrativas que se encuentran en la Ley de Extinción del Derecho de Dominio ha generado múltiples interpretaciones entre los operadores de justicia, especialmente en cuanto a su naturaleza, procedimiento, competencia preferente, autonomía con el proceso penal, bienes equivalentes, entidades legitimadas, notificaciones, recursos, nulidades...

Sin embargo, el proceso evolutivo del instituto llevó a una profunda reforma de toda su juridicidad, como se propuso primero a través del Decreto Legislativo 1975 de 2002, el cual pasó a ser legislación permanente a través de la Ley 793 del mismo año, donde se rediseñó completamente esta figura, no solo como acción, sino también como instituto, proponiéndose una acción de extinción de dominio completamente autónoma e independiente de la responsabilidad penal, pero conservando una marcada tendencia inquisitiva propia del procedimiento penal del cual pretendía apartarse.

Y es que quizás uno de los aspectos más problemáticos del procedimiento de extinción de dominio contenido en la Ley 793, es la ambigüedad que presenta su esquema procesal, pues de una parte, se pregona su total independencia y autonomía del proceso penal, pero su desarrollo procesal quedó anclado en el esquema procesal del procedimiento inquisitivo contenido en la Ley 600, que fue el referente procesal que se tuvo en cuenta en la reforma del 2002, ya que era el modelo imperante para ese momento, pero que sin duda, en la actualidad, tras las distintas reformas que ha afrontado¹², genera serios problemas de coherencia sistémica.

Y es que a pesar de los avances obtenidos a través de la Ley 793¹³, que permitieron la consolidación de la extinción de dominio como un nuevo instituto de derecho sustancial, el esquema procesal propuesto entró en crisis, debido en parte por las inconsistencias generadas a través de las reformas legales introducidas a través de las leyes 1395 y 1453, que en lugar de permitir que el instituto evolucionara, terminaron generando serias incongruencias y contradicciones, al punto tal de revivir problemas jurídicos que ya habían sido superados, como la prelación de las normas del Código de Procedimiento Civil para llenar los vacíos normativos, olvidando el legislador que con anterioridad dicha fórmula había sido un total fracaso, pues fue la integración normativa con el derecho procesal civil, una de las principales razones que habían obligado a replantear todo el esquema procesal de la mencionada Ley 333.

Se debe tener en cuenta que las modificaciones propuestas a través de las leyes 1395 y 1453 no rindieron los efectos deseados, lo que llevó a realizar un diagnóstico mucho más profundo del instituto, pues los problemas que se detectaron y que justificaron la actual reforma (Fiscal General de la Nación, 2013) eran estructurales, lo que obligó a rediseñar todo el instituto, tomando como base el respaldo constitucional contenido en las distintas sentencias emanadas de nuestro máximo tribunal constitucional, pero siguiendo otros modelos procesales distintos al penal, atendiendo a las precisiones realizadas por la Corte Constitucional sobre su naturaleza jurídica.

A. Aspectos que incidieron en la reformulación del modelo procesal

El cambio del esquema procesal que se propone en el nuevo Código de Extinción no es producto de la improvisación ni del capricho de la Fiscalía General de la Nación que impulsó el proyecto, sino de la necesidad inaplazable de ajustar este instituto

¹²Se hace relación a las adiciones y reformas realizadas por las leyes 1151 de 2007, 1330 de 2009, 1395 de 2010 y 1453 de 2011.

¹³No se puede desconocer la enorme importancia que representó el proceso de extinción consagrado en la Ley 793, al consolidarse como una novedosa acción procesal que en su momento cumplió los fines propuestos al momento de la reforma, que era la de facilitar el desarrollo de los procesos de extinción de dominio, destrabando los procesos iniciados en vigencia de la Ley 333.

a las nuevas realidades aceptadas en distintas instancias y al reconocimiento de la propia evolución que ha tenido el instituto en el ámbito internacional, circunstancias que pueden ser integradas en tres aspectos en particular: coherencia sistémica, identidad de la pretensión extintiva y la influencia de la legislación comparada.

1.Coherencia sistémica

Uno de los aspectos más complejos de la acción de extinción de dominio es el relacionado con su naturaleza jurídica, pues las discusiones al respecto no han sido pacíficas, como bien se puede observar en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997, C-1708 de 2000 y T 212 de 2001, discusión que solo quedó zanjada con posterioridad a la expedición de la Ley 793, concretamente a través de la sentencia C-740 de 2003, que con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño puso fin a la discusión, indicando que la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio era “constitucional”, lo cual dejaba esta acción a la par de las demás acciones constitucionales, como la tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, con la salvedad de reconocer a la extinción de dominio como la única acción que está reservada para que el Estado asegure el cumplimiento de sus propios fines.

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

Es claro que el modelo de un procedimiento constitucional no fue el que orientó la redacción de la Ley 793, pues es evidente la marcada influencia del procedimiento penal al reproducir el esquema procesal contenido en la Ley 600, pues imita, casi con exactitud, sus etapas y ritos procesales, como lo es la fase de investigación preliminar (que en materia de extinción se denomina fase inicial), una etapa instructiva o de trámite y una etapa de juzgamiento.

Si bien hoy en día no existe un modelo procesal que podamos definir como constitucional puro, pues cada acción de tal naturaleza presenta un procedimiento distinto, sí se pueden reconocer un sinnúmero de características comunes a lo que ha sido considerado como un nuevo derecho procesal (Henaar Hidron, Derecho Procesal Constitucional, 2003), y que resultan plenamente compatibles con la acción extintiva; eso sí, salvaguardando las notorias diferencias, pues no se puede desconocer que debido a los fines y el objeto de la acción de extinción de dominio, esta posee algunas características que obligan a marcar una sustancial diferencia con las demás acciones constitucionales, como, por ejemplo, la necesidad de contar con una fase investigativa que tenga como principal objetivo la de estar dirigida a la estructuración de la pretensión.

Es claro que ninguna otra acción constitucional requiere una fase investigativa, la única excepción es la acción de extinción de dominio, pues siempre las acciones constitucionales se debaten en sede jurisdiccional desde el momento en que son

invocadas por quien ostenta la legitimación activa (Henaó Hidron, Derecho Procesal Constitucional, 2003), razón por la cual la fase inicial de la acción de extinción de dominio no puede ser concebida, en estricto sentido, como una fase jurisdiccional o procesal, toda vez que la única fase estrictamente procesal de la acción de extinción de dominio es aquella que responde a su principal característica de ser una acción jurisdiccional, quedando la fase inicial en un plano prevalentemente administrativo o preprocesal, como quedó planteado en el nuevo Código.

2. Identidad de la pretensión extintiva

El reconocimiento de la naturaleza constitucional de la acción de extinción de dominio también trajo como consecuencia la necesidad de revisar el contenido de su pretensión, para diferenciarla de otras que también se encuentran dentro de la Ley 793, e incluso, de aquellas pretensiones de similares características contenidas en la legislación penal; concretamente, se hace relación a las pretensiones de incautación, embargo, secuestro y comiso, con las que la extinción de dominio conservan alguna similitud.

Frente a este punto, resulta oportuno reconocer los aportes que ha realizado la doctrina peruana al respecto (Delgado Tovar & Galvez Villegas, 2006), que distingue claramente las características sustanciales de la pretensión de la acción de pérdida de dominio, de otras pretensiones concurrentes, como serían las de imposición de medida cautelar sobre los bienes investigados, a las que se les reconoce su naturaleza instrumental.

Sin embargo, a diferencia de lo planteado en la República del Perú, donde las pretensiones de pérdida de dominio y comiso penal son consideradas semejantes (Delgado Tovar & Galvez Villegas, 2006), en Colombia, gracias al desarrollo constitucional que ha tenido la figura, se le debe reconocer a la pretensión extintiva un contenido distinto a la que se maneja por vía del comiso penal, comoquiera que aquella que reconoce el nuevo Código está caracterizada por mayores contenidos de carácter constitucional, relacionados con lo que la misma Corte Constitucional ha denominado el “régimen constitucional del derecho a la propiedad” (Sentencia C 740, 2003).

Es por ello que la pretensión extintiva no puede compararse con la pretensión penal, pues persigue la valoración de la situación jurídica de un bien desde la perspectiva del cumplimiento de los mandatos y deberes constitucionales, aspecto que sin duda obliga a elevar el nivel del debate, pues en el esquema procesal propuesto en el nuevo Código, no se ve la pretensión de extinción de dominio como un referente implícito que se deduce de la decisión de iniciar el procedimiento a través de la imposición de unas medidas cautelares, como disponían los artículos 11 y 12 de la Ley 793, sino que pasa a tener un papel protagónico al exigirse su fijación en el acto de requerimiento al juez, el cual no es un acto procesal, pues al igual que las demás acciones constitucionales, el proceso se debe iniciar a través de una demanda de parte, donde se requiere a la jurisdicción el reconocimiento de un mandato constitucional para determinar si un bien debe o no gozar de la protección de las garantías inherentes al derecho de la propiedad, o en su defecto, retirar dichas garantías e imponer en su lugar una consecuencia jurídica por haberse adquirido o destinado el bien en contravía de los postulados señalados en la Carta Política.

Es por ello que el nuevo Código busca superar una de las deficiencias normativas de

la Ley 793, pues allí no se describe claramente el momento en el que se debía definir la pretensión; es más, en ningún artículo habla expresamente de la pretensión ni de su contenido, pues simplemente la redacción normativa solo indicaba que el trámite de extinción de dominio se debía iniciar por resolución motivada de la Fiscalía General de la Nación, quien a su vez era la legitimada para demandar ante la jurisdicción la declaratoria de extinción de dominio a través de otro acto procesal que se denominaba “resolución de procedencia”, en el cual se terminaba fijando la pretensión que se llevaría a consideración del juez.

En otras palabras, se establece toda una actuación procesal previa a la definición de la pretensión, estableciendo diversos controles internos sobre la misma, la cual se confunde con las pretensiones de medidas cautelares, pues por lo general eran impuestas en la misma decisión de inicio, generando así procedimientos e instancias de control a la pretensión con anterioridad a que la misma llegara a la jurisdicción para ser estudiada, previo el agotamiento de un procedimiento con actuaciones similares a las que se debían evacuar en sede de fiscalía¹⁴, lo cual hacía del trámite que fuera excesivamente complejo y ritualista.

A diferencia del esquema contenido en la Ley 793, en el nuevo Código de Extinción se relaciona expresamente el momento en el cual se define la pretensión¹⁵, la cual se reconoce como un acto de parte y, por tanto, tiene que estar desprovista de cualquier carga procesal adicional, salvo en aquello que obliga al respeto y observancia de las garantías constitucionales.

Es por ello que en la nueva normatividad, la pretensión extintiva se distingue plenamente de las pretensiones de medidas cautelares, razón por la cual se adoptan en actos independientes, preservando el máximo de garantías frente a los actos que implican limitación o restricción de algún derecho fundamental, los cuales pueden ser controlados jurisdiccionalmente, de forma autónoma y sin comprometer la pretensión.

Por ello, al fijarse la pretensión extintiva a través de un acto de parte, que demandara de la jurisdicción la declaración de extinción de dominio, la ritualidad procesal que caracterizó a la fase de trámite en la Ley 793 se queda sin soporte. De ahí que algunas cargas procesales, que hoy en día se repiten tanto en sede del juez como en sede de fiscalía, se reconocen como asuntos de naturaleza jurisdiccional, y por ello se da una completa ruptura entre lo que es la fase jurisdiccional, de la fase “estructurativa” de la pretensión o inicial; en otras palabras, el nuevo esquema procesal solamente contempla una fase procesal, que es la que se desarrolla ante juez a partir del momento de avocar el requerimiento donde se formula la pretensión, y la fase preprocesal pasa a ser una fase destinada no solo a adelantar las labores investigativas, sino, además, concebida para adelantar todas las acciones que permitan estructurar la respectiva pretensión de extinción de dominio.

¹⁴ Se hace relación a la repetición de actuaciones que se presentaban tanto en sede de fiscalía como en el juicio de extinción, como la duplicidad de etapas probatorias, los traslados para alegar, las impugnaciones, entre otras.

¹⁵ Al respecto, el numeral segundo del artículo 116 del Código dispone: “... Una etapa de juzgamiento a cargo del juez, que se iniciará con la presentación de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación, a través de un requerimiento al juez de extinción de dominio”.

3. Influencia de la legislación comparada

A pesar de que la extinción de dominio es tan solo una de las formas de decomiso sin condena que se conocen en el mundo (Greenbeg, Samuel, Grant, & Gray, 2009), su efectividad ha sido objeto de reconocimiento en el concierto internacional, al punto tal de haber sido adoptada por varios países, como Honduras, Perú, México, Guatemala y El Salvador; también ha sido reconocida como un instrumento idóneo para la lucha contra el crimen organizado, pues incluso cuenta con una ley modelo de referencia, promovida en el año 2011 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, conocida como “Ley Modelo de Extinción de Dominio”.

Y fue precisamente este referente internacional el que brindó mayores luces sobre el esquema procesal adoptado en el Código, en particular el artículo 20 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio¹⁶, donde se alude a un esquema procesal de dos etapas: una preprocesal y otra procesal o de juzgamiento, que se inicia a partir de la presentación de la pretensión ante el juez.

Este modelo normativo constituye un referente de suma importancia para el nuevo Código de Extinción, comoquiera que adopta un esquema procesal estándar que pudiera tener aceptación en el mayor número de países que forman parte del mencionado organismo multilateral; modelo que, dicho sea de paso, es producto del análisis de la legislación comparada, comoquiera que ninguno de los países que han adoptado esta figura jurídica ha replicado el modelo procesal de “tres etapas” de la Ley de Extinción de Dominio colombiana.

Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley de Privación de Dominio de Honduras, que divide el proceso en dos etapas: una administrativa y otra judicial; por su parte, el artículo 13 de la Ley de Pérdida de Dominio del Perú, establece también dos etapas: una de investigación preliminar y otra judicial; en el mismo sentido la Ley de Extinción de Dominio de El Salvador, que en su artículo 26 prevé una etapa inicial o de investigación y una etapa procesal o de juzgamiento, que se inicia con la solicitud que realiza el fiscal ante el correspondiente juez especializado de extinción de dominio.

II. Estructura de la acción de extinción de dominio en el nuevo Código

Como se relacionó en el capítulo precedente, fueron varios los factores que llevaron a la reformulación integral de todo el esquema procesal de extinción de dominio, el cual quedó definido en el artículo 116 del Código en dos etapas distintas: una etapa inicial preprocesal, de investigación o de estructuración de la pretensión, y una etapa procesal o de juzgamiento.

A. Etapa preprocesal o inicial

¹⁶Artículo 20. *Etapas. El procedimiento consta de dos etapas: una fase inicial o preprocesal que estará a cargo de la autoridad competente con funciones de investigación asignadas en el ordenamiento jurídico, y una fase procesal a cargo del juez que se iniciará a partir de la presentación de la pretensión de extinción de dominio.*

La etapa inicial, preprocesal o administrativa, como también se le puede llamar, es adelantada por la Fiscalía General de la Nación, y abarca desde la resolución mediante la cual el fiscal avoca el conocimiento de una denuncia o noticia, hasta la decisión de archivo o la presentación ante el juez del requerimiento de extinción de dominio o de declaratoria de improcedencia, el cual es reconocido como un acto de parte y entra a sustituir en sus efectos a las resoluciones de declaratoria de procedencia o improcedencia de la Ley 793.

El principal cambio que presenta el nuevo Código de Extinción hace relación a la reformulación de su esquema procesal, en especial frente a la de rediseño de la etapa inicial, pues a diferencia del esquema previsto en la Ley 793 de 2002, el Código prevé una etapa inicial prevalentemente administrativa, desprovista de la mayoría de las cargas y ritos procesales que han hecho de la acción extintiva un trámite complejo, lento y formalista.

En el nuevo Código se concibe la etapa inicial como una fase administrativa o preparatoria del inicio del proceso, en la cual la Fiscalía General de la Nación, entidad legitimada para promover la acción, prepara su demanda de extinción, que recibe el nombre de requerimiento de extinción, y acopia todos los elementos de juicio que le permitirán estructurar la pretensión que hará valer ante el juez. A diferencia de lo previsto en la Ley 793, el proceso de extinción no va a iniciar en sede de la Fiscalía General de la Nación, sino que al igual de las demás acciones constitucionales, el proceso se iniciará ante el juez competente, al momento de admitir el correspondiente requerimiento de inicio del proceso extintivo.

Son varias las modificaciones que trae el nuevo Código para esta etapa, que van desde la redefinición de sus fines, hasta la redistribución de las cargas funcionales de los intervinientes, presentando nuevas características que la distinguen ampliamente de la fase inicial de la Ley 793 de 2002.

1. Características de la nueva etapa inicial

Como se mencionó anteriormente, varias de las modificaciones son producto de la necesidad de buscar la coherencia sistémica de la acción de extinción de dominio de acuerdo con su naturaleza constitucional, pública y jurisdiccional, lo que sin duda obliga a replantear el contenido y las características de la etapa inicial, siguiendo los avances propuestos en la Ley Modelo de Extinción de Dominio (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011), pues la fiscalía no podía seguir actuando bajo el rol de investigador, juez y parte, pues al reconocer su legitimación activa, debía acudir ante la jurisdicción en calidad de sujeto accionante, pero sin renunciar a aquellas facultades que resultaban estrictamente necesarias para el cumplimiento de su fin de estructurar la pretensión y asegurar los elementos de juicio que la respaldasen.

Es por ello que el Código introduce nuevas características a la etapa preprocesal, algunas de ellas producto directo del reconocimiento de la naturaleza constitucional de la acción; otras, producto de la necesidad de mejorar aquellas características que no estaban claramente definidas en las anteriores legislaciones. Se puede afirmar que la nueva etapa inicial es: preprocesal, oficiosa, investigativa y estructurativa:

a) Preprocesal

Si bien la Corte Constitucional reafirmó que “...las funciones que cumple la Fiscalía en el proceso de extinción de dominio, aunque son jurisdiccionales, no son de naturaleza penal; se trata de funciones jurisdiccionales de instrucción distintas y especiales...” (Sentencia C 540, 2011), ello no quiere decir que la etapa inicial corresponda a una fase procesal de carácter jurisdiccional, pues como toda acción constitucional, dicha característica solo se cumple ante la jurisdicción correspondiente, en este caso ante el juez especializado en extinción de dominio.

Por esta razón, la etapa o fase inicial que adelanta la Fiscalía General de la Nación es definida por el numeral 1º del artículo 116 del Código como una fase preprocesal, preparatoria de la fijación de la pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación; si bien esta fase comporta una serie de actuaciones de investigación y aseguramiento, la naturaleza jurídica de estas se asemeja más a facultades de orden administrativo¹⁷ y no jurisdiccional, pues es de recordar que algunas de ellas admiten control jurisdiccional posterior, como lo son la imposición de medidas cautelares, las decisiones de archivo y los actos de investigación que afectan derechos fundamentales en los términos del artículo 163 del Código.

Es por ello que la nueva juridicidad solo reconoce como fase procesal aquella que cumple con su carácter jurisdiccional, es decir, la etapa que se adelanta ante el juez de circuito especializado en extinción de dominio. Este carácter también explica la razón por la cual algunas garantías, como la verificación de las notificaciones, los emplazamientos, entre otras, pasan a ser objeto de verificación sustancial a partir de la fijación de la pretensión, o con posterioridad a la integración del contradictorio y no en la etapa investigativa, toda vez que el juez de extinción en este nuevo esquema procesal no solo actúa como juez natural de la causa de extinción, sino también como garante constitucional de las actuaciones que se someten a su conocimiento.

b) Oficiosa

Si bien el Código de Extinción de Dominio mantiene varias de las características de la fase inicial que consagraban las leyes anteriores, como la reserva de la actuación y la oficiosidad de las investigaciones, se debe resaltar que la nueva ley introduce una importante modificación a esta última característica, al consagrar en el artículo 117 la exigencia de verificar la existencia de fundamentos serios para adelantar de oficio cualquier investigación con fines de extinción de dominio, ya sea que se inicie por iniciativa propia o por reporte ciudadano o de cualquier otra autoridad pública, nacional o extranjera; en otras palabras, la facultad de iniciar una investigación con fines de extinción de dominio no resulta obligatoria ni queda al arbitrio del ente investigador, pues se establecen unos parámetros normativos que determinan que la investigación

¹⁷ Esta naturaleza administrativa de la fase inicial, semejante a la fase preprocesal de las leyes de privación y extinción de dominio de Honduras y Guatemala, tampoco es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, el cual es rico en actuaciones administrativas que dotan de facultades especiales a ciertas autoridades administrativas (no necesariamente jurisdiccionales) para ejercer pretensiones cautelares, disciplinarias, de control fiscal, aduaneras, electorales, de protección medioambiental, entre otras, las cuales gozan de plena validez y se les reconoce identidad y autonomía, sin perjuicio de los controles o acciones jurisdiccionales que las amparen o complementen.

extintiva solo será viable “...siempre y cuando exista un fundamento serio y razonable que permita inferir la probable existencia de bienes cuyo origen o destinación se enmarca en las causales previstas en la presente ley” (artículo 117 C.E.).

Esto quiere decir que no toda información que llegue a la Fiscalía General de la Nación resulta suficiente para justificar el inicio de oficio de una investigación de extinción de dominio, pues dicha carga funcional debe ceñirse a las demás exigencias de objetividad, razonabilidad y fundamentación que se demandan desde la misma Constitución Política (artículo 250), en cuanto a la existencia de un soporte objetivo y probable que sustente un cuestionamiento serio sobre unos bienes que se consideren que pueden ser pasibles de la acción extintiva y que justifique el uso racional de los recursos investigativos y operativos, evitando así el incremento de la congestión judicial y el uso irracional de los escasos recursos profesionales y materiales con que cuenta el ente investigador y la administración de justicia.

Y es que la judicialización de un caso con fines de extinción de dominio demanda una enorme seriedad y responsabilidad de parte del Estado, ya que bajo los cánones del nuevo Código, no toda noticia, anónimo, reporte de operación sospechosa, publicación en un listado de riesgo o solicitud ciudadana o de otra autoridad pública, entre otras posibles fuentes, pueden considerarse, por sí mismos, como válidos y legítimos para abrir un caso en fase inicial, a menos que logren ser verificados previamente por la policía judicial especializada en el tema, de acuerdo con las especiales facultades que le reconoce el artículo 161 del Código de Extinción, o que la noticia cuente con el respaldo objetivo suficiente para considerar que realmente se trata de una noticia seria y debidamente fundada, que amerite sustentar el inicio de una investigación patrimonial.

Dicho de otra manera, bajo la nueva juridicidad, un fiscal no está obligado a avocar conocimiento de todas las solicitudes de inicio de investigación que lleguen a su despacho, pues esta característica de fundamentación de la investigación lo faculta para rechazar una denuncia, reporte o anónimo cuando carezca de credibilidad y fundamento (artículo 124 C.E.), o abstenerse¹⁸ de abrir una actuación en fase inicial y remitir la correspondiente noticia o denuncia a los servidores que cumplan funciones de policía judicial, para que en los términos del artículo 161 del Código de Extinción adelanten las labores de verificación e investigación que permitan cumplir las exigencias de seriedad y fundamentación antes anotadas.

c) Investigativa

La función investigativa ha prevalecido en las anteriores leyes de extinción de dominio como la principal característica de la etapa inicial; si bien este carácter se conserva en el nuevo estatuto, ya no puede seguir siendo considerado como su característica prevalente, pues la nueva juridicidad parte de una redefinición de los contenidos y fines de la fase inicial y establece la estructuración de la pretensión como eje central de toda la labor investigativa, es decir, como fin primordial de la etapa preprocesal.

¹⁸Se exceptúan de esta potestad los casos asignados bajo los criterios de priorización de que trata el artículo 25 del Código, los cuales se rigen por parámetros específicos de carácter institucional y de política criminal.

Esta precisión permite comprender algunos cambios realizados a esta etapa y que apuntan a lograr dicho objetivo, pues se debe destacar que las facultades de investigación en el nuevo Código gozan de especiales condiciones, ya que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 121, 158 y 159 del nuevo estatuto, la función de investigación estará orientada bajo los principios de cooperación interinstitucional, trabajo en equipo, planeación de la investigación, comunicación efectiva entre fiscales e investigadores y coordinación técnica, funcional, operativa y jurídica de los actos de investigación por parte del fiscal.

El reconocimiento de estos principios obliga a una reestructuración de las prácticas y los esquemas de trabajo, tanto para la policía judicial como para el fiscal, toda vez que el accionante, en cumplimiento de la función investigativa, debe asumir la carga de observar criterios gerenciales en materia de la indagación durante la etapa inicial, planificando en equipo los actos de investigación y adoptando medidas para realizar el control de gestión que resulten necesarios para asegurar el éxito del caso.

Otra de las novedades que el nuevo Código introduce en la etapa preprocesal, es la reglamentación expresa de los actos de investigación, en especial aquellos que tienen que ver con la limitación razonable de los derechos fundamentales o con las denominadas técnicas especiales de investigación, consagrando para ello, en el capítulo segundo del título V, una reglamentación detallada, amplia y completa de todos los presupuestos y reglas que deben gobernar el mayor número de actos de investigación con fines de extinción de dominio, definidos de acuerdo con la compatibilidad que debe existir entre el acto de investigación con el objeto y tema de prueba que se debate durante un juicio de extinción, con lo cual se pretende superar aquellas inconsistencias que presentaba la legislación anterior, que si bien reconocía la validez de dichos actos de investigación, dejaba a la integración normativa la regulación de sus contenidos, aspecto que generaba problemas de admisibilidad y valoración probatoria.

Sin embargo, para comprender la dinámica con la cual se deberán adelantar los actos especiales de investigación, se debe recordar que estos también deben ser acordes con el reconocimiento de la naturaleza constitucional de la acción, lo cual trae consigo la observancia de explícitas cargas funcionales que el nuevo Código impone, tanto para los fiscales como para los investigadores.

Con relación a la función de investigación, la Corte Constitucional reconoce a la Fiscalía General de la Nación como una autoridad judicial de instrucción, tras considerar que es legítimo y razonable que la fiscalía adelante la investigación con fines de extinción de dominio comoquiera que “los hechos que son objeto de investigación en esa acción pueden eventualmente indicar la posible existencia de un delito” (Sentencia C 740, 2003).

Pero lo anterior no quiere decir que los actos de investigación se deban adelantar conforme las normas del rito procesal penal, pues ha sido la misma Corte Constitucional la que ha fijado las pautas de cómo se deben observar las garantías y controles constitucionales a los actos de investigación que se ejecutan durante una fase inicial de extinción de dominio (Sentencia C 540, 2011), pautas que han sido adoptadas en distintas disposiciones del nuevo Código.

Se hace relación, por ejemplo, a las autorizaciones de los actos de investigación, los controles de legalidad y los deberes funcionales de motivación de las órdenes que impliquen la afectación de un derecho fundamental, cargas que por disposición expresa de los artículos 8, 26 numeral 2º y 163, no le corresponden a un juez con funciones de control de garantías, como sucede en el proceso penal, pues el Código reafirma en su artículo 18 la autonomía de la acción extintiva frente al procedimiento penal, sino al fiscal de conocimiento, de acuerdo con las especiales facultades jurisdiccionales que la ley le ha conferido.

Esta carga funcional de motivar las órdenes para los actos de investigación que implican una limitación razonable de los derechos fundamentales y de ejercer el control de legalidad respectivo, quedó expresa en el artículo 163 del nuevo Código, que atribuye dicha responsabilidad al fiscal en los siguientes términos:

Aquellas técnicas de investigación que impliquen limitación razonable de los derechos fundamentales requerirán orden motivada del fiscal, quien después de su cumplimiento o ejecución deberá constatar su legalidad formal y material, y de encontrarla ajustada a derecho dejará constancia de ello, o de lo contrario, dispondrá su exclusión o la repetición de la actuación.

Es de resaltar, además, que esta facultad de ejercer control de legalidad sobre los actos de investigación no es exclusiva de la fiscalía, pues como se ha mencionado, el juez especializado en extinción de dominio también es juez constitucional y, por tanto, debe cumplir su función de control de garantías constitucionales, ya sea a solicitud de la parte interesada, o de oficio, al momento de resolver sobre la admisión de la correspondiente prueba, en los términos de los artículos 115 y 163 del Código de Extinción.

d) Estructurativa

La principal característica que introduce el nuevo Código a la etapa inicial, es la de ser “estructurativa” de la pretensión de extinción o como la denomina la doctrina, fundante o fundamentadora (Pabon Parra, 2013, p. 123); es decir, que la finalidad esencial de la fase preprocesal es la de acopiar todos los elementos de juicio que le permitan al fiscal preparar de manera seria y fundada la fijación de la pretensión, como lo dispone el artículo 116 del nuevo estatuto, para lo cual se debe tener en cuenta que la fase inicial no tiene ningún término que la limite (salvo si se adoptan medidas cautelares de carácter excepcional), lo que obliga a que el ente investigador agote con comodidad, planeación y sin premura todos los recursos investigativos que considere necesarios para construir una pretensión seria, razonable y con el correspondiente respaldo probatorio.

Esta labor de estructuración de la pretensión debe ser lo más completa posible; para lo cual el fiscal evaluará preliminarmente la información y conformará su equipo de trabajo con los funcionarios de policía judicial, con quienes deberá realizar una completa planeación de la investigación, a través del método que considere más adecuado¹⁹, previendo las exigencias de una eventual sentencia y con base en ello dispondrá los actos de investigación que le permitan construir la estructura fáctica, jurídica y probatoria del caso.

¹⁹ Son diversos los métodos que pueden adaptarse para la fase inicial de extinción de dominio, como el programa metodológico, dibujo de ejecución, hojas de análisis, hoja de plan de investigación, etc.

Así mismo, se debe tener en cuenta que los métodos de planeación de una investigación presentan múltiples ventajas, pues como bien lo reconoce la doctrina especializada (Avella Franco, 2007), no solo sirven para proyectar los actos de indagación que se deben cumplir durante la fase inicial, sino que además son instrumentos idóneos y expeditos, que presentan gran utilidad al momento de explicar al juez el caso y persuadirlo de obtener un fallo favorable a la pretensión.

Es por ello que para poder configurar seriamente la pretensión, se debe contar con el respaldo probatorio de todos los elementos que corresponden al tema de prueba en materia de extinción; es decir, "...aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso" (Parra Quijano, 2007, p. 143).

Para ello, el Código se ocupa de identificar claramente algunos hechos que deben ser tema de prueba dentro del trámite de extinción; es decir, aquellos presupuestos mínimos que el juez en su momento deberá verificar al momento de dictar una sentencia de extinción. Es por ello que la demanda o requerimiento de extinción debe cumplir, por lo menos formalmente, con dichos presupuestos, los cuales fueron definidos en el artículo 118 del Código a través una serie de fines u objetivos específicos de la fase inicial.

2. Fines de la fase inicial

Acogiendo las mejores prácticas contenidas en el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011), el artículo 118 del Código consagra como eje principal de la etapa preprocesal una serie de fines u objetivos que se deben cumplir durante la fase inicial de la acción y que están concebidos para que la investigación logre su fin principal de estructurar en debida forma la pretensión extintiva, además de actuar "...como estándares probatorios y cognitivos y como requisitos de procedibilidad, en el sentido de que si no se cumple con ellos, no se puede seguir a la siguiente etapa dentro del proceso de extinción de dominio", como bien se indicó en la exposición de motivos (Fiscal General de la Nación, 2013).

Se pueden clasificar estos objetivos en dos clases: de estructuración de la pretensión y de garantía.

a) Fines de estructuración de la pretensión

1. Identificación y definición del objeto de la acción

Al ser la extinción de dominio una acción de carácter real (in rem), la pretensión no se dirige en contra de las personas sino que se ejerce sobre bienes en particular, comoquiera que son los bienes, concretamente los derechos reales que existen sobre los mismos, los que constituyen el objeto central de la acción, razón por la cual la primera finalidad apunta a "Identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio" (artículo 118.1 C.E.).

Esta identificación debe ser lo más clara y completa posible, no solo desde el punto

de vista jurídico, sino también en cuanto a su descripción física. Por ejemplo, si el bien que se pretende es un inmueble rural que no tiene ningún tipo de nomenclatura, su identificación jurídica se hará a través de su correspondiente folio de matrícula y las escrituras o títulos que acrediten los derechos que lo vinculan, como hipotecas, reservas de dominio, usufructos, etc., y en algunos casos, a través de su ficha catastral²⁰, documentos que no solo permitirán identificar el bien, sino que además brindarán información necesaria para la investigación, como sus linderos actuales, los derechos que sobre dicho bien se han constituido, la fecha de los mismos y el nombre de los titulares que los ostentan, quienes de acuerdo con lo expuesto por el autor Cano Recinos, son en principio los que podrían alegar legitimación en la causa para intervenir durante el trámite de extinción de dominio en calidad de afectados (Cano Recinos, 2011, pág. 96).

Así mismo, el bien debe ser identificado físicamente, dejando constancia a través de su descripción en informe de policía judicial, o por medio de registro fotográfico o videográfico, con plena constancia de su ubicación por dirección, coordenadas o a través de los correspondientes planos o planchas catastrales o cualquier otro medio que permita identificar idóneamente el bien pretendido en el trámite.

2. Demostración de la causal de extinción de dominio

En materia de extinción de dominio el principio de legalidad estricta se concreta a través de las causales previstas en el artículo 16 del Código, razón por la cual la fase inicial debe cumplir con la finalidad de “Buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales de extinción de dominio que se invoquen” (artículo 118.1).

Sin embargo, se debe precisar que el nuevo Código de Extinción parte del reconocimiento de la dignidad humana como principio fundante del procedimiento; por ello, la acreditación de la causal supera el plano técnico u objetivo y trasciende en la mayoría de los casos al subjetivo, para aquellos casos donde existe un titular sobre el bien cuestionado; razón por la cual la acreditación de la causal también comprenderá la acreditación formal del “vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio” (artículo 118.4) y la recolección de pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa”.

b) Fines de garantía

Las exigencias de la fase inicial en el nuevo Código no se limitan a la estructuración de la pretensión, sino que también se preocupan por asegurar el respeto de los derechos de los posibles afectados, a través de dos garantías en particular:

1. Garantía de reconocimiento de la legitimación pasiva de la acción

20 Documento de utilidad en aquellos eventos en que se pretenden derechos distintos al dominio, como aquellos derechos valorables económicamente derivados del ejercicio de una posesión o sumas de posesiones, o se pretenden mejoras sobre un terreno, cosechas, entre otros.

Si bien la existencia de un titular de derechos no es un presupuesto sustancial para que proceda la extinción de dominio, pues son muchos los bienes ilícitos que a pesar de encontrarse comprometidos en una causal extintiva jamás se logra identificar a su titular²¹, el nuevo Código demanda que se realicen todas las acciones necesarias para identificar a los “posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio” (artículo 118.3 C.E.), con el fin de garantizar todos los derechos que emanan de tal condición, pues es de recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 1º del Código, es la titularidad de un derecho sobre el bien pretendido la que sustenta la legitimidad para acudir al proceso en calidad de “afectado”, y en virtud de ello, le asisten todos los derechos y garantías que establece este estatuto especial, en particular los previstos en los artículos 13 y 14 del nuevo Código.

2. Garantía del reconocimiento de la legitimación pasiva y respeto del principio de publicidad interna

El mayor problema que afrontaron las leyes 333 y 793 estaba relacionado directamente con la inobservancia de estas garantías, debido a un complejo y deficiente procedimiento de notificaciones, que generaba enormes traumatismos y dilaciones en el trámite y constituía el momento procesal más sensible en materia de nulidades, como bien lo reconoció el máximo tribunal constitucional, al indicar lo siguiente:

Una vez plenamente identificados los bienes, procede la resolución de inicio, la cual se debe notificar personalmente a los afectados, o en su defecto por emplazamiento mediante edicto. También el nombramiento de curadores ad litem por no comparecencia de quienes tengan interés legítimo, quienes velarán por el cumplimiento de las reglas del debido proceso y del derecho de defensa a favor de los afectados y de los terceros indeterminados. En este momento, se pueden generar nulidades por aspectos probatorios, de notificación o de indebida defensa técnica (Sentencia C 149, 2005).

Es por ello que el nuevo Código le apuesta a superar este inconveniente a través de la exigencia de acciones concretas para establecer el lugar de ubicación de los afectados y, por tanto, constituye uno de los fines de investigación que se le imponen a la fiscalía durante la fase inicial, pues el legislador no se conforma con que en la etapa preprocesal se identifiquen los posibles titulares de derechos sobre los bienes pretendidos, sino que además se impone la obligación de “establecer el lugar donde podrán ser notificados, cuando los haya” (artículo 118.3).

Esta regla fue inspirada en las normas de verificación de arraigo que se consagran en el procedimiento penal²² (Ley 906, artículo 127) y, por tanto, no puede ser vista como un simple presupuesto formal de la etapa inicial, sino como una de las principales garantías procesales del trámite de extinción; máxime si se tiene en cuenta su importancia al momento de integrar el contradictorio o de verificar los presupuestos del emplazamiento de que trata el artículo 140 del Código de Extinción.

²¹ Sería el caso, por ejemplo, de los vehículos destinados como medio o instrumento de actividades delictivas, cuyos sistemas de identificación se encuentran alterados o borrados, siendo imposible la identificación de un titular.

²² Ley 906, artículo 127.

3. Fases de la nueva etapa inicial o preprocesal

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 del nuevo Código, la etapa inicial comprende tres fases: la de investigación propiamente dicha, que conserva el nombre de “fase inicial”; la de fijación provisional de la pretensión, y la de fijación definitiva de la pretensión a través de un requerimiento al juez para que se inicie el proceso de extinción de dominio.

a) Fase inicial propiamente dicha

Atendiendo a su carácter investigativo, la fase inicial es el escenario donde se desarrollan todos los actos de investigación necesarios para identificar, ubicar o recolectar las pruebas que respaldarán la pretensión. Sin embargo, son varios los aspectos que se deben tener en cuenta para comprender sus límites y contenidos, en particular, los siguientes:

1.Paradigma de investigación

Como se mencionó anteriormente, el modelo de investigación que contempla el nuevo Código demandará del fiscal la aplicación de criterios gerenciales a la investigación para coordinar de manera eficiente las tareas esenciales que le permitan asegurar el éxito investigativo, labores que si bien no se desarrollan expresamente en el articulado del citado estatuto, sí se consideran inherentes a las cargas funcionales que se imponen en el artículo 159 frente a la dirección y coordinación técnica, funcional, operativa y jurídica de los actos de investigación, que pueden resumirse de la siguiente manera:

a. Conformación del equipo de trabajo

Siguiendo las recomendaciones que los especialistas ofrecen para este tipo de investigaciones (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2008), el fiscal deberá, en primer lugar, preocuparse por conformar su equipo de trabajo seleccionando los perfiles²³ necesarios para el tipo de investigación (analistas, peritos, investigadores de campo, técnicos, etc.), de acuerdo con las exigencias propias del caso, según las causales invocadas, la actividad ilícita determinante o la clase de bienes investigados, para seleccionar así el tipo de investigación que resulte más idóneo frente a las exigencias del asunto: convencional, patrimonial, financiera o contable.

b. Análisis y depuración de la información

La información recolectada durante la investigación no tiene valor si no es analizada, procesada y explotada, lo cual demanda la lectura y el análisis minucioso del caso, para lograr extraer la información jurídicamente relevante y depurar aquello que no preste mayor utilidad a la investigación. Se debe tener en cuenta que el tiempo que se invierte en el análisis del caso se traduce en el ahorro de tiempo durante la investigación, pues el análisis facilita la exploración, explotación y el aprovechamiento de toda la

²³ Mediante el Decreto 016 de 2014 se creó en el interior de la Fiscalía General de la Nación una policía judicial especializada en extinción de dominio, la cual fue concebida atendiendo a la necesidad de profesionalización del recurso humano de la entidad, de acuerdo con las exigencias del modelo de investigación propuesto en el nuevo Código.

información que pueda resultar de interés durante la fase inicial y facilita las labores de planeación correspondientes.

c. Planeación de la investigación

Frente a este punto, el Código busca corregir una de las más grandes falencias que tenía la Ley 793, pues allí no se hacía relación alguna a la planeación de la investigación. Por ello, es importante reiterar la relevancia de esta labor dentro de una acción de extinción de dominio, pues como bien se destaca en el Manual de Privación Definitiva de Dominio de Honduras, esta labor “implica una organización metódica de las diligencias a realizar, en la que no solo se proyecten actuaciones sino que se logre concertar, como equipo de trabajo, una proyección de toda la actividad investigativa con metas y objetivos claros, orientados hacia las causales que establece la Ley especial” (Calix Ponce, Obando Motiño, Zabala Brizuela, & Rodríguez Lazo, 2013, p. 18).

d. Identificación de la información necesaria para la investigación

Si bien una investigación patrimonial con fines de extinción de dominio demanda tener información sobre múltiples aspectos, esa necesidad informativa se puede concentrar en cuatro aspectos en particular:

- Información sobre la identificación y localización del bien, que, como se mencionó, busca tener certeza sobre la identidad del objeto sobre el cual ha de recaer la acción.
- Información sobre el titular de los derechos sobre el bien pretendido, como su identidad, su arraigo, sus antecedentes o registros judiciales, su situación patrimonial, su actividad económica, entre otros aspectos.
- información sobre la actividad ilícita que sustenta la causal, en especial el vínculo de esta actividad con el bien pretendido.
- Información sobre los nexos de relación que resultan determinantes en los procesos de extinción de dominio, en especial los que se presentan entre los hechos, los bienes y las personas entre sí.

e. Identificación de las fuentes de información

Una vez identificada la información, se hace necesario tener claridad sobre las posibles fuentes de información, las cuales la doctrina especializada las clasifica en cinco clases (Roldan Alvarez, 2008):

- Las que están en poder de terceros, ya sean entidades públicas o privadas, que de acuerdo con el artículo 121 del Código están obligadas a atender las solicitudes de manera inmediata, completa y gratuita. En todo caso, se debe tener presente que, como bien lo menciona el citado autor costarricense, algunos terceros pueden guardar cercanía con los titulares de derechos sobre los bienes investigados, pues se encuentran amparados por el secreto profesional, como es el caso de los abogados y contadores (Roldan Alvarez, 2008), evento en el cual se deberán tomar las medidas necesarias para obtener la información que

se encuentre en su poder, sin vulnerar garantías fundamentales.

- La información que está en poder del titular de los bienes investigados, la cual se puede obtener a través de técnicas especiales de investigación o con el uso de los actos de investigación que resulten más idóneos, ya sea a través de interceptación de comunicaciones, inspecciones o allanamientos y registros, etc.

- Información sujeta a reserva, como aquella amparada por el secreto profesional o bancario, la cual deberá obtenerse a través de la orden correspondiente, debidamente motivada, atendiendo al principio de razonabilidad y los criterios que le son esenciales, como el de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Es de anotar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 del nuevo Código, no es oponible ningún tipo de reserva bancaria, cambiaria, bursátil y tributaria, ni se puede impedir a la fiscalía el acceso a la información contenida en bases de datos. Sin embargo, esta facultad de investigación no es absoluta, pues presenta restricciones razonables, tratándose de información cuya reserva pretende salvaguardar intereses superiores, como la información sometida a secreto por razones de orden público o seguridad nacional, o aquella información judicial sometida a reserva por orden de un juez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 906, norma aplicable por vía de integración.

- Archivos y registros públicos, como aquellos que reposan en las cámaras de comercio, capitanías de puerto, secretarías de tránsito, oficinas de registro de instrumentos públicos, entre otras. Es de precisar que de acuerdo con las facultades conferidas al ente investigador en el artículo 122 del nuevo estatuto, se puede acceder a cualquier base de datos para obtener información de interés para la investigación, salvaguardando las reservas constitucionales y legales antes anotadas.

- Dictámenes de peritos y estudios de diversos tipos, es decir, aquellos que se encargan a un tercero, con especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Se debe resaltar que quizás este es uno de los aspectos más complejos de la investigación patrimonial con fines de extinción de dominio, toda vez que el fiscal debe tener plena claridad sobre qué tipo de estudio resulta más conveniente en un caso determinado, según la causal o el tipo de investigación que se escoja, teniendo en cuenta que no es lo mismo una investigación financiera que una investigación contable, pues cada una se basa en métodos diferentes, ya sean directos o indirectos de acreditación, los cuales varían según el objeto y finalidad.

2. Límites de la fase inicial

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117 del Código, la etapa inicial comenzará siempre de oficio, a través de resolución del fiscal que así lo ordene, con base en reporte, informe o denuncia que se encuentre debidamente fundada y permita inferir la probable existencia de bienes ilícitos que puedan ser pasibles de la extinción de dominio.

La fase inicial va hasta la fijación provisional de la pretensión a través de requerimiento que se presenta al juez o hasta el momento en que se reúnen los presupuestos para proferir una decisión de archivo. Es de aclarar que el artículo 123 del Código de Extinción hace relación a la fase inicial (propriadamente dicha) y no a la etapa inicial o preprocesal, pues una lectura sistemática del Código permite reconocer que la etapa preprocesal, descrita como tal en el artículo 116 del mencionado estatuto, tiene como límite la presentación de la pretensión al juez de extinción a través del correspondiente requerimiento.

3. Denunciantes y reportantes

Una de las pocas características que se conservan del esquema procesal anterior es la forma de iniciar la investigación en la fase inicial, pues la extinción de dominio se inicia siempre de oficio, con base en una noticia debidamente fundada, que puede ser una denuncia, un reporte de persona obligada, una orden de otra autoridad judicial o administrativa, un informe de verificación de policía judicial, etc.

Se debe recordar que en materia de extinción de dominio, todo ciudadano se encuentra en el deber de informar a la Fiscalía General de la Nación sobre la existencia de bienes que puedan ser pasibles de la acción de extinción de dominio, deber que es más exigente tratándose de servidores públicos, pues frente a ellos, el Código prevé consecuencias disciplinarias, ya que la omisión del reporte correspondiente es tipificada como falta grave.

4. Retribución

Desde la Ley 793 se han reconocido las enormes dificultades que existen para procurar la cooperación ciudadana en este tipo de investigaciones, pues no se pueden desconocer los factores de violencia o presión que suelen ejercer las organizaciones criminales en contra de quienes actúan de manera responsable y consciente de sus deberes ciudadanos, denunciando la existencia de bienes de origen o destinación ilícita; por esta razón, la ley adopta uno de los mecanismos que la doctrina reconoce como necesario y efectivo para combatir la delincuencia organizada (Brucet Anaya, 2007), como lo es el incentivo económico de las valerosas y oportunas denuncias ciudadanas, para lo cual se dispone de un estímulo económico a título de recompensa o retribución, que va del cero punto uno hasta el cinco por ciento del valor de los bienes denunciados o investigados.

La cooperación que es objeto de retribución solo se reconoce cuando proviene de los particulares, pues tratándose de servidores públicos, se presume que cualquier reporte responde al cumplimiento recto de sus deberes funcionales. Esta retribución puede ser de dos clases: retribución por reporte o denuncia efectiva y retribución por contribución efectiva en la obtención de evidencias o pruebas que permitan sustentar una sentencia declarativa de extinción de dominio.

Es de precisar que el Tribunal Superior de Bogotá ha fijado los parámetros objetivos para el reconocimiento de esta retribución:

“i) que el particular se identifique en el proceso o exista certeza sobre la persona de la cual proviene la denuncia, contribución o aporte de evidencia, para asegurar la seriedad de su intervención y evitar denuncias temerarias o infundadas; ii) que la denuncia, contribución o aporte de evidencias se haga formalmente, mediante declaración rendida procesalmente, esto es, no confidencial o informal; iii) que la denuncia, contribución o aporte de evidencias sea eficaz, esto es, conduzca a una extinción de dominio, pues no se trata de retribuir el simple cumplimiento de un deber ciudadano, sino una contribución calificada que haya permitido la efectiva extinción del dominio sobre unos bienes adquiridos por uno cualquiera de los mecanismos consagrados por el constituyente, y iv) que el juez en la sentencia pueda valorar la necesidad de protección para el particular que denunció y solicitar, en ese sentido, la colaboración de las autoridades correspondientes” (Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 2009).

El Código adopta la posibilidad de reservar la identidad del denunciante, regla que había sido introducida a través del artículo 75 de la Ley 1453, aspecto que por seguridad y legalidad deberá ser objeto de una reglamentación detallada en cuanto a los protocolos y los procedimientos a seguir para efectos de mantener la obligación de reserva. Sin embargo, mientras esta figura es reglamentada, resulta recomendable seguir con las prácticas que establecía la norma derogada, en cuanto a tramitar la denuncia en carpeta separada de la actuación principal, sometiéndola a reserva, dejando en custodia el acta correspondiente y manteniendo también en reserva el acto administrativo a través del cual el administrador del Frisco paga la retribución ordenada por el juez.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las sumas que se ordena pagar dentro del trámite de extinción por concepto de retribución, tienen la naturaleza de pasivo procesal, razón por la cual no se encuentran relacionadas en el artículo 91 del Código, pues los bienes que deben ser objeto de destinación definitiva, de acuerdo con los porcentajes allí mencionados, son aquellos que queden, una vez que el Frisco descuenta y pague el valor de la retribución, aspecto que deberá ser precisado por el juez en su sentencia o en la orden que le imparta al ente de administración.

5. Resolución de archivo

La resolución de archivo es una de las formas en que puede terminar la fase inicial, y solo procede siempre y cuando no se haya fijado la pretensión y se cumpla cualquiera de los presupuestos previstos en el artículo 124 del Código de Extinción.

A diferencia de la decisión inhibitoria prevista en la Ley 793, la resolución de archivo del nuevo esquema procesal presenta una naturaleza administrativa y no procesal. Sin embargo, comoquiera que los fines de la acción de extinción de dominio están atados a un mandato constitucional, esta decisión no queda al arbitrio o liberalidad del ente investigador, y por el contrario, presenta una seria reglamentación, siendo un acto reglado que admite control jurisdiccional posterior.

Como se mencionó anteriormente, la decisión de abrir un proceso en fase inicial bajo el esquema procesal propuesto en el nuevo Código demanda mayor seriedad y fundamentación que la que se exigía en vigencia de la Ley 793, pues se debe recordar que ante la falta de fundamento de una denuncia o reporte de bienes, la opción que

tiene el fiscal es la de abstenerse de avocar conocimiento y remitir el caso para la verificación a la policía judicial y no la de abrir una fase inicial. Adicionalmente, se debe recordar que la fase inicial no cuenta con un término preclusivo, razón por la cual las investigaciones cuentan con el tiempo suficiente para cumplir los objetivos previstos en el artículo 118 del Código de Extinción.

Fueron estas dos razones las que sustentaron los cambios en la resolución de archivo de una investigación de extinción de dominio, exigiendo el cumplimiento de expresos presupuestos normativos y fácticos, así como mayores exigencias argumentativas para lograr una decisión de esta índole, como se analiza a continuación:

a. Imposibilidad de identificar o encontrar bienes ilícitos

La primera exigencia hace relación a la imposibilidad de identificar “bienes que puedan ser pasibles de la acción de extinción de dominio”. Al respecto, se debe precisar que la identificación a la que esta regla hace referencia, no es la relacionada con la identificación jurídica de un bien, pues desde que se logre individualizar de manera inequívoca un bien que se encuentre comprometido en una causal de extinción de dominio, lo procedente es fijar la pretensión de extinción de dominio y no el archivo.

Por tanto, esta causal de archivo debe ser reconocida en aquellos eventos en que teniendo conocimiento sobre la existencia probable de bienes ilícitos, los mismos jamás logren ser encontrados o descubiertos, siendo imposible su identificación. Sería el caso de la investigación que se inicia con base en los resultados de una investigación penal, donde existen interceptaciones telefónicas y declaraciones que aseguran que una persona recibió una fuerte suma de dinero producto del narcotráfico, y con este dinero compró una embarcación por valor de 200 mil dólares, hecho que logra ser parcialmente verificado por la policía judicial, que logra documentar que para la fecha de las conversaciones, los que entregaron el dinero habían vendido algunos bienes y habían realizado múltiples retiros en efectivo de sus cuentas por el valor mencionado en la comunicaciones, hechos que habían sido corroborados por los testigos.

Es claro que la información verificada constituye un fundamento serio y razonable para iniciar una fase inicial, con el fin de encontrar e identificar la mencionada nave, pero puede suceder que jamás se logre conocer en qué puerto o en qué país fue registrada o a nombre de quién fue matriculada, siendo imposible su identificación, ni la identificación de otros bienes por valor equivalente a la suma ilícita entregada. En este caso, lo procedente es el archivo de la fase inicial.

b. Bienes identificados no comprometidos en una causal de extinción

Es frecuente que en desarrollo de una investigación patrimonial o financiera se logren identificar todos los bienes de una persona cuyas actividades ilícitas pueden comprometer su patrimonio en alguna causal de extinción de dominio. Sin embargo, el solo hecho de que una persona registre antecedentes penales o presente algún vínculo con alguna actividad delictiva, no es suficiente para promover la acción de extinción de dominio sobre todos sus bienes, pues la acción es real y no personal, y por tanto, las causales se predicen es de los bienes y no de las personas.

Es factible, por tanto, que entre los bienes identificados existan algunos que no tengan relación con una actividad ilícita y, por tanto, no se enmarcan en una causal de extinción de dominio, como sucede en los casos donde se identifican bienes adquiridos por un delincuente como producto de causas lícitas, como una sucesión, el pago de una indemnización o el producto de sus ahorros a través de un trabajo lícito, o existan bienes con anterioridad a la actividad delictiva que se invoca, o sean bienes lícitos aportados por su cónyuge a una sociedad y no existen elementos para acreditar una mezcla u otra causal extintiva.

Es claro que si durante la investigación se logra desvirtuar la hipótesis de caso en el sentido de acreditar que el bien identificado no guarda relación con una causal de extinción de dominio, resulta procedente el archivo con relación a dicho bien.

c. Ausencia de nexo de relación entre el titular del bien y la causal de extinción

Como se mencionó anteriormente, una de las consecuencias del reconocimiento de la dignidad humana como uno de los principios fundantes de la extinción de dominio, es la necesidad de valorar el nexo de relación que puede existir entre un titular de derechos y una causal de extinción de dominio (artículo 118.4 C.E.), pues las causales constitucionales no son plenamente objetivas, pues demandan una mínima valoración subjetiva de si el titular de los derechos (en aquellos casos donde existen) actuó en contravía de los postulados constitucionales que rigen el derecho de la propiedad frente a la forma de adquirir el derecho o con relación al cumplimiento de la función social que le es inherente.

Lo anterior, comoquiera que son múltiples los casos donde un bien aparece objetivamente comprometido en una causal de extinción de dominio, pero los titulares de derechos sobre el mismo no tienen ninguna relación con la dicha circunstancia. Es el caso frecuente de los inmuebles en arrendamiento destinados o utilizados por los inquilinos para la actividad ilícita de expendio de estupefacientes, donde se logra demostrar que el propietario procedió de buena fe exenta de cualquier culpa y desconocía o estaba en la imposibilidad de conocer la destinación ilícita que el arrendatario estaba haciendo del inmueble.

Si bien, a primera vista, el inmueble aparece comprometido en la causal quinta de extinción de dominio (que corresponde a la causal tercera de la Ley 793), los presupuestos para declarar la extinción del derecho de dominio no se cumple, por la ausencia del nexo de relación determinante, resultando, por tanto, procedente el archivo de la investigación.

d. Reconocimiento de derechos de terceros de buena fe exenta de culpa

También es frecuente que en el transcurso de una investigación se logren identificar bienes de origen o destinación ilícita, pero al momento de fijar la pretensión se constata que los mismos han sido transferidos a un tercero de buena fe, que actuó de manera lícita, prudente y diligente en la adquisición de su derecho.

Este supuesto fáctico ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional, desde sus primeras decisiones (Sentencia C 374, 1997), como uno de los típicos casos que habilitan al ejercicio de la acción sobre bienes equivalentes o equiparables al valor de los bienes traspasados al tercero de buena fe exenta de culpa, razón por la cual, en el evento de que no se pueda ejercer la acción sobre un bien cuestionado, por haber sido traspasado a un tercero que ha actuado de manera prudente y diligente conforme a los postulados de la buena fe y que, adicionalmente, no se logren identificar otros bienes de procedencia lícita que se puedan perseguir por vía de su equivalencia o correspondencia con el valor del bien traspasado, se debe reconocer que se está ante una circunstancia donde resulta imposible continuar con el trámite, siendo procedente la decisión de archivo.

e. Imposibilidad de fijar la pretensión de extinción de dominio

Ante la imposibilidad de consagrar una relación taxativa de los eventos en los cuales resulta procedente la resolución de archivo, el legislador dejó una cláusula abierta a otras circunstancias que impiden cumplir el fin principal de la fase inicial, como lo es fijar la pretensión extintiva.

Y es que adicional a los eventos relacionados en el artículo 124 del Código, existen otras circunstancias que imposibilitan cumplir con la función de estructurar la pretensión, como aquellos casos en los cuales se reconoce la garantía de la cosa juzgada porque se logra acreditar que el bien investigado ya había sido objeto de otro proceso por la misma causal, conservando el mismo dueño; también en aquellos eventos en los que sobre el bien investigado por vía de extinción de dominio es objeto de una sentencia de comiso proferida dentro de un proceso penal; así mismo, cuando el bien que se investiga pertenece a una sociedad sobre la cual se declara en otro proceso la extinción de dominio sobre el 100% de sus acciones o cuotas de participación social, o el bien deba ser destinado al restablecimiento del derecho de una víctima dentro de un proceso penal, o cualquier otra circunstancia similar que impida, de manera efectiva, configurar la pretensión de extinción de dominio.

f. Casos de rechazo de plano

La decisión de archivo también ha sido contemplada como la vía idónea de la decisión de rechazo de plano de aquellas noticias o reportes que por sus características no ameritan siquiera ser objeto de verificación a través de labores de policía judicial, por ser evidentemente infundadas, especulativas, anónimas o carentes de credibilidad; en estos casos, la norma busca estar acorde con la exigencia de seriedad contenida en el artículo 250 de la Constitución Política, que dispone que la fiscalía solo está en la obligación de adelantar las investigaciones de un hecho “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas” que lo justifiquen.

6. Desarchivo y control de legalidad

Como lo reconoce la doctrina, la decisión de archivo no hace tránsito a cosa juzgada, pues en ella no se resuelve ningún asunto de fondo con carácter definitivo y es simplemente una decisión de “...carácter provisional y provisorio ante una realidad

probatoria –positiva o negativa...” (Pabon Parra, 2013).

Es de recordar que la naturaleza de la decisión de archivo es administrativa, pues se da por fuera de una instancia procesal y, por tanto, puede ser revocada de oficio en cualquier momento sin formalidad alguna, cuando “... surjan nuevos elementos de juicio que permitan desvirtuar de manera fundada, razonada y coherente los argumentos fácticos, jurídicos o probatorios planteados en la resolución de archivo provisional” (artículo 125 C.E.).

Sin embargo, como la decisión de archivo conlleva la renuncia a una pretensión de interés público y de carácter constitucional, esta debe ser comunicada al representante del Ministerio Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al denunciante, si lo hubiese, quienes están plenamente facultados para solicitar la revocatoria de la decisión de archivo, al igual que cualquier otro ciudadano que acredite interés en que esta acción constitucional se promueva y aporte para ello los elementos probatorios que permitan desvirtuar de manera fundada, razonada y coherente los argumentos expuestos por el fiscal en la resolución de archivo.

En el evento de considerar que el desarchivo es improcedente, el fiscal deberá comunicar sus razones al interesado, quien a partir de ahí contará con 10 días para solicitar ante un juez de extinción el control jurisdiccional a esa decisión, para lo cual el interesado tiene una carga argumentativa mayor, pues no basta con expresar su inconformidad o alegar que la decisión afecta sus intereses en la actuación, como sería el caso de un denunciante con pretensión de retribución, pues la finalidad del control de legalidad va más allá del interés individual y, por tanto, la norma exige que el reclamante deberá acreditar objetivamente que los presupuestos fácticos, jurídicos o probatorios de la decisión de archivo no se ajustan a la legalidad o carecen de sustento.

Por esta misma razón, la decisión que resuelve el control de legalidad previsto no puede asemejarse a las decisiones que resuelven los recursos de impugnación previstos para el mismo acto en la Ley 793, pues con ellos no se busca que la decisión se revoque, aclare o modifique, sino que la misma se ajuste a la legalidad, pues como se viene mencionando, el juez de extinción de dominio actúa en todas sus decisiones como juez constitucional; por tanto, la revisión que haga de una decisión del ente investigador va más allá de los límites propios de los recursos de ley, pues debe penetrar en el estudio de la legalidad sustancial y formal de la actuación, máxime cuando la decisión de archivo se encuentra debidamente reglada y, por tanto, el juez puede verificar si la decisión del fiscal es acorde con lo dispuesto en el artículo 124 del Código de Extinción, o en su lugar, declarar que dichos presupuestos no se cumplen, para lo cual deberá indicar los defectos sustanciales o formales de la decisión de archivo, describiendo las acciones que se deben adoptar para que dicho acto se ajuste a la legalidad, de acuerdo con los principios y fines constitucionales que orientan la acción de extinción de dominio.

Así mismo, es de precisar que el tema de la legalidad de un acto que se registra dentro del trámite de una acción de extinción de dominio, dada su naturaleza constitucional, no es un asunto que solo le interese al interviniente que se considere afectado, sino que resulta de interés a todos los intervinientes del sistema. Por ello, el juez de extinción de dominio, de encontrar que la petición se encuentra debidamente fundada, socializará

la solicitud corriendo traslado de la misma a los representantes de la fiscalía, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y demás intervinientes que se hubiesen reconocido durante la fase inicial, pues de lo contrario, si observa que la petición carece de fundamento, la rechazará de plano.

Tanto la decisión que resuelve el control de legalidad, como aquella que rechaza de plano la solicitud, son susceptibles del recurso de apelación ante la sala de extinción de dominio del correspondiente tribunal superior del distrito judicial.

7. Medidas cautelares de carácter excepcional

El artículo 87 del nuevo Código establece como regla general que las medidas cautelares se decretarán cuando se reúnan los presupuestos mínimos para fijar la pretensión de extinción de dominio; por ello, el acto de imposición de una medida preventiva se considerará como una consecuencia lógica de la fijación provisional de la pretensión, pues es en ese estado de la actuación cuando los fines previstos en dicha norma legitiman su reconocimiento, por considerar que resultan necesarios e indispensables para garantizar el cumplimiento efectivo de una eventual sentencia de extinción de dominio.

Sin embargo, es posible que durante el desarrollo de la fase inicial se logre verificar un hecho que permita considerar razonablemente que el bien objeto de investigación corre un riesgo inminente de pérdida o de ser utilizado o destinado para actividades que lesionen bienes jurídicos, evento en el cual el artículo 89 faculta excepcionalmente al fiscal para adoptar medidas cautelares con anterioridad a la fijación provisional de la pretensión, siempre y cuando se verifiquen los siguientes presupuestos:

- Aunque parezca elemental, se debe constatar que efectivamente la investigación no ha cumplido con los fines previstos en el artículo 118 del Código, pues de reunirse los respectivos presupuestos, el acto que resultaría procedente sería la fijación de la pretensión, pues a diferencia de las posibilidades que admitía la anterior normatividad, se debe tener en cuenta que la regla general es que la fijación provisional de la pretensión es un presupuesto de la imposición de las medidas cautelares, y no al contrario.
- Que exista respaldo probatorio a los motivos fundados que justifiquen la adopción de esta excepcional medida. Es de anotar que aquí el Código adopta un concepto que es expresión del principio de razonabilidad que rige los actos de investigación en el procedimiento penal de la Ley 906, donde en su artículo 221, aplicable a este evento por vía de integración normativa (artículo 26 C.E.), se prescribe lo siguiente:
“Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado”.
- Que se constaten los criterios de necesidad previstos en el artículo 87 del Código de Extinción, por existir objetividades que permitan considerar con probabilidad de verdad que los bienes investigados pueden ser “ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción” o que resulte necesario “cesar su uso o destinación ilícita”.

A diferencia de las facultades excepcionales previstas en la Ley 793 de 2002, el nuevo Código establece una modificación relevante, pues establece un término perentorio de seis meses para agotar la fase inicial, en aquellos eventos donde se adopten excepcionalmente las medidas cautelares con anterioridad a la fijación provisional de la pretensión, corrigiendo así una de las más grandes inconsistencias que registraba la anterior normatividad, la cual no establecía límite alguno, abriendo espacio para que se pudieran presentar abusos en la utilización de esta figura, con la consecuente vulneración de derechos para quienes se veían afectados y no tenían la posibilidad de conocer y defenderse de una pretensión concreta dentro de un término razonable.

Se debe tener en cuenta que el término de seis meses es de carácter perentorio, lapso dentro del cual el fiscal deberá resolver la situación jurídica del bien afectado, ya sea fijando provisionalmente la pretensión u ordenando su devolución, disponiendo el correspondiente archivo de la fase inicial, so pena de incurrir en una vía de hecho o ilegalidad, que puede ser objeto del correspondiente control de que trata el artículo 111 del Código de Extinción.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que este tipo de medidas cautelares de carácter excepcional son más exigentes frente a la observancia del principio de razonabilidad, que las medidas cautelares posteriores a la fijación provisional de la pretensión, razón por la cual el artículo 88 del Código considera que en la mayoría de los casos solo resultará necesaria la imposición de la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo, sin que en principio se considere necesario realizar una afectación más intensa de los derechos fundamentales de los afectados, precisamente atendiendo a su carácter provisional.

Por tanto, en el evento en que resulte necesaria una medida cautelar de carácter material, las exigencias de motivación y argumentación serán mayores, ya que se debe justificar, desde el punto de vista constitucional y legal, por qué razón la intervención del Estado en materia de la limitación del derecho de propiedad y demás derechos que le son conexos resulta necesaria; en otras palabras, la carga de argumentación irá a sustentar por qué razón la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo es insuficiente para asegurar el bien mientras se cumplen los fines de la fase inicial.

Un ejemplo de esta situación sería el caso de los inmuebles destinados a las actividades ilícitas de expendio de estupefacientes, donde la intervención en fase inicial puede resultar necesaria con anterioridad a la fijación de la pretensión, con el fin de cesar la destinación ilícita y evitar así que el bien siga siendo utilizando en contravía de la función social de la propiedad, evento en el cual una medida cautelar de carácter material resulta ser la más idónea y proporcional para los fines pretendidos.

b) Fijación provisional de la pretensión

Cuando el fiscal constate que las labores de investigación desarrolladas durante la fase inicial cumplen con los fines previstos en el artículo 118 del Código de Extinción, proferirá una resolución en la cual dejará constancia de los hechos jurídicamente relevantes, la identificación de los bienes cuestionados, las causales que los comprometen y los elementos y pruebas que respaldarían la pretensión extintiva en un eventual juicio de extinción de dominio.

1. Naturaleza y justificación

De acuerdo con la exposición de motivos, la fijación provisional de la pretensión es “un acto de parte de la Fiscalía General de la Nación, y no tiene otro propósito que el de comunicar a los titulares de derechos reales afectados, la existencia del trámite de extinción de dominio” (Fiscal General de la Nación, 2013).

A diferencia de la resolución de inicio de la Ley 793, la fijación provisional de la pretensión no constituye una decisión interlocutoria sino de trámite, en la cual se identifican unos bienes y se expresan, con carácter informativo, los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que sustentarían un eventual requerimiento de extinción, que como bien se ha dicho, no constituye una decisión procesal, razón por la cual tampoco es controvertible por vía de los recursos procesales.

Esta decisión marca un hito especial durante la fase inicial, comoquiera que persigue cuatro fines en particular: garantizar el derecho de contradicción, preparar la elaboración del correspondiente requerimiento de extinción, perfeccionar la investigación y asegurar la comunicación de la investigación.

2. Garantía del derecho de contradicción

Uno de los fines implícitos del modelo procesal del nuevo Código es el de reducir al máximo las posibilidades de error judicial, pues como bien se conoce, la acción de extinción de dominio, dada su naturaleza y características, puede representar una limitación intensa de los derechos de los afectados dentro del trámite, limitaciones que solo se encuentran legitimadas si la investigación es acertada y bien fundamentada.

Consciente de la probabilidad del error judicial en este tipo de actuaciones, se ha considerado necesario que la persona que pueda resultar afectada con la pretensión de extinción tenga la facultad de ejercer sus derechos de contradicción y de defensa, incluso desde antes que el proceso de extinción se inicie formalmente, para lo cual se fija un momento durante la fase inicial en el cual se dan a conocer los aspectos básicos de la pretensión al potencial afectado, para que, si tiene a bien, presente su oposición al interés del ente investigador y presente, de manera extraprocesal, los elementos de juicio que considere necesarios para evitar que la fiscalía emita un requerimiento definitivo de extinción, convocando al correspondiente juicio.

Es de precisar que el esquema de contradicción propuesto durante la fase preprocesal no puede asimilarse a la etapa probatoria que existía en sede del trámite en fiscalía en vigencia de la Ley 793, pues bajo el nuevo esquema procesal, la fiscalía no puede actuar como juez y parte. Fue por esta razón que, ante la duplicidad de etapas probatorias que se registraban en el anterior procedimiento, el legislador dispuso suprimir el debate probatorio en sede de fiscalía, y solo reconoce un período de controversia probatoria durante la fase procesal o juicio de extinción, como bien se argumentó en la correspondiente exposición de motivos:

Esta duplicidad de etapas probatorias se muestra innecesaria, a juzgar porque la mayoría de las pruebas se practican en la fase inicial o en la etapa de investigación ante Fiscalía, con lo cual el juez sólo practica pruebas de

manera residual. Es decir, aquellas que no recolectó la Fiscalía. Así mismo, la duplicidad de etapas de alegatos resulta innecesaria, ya que el acervo probatorio normalmente no cambia de manera sustancial entre una y otra oportunidad, con lo cual los alegatos presentados ante los jueces se convierten en gran medida en una repetición de los alegatos ya presentados ante Fiscalía (Fiscal General de la Nación, 2013).

Siendo la extinción de dominio una acción constitucional, la misma debe estar acorde con los fines esenciales del Estado, entre ellos el de "... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan", razón por la cual la contradicción que se registra en sede preprocesal es el simple reconocimiento de este principio, sin que la informalidad que predomina en esta subfase pueda ser vista como contraria a las garantías constitucionales, pues por el contrario, se debe recordar que la "informalidad" es de pleno recibo en las acciones constitucionales, al punto tal de ser reconocida como uno de los principios de la acción constitucional de tutela (artículo 14, Decreto 2591 de 1991), razón por la cual la contradicción que se alude en el artículo 129 del Código de Extinción no es formal sino sustancial, sin que esté atada a ritos o formalismos procesales.

De otra parte, es oportuno precisar que este modelo de contradicción previa a la fijación de la pretensión no es extraño en nuestro sistema jurídico, pues es frecuente en las acciones de carácter sancionatorio, y en parte el Código se inspiró en el proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002, donde se prevé una etapa de investigación y contradicción previa a la calificación del proceso, la cual puede incidir seriamente en los resultados de la investigación, pues la contradicción que se presenta durante la fase de investigación puede llevar a que el proceso termine con orden de archivo o con formulación de cargos.

Este modelo de contradicción se adoptó parcialmente en el nuevo Código de Extinción, pues a pesar de que el fiscal considere que su investigación se encuentre perfeccionada, siempre existe la posibilidad de que el afectado pueda demostrar lo contrario, máxime cuando el Código adopta el sistema de carga dinámica de la prueba, a través del cual el afectado siempre tendrá la posibilidad de presentar elementos de prueba que permitan desestimar los fundamentos del ente investigador, como sucede en aquellos eventos en que el afectado demuestra que a pesar de que su bien se encuentra de manera objetiva comprometido dentro de una causal de extinción de dominio, su actuación siempre estuvo marcada por un proceder de buena fe exenta de culpa y, por tanto, la pretensión de extinción de dominio resulta inviable.

Es por esta razón que la fase inicial presenta distintas alternativas de terminación, ya sea a través de una decisión de archivo, cuando no se ha fijado provisionalmente la pretensión, o con un requerimiento de procedencia o improcedencia de la extinción de dominio, según la pretensión se estructure definitivamente o logre ser desestimada.

A partir del momento en que al afectado le es comunicada formalmente la resolución de fijación provisional de la pretensión, tendrá un término de 10 días para tener acceso a las pruebas que sustentan la decisión del fiscal y presentar su escrito de oposición, junto con las pruebas que pretenda hacer valer para desvirtuar la pretensión de la fiscalía o solicitar una terminación abreviada del proceso.

Es de anotar que si bien el artículo 129 del Código de Extinción hace relación a un término de 10 días para que el afectado y los demás intervinientes conozcan los fundamentos de la pretensión y las pruebas que la sustentan, dicho término no es perentorio, pues como se ha explicado, este descubrimiento anticipado tiene unos fines de garantía específicos que se pueden cumplir de manera informal en cualquier momento, durante el término que el Código le otorga al ente investigador para que radique su pretensión, que es el de 30 días, prorrogables excepcionalmente una sola vez por el mismo término.

3. Preparación del requerimiento de extinción

A diferencia del esquema procesal de la Ley 793, donde la fase inicial se enfocaba en el inicio del proceso, el nuevo Código busca que en esta fase se recauden los elementos probatorios que le permitan al ente investigador no solo estructurar seriamente la pretensión, sino conseguir una eventual sentencia de extinción de dominio. Por ello, cuando el fiscal decide radicar el requerimiento de extinción ante el juez, con el fin de que se inicie un juicio, es porque ya cuenta con todos los presupuestos exigidos en la norma para ello, según la causal o causales que se invoquen.

Por ejemplo, si la fiscalía busca estructurar la pretensión en la causal cuarta (que corresponde a la causal primera de la Ley 793), por considerar que los bienes forman parte de un incremento patrimonial no justificado producto de probables actividades ilícitas, esta labor de estructuración exigirá, en la mayoría de los casos, conocer la versión de licitud del titular de los bienes investigados, pues es él, y no el Estado, el que tiene la carga dinámica de justificar el origen de su patrimonio.

En efecto, una de las exigencias normativas de la causal hace relación a la “no justificación” o no explicación del origen lícito de los bienes, elemento de la causal que no puede darse por acreditado de manera especulativa o subjetiva, como sugieren algunos autores, que consideran que basta un acto unilateral de prueba (un dictamen contable) para tener por probada la causal (Donado Sierra, Galindo Gamba, Ferreira García, & Sanchez Perez, 2011, p. 25), pues el acto de justificar o no un patrimonio es una carga que solo le compete al titular de los bienes investigados, ya sea durante la fase inicial o en otro proceso, a menos que se niegue a ello o resulte imposible lograr su comparecencia para que pueda ejercer su derecho de contradicción.

Es claro que frente a este tipo de situaciones, resulta necesario contar con un espacio donde el afectado pueda ejercer su derechos de contradicción y oposición, pues de mantenerse la no justificación del patrimonio, quedaría estructurada la pretensión por vía de la causal cuarta; en el evento contrario, es decir, de existir una justificación lícita del origen de los bienes, la pretensión extintiva sería completamente distinta, pues obligaría a demandar del juez una declaratoria de la improcedencia de la acción, junto con la consecuente devolución de los bienes, decisión que haría tránsito a cosa juzgada.

4. Perfeccionamiento de la investigación

Como se ha descrito, la fase inicial tiene como fin primordial la estructuración de la pretensión, con lo que se busca corregir algunas malas prácticas que se daban en vigencia de la Ley 793, donde el proceso se podía iniciar de manera precaria y se tenía

la facultad de imponer medidas cautelares, a pesar de que las labores investigativas aún no habían concluido; es decir, los casos se iniciaban para investigar y no se investigaba para iniciar, o como lo demanda el nuevo Código, para fijar la pretensión.

Es por ello que el esquema procesal del nuevo Código de Extinción busca que se adopte como paradigma investigativo el de realizar una investigación completa, que sustente una demanda seria de extinción de dominio, de tal manera que cuando el fiscal adopta la decisión de presentar un requerimiento de extinción de dominio, es porque los resultados de la investigación le permiten visualizar como altamente probable la obtención de una sentencia favorable a su pretensión.

En otras palabras, este nuevo paradigma de fase inicial pretende que solo se afecte un bien o se llame a un ciudadano a dar cuentas sobre su patrimonio, cuando realmente existe mérito para ello; es decir, cuando se han recaudado los suficientes elementos de juicio que permiten cuestionar un patrimonio de manera seria, fundada y razonable.

Esta modificación obliga a reevaluar algunas posturas respecto a la valoración de las causales de extinción de dominio, en especial aquellas que consideran que existen algunas “causales técnicas” (Donado Sierra, Galindo Gamba , Ferreira García, & Sanchez Perez, 2011) y que, por tanto, basta con una revisión objetiva de las circunstancias previstas en la norma para iniciar un proceso. Lo anterior, comoquiera que este supuesto “técnico” se ha malinterpretado en la práctica, pues se ha entendido como una aparente facultad que habilita a la fiscalía a iniciar un proceso de extinción de dominio para llamar a justificar un patrimonio a cualquier ciudadano, así no exista objetividad alguna sobre la existencia de una actividad ilícita, aspecto que constituye sin duda un criterio extensivo de extinción de dominio que no se ajusta a los postulados y principios constitucionales tenidos en cuenta en el nuevo Código.

5. Comunicación efectiva de la investigación

Otro de los fines de la fijación provisional de la pretensión, es el de iniciar las acciones que pretendan garantizar los derechos de publicidad y contradicción de los posibles afectados, razón por la cual los artículos 47, 127 y 128 del nuevo Código le imponen al fiscal la carga funcional de adelantar todas las acciones que estén a su disposición, con el fin de comunicar o enterar personalmente al afectado (cuando existiese) la decisión de promover un proceso de extinción de dominio sobre sus bienes, noticia que también se rige por el principio de informalidad y que tiene como fin primordial el de realizar una comunicación efectiva para garantizar así la integración de la causa pasiva y del legítimo contradictorio.

Este acto de comunicación busca la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades procesales, y es de tal importancia, que con él se espera superar las enormes deficiencias que presentaba el régimen anterior, facilitando de manera efectiva el proceso de notificaciones que en la etapa procesal debe adelantar el juez.

6. Medidas cautelares y control de legalidad

Comoquiera que cualquier acto previo a la presentación del correspondiente requerimiento que convoca a juicio de extinción puede generar un serio riesgo de pérdida, enajenación, negociación, deterioro o destrucción de los bienes identificados

durante la fase inicial, se hace imperativo y necesario adoptar, a la par de la decisión de fijación provisional de la pretensión, otra resolución adicional, donde, de manera independiente, se señalen las medidas cautelares, siempre y cuando estas no hubiesen sido adoptadas con anterioridad, de manera excepcional.

Como se mencionó anteriormente, las medidas cautelares presentan un cambio sustancial en el nuevo Código, pues a diferencia de lo previsto en la Ley 793, donde la pretensión cautelar se confundía con la pretensión de extinción al considerarlas como una consecuencia automática de la decisión de iniciar el trámite, en la nueva normatividad estas medidas estarán determinadas por el cumplimiento de fines específicos, siendo gobernadas por el principio razonabilidad, razón por la cual la única medida que se puede adoptar sin mayor exigencia, por ser inherente a los trámites de extinción de dominio, es la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo, pues tratándose de las medidas de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes de entes jurídicos o unidades de explotación económica, estas deberán ser debidamente motivadas en cuanto a su razonabilidad y necesidad.

En otras palabras, en la vigencia del nuevo Código, no es necesario entrar a tomar el control físico de todos los bienes que sean objeto de la pretensión de extinción de dominio, pues de considerar que la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo es suficiente para cumplir los fines previstos en el artículo 87 del Código de Extinción, bastará con que la medida jurídica se reconozca de manera efectiva en el correspondiente registro. De lo contrario, si existe un fundamento serio que permita considerar que se hace necesaria la adopción de medidas cautelares de carácter material, la misma deberá ser fundamentada, argumentando por qué se considera idónea, necesaria y razonable para el cumplimiento de los respectivos fines.

Esta decisión, a diferencia de la fijación provisional de la pretensión, sí comporta una afectación intensa de los derechos fundamentales de los afectados, razón por la cual admite un control jurisdiccional de legalidad, control que, como bien se describe en la exposición de motivos, presenta cuatro características: es posterior, rogado, reglado y escrito (Fiscal General de la Nación, 2013).

c) Fijación definitiva de la pretensión

En cuanto a la pretensión, es claro que por mandato constitucional su definición y fijación le corresponde al Estado a través de la Fiscalía General de la Nación; a diferencia de las demás acciones constitucionales, donde la legitimación recae en los ciudadanos, ya sea para demandar de la jurisdicción la protección de uno de sus derechos, el cumplimiento de una ley o el ejercicio de un derecho colectivo, en materia de extinción de dominio esta legitimación quedó a cargo de la Fiscalía General de la Nación; es por ello que el Código toma como principal referente del inicio del proceso la fijación de la pretensión extintiva, a través de un requerimiento que se le presenta al juez a modo de demanda, con sus respectivos soportes.

Esta precisión conceptual frente a la pretensión de extinción de dominio llevó a reevaluar el papel de la Fiscalía General de la Nación dentro del trámite, pues si esta es titular de la acción de extinción de dominio, no existe mayor fundamento que justifique los controles procesales a la pretensión al interior de la misma fiscalía, comoquiera que el

trámite que se adelanta en la fase preprocesal no tienen ninguna otra finalidad que la de estructurar la pretensión que se llevará ante el juez para promover el inicio del juicio.

De ahí que los controles a la pretensión hayan sido completamente revaluados, y ya no son realizados al interior del ente investigador, pues en el evento de que algún interviniente requiera hacer un control de la pretensión, deberá adelantar los actos de contradicción y oposición pertinentes en sede jurisdiccional durante el correspondiente juicio.

d) Del escrito del requerimiento de declaratoria de improcedencia

Como se mencionó anteriormente, uno de los fines de la fijación provisional de la pretensión es el de garantizar el derecho de contradicción durante la fase preprocesal para reducir al máximo las posibilidades de error judicial, existiendo siempre la posibilidad de que el afectado, o cualquiera de los intervinientes dentro del trámite de extinción, logre desestimar los fundamentos provisionales de la pretensión, evento en el cual resulta imperativo procurar un pronunciamiento jurisdiccional donde de manera objetiva, transparente e imparcial se resuelva sobre la improcedencia de la acción a través de un fallo que es controlable por medio de los recursos ordinarios y que hace tránsito a cosa juzgada material.

El nuevo esquema demandará siempre mayor responsabilidad y seriedad de la fiscalía al momento de fijar provisionalmente la pretensión, pues el Código exige que dicho acto cuente con el mayor sustento fáctico, jurídico y probatorio y, por tanto, no resulta coherente la revocatoria unilateral de la decisión ni la renuncia de la pretensión en sede de la fiscalía, pues ello daría cuenta de una mala investigación durante la fase inicial.

Situación distinta se presenta cuando el afectado o cualquiera de los intervinientes logran desestimar los argumentos esbozados por el ente investigador. Frente a esta hipótesis, el nuevo Código ha pretendido preservar al máximo el carácter jurisdiccional de las decisiones relativas a la privación o reconocimiento de los derechos discutidos en el trámite de extinción de dominio, otorgando al juez la facultad de pronunciarse de manera definitiva sobre la improcedencia de la acción o la necesidad de mantener la pretensión convocando al correspondiente juicio.

Es por esta razón por la cual, una vez fijada provisionalmente la pretensión y ordenadas las medidas cautelares, el fiscal pierde total competencia para resolver sobre la devolución de los bienes, siendo el juez especializado de extinción de dominio el único facultado para revisar la actuación y verificar si durante la oportunidad de contradicción establecida en los artículos 129 y 131 del Código de Extinción, se logró desestimar oportunamente los elementos que sustentaban su pretensión.

Lo anterior, comoquiera que la declaratoria de improcedencia no constituye ningún acto de revisión de la decisión de fijar provisionalmente la pretensión o una revaloración de las pruebas invocadas en el requerimiento provisional. Por ello, en el evento de reconocer que algún interviniente o sujeto procesal aporta elementos que lo llevan a reconsiderar su posición, el fiscal deberá elaborar su escrito de requerimiento cumpliendo con los presupuestos establecidos en el artículo 132 del nuevo Código, pero a diferencia del requerimiento de extinción, se deberán precisar los fundamentos

que se tuvieron en cuenta para fijar provisionalmente la pretensión, confrontándolos con las pruebas sobrevinientes durante el período de contradicción antes mencionado. En todo caso, esta decisión tendrá un control formal interno por parte de los sujetos procesales e intervinientes, a través de un traslado común de tres días, que el juez ordenará al momento de avocar conocimiento, para que se presenten las observaciones sobre la solicitud de requerimiento que se consideren pertinentes. Así mismo, la decisión tendrá un control sustancial por parte del juez, quien una vez cumplido el objeto del traslado, deberá resolver de plano mediante sentencia o decisión interlocutoria.

En el evento de encontrar debidamente fundada la solicitud, el juez proferirá fallo de improcedencia, contra el cual procede el recurso de apelación. En el caso contrario, de considerar que los fundamentos esbozados en la decisión de fijación provisional de la pretensión deben mantenerse, el juez proferirá decisión interlocutoria, evento en el cual ordenará la devolución del requerimiento a la fiscalía y solicitará la variación de la asignación del proceso, en atención al principio de objetividad, como lo dispone el inciso último del artículo 136 del nuevo Código.

Si bien el Código no establece el procedimiento que se debe seguir tras la devolución del requerimiento de improcedencia, se debe considerar que en virtud de los principios de actuación procesal, celeridad y eficiencia, y finalidad del procedimiento consagrados en los artículos 19, 20 y 23 del Código de Extinción, se puede considerar que el nuevo fiscal queda habilitado en los términos previstos en el artículo 131; es decir, contará con treinta días prorrogables por un período igual, con el fin de que pueda contar con un término razonable para perfeccionar su fase inicial y presentar un nuevo requerimiento, en el cual se atiendan las razones expuestas por el juez en su decisión de devolución.

e) Del escrito del requerimiento de extinción

La fijación de la pretensión se realiza a través de un escrito que se denomina “requerimiento”, el cual debe ser entendido como una “demanda” de extinción, similar a las que se utilizan en las demás acciones constitucionales, pues se identifica plenamente con lo que algunos doctrinantes han definido como tal (Rojas Gómez, 2002, p. 94), concepto que es acogido por el artículo 132 del Código de Extinción como un acto de parte a través del cual el titular de la acción, que es el Estado, por medio de la Fiscalía General de la Nación, plantea su pretensión y presenta los soportes probatorios correspondientes.

Se debe tener presente que la modificación propuesta por el Código no responde a un simple cambio de denominación, sino a una reforma sustancial de la forma de promover el inicio del proceso, como se destaca en la correspondiente exposición de motivos del nuevo Código:

Pero la propuesta va más allá del simple cambio de nombre. De fondo lo que se propone es un cambio de naturaleza: en lugar de ser un acto judicial susceptible de impugnación a través de apelación o de control de legalidad a través de la consulta, pasa a ser un acto de parte cuyo control tiene lugar en el escenario natural donde se dirimen los litigios entre los particulares y el Estado: en un juicio público y contradictorio. De esa manera, el requerimiento de procedencia o improcedencia que formula la Fiscalía General de la Nación al juez sería el

equivalente a la demanda civil, a la demanda contencioso administrativa o a la acusación penal (en el proceso previsto en la Ley 906 de 2004), y por consiguiente no sería susceptible de recurso alguno (Fiscal General de la Nación, 2013).

A diferencia de la resolución de procedencia o improcedencia de la Ley 793, el requerimiento de extinción no es ninguna decisión interlocutoria, sino un acto de parte que debe contener la información suficiente para sustentar la pretensión y garantizar de manera efectiva los derechos de contradicción y oposición, como: el marco fáctico donde se relacionen los hechos jurídicamente relevantes; la identificación jurídica o material de los bienes y la indicación de su lugar de ubicación; la formulación de la pretensión redactada de manera sencilla, clara y completa; los fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión; la indicación de las medidas adoptadas y los datos de identificación, con indicación del lugar de ubicación de los titulares de derechos sobre los bienes afectados, con el fin de facilitar su notificación, con la constancia de si los mismos han comparecido o no durante la fase inicial, como lo dispone el artículo 47 del Código de Extinción.

Adicionalmente, se acompañarán al requerimiento las pruebas que respaldan la pretensión de extinción o las solicitudes de prueba que el fiscal considere como necesarias para practicar durante el juicio, para lo cual se conformará una carpeta que se entregará por duplicado al juzgado, la cual contendrá el requerimiento con los soportes probatorios correspondientes, ya sea documentalmente o a través de un medio digital, como lo permite el artículo 45 del Código, pues se debe recordar que en vigencia del nuevo estatuto ya no seguirán llevando los expedientes por tomos o cuadernos, pues el nuevo proceso adopta el manejo del proceso penal descrito en la Ley 906, con la ventaja de que la actuación de extinción de dominio puede ser completamente digital, siempre y cuando se garantice la posibilidad técnica de que todos los sujetos procesales e intervinientes puedan acceder a una copia. Se sigue así la experiencia de países como España, Argentina, Perú, Costa Rica, entre otros, donde se viene imponiendo el manejo de los denominados expedientes judiciales digitales o electrónicos.

La radicación del correspondiente requerimiento de extinción de dominio finiquita la etapa preprocesal o fase inicial y da lugar al inicio de la acción de extinción de dominio.

B. Extinción abreviada

El Código de Extinción de Dominio no podía ser ajeno a los mecanismos de simplificación procesal que imperan hoy en día en los sistemas procesales modernos y que buscan asegurar los resultados pretendidos en el proceso, empleando el menor desgaste de los recursos del sistema judicial, para lo cual la nueva normatividad busca acudir a la sensatez del afectado para que renuncie al debate del juicio cuando se registren una serie de presupuestos que le permitan aceptar que su bien se encuentra seriamente comprometido en una o varias de las causales de extinción de dominio.

Sin embargo, la extinción abreviada, como todo procedimiento simplificado, requiere de una serie de presupuestos que se pueden clasificar como necesarios, básicos y fundamentales, sin los cuales el acto procesal no adquiere validez y eficacia. No

obstante, se debe reconocer que no todos los presupuestos requeridos para una sentencia de extinción fueron expresamente contemplados por el legislador, pues se advierten algunas inconsistencias que bien pueden ser solventadas en la práctica por el juez acudiendo a la remisión analógica y la aplicación prevalente de las normas rectoras (artículo 27 C.E.), en atención a su función de garante constitucional, como se analizará más adelante.

1. Presupuestos necesarios

Para reconocer el procedimiento abreviado de considera necesario que previamente se haya definido la pretensión de extinción de dominio sobre un bien, al menos de manera provisional, con lo cual no es admisible acceder al procedimiento abreviado con la sola orden de medidas cautelares ordenadas durante la fase inicial, pues lo que realmente habilita al juez para conocer el caso, es que exista una pretensión extintiva sobre el bien cuestionado que amerite un pronunciamiento de fondo.

Así mismo, será necesario que el fin de la fase inicial previsto en el numeral 3º del artículo 116 del Código, de “Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados” se haya cumplido a cabalidad y que se hubiesen realizado de manera efectiva las comunicaciones de que tratan los artículos 127 y 128 ibídem, comoquiera que estos son presupuestos de garantía propios de la fase inicial, que el juez de conocimiento debe verificar antes de admitir un caso por el procedimiento abreviado.

2. Presupuestos básicos

De conformidad con el artículo 135 del Código, resulta necesario que se presente el requerimiento de extinción con sus correspondientes soportes, pues así medie el consentimiento del afectado, es necesario contar con este documento, pues es ahí donde se fija de manera definitiva la pretensión extintiva y se definen los límites objetivos que deberá observar el juez al momento de proferir la sentencia por vía anticipada.

Por otra parte, resulta básico que exista un reconocimiento del afectado sobre las circunstancias ilícitas que recaen sobre su bien, como lo demanda el artículo 133 del Código, el cual no solo debe ser expreso, sino que al igual que cualquier otro acto de reconocimiento de un hecho o circunstancia ilícita, debe ser libre, consciente, voluntario y debidamente informado, no solo de las consecuencias propias del trámite de extinción, sino también de los eventuales efectos penales, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia de extinción de dominio constituye una prueba idónea para acreditar la ilicitud del origen de un bien, como lo determina el inciso segundo del artículo 323 del Código Penal, que hace relación al objeto material del delito de lavado de activos.

3. Presupuestos fundamentales

El trámite abreviado presenta algunas deficiencias en la precisión sobre los actos procesales que se deben agotar para obtener una sentencia anticipada, pues el artículo 133 del Código solo dispone que con el reconocimiento expreso del afectado, se debe

considerar que la investigación es suficiente para sustentar ante el juez de extinción de dominio la pretensión extintiva y, por tanto, tan solo se requiere remitir las carpeta al juez para que se emita la correspondiente sentencia por vía anticipada, lo cual puede ser válido tratándose de cierto tipo de bienes o derechos, como cuando la acción recae sobre bienes muebles no sujetos a registro, dinero o derechos personales o créditos, donde no existe mayor duda sobre la capacidad dispositiva del titular del derecho para aceptar las consecuencias jurídicas de la acción.

Sin embargo, la situación de los bienes inmuebles y otros bienes sujetos a registro se puede considerar muy distinta, pues si bien, a primera vista, los anteriores presupuestos parecen suficientes, esta realidad se debilita si se atiende a los efectos jurídicos de la sentencia de extinción de dominio, que como cualquier sentencia que resuelve la discusión sobre el reconocimiento o no de derechos reales, debe tener efecto erga omnes.

Y es aquí donde surge la necesidad para que el juez adopte las medidas necesarias en procura de preservar las garantías fundamentales de quienes se puedan ver afectados con la decisión, pues para que a una sentencia se le pueda reconocer validez y eficacia frente a terceros o frente a cualquiera que pudiese invocar en el futuro algún interés sobre el bien, durante el proceso se debieron garantizar de manera efectiva los derechos de los indeterminados, presupuesto fundamental que bajo el nuevo esquema procesal se cumple a través de dos institutos:

- Garantizando la publicidad del proceso a través del emplazamiento de cualquier ciudadano con interés o derechos sobre el bien pretendido, y
- verificando que los derechos de los indeterminados cuenten con una representación efectiva, lo cual se logra a través de la notificación al representante del Ministerio Público, quien de acuerdo con sus funciones constitucionales y legales actúa en el trámite de extinción de dominio como un garante sustancial de la legalidad del proceso, asumiendo las funciones que en el anterior esquema procesal cumplía de manera formal el curador ad litem.

Por lo anterior, comoquiera que el Código solo alude a que el afectado puede renunciar al debate en juicio (artículo 13.9 C.E.) y no a las demás garantías del procedimiento, resulta recomendable que el juez de conocimiento, al momento de avocar el trámite del procedimiento abreviado, verifique el cumplimiento las citadas garantías, disponiendo judicialmente de los actos que se requieran para ello.

4. Sentencia anticipada especial

El artículo 134 trae una modalidad especial de sentencia anticipada, para aquellos casos en que las labores de identificación de los posibles titulares de derechos sobre el bien o bienes pretendidos (artículo 116.3 C.E.), arrojan como resultado información suficiente que permite considerar de manera seria, razonable y coherente que no existen titulares, o que resulta imposible su identificación y localización, como sucedería, por ejemplo, en el caso de los vehículos, antes mencionados, que son utilizados o destinados como medio o instrumento de actividades delictivas, cuyos sistemas de identificación se encuentran alterados o borrados, siendo imposible la identificación de

un titular; o los casos de maletas con dinero abandonadas en terminales o aeropuertos donde se realizan procedimientos judiciales, o aquellas divisas remitidas por correo tradicional con información falsa o inveraz de remitentes y destinatarios, entre otros muchos casos.

Estas conclusiones deben contar con el suficiente respaldo probatorio y no ser el producto de la ineficiencia investigativa, razón por la cual el juez de conocimiento deberá ejercer un control riguroso al momento de admitir el trámite de sentencia anticipada especial, mediante la verificación de los elementos de prueba e informes que ratifiquen que se adelantaron todas las labores de indagación que estaban al alcance del ente investigador para procurar identificar o individualizar a los titulares de derechos sobre el bien cuestionado.

5. Beneficios por colaboración

El tema de los beneficios por colaboración en materia de extinción de dominio es uno de los asuntos que mayores discusiones puede generar, toda vez que, en principio, la fiscalía no puede negociar lo que la misma Constitución obliga a extinguir.

Ya en vigencia de la Ley 1330 se había propuesto una fórmula de negociación o reconocimiento de beneficios que hasta el momento ha sido ineficaz, pues señala el reconocimiento de la exclusión de bienes que el mismo afectado delate, sin que exista claridad sobre los fundamentos que legitimen el retiro de la pretensión en los casos planteados en dicha norma, lo cual se traducía en una forma de legalización de algunos bienes del afectado con el simple reconocimiento de su ilicitud.

Sin embargo, el nuevo esquema procesal no puede ser ajeno a las tendencias de justicia premial o retributiva que buscan estimular la colaboración de los delincuentes y superar así las desventajas derivadas de la complejidad de las investigaciones contra el crimen organizado, en aquellos casos donde realmente se presenta una colaboración eficaz, como bien lo ha reconocido y recomendado la doctrina especializada (Brucet Anaya, 2007).

Es por ello que la nueva juridicidad, atendiendo a la naturaleza constitucional del instituto, reconoce algunos eventos en los cuales se puede realizar un test de ponderación que busque garantizar la prevalencia de los principios y valores constitucionales de carácter general, en especial aquellos que permiten cumplir los fines constitucionales de la administración de justicia y que justifiquen de manera razonable la concesión de algunos beneficios individuales del afectado, para lo cual extiende la figura de la retribución del artículo 121 del Código, pero por el monto de hasta un tres por ciento del valor de los bienes pretendidos, para aquellos afectados que se sometan al procedimiento abreviado, brindando una colaboración efectiva en cuatro aspectos de especial relevancia jurídica y social, como bien lo establece el parágrafo del artículo 133:

- En materia del reconocimiento de los derechos de las víctimas, a través de acciones concretas de reparación, restablecimiento del derecho y cesación de los efectos del delito. Es de precisar que este supuesto no se restringe a las víctimas de las posibles conductas delictivas en las que el afectado haya participado, sino

que se extiende a las víctimas de la organización criminal a la que pertenece, frente a cualquier otra actividad ilícita de la cual tenga conocimiento.

- Colaborando en la desarticulación de organizaciones criminales, delatando a sus dirigentes e integrantes y aportando los elementos de prueba que la administración de justicia requiere para obtener sentencias efectivas en su contra.

- Aportando información y elementos de prueba en las investigaciones que se adelantan contra los funcionarios de los entes de investigación y justicia que se han desviado de su función, ayudando a resolver los casos de corrupción de que tengan conocimiento, o ayudando a resolver y sancionar los casos de neutralización de las acciones de fiscales, jueces e investigadores por acciones de intimidación, violencia o manipulación fraudulenta de sus casos.

- Colaborando en la desarticulación de la eliminación de la infraestructura económica de las organizaciones criminales a través de la denuncia o entrega de nuevos bienes ilícitos y el aporte de elementos de juicio que permitan obtener las correspondientes sentencias.

C. Etapa procesal o juicio de extinción

La fase procesal del trámite que se desarrolla ante el juez especializado de extinción de dominio no sufre mayores modificaciones en el nuevo Código, aunque sí presenta importantes novedades en materia de protección de las garantías constitucionales y la adopción de algunos institutos procesales que antes estaban incorporados a la fase preprocesal.

1. Iniciación del proceso

A pesar de que la Corte Constitucional ha encontrado ajustada a la Carta Política la facultad que la Ley 793 le confiere a la Fiscalía General de la Nación para iniciar el trámite extintivo (Sentencia C 740, 2003) (Sentencia C 540, 2011), tras considerar que al legislador le incumbe desarrollar la acción de extinción de dominio en todo aquello que no haya sido previsto por el constituyente, dicha función presenta algunas inconsistencias desde la perspectiva de la naturaleza jurisdiccional constitucional de la acción, reconocida en las mismas decisiones, la cual obligó a reconsiderar totalmente la forma de iniciar el proceso.

Lo anterior pues si bien el artículo 11 de la Ley 793 aludía a que el inicio del proceso estaba a cargo del fiscal, en la práctica la pretensión se fijaba de manera definitiva al momento de proferir la decisión de procedencia o improcedencia, pues era esta la que marcaba el límite real de la fase investigativa y daba lugar al inicio de la etapa procesal. Sin embargo, este esquema se vino desdibujando a través de las modificaciones que fueron introducidas posteriormente por las leyes 1395 y 1453, que progresivamente fueron introduciendo algunas características de corte adversarial dentro de la etapa del juicio, otorgando mayor relevancia a la actividad procesal en sede del juez, en especial con relación a la estructuración de un verdadero juicio de extinción de dominio, con la introducción de una etapa probatoria y de alegatos que no eran reconocidas como tal

en vigencia de la primera versión de la Ley 793.

Sin embargo, se debe reconocer que estas inconsistencias técnicas tan solo se hicieron más evidentes con las modificaciones introducidas por las reformas, pues desde mucho antes ya habían sido identificadas por el magistrado de la Corte Constitucional Alfredo Beltrán Sierra en uno de sus salvamentos de voto (Sentencia C 740, 2003), al resaltar el carácter jurisdiccional de la acción de extinción de dominio y cuestionar el momento del inicio del proceso en los siguientes términos:

“Así mismo, si la acción es de carácter patrimonial, jurisdiccional y real, no puede la Fiscalía General de la Nación proferir la llamada ‘resolución de sustanciación’, ni disponer el emplazamiento de quienes figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios, ni ordenar su fijación por edicto, ni decretar pruebas, ni surtir traslados para alegar de conclusión, ni tampoco tiene competencia para dictar ‘una resolución en la cual decidirá respecto de la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio’, pues como se advierte sin dificultad alguna todas las actuaciones a que se ha hecho referencia son propias de los jueces en ejercicio de funciones jurisdiccionales”.

Es por ello que el nuevo Código entra a revisar de nuevo la discusión sobre el momento del inicio del proceso, estableciendo que dada su naturaleza de acción constitucional, esta inicia técnicamente en sede jurisdiccional con la admisión del requerimiento de extinción con sus respectivos soportes ante los jueces especializados de extinción de dominio.

a) Admisión del requerimiento

El juez admitirá el requerimiento de extinción cuando constate que concurren los factores de competencia previstos en el artículo 35 y siguientes del nuevo Código y verifique que el escrito cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 132 del Código de Extinción.

A diferencia de lo planteado en la Ley 793, la admisión del requerimiento no puede ser vista como un simple acto de trámite, pues a pesar de realizarse a través de una resolución de sustanciación notificable, como lo dispone el artículo 137, se debe recordar que el juez de extinción ostenta una doble condición dentro del nuevo esquema, no solo como juez de conocimiento para resolver sobre la pretensión presentada por la Fiscalía General de la Nación, sino también como garante constitucional de las actuaciones realizadas durante la investigación, por lo cual está en la obligación de no reconocer legitimidad de las actuaciones del ente investigador si encuentra que la fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, como claramente lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C 540, 2011).

Y es que en atención a los principios de actuación procesal y finalidad del proceso contenidos en los artículos 19 y 23 del Código de Extinción, el juez debe velar por que el requerimiento cumpla con todos los presupuestos formales y sustanciales exigidos en la nueva juridicidad, pues solo así se garantizan efectivamente los derechos de contradicción y oposición que la misma ley establece.

Lo anterior permite considerar, como bien lo precisa el jurista mexicano Ramos Martínez (2009), que si el requerimiento o demanda de extinción es “oscuro o irregular” puede ser objeto de control formal oficioso por parte del juez de conocimiento, quien puede inadmitirlo requiriendo a la fiscalía para que aclare, corrija o complete su escrito (Arredondo Campuzano, et al., 2009, p. 188), medida que también es predicable a aquellos eventos en que no se cumpla objetivamente con los presupuestos del artículo 132 del Código de Extinción o no acompañe los soportes probatorios relacionados en el escrito; incluso, puede penetrar en aspectos más de fondo, como cuando el escrito no cumple con la garantía establecida en el numeral 3 del artículo 13 del Código, por no contener los hechos y fundamentos que sustentan la pretensión de extinción de dominio expuestos en términos claros y comprensibles.

Sin embargo, este tipo de controles también procede a ruego de cualquiera de las partes o intervinientes con posterioridad al traslado de que trata el artículo 141 del Código, para lo cual el juez deberá emitir un auto inadmitiendo el requerimiento y concediendo un término de cinco días para que se subsanen las inconsistencias que se lleguen a detectar.

b) Notificación del requerimiento

El régimen de notificaciones es uno de los asuntos que mayores cambios registran, pues si bien pareciera que se traslada una carga procesal que antes estaba a cargo de la fiscalía y ahora pasa al juez, dicha apreciación es aparente, pues como se mencionó anteriormente, durante la fase inicial se impuso la obligación al fiscal de identificar a los titulares de derechos sobre los bienes pretendidos e investigar sobre cuál es el lugar donde puedan ser notificados los posibles afectados y se impuso a la Fiscalía General de la Nación el deber funcional de comunicar de manera efectiva la existencia de la investigación (artículo 128 C.E.).

Como se ha mencionado, el proceso de notificaciones no es un acto formal, sino que tiene una seria relevancia sustancial, razón por la cual la labor del juez no solo será la de disponer la formalización de los actos de notificación, sino que además deberá garantizar que se cumpla de manera efectiva la integración de la causa pasiva y del legítimo contradictorio, a través de la adopción o ideación de un mecanismo o método eficaz que asegure al afectado y demás intervinientes acudir al llamamiento que le hace la administración de justicia, como bien lo sugiere la doctrina especializada (Rojas Gómez, 2002, p. 187).

Es de recordar que la Ley 793 no exigía durante la investigación la identificación de los titulares de derechos sobre los bienes cuestionados, ni mucho menos la identificación del lugar o lugares donde recibirían notificaciones, deficiencia que generaba uno de los principales problemas que registraba el anterior esquema, pues generalmente el trámite se estancaba en esta actuación procesal.

Situación distinta prevé el nuevo Código, pues el esquema propuesto obliga a la Fiscalía General de la Nación a identificar previamente a todos los posibles afectados y establecer el lugar donde deben ser notificados, tarea que se debe cumplir de manera obligatoria durante la investigación en fase inicial. Adicionalmente, se impone la tarea

de comunicar la existencia del caso, desde antes de promover formalmente el inicio de la acción, con lo cual se simplifica ampliamente la carga funcional que debe asumir el juez, pues las exigencias de garantía que se imponen durante la fase preprocesal al ente investigador, van a facilitar ampliamente la labor de notificación del auto con el que se avoca conocimiento del juicio de extinción, que como bien lo dispone el artículo 53 del Código, es la única decisión notificable de manera personal durante la etapa del juicio.

Por ello se puede afirmar que el acto de notificaciones en el nuevo procedimiento, más que una carga procesal que se le traslada al juez, es una exigencia de garantía inherente a su condición de juez constitucional, pues debe actuar como garante del respeto del principio de publicidad interna y de la verificación efectiva de que se cumpla con la legalidad de los actos que permiten la integración de la causa pasiva y del legítimo contradictorio.

Se debe recordar, además, que si bien el juez puede decretar pruebas de oficio, ello no quiere decir que esté investido de facultades investigativas, por lo cual toda labor de individualización de los posibles afectados y la identificación de las direcciones donde se puedan realizar sus citaciones para cumplir con el acto de notificación, deben ser adelantadas de manera efectiva durante la etapa preprocesal y, en el evento en que se desconozca el domicilio del afectado o el de su representante legal, el fiscal está en la obligación de dejar la correspondiente constancia en su requerimiento, indicando que le fue imposible su ubicación, precisando cuáles fueron las diligencias que estuvieron a su alcance para cumplir con dicho propósito, como presupuesto probatorio para proceder al emplazamiento, previo agotamiento de un público llamamiento a través de la fijación, publicación y difusión del correspondiente edicto.

Adicionalmente, se debe precisar que si bien el Código en su artículo 53 mantiene la regla que dispone que las citaciones al afectado con el fin de notificación personal del auto que admite el requerimiento se deben realizar para que comparezca personalmente a la secretaría del juzgado de conocimiento, se debe tener en cuenta que el nuevo Código se preocupa seriamente de que se cumpla con las garantías frente al derecho de acceso al expediente (artículo 13 N° 1°), e incluso, acoge algunas reglas de Brasilia (Cumbre Judicial Iberoamérica, 2008) frente a las garantías de las personas que se encuentren en evidentes condiciones de vulnerabilidad por razones de pobreza, género, discapacidad, diversidad étnica o cultural o cualquier otra condición semejante, para que puedan estar representadas en el trámite por un profesional idóneo adscrito a la defensoría del pueblo.

Estas reglas tienen una especial incidencia, tratándose de la necesidad de notificar a personas que se encuentran por fuera del lugar donde se adelanta el proceso, pues es deber del Estado garantizar que este acto procesal de importantes efectos sustanciales logre ser notificado personalmente. Si bien el Código no prevé expresamente esta situación, sí permite que por aplicación analógica de los artículos 143 y 153 del Código, se pueda comisionar a otra autoridad judicial o administrativa, con el propósito de que surta la notificación en los términos previstos en el artículo 53 del mencionado estatuto.

2. Emplazamiento

El tema de las notificaciones no es un asunto que se pueda tomar de forma ligera dados

sus particulares efectos sustanciales frente al reconocimiento de la legitimación pasiva y la integración del contradictorio. Por ello, atendiendo al carácter real de la acción y los efectos erga omnes de la sentencia, el proceso de extinción de dominio siempre demandará del Estado el máximo esfuerzo para que se logre la notificación personal de los afectados, y en el evento de no ser posible, por no lograr su comparecencia, desconocer su ubicación, constatar su rebeldía o, simplemente, por desconocimiento de su existencia, se hará necesario surtir el emplazamiento de los no comparecientes e indeterminados.

Dados sus efectos procesales, este acto requiere el cumplimiento de una serie de presupuestos, establecidos con el fin de garantizar al máximo el derecho de los no comparecientes e indeterminados, para lo cual el juez deberá verificar los siguientes presupuestos:

- Que durante la fase inicial se hubiese actuado con suficiente diligencia, realizando todas las acciones necesarias para individualizar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes pretendidos, estableciendo el lugar donde se pudiesen notificar (artículos 47 y 127 C.E.).
- Que se hubiese intentado de manera idónea la notificación personal, en aquellos casos donde la información obtenida lo permitiese (artículos 53 y 138 C.E.).
- Que se hubiese agotado el procedimiento de advertencia con noticia suficiente a través de un aviso fijado en el bien pretendido o remitido por el medio más expedito a las direcciones identificadas durante la fase inicial (artículo 139 C.E.).
- Que los no comparecientes e indeterminados hubiesen sido emplazados mediante edicto que deberá gozar de amplia difusión, por fijación en la secretaría del juzgado y publicación en las páginas web de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, en un periódico de amplia circulación nacional y en una radiodifusora con cobertura en el lugar de ubicación de los bienes, o del lugar donde se adelante el proceso, en caso de bienes localizados en distintas ciudades, siguiendo por analogía las reglas de competencia previstas en el artículo 35 del Código (artículo 140 C.E.).

No se puede desconocer que la nueva juridicidad es más exigente que la legislación anterior frente a los presupuestos del acto del emplazamiento, lo cual es producto del reconocimiento de la naturaleza constitucional de la acción, pues el Código no puede prescindir de las reflexiones que nuestro máximo tribunal constitucional ha realizado sobre los presupuestos de este acto procesal, que al analizar una regla similar contenida en el ordenamiento procesal, puntualizó lo siguiente:

La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntado los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado (Sentencia C 591, 2005).

Guardando las respectivas proporciones frente a sus efectos, la lectura de las garantías constitucionales que rodean el acto de emplazamiento en el proceso penal no difieren de las que se deben reconocer en materia de extinción de dominio, razón por la cual no se puede decir que el nuevo Código le trasladó al juez de extinción de dominio la tarea de adelantar los actos procesales de notificación y emplazamiento, sino por el contrario, lo que hace la nueva jurisdicción es reconocer que estos actos demandan un efectivo control jurisdiccional, el cual resulta más idóneo y efectivo que el previsto en la anterior Ley 793.

De otra parte, se debe resaltar que esta etapa presenta un importante cambio frente a la garantía de la representación de los intereses de los comparecientes y terceros indeterminados, comoquiera que suprime la figura de curador ad litem, trasladando sus funciones al Ministerio Público, como lo dispone el artículo 31 del nuevo Código.

Una lectura desprevenida de la reforma podría llevar a pensar que se suprimió una garantía y por tanto se afectarían seriamente los intereses de representación de los ausentes en el proceso; sin embargo, una revisión detallada de la función que cumplía el curador dentro del trámite extintivo (Fiscal General de la Nación, 2013), permitió reconocer que esta figura era tan solo formal, pues se debe recordar que su poder de intervención es bastante limitado y tan solo puede realizar aquellos actos procesales que no están reservados a la parte misma, por lo que es constante que su intervención se reduzca generalmente a ejercer la defensa de sus representados con la conocida fórmula o muletilla común en el derecho civil de “Me atengo a lo que se pruebe”, expresión que no se ajusta a los criterios de lógica racional, como la resalta la doctrina (Bernal Cuellar & Montealegre Lynet, 2013, p. 357), de la protección efectiva o sustancial de los intereses de sus representados, que es la que debe predominar en una acción de naturaleza constitucional.

Si bien se suele ver al curador ad litem como una especie de defensor público, se debe recordar que la expresión ad litem significa “para el pleito”-“únicamente para el proceso” (Bustamante Bustamante, 2012, p. 55), con lo cual su función esencial es la de velar por la legalidad del proceso y del respeto de las garantías del ausente, función que en esencia coincide con la labor que cumple el representante del Ministerio Público en los procesos judiciales, como guarda del respeto de los derechos fundamentales y la vigilancia de la conducta de quienes ejercen la función pública de administrar justicia, intervención que en la práctica resulta más efectiva y eficiente, pues su participación dentro de los trámites de extinción de dominio no es formal sino sustancial.

3. Contradicción, oposición y defensa

Una vez integrado en debida forma el legítimo contradictorio, el juez deberá dar paso a las oportunidades procesales para que los intervinientes ejerzan plenamente sus derechos y facultades de intervención procesal, en especial en lo que tiene que ver con el ejercicio de los derechos de contradicción, oposición y defensa de sus intereses dentro del trámite, para lo cual el artículo 141 del Código establece un traslado común²⁴ de cinco días para que los sujetos procesales realicen sus solicitudes.

²⁴Se debe precisar que en el nuevo Código de Extinción los traslados son comunes y no individuales, como se había establecido en la Ley 1453.

Sin embargo, la nueva norma presenta una particular inconsistencia, pues es ambigua frente al momento desde el cual se debe contar este término, pues dispone que el traslado se correrá “Dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que avoca conocimiento”, que de acuerdo con la nueva redacción, se verificaría con posterioridad a la notificación efectiva de la decisión a quienes se les reconozca legitimación pasiva.

A diferencia de lo previsto en la Ley 793²⁵, donde la etapa de notificaciones culminaba con la última notificación, que era la del curador ad litem, en la nueva juridicidad esta etapa culmina con el vencimiento del término de tres días de comparecencia que se le otorgan a quienes han sido emplazados después de la fijación del edicto, término dentro del cual se pueden registrar aún las últimas notificaciones de aquellos que respondan al llamamiento realizado a través del edicto emplazatorio.

Es claro que con el nuevo trámite no es necesario notificar al representante del Ministerio Público con posterioridad al emplazamiento, pues si bien este entra a reemplazar al curador ad litem, su función de representar los intereses de los no comparecientes e indeterminados es legal y, por tanto, se entiende que para ese momento procesal, ya debe estar notificado conforme lo dispone el artículo 138 de Código.

Es por ello que el término común de cinco días al que se hace relación en el artículo 141 del Código, en la práctica deberá contarse a partir del día siguiente en que se deje constancia del vencimiento del traslado de tres días posteriores a la fijación del edicto. Si bien los traslados son una carga secretarial que no requieren de un auto que los ordene, nada impide que el juez, atendiendo a su función de garante de la legalidad del procedimiento, verifique que el proceso de notificaciones y emplazamiento se cumpla a cabalidad, y por seguridad jurídica y garantía efectiva de los derechos de contradicción, oposición y defensa, emita un auto de trámite notificable conforme al artículo 58 del Código, donde ordene correr el citado traslado.

Lo anterior, comoquiera que este acto procesal representa una de las principales garantías del juicio de extinción, ya que le permite a los sujetos procesales y demás intervinientes realizar un control formal del requerimiento presentado por la fiscalía, pues a partir de ahí pueden demandar el saneamiento del proceso a través de la declaratoria de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades; presentar su escrito de oposición, donde consignen las observaciones que consideren pertinentes sobre el requerimiento de extinción o cuestionar el cumplimiento de los presupuestos de ley.

Pero su importancia no se limita a las oportunidades de ejercer control sobre el requerimiento de extinción, sino que constituye el principal momento para ejercer sustancialmente el derecho de contradicción frente a la pretensión presentada por la fiscalía, pues este traslado también es el momento procesal donde los intervinientes pueden ejercer sus solicitudes probatorias, como las siguientes:

²⁵Se hace relación al artículo 13 de la Ley 793 de 2002 y al artículo 80 de la Ley 1395 de 2010, comoquiera que esta oportunidad procesal fue eliminada por el artículo 82 de la Ley 1453 de 2011, que suprimió algunas garantías del trámite de extinción.

- Aportando las pruebas que tienen en su poder y con las cuales pueden sustentar los fundamentos de su intervención u oposición.
- Solicitar la convalidación de las pruebas presentadas durante la fase inicial.
- Solicitar nuevas pruebas para que sean practicadas durante el juicio.
- Solicitar la inadmisión de las pruebas presentadas por la contraparte, cuando estas resulten innecesarias, impertinentes o inconducentes.
- Solicitar la exclusión de aquellas pruebas presentadas por la contraparte afectadas por vicios de legitimidad o validez.

El Código reconoce enorme importancia a este momento procesal, al punto tal que demanda que los controles que efectúe el juez y las respuestas de las peticiones, se debe realizar a través de auto interlocutorio que deberá ser emitido dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del traslado, en el cual se pueden dar las siguientes circunstancias:

- Puede ejercer control de legalidad sobre el escrito de requerimiento de extinción, indicando las falencias que presenta para que sean subsanadas dentro de los cinco días siguientes a su devolución.
- Puede adoptar una decisión de saneamiento, al reconocer alguna causal de incompetencia, impedimento, recusación o nulidad,
- Puede admitir directamente las oposiciones e intervenciones y ordenar abrir el período probatorio de 30 días, decretando las pruebas que encuentre necesarias, conducentes, pertinentes.
- Puede negar la práctica de las pruebas que resulten innecesarias, inconducentes o impertinentes o excluir aquellas con vicios de legitimidad o validez, para lo cual dispondrá el trámite para que se ejerza el derecho de impugnación.
- Puede ordenar de oficio las pruebas que considere pertinentes y conducentes, para lo cual el Código establece una carga argumentativa adicional para motivar la necesidad de la prueba.

4. De la inadmisión del requerimiento

Como se ha mencionado, son varias las inconsistencias formales y sustanciales que pueden llevar a que el juez de conocimiento, dentro de su función de control sobre el escrito de requerimiento de extinción, proceda a devolver la solicitud a la fiscalía para que subsane las falencias o deficiencias que identifique, otorgando un término de cinco días para ello.

El Código no prevé la acción a seguir en el evento de que el requerimiento no sea subsanado dentro del término legal o que las acciones correctivas desplegadas por la fiscalía no sean completas o efectivas. Estas circunstancias pueden generar acciones

concretas del juez, pero con consecuencias diversas según la situación:

a. Que el requerimiento no sea subsanado dentro del término legal

Con relación a este eventual caso, se debe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 (principio de celeridad), se dispone que los términos dentro del proceso de extinción de dominio son perentorios, por lo cual su incumplimiento genera las consecuencias de ley; es decir, el juez deberá tener como no presentado el escrito de requerimiento de extinción, y deberá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 131 del Código de Extinción, con las consecuentes medidas disciplinarias y administrativas que recaen sobre el fiscal, quien quedará relevado del proceso.

b. Que el requerimiento sea presentado en tiempo, pero las acciones correctivas sean incompletas o deficientes

En este evento el juez deberá admitir el requerimiento de extinción de dominio, dejando constancia de las inconsistencias que presenta, las cuales podrían incidir de manera negativa frente a la pretensión o debilitar seriamente la hipótesis del fiscal, quien deberá asumir las consecuencias que le puedan acarrear durante el debate procesal, a menos que dichas inconsistencias no recaigan sobre aspectos sustanciales de la pretensión y puedan ser susceptibles de corrección durante la etapa probatoria, siempre y cuando se garantice de manera efectiva el derecho de contradicción.

Un ejemplo de esta situación se presenta cuando el requerimiento de extinción de dominio es inadmitido, porque las pruebas que sustentan la pretensión no cumplen con el requisito formal previsto en el artículo 43 del Código de estar en idioma castellano, y dicha inconsistencia no logra ser subsanada dentro del término legal, pero sí puede ser superada durante el transcurso del juicio, para lo cual el juez deberá adoptar el mecanismo que considere más idóneo para garantizar a la parte afectada el conocimiento oportuno de estos elementos de prueba, así como su derecho de contradicción.

5. Etapa probatoria

Dispone el artículo 142 del Código de Extinción de Dominio, que vencido el traslado común al que se ha hecho referencia, el juez estudiará las solicitudes probatorias, y si bien el artículo 141 hace relación a que todas las solicitudes que se presenten durante el traslado en mención se deben resolver mediante auto interlocutorio, ello no quiere decir que siempre se deban acumular o concentrar las respuestas de las peticiones en una misma decisión, pues el auto que abre el proceso a pruebas presenta unas características especiales que la distingue de la decisión que resuelve las peticiones de saneamiento del proceso sobre competencia, nulidades o recusaciones, no solo porque tiene efectos procesales independientes, pues la orden de apertura a pruebas marca el tránsito a una nueva etapa procesal, sino también porque su impugnación por vía del recurso de apelación presenta efectos distintos a la de los otros asuntos, pues se concede en efecto suspensivo, razón por la cual resulta recomendable atender las peticiones de saneamiento del proceso de manera independiente de la decisión de pruebas, para evitar posibles dilaciones injustificadas durante el juicio, garantizando así la efectividad de esta etapa procesal.

Por otra parte, se debe resaltar que el reconocimiento de la naturaleza constitucional de la acción y el desarrollo normativo que hace el Código sobre los distintos medios de prueba admisibles en el juicio de extinción, han llevado a que el proceso de producción probatoria sea más serio y garantista, por lo cual el proceso de admisibilidad y decreto de las pruebas en el nuevo Código demanda un ejercicio intelectual mucho más exigente de lo que usualmente se considera, toda vez que su reconocimiento exige la observancia de parámetros de legalidad que apuntan a que toda prueba pase por el tamiz de la reflexión sobre su legitimidad y validez, como bien lo sugirió la Corte Constitucional, que atribuyó al juez de conocimiento la función de ejercer control de legalidad sobre estos aspectos en los siguientes términos:

No obstante, la Sala precisa que las funciones que en materia de exclusión de pruebas irregulares desempeña el juez de control de garantías en el proceso penal, en el proceso de extinción de dominio debe cumplirlas el juez de conocimiento. A este juez corresponde entonces, si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, no reconocer legitimidad a su actuación y, lo que es más importante, reputar inexistentes y no valorar los elementos de prueba recaudados, en concordancia con el artículo 29 superior, según el cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso (Sentencia C 540, 2011).

A pesar de lo anterior, se debe destacar que la dinámica probatoria durante el juicio es mucho más sencilla y práctica que la que preveía el régimen anterior, no solo porque el Código se preocupó por desarrollar una regulación normativa de los distintos medios de prueba admisibles en el proceso extintivo, reduciendo al máximo los vacíos normativos y la inseguridad jurídica que producían las reglas de integración previstas en la anterior normatividad, sino por consagrar reglas especiales de validación y convalidación de los elementos de prueba allegados por la fiscalía en su requerimiento de extinción o aportados por los afectados durante la fase inicial.

Es de resaltar que esta dinámica probatoria no es producto del capricho del legislador, sino una consecuencia lógica derivada del carácter intemporal de la acción de extinción de dominio, pues se debe recordar que esta es imprescriptible y retrospectiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del Código, razón por la cual la incorporación de la prueba en juicio debe ser más flexible que la que se da en otro tipo de procedimientos; de ahí que la regla de remisión del artículo 26 del estatuto extintivo establece que los vacíos normativos en materia del régimen probatorio se deben suplir con la Ley 600 y no con los demás estatutos procesales vigentes.

Por ello, se considera que la práctica de pruebas durante el juicio solo debe limitarse a aquellas pruebas estrictamente necesarias, conducentes, pertinentes y oportunamente solicitadas, así como aquellas que con las mismas características el juez considere decretar de oficio, previa motivación.

Alegatos de conclusión

El término común de cinco días para alegar de conclusión es el límite material de la etapa probatoria, pues si bien el artículo 143 del Código establece un término de treinta días para la práctica de las pruebas ordenadas durante el juicio, se debe reconocer que

este no es perentorio, pues el artículo 144 establece este traslado una vez que sean “Practicadas las pruebas ordenadas por el juez”; es decir, la etapa probatoria se podrá extender más allá de treinta días, mientras dure la práctica de pruebas.

Es por ello que para evitar cualquier dilación durante esta etapa, el juez deberá diseñar un plan ordenado de evacuación de pruebas, sobre el que deberá realizar un serio control del cumplimiento oportuno de los actos de prueba y ejercer las facultades correccionales que están a su disposición cuando sea necesario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26.1 y 56 del Código. Así mismo, es de recibo la solución que plantea la doctrina guatemalteca, de admitir la posibilidad de que el juez declare vencido el período probatorio, en aquellos eventos en que las partes no aporten las pruebas propuestas (Cano Recinos, 2011) o cuando transcurrido un término razonable, la prueba no se hubiese podido practicar por culpa de la parte que la solicita.

El traslado para concluir es uno de los actos que emanan del carácter adversarial que adopta el nuevo esquema procesal previsto en el Código, pues se debe recordar que durante la mayor parte de la vigencia de la Ley 793, no existió esta oportunidad procesal, pues tan solo se vino a reintroducir en el año 2011 a través del artículo 82 de la Ley 1453; si bien este traslado no es obligatorio para todas las partes e intervinientes, sí constituye una de las principales garantías procesales para asegurar la congruencia entre las peticiones previas a la sentencia y las pretensiones fijadas en los escritos de requerimiento y oposición, pues son estos actos de intervención procesal los que deben marcar los límites objetivos que deberá tener en cuenta el juez en su sentencia, y de ahí la importancia de que cada sujeto procesal o interviniente pueda verificar en sus alegatos si sus pretensiones fueron debidamente acreditadas o no durante la etapa procesal.

Así mismo, este término de alegatos deberá ser aprovechado por los intervinientes para realizar las solicitudes sobre las cuestiones accesorias que puedan derivarse del reconocimiento de su pretensión, para evitar inconsistencias en la sentencia o generar vías de hecho por falta de un pronunciamiento expreso del juez, como cuando, durante la oposición, un tercero demanda el reconocimiento de sus derechos sobre las mejoras realizadas sobre un bien, pero olvida indicar la forma de estimación de los derechos correspondientes.

Este término también se encuentra establecido para que el Ministerio Público presente su concepto, pues si bien bajo el nuevo esquema procesal se le asigna la función de velar por los intereses de los no comparecientes e indeterminados, ello no quiere decir que deba variar su forma de intervención procesal, o que tenga que realizar una doble actuación, presentando el concepto y un alegato de manera independiente, pues el fin perseguido en la reforma es que el representante del Ministerio Público repare con mayor atención en la legalidad del proceso y del respeto de los derechos fundamentales de quienes se desconocen o no comparecen, con lo cual, la forma razonable de su intervención, será contemplada expresamente su apreciación sobre el respeto de estos aspectos dentro de su concepto.

6. Sentencia

Finalizado el traslado común de cinco días para que las partes y los intervinientes

presenten sus alegatos de conclusión, el juez tendrá 30 días para emitir su sentencia, declarando la extinción de dominio o desestimando la pretensión de la fiscalía declarándola improcedente.

Se debe recordar que al igual que las demás acciones constitucionales, la acción de extinción de dominio resuelve sobre una pretensión específica, que en este caso es de carácter declarativa y constitutiva: declarativa (*ex tunc*), para que se declare la pérdida del derecho de dominio sobre un bien respecto de quienes aparentemente ostentaban dicho derecho, y constitutiva (*ex nunc*), para que dicho derecho sea constituido a favor del Estado, decisión que atendiendo al carácter real de la acción, tendrá efectos *erga omnes*.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 48, la sentencia deberá resolver sobre el objeto del proceso, debiendo entenderse que dicho objeto también se extiende a los asuntos que le son inherentes. Por lo tanto, la sentencia deberá concentrar los siguientes aspectos:

- La decisión de fondo sobre la declaratoria de la extinción de dominio, en el evento de que se reconozca la pretensión de extinción de dominio presentada por la fiscalía, o la declaratoria de improcedencia de la extinción, cuando se encuentre que prosperan las oposiciones presentadas por los afectados en ejercicio del derecho de contradicción (artículo 145 C.E.).
- De la misma forma, la doctrina también reconoce que se debe declarar la extinción de dominio de otros derechos reales, principales o accesorios sobre el bien (Arredondo Campuzano, et al., 2009), siempre y cuando se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos para ello.
- En los eventos de declaratoria de improcedencia se debe disponer la devolución de los bienes, una vez quede en firme la decisión, a menos que sea necesario remitir la decisión a consulta, evento en el cual la orden de devolución de los bienes se deberá emitir en dicho grado de decisión jurisdiccional.
- La orden de remitir la declaración de improcedencia al superior funcional, con el propósito de que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en el evento en que dicha decisión no sea apelada por ninguna de las partes o intervinientes (artículo 147 C.E.).
- La estimación del monto de la retribución, para el cooperante que hubiese contribuido efectivamente en actuación (artículo 120 C.E.).
- La decisión sobre las nulidades cuyo pronunciamiento se pospuso a la sentencia (artículo 82 C.E.).

Resulta oportuno recordar que existen algunas decisiones que no guardan relación con el objeto central del proceso y, por tanto, su decisión no debería ser acumulada en la sentencia, como las decisiones que imponen sanciones en ejercicio de las medidas correccionales (artículos 26.1 y 46 C.E.), o las que demandan autorización judicial para la enajenación temprana de activos (artículo 96 C.E.), la autorización de destrucción o chatarrización de bienes afectados (artículo C.E.), o levantamiento

de la medida de suspensión del poder dispositivo para la autorización de actos de disposición, administración o gestión de sociedades afectadas (artículo 104 C.E.), entre otras decisiones similares, siendo recomendable que el juez se pronuncie sobre estos aspectos de manera previa o en decisión independiente de la sentencia, dados los efectos y controles judiciales y administrativos que pueden recaer sobre este tipo de decisiones de manera independiente.

En cuanto a los requisitos formales del fallo, el artículo 49 del Código demanda que por lo menos debe contener un resumen de los hechos investigados; la plena identificación e individualización de los bienes pretendidos; el análisis concreto de la pretensión y sus aspectos inherentes; la respuesta a los alegatos presentados por los sujetos procesales; los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión y la indicación de los recursos que proceden.

Impugnación y consulta

A diferencia de las demás decisiones que se producen durante el juicio, la sentencia presenta una forma específica de notificación regulada por los artículos 55, 146 y 147 del Código, que disponen que primero se deberá intentar la notificación personal y, en su defecto, se procederá a través de la notificación por edicto. La sentencia es apelable en efecto suspensivo ante la sala especial del tribunal superior correspondiente.

Por otro lado y de manera excepcional, el nuevo Código conserva el grado jurisdiccional de consulta para la sentencia de improcedencia que no hubiere sido objeto del recurso de apelación. Este instituto no presenta mayor desarrollo en el nuevo Código y, por tanto, es una de las pocas instituciones que mantiene el procedimiento del sistema anterior, es decir, se tramita y decide de la misma forma de la apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 386 del C.P.P.C., norma aplicable por integración, y una vez repartido ante el ad quem, la actuación pasa al Despacho del magistrado correspondiente, quien emitirá su decisión dentro de los diez días siguientes.

Actualmente no existe norma que consagre el procedimiento de consulta, comoquiera que esta figura desde hace varios años cayó en desuso en materia penal y no existe actualmente referente normativo aplicable, siendo la principal fuente de derecho la Constitución y la jurisprudencia de la sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá. Lo anterior, comoquiera que en vigencia de la Ley 333, la remisión normativa de la consulta se hacía con base en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal modificado por la Ley 81 de 1993, y si bien este instituto fue recogido en el artículo 203 de la Ley 600 de 2000, esta norma fue excluida del ordenamiento jurídico por sentencia C-760 de 2001, debido a vicios de forma, fecha desde la cual no existe una norma positiva que desarrolle este instituto.

El grado jurisdiccional de consulta, a diferencia del recurso de apelación, permite que el superior funcional revise toda la actuación relacionada con el bien o bienes objeto de improcedencia, comoquiera que la consulta no se encuentra condicionada por el principio de limitación.

Históricamente, este instituto ha estado atado a la problemática de afectación de bienes en delitos relacionados con las actividades del denominado crimen organizado,

teniendo como uno de sus principales antecedentes el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, que consagró en su inciso 3º que la orden de devolución de bienes en procesos por narcotráfico debería ser sometida al grado jurisdiccional de consulta y solo surtiría efectos una vez fuera confirmada por el superior jerárquico.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la consulta, se le reconoce como un grado jurisdiccional, es decir, un nivel de decisión superior, mediante el cual el juez de conocimiento (a quo) no tiene competencia para decidir sobre la suerte definitiva de los bienes que son objeto de improcedencia, comoquiera que el competente para ello es el superior funcional, quien deberá decidir si mantiene la decisión de improcedencia, confirmando la decisión, evento en el cual deberá disponer la inmediata devolución de los bienes, restableciendo el derecho limitado por la medida cautelar.

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

Bibliografía

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).*
Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).
Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de agosto de 2003).
Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).
Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).
Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).
Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).
Diario Oficial núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial.
Sentencia C-111 (Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).
Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).
Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.
Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.
Diccionario de la enciclopedia Larousse (1995).
Tamayo, M. (2004). El proceso de la investigación científica (4a. ed.). Ciudad de México, Mexico: Limusa.
Estebanez, E. G. (2006). New Atlantis. Madrid, España: Akal, S.A.
Bacon, F. (1620). Novum organum scientiarum.
Ossorio, M. (1981). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliastás. R.L.
Ley 1708 (enero de 2014). Bogotá, Colombia.
CCP (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.
CPP. Ley 906 (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. Trigésima cuarta edición. Bogotá, Colombia: Leyer.
Ley 1708 (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.
Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 250, numeral 8. Colombia.
Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia, 2008).
Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).
Claría Olmedo, J. A. (1962). Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ediar.
González Navarro, A. L. (2009). Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio. Bogotá: Leyer.
Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional, 2009).

- Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional, 2011).
Manual de procedimientos de Fiscalía (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía*. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.
 Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
 Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia, 2012).
 Decreto 016 (10 de enero de 2014).
 Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional, 2003).
 Corte Constitucional (2007). Sentencia 336.
 F.G.N. (2006). Resolución.
 1737, D. (2010).
 Fiscal General de la Nación (2013). *Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio*.
 Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
 Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*. Lima: Juristas Editores.
 Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2003).
 Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados*.
 Guía práctica para la recuperación de activos sin condena. Washington D.C.: Banco Mundial.
 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*.
 Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, 2011).
 Pabón Parra, P. A. (2013). *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
 Avella Franco, P. O. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio*. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.
 Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, D. C.: Ediciones El Profesional.
 Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2005).
 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá, D. C.: Editorial Scripto Ltda.
 Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito*. Tegucigalpa: Poder Judicial de Honduras.
 Roldán Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
 Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México, D. F.: Editorial Porrúa.
 Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio, 31 de marzo de 2009).
 Sentencia C 374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).
 Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional*. Bogotá: Agencia GLZ.
 Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
 Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia*.
 Sentencia C 591 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2005).
 Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I)*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
 Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN, EE. UU.: Palibrio.
 Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.
 Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
 Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas, 2002).
 Ministerio de Justicia (1996). *Proyecto de Ley 016*.
 Fiscalía General de la Nación (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*.
 Sentencia T 429 (Corte Constitucional, 2011).
 Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
 Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
 Arboleda Ripoll, F. (sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 Sentencia C 740 (Corte Constitucional, 2003).

- Sentencia C 871 (Corte Constitucional, 2003).*
Radicado No. 22451 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 18 de noviembre de 2004).
Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de octubre de 2004).
Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de mayo de 2009).
Corte Constitucional (2011). Sentencia T 429.
Pardo Ardila, J. E. (2013). La extinción de dominio, partes y tercería. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio, 9 de marzo de 2011).
Sarmiento, E. G. (2005). Medidas cautelares. Bogotá: Temis.
Sarmiento, E. G. (2005). Medidas cautelares. Bogotá: Temis.
Roblot, G. R. (1986, p. 140). Traité élémentaire de droit commercial. Paris: LGDJ.
Vivante, C. (1912). Le società commerciali. Milán, p. 440: Casa Editrice Dott.
Périn, P. (2008). La société par actions simplifiée. Paris: Joly.
Cozian, M. (2005). Droit de sociétés. Paris: Lexis-nexis.
Clark, R. (1986). Corporate Law. Boston: Brown & Company.
Delga, J. (1998). Le droit de société. Paris: Dalloz.
Ternera, F. (2013). Bienes. Bogotá: Universidad del Rosario.
Reyes, F. (2009). La sociedad por acciones simplificada. Bogotá: Legis.
Reyes, F. (2006). Derecho societario. Bogotá: Temis.
Metke, R. (2006). Lecciones de propiedad industrial III. Bogotá: Baker & McKenzie.
Lamarck, J. (1968). Philosophie zoologique. Paris: Bibliothèque 1018, Paris, 1968.
Castro, M. (2010). Derecho Comercial. Bogotá: Universidad de los Andes.
Gil, J. (2008). Estudio de derecho societario moderno y comparado. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
Alsina, H. (1958). Las nulidades en el proceso civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América E.J.E.A.
Novoa, V. N. (2011). Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio (Vol. II). Bogotá: Dike.
Sentencias C-374, C-409, C-539 (Corte Constitucional, 1997).
Nulidades procesales (1985). Buenos Aires: Astrea.
Novoa, V. N. (2011). Nulidades en el procedimiento penal (Vol. II). Bogotá: Dike.
Rodríguez, L. A. (1987). Nulidades procesales. Buenos Aires: Universidad.
Sentencia tutela 69892 (Corte Suprema de Justicia, 28 de octubre de 2013).
Auto 29332 (31 de marzo de 2008).
Sentencia 24143 (29 de julio de 2008).
Auto 24108 (30 de mayo de 2007).
Sentencia 37695 (Corte Suprema de Justicia, 17 de noviembre de 2011).
Carnelutti, F. (1950). Lecciones sobre el proceso penal. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.
Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 30 de enero de 1990).
Tratado de derecho procesal penal (1949). Ediciones de Cultura Jurídica.
Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 7 de julio de 1987).
Sentencia (Corte Suprema de Justicia, julio de 1989).
El proceso penal (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 12 de julio de 1989).
Bernal, J. Y. (2002). El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
Novoa Velásquez, N. A. (2011). Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Bogotá: Dike.
Arredondo Campuzano, F. J., Cota Murillo, S., Martínez Gómez, R., Mejía Gómez, J. A., Orduña Sosa, H., Ramos Martínez, M., y otros (2009). Extinción de Dominio (Tercera ed.). México, D. F.: Editorial Porrúa.



NULIDADES

Por: Néstor Armando Novoa Velásquez

NULIDADES

El Código de Extinción del Derecho de Dominio —en adelante CED— consagra dos clases de nulidad: (i) sustancial, que atañe a los contratos o negocios jurídicos que tengan o hayan tenido por objeto bienes afectados en su origen por una actividad ilícita, entendida como toda aquella tipificada como delictiva, independientemente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación del CED, por deteriorar la moral social (Art. 1, num. 2º); su trámite y consecuencias encuentran integración con las normas del Código Civil que rigen los contratos y las obligaciones; (ii) procesal, instituida para preservar la normal estructura y el desarrollo de la relación jurídica procesal propia del trámite de la acción de extinción del dominio (Libro III del CED), de anomalías contrarias al recto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, huelga decir, tiene naturaleza preventiva y protectora; su finalidad es evitar trámites inocuos o lesivos de los derechos y garantías procesales o de los derechos fundamentales; regulada por los principios de taxatividad o legalidad; última ratio, aplicación residual o medida extrema; trascendencia; convalidación, confirmación o saneamiento; instrumentalidad de las formas, finalista o de la finalidad cumplida; de autoridad, oficiosidad o de prevención, y de seguridad jurídica o de la certeza; sus causales están previstas en el CED de manera genérica (nulidad virtual), y su alegación exige legitimidad, interés y oportunidad; su trámite y sus efectos se disciplinan por el ordenamiento adjetivo de naturaleza penal.

La nulidad de naturaleza sustantiva protege intereses superiores del Estado y de orden público, se le asigna un efecto sobre la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio o cualquiera otro de los derechos patrimoniales, llámense, entre algunos, derechos reales (usufructo, uso, habitación, servidumbre; hipoteca, prenda o retención), derechos personales (principales o accesorios), universalidad de derechos (de hecho y de derecho) o derechos inmateriales; es una nulidad de principio, que afecta los actos contractuales o negocios que dieron origen a la cadena de apariencias para suponer un título justo y lícito.

La nulidad procesal protege el procedimiento creado por el CED, para obtener, mediante la sentencia proferida por un juez, la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes relacionados con actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna para el afectado, de los atentados contra las normas rectoras y garantías fundamentales, tales como la dignidad, el derecho a la propiedad, las garantías e integración, el debido proceso, el principio de objetividad y transparencia, la presunción de buena fe, la contradicción, la autonomía e independencia judicial, la publicidad, la doble instancia, la cosa juzgada y la defensa de personas en condiciones de vulnerabilidad, entre otros.

NULIDAD SUSTANCIAL

El CED, en su artículo 22, consagró la nulidad ab initio, en virtud de la cual una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio, se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad; por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo

título y se considerarán nulos *ab initio*. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.

Etimológicamente la alocución *ab initio* significa “desde el principio”, ablativo de *initium*, “entrada, principio”, relacionado con el verbo *inire*, “para entrar en, entrar o comenzar”. *Ab initio* se utiliza en varios contextos, como el filosófico, pero como término legal se refiere a la invalidez que se presenta o se da en sí, desde el principio o desde el instante de la acción, en algunos sistemas procesales, sin la intervención de un funcionario judicial o de un tribunal que así lo declare. Esta clase de nulidad produce sus efectos de pleno derecho, se trata de una acción, documento o transacción, que no presenta ningún efecto legal, la ley lo trata como si nunca hubiera existido o nunca hubiera ocurrido.

El término nulo *ab initio* significa ser tratado como no válido desde el primer momento; proviene de la adición de la frase en latín “*ab initio*” como calificador previo; por ejemplo, si una persona firma un contrato bajo coacción o engaño, el contrato se considera de manera absoluta como nulo *ab initio*, desde su origen.

Los documentos o actos que son nulos *ab initio*, generalmente no se pueden arreglar, de manera que el negocio, el documento o el acto materializado, así afirme en su texto, que está estructurado conforme al rigorismo de la ley civil o la ley comercial, esa declaración es nula, y las fingidas partes vuelven a sus respectivas posiciones al inicio del suceso, esto es, como si nunca hubieran contratado o realizado acto alguno.

Nulo *ab initio* es un calificativo propio de la nulidad absoluta o del acto nulo de manera plena, que suele contrastarse con el concepto de nulidad relativa o acto anulable; conforme al primero, el acto o contrato se predica nulo desde el inicio, en tanto que para el segundo, el acto o convenio es anulable; aquel no siempre exige declaración judicial (depende de cada legislación), el funcionario se limita a constatar la ausencia de un elemento indispensable para la existencia y validez del acto; este produce sus efectos, hasta que un juez declare la invalidez, valga replicar, es necesaria la declaración judicial de nulidad. Por eso, el acto nulo de manera plena no produce ningún efecto; el acto anulable sí, hasta que un juez declare la nulidad; el acto nulo, normalmente es declarado como tal, de oficio por el juez; por el contrario, el acto anulable exige petición de parte; la nulidad absoluta se vincula al concepto de orden público, la nulidad relativa al interés privado (Alsina, 1958).

Los casos de actos sancionados con nulidad absoluta, los prevé el artículo 1742 del Código Civil, al disponer que esta invalidez puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y, en todo caso, por prescripción extraordinaria.

La nulidad relativa, propia del acto anulable, está regula por el artículo 1743 ibídem, y ordena que esta invalidez no puede ser declarada por el juez, sino a pedimento de parte; ni puede pedir su declaración el Ministerio Público por el solo interés de la ley; solo puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios, y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación

de las partes.

El acto o negocio nulo ab initio, a manera del nacido muerto²⁶, es como si jamás se hubiese realizado. La inexistencia y nulidad de pleno derecho serían sinónimas (Novoa, 2011).

La anulabilidad sería predicable de aquellos actos o contratos que realmente cumplen los lineamientos del artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es decir, que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita, y de los previstos en el artículo 1611 ídem, conforme al cual la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las siguientes circunstancias: que la promesa conste por escrito, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil, que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, que se determine de tal suerte el contrato, y que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales; la razón es jurídicamente incontestable: si el acto o negocio es nulo de manera plena, si jamás existió, de él²⁷ no puede predicarse vicio alguno, simplemente

²⁶Artículo 90: *La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. "La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".*

Artículo 91: La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligr.

Artículo 93: Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

²⁷ La Real Academia Española de la Lengua erigió como regla ortográfica que el adverbio solo y los pronombres demostrativos ya no llevan tilde. La palabra solo, tanto cuando es adverbio y equivale a solamente (Solo llevaba un par de monedas en el bolsillo), como cuando es adjetivo (No me gusta estar solo), así como los demostrativos este, ese y aquel, con sus femeninos y plurales, funcionan como pronombres (Este es tonto; Quiero aquella) o como determinantes (aquellos tipos, la chica esa), no deben llevar tilde según las reglas generales de acentuación, bien por tratarse de palabras bisílabas llanas terminadas en vocal o en -s, bien, en el caso de aquel, por ser aguda y acabar en consonante distinta de n o s. Aun así, las reglas ortográficas anteriores prescribían el uso de tilde diacrítica en el adverbio solo y los pronombres demostrativos para distinguirlos, respectivamente, del adjetivo solo y de los determinantes demostrativos, cuando en un mismo enunciado eran posibles ambas interpretaciones y podían producirse casos de ambigüedad, como en los ejemplos siguientes: Trabaja sólo los domingos [trabaja solamente los domingos], para evitar su confusión con Trabaja solo los domingos [trabaja sin compañía los domingos]; o ¿Por qué compraron aquéllos libros usados? (aquéllos es el sujeto de la oración), frente a ¿Por qué compraron aquellos libros usados? (el sujeto de esta oración no está expreso, y aquellos acompaña al sustantivo libros). Sin embargo, ese empleo tradicional de la tilde en el adverbio solo y los pronombres demostrativos no cumple el requisito fundamental que justifica el uso de la tilde diacrítica, que es el de oponer palabras tónicas o acentuadas a palabras átonas o inacentuadas formalmente idénticas, ya que tanto solo como los demostrativos son siempre palabras tónicas en cualquiera de sus funciones. Por eso, a partir de ahora se podrá prescindir de la tilde en estas formas incluso en casos de ambigüedad. La recomendación general es, pues, la de no tildar nunca estas palabras. Las posibles ambigüedades pueden resolverse casi siempre por el propio contexto comunicativo (lingüístico o extralingüístico), en función del cual solo suele ser admisible una de las dos opciones interpretativas. Los casos reales en los que se produce una ambigüedad que el contexto comunicativo no es capaz de despejar son raros y rebuscados, y siempre pueden evitarse por otros medios, como el empleo de sinónimos (solamente o únicamente, en el caso del adverbio solo), una puntuación adecuada, la inclusión de algún elemento que impida el doble sentido o un cambio en el orden de palabras que fuerce una única interpretación.

porque jamás nació a la vida jurídica, no obstante su materialidad física plasmada, v. gr., en un documento privado o en un instrumento público registrado, siendo estos casos los relativos a bienes objeto de extinción del derecho de dominio, que por más visos de legalidad que se les quiera dar, la ineficacia los afecta desde su nacimiento.

Por estas razones fácticas y jurídicas, la Corte Constitucional, recogiendo en un concepto, magistralmente elaborado, las anteriores nociones de la ilicitud de origen de los bienes afectados en el proceso de extinción del dominio, define la acción “como una institución autónoma, constitucional, de carácter patrimonial, que permite al Estado mediante un proceso judicial que no es de carácter penal, rodeado de todas las garantías procesales, desvirtuar el derecho de propiedad de quien dice ostentarlo, debido a que nunca lo ha adquirido en razón del origen ilegítimo y espurio de su adquisición. La extinción implica que los bienes objeto de la misma pasen a ser propiedad del Estado, quien en virtud de la decisión judicial, no debe pagar indemnización o retribución alguna por el bien que recibe. Es una restricción legítima de la propiedad” (Sentencias, 1997). Cualquiera que sea la tendencia que se siga, el juez debe excluir el acto de todo efecto jurídico; los actos y documentos pierden valor sólo a partir de la fecha de la declaración judicial, sin que sea incompatible con la expresión nulidad ab initio, conforme la cual se consideran esos actos como si nunca hubieran existido, básicamente porque se hace necesario, dada la cultura de lo ilícito en Colombia, que se especifiquen cuáles son los actos, declaraciones, contratos, negocios, registros, entre otros objetos ilícitos, que deben afectarse desde el principio con esta clase de nulidad.

Para que una declaración de esta naturaleza produzca los letales efectos que prevé la Constitución (Art. 34) y el CED, es imperativo tener en cuenta que en el sistema del Código Civil existe un objeto ilícito: **(i)** en la enajenación de las cosas que no están en el comercio; **(ii)** de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; **(iii)** de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (Art. 1521), y **(iv)** en todo contrato prohibido por las leyes (Art. 1523).

Con relación a la causa, no puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, debiendo entenderse por causa el motivo que induce al acto o contrato, y por causa ilícita, la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (Art. 1524). Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa, y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

La sanción con efectos ab initio es de tal naturaleza, que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (Art. 1525), y los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan, v. gr., renunciando a la acción de nulidad (Art. 1526).

En relación con los requisitos de los objetos de las obligaciones, no solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (Art. 1518).

NULIDAD PROCESAL

1. Introducción

Recordemos con Maurino (Nulidades procesales, 1985), a nuestro juicio una de las definiciones más acertadas, que la invalidez procesal, antes que sanción, que es realmente su efecto, es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido (Novoa, 2011).

Las irregularidades que se pueden encontrar en el ejercicio de la acción procesal, en este caso extintiva del dominio, normalmente provienen de dos clase de fuentes: el error in procedendo y el error in iudicando. El primero, conocido como vicio de actividad, defecto de construcción o error de procedimiento, tiene su origen en la estructura del proceso, el cual como conjunto de actos procesales, tendientes a una finalidad, se desarrolla dentro de una sucesión lógica, cuyo normal fenecimiento es el proferimiento de una sentencia, y en cuyo decurso se pueden cometer descuidos al inobservar las formas que la ley ha previsto para ciertos actos procesales, que constitucionalmente significan una garantía para el ciudadano. El error in procedendo es el error judicial que está íntimamente ligado al cumplimiento de las formalidades procesales.

El segundo error, conocido como de razonamiento, de juicio o error al juzgar, se estructura cuando el juez razona o considera, es la desviación del derecho sustancial en litigio por error de fondo, lo que indica que la sanción por error de juicio no procede, si no se están resolviendo cuestiones de fondo.

Los errores de razonamiento se subsanan con los recursos, los de procedimiento a través de la nulidad (Nulidades procesales, 1985) (Rodríguez, 1987).

2. La nulidad procesal en el CED

El CED en el título III (actuación procesal), capítulo VI, artículos 82 a 86, desarrolla de manera específica el tema de las nulidades. Estas normas fijan el objeto de la nulidad (Art. 82, inc. 1), la naturaleza que debe tener la providencia que la declara (Art. 82, inc. 2), la corrección de los actos irregulares (Art. 82, inc. 3), las condiciones para que el funcionario judicial la pueda declarar de oficio (Arts. 82, inc. 3 y 84), las causales que la hacen procedente (Art. 83), las exigencias que debe cumplir una solicitud de nulidad (Art. 85) y las reglas que orientan su declaratoria y convalidación (Art. 86).

2.1. El objeto de la nulidad

De acuerdo con el artículo 82, serán objeto de nulidad las actuaciones procesales irregulares que ocasionen a los sujetos procesales o intervinientes un perjuicio que no pueda ser subsanado por otra vía o que impida el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución y en el CED.

En estricto sentido, solo la primera parte de la norma precisa lo que debe ser objeto

de la declaratoria de nulidad: las actuaciones procesales irregulares. El desarrollo normativo posterior delimita ese objeto, de manera que la irregularidad que puede llevar a la declaratoria de invalidez tiene que reunir, al menos, una de dos exigencias: (i) ocasionarle a los sujetos procesales²⁸ o intervinientes²⁹ un perjuicio que no pueda ser subsanado por otra vía (principios de trascendencia y última ratio), o (ii) impedir el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución y en el CED (principio de trascendencia).

Las actuaciones procesales irregulares son estados anormales de la actuación procesal, que se originan en la carencia de algunos elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, únicos vicios que podrían generar un perjuicio irremediable, con grave compromiso de los derechos y garantías fundamentales.

Todo acto procesal de naturaleza compuesta debe seguir, en su tiempo de formación, una serie de pasos (elementos, no simplemente formas) que no solo lo estructuran y le dan vida, sino que le permiten cumplir con una determinada finalidad dentro de la sistemática del proceso de extinción, constituyendo su omisión o cumplimiento irregular, en comienzo, el estado de anormalidad, que puede ser sancionado con la declaratoria de nulidad. En comienzo, porque si el acto ha logrado cumplir con la finalidad para la que fue creado o la irregularidad ha sido saneada, aquella informalidad se queda simplemente en una anomalía sin trascendencia procesal, de manera que no existe razón jurídica que le permita al funcionario declarar la nulidad (Novoa, Nulidades en el procedimiento penal, 2011).

Para que una actuación procesal se pueda considerar irregular, el CED exige que debe ocasionarle a la Fiscalía General de la Nación, a los afectados (sujetos procesales, según el Art. 28), al Ministerio Público o al Ministerio de Justicia y del Derecho (intervinientes, a las voces de los Arts. 31 y 32), un perjuicio que no pueda ser subsanado por otra vía (principios de trascendencia y última ratio).

Será en cada caso particular, en el que el funcionario judicial tiene el deber de definir de manera oficiosa o a petición de los sujetos procesales o intervinientes, la existencia del acto irregular, su trascendencia negativa en la actuación procesal y su naturaleza subsanable o insubsanable.

2.2. Naturaleza formal y material de la providencia que declara la nulidad

Siguiendo la clasificación que el CED hace de las providencias que se dictan en el trámite extintivo del dominio (Art. 48), es decir, sentencias (si deciden sobre el objeto del proceso, en primera o segunda instancia, o la acción de revisión), autos interlocutorios (si resuelven algún incidente o aspecto sustancial), autos de sustanciación (si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitan el entorpecimiento de la misma), requerimientos (si se trata del acto de parte que contiene la pretensión de la fiscalía dentro del proceso y se somete a conocimiento

²⁸El artículo 28 del CED dispone que los sujetos procesales son la Fiscalía General de la Nación y los afectados.

²⁹En los artículos 31 y 32 del CED se indica que los intervinientes son el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y del Derecho

y decisión del juez) y resoluciones (si las profiere el fiscal), formalmente, la decisión que declara la nulidad de la actuación procesal es de naturaleza interlocutoria, porque resuelve una temática de naturaleza sustancial para la litis.

Como decisión interlocutoria, su redacción no es libre, según el artículo 50 del CED, debe contener una breve exposición del punto que se trata, los fundamentos legales, la decisión que corresponda y los recursos que proceden contra ella.

Materialmente se considera que la nulidad es el remedio extremo al que se debe acudir para resolver las irregularidades del proceso, y ello es apenas natural, si se tiene en cuenta que “el principal efecto de la nulidad es privar al acto de su eficacia jurídica; y en consecuencia, se tiene el acto como no realizado; consecuentemente tampoco pueden tener validez los actos posteriores que en él se funden, de acuerdo con la máxima romana: *qued nullum est nullum producit effectum*” (Alsina, 1958); por ende, es imperativo que el funcionario judicial que declara la nulidad tenga en cuenta que no siempre la invalidez conlleva, necesariamente, la orden de retrotraer todo el procedimiento a las etapas de inicio; a ese extremo se puede llegar, pero si se está en presencia de una nulidad absoluta, insanable o insubsanable (Novoa, 2011).

Toda irregularidad, por importante que sea, es decir, por trascendental que parezca, si se está en el tiempo procesal oportuno, es posible sanearla de manera oficiosa (principio de protección) o al menos se puede evitar que sus efectos nocivos (principio de irradiación), si es nulidad insanable, se calcifiquen en la actuación procesal, y la solución consista en afectar buena parte de la actuación procesal; para no llegar a ese extremo, el funcionario debe estar muy atento, desde el inicio del trámite extintivo, al cumplimiento y observancia de la actuación procesal creada y regulada por el CED, para que tan pronto surja una irregularidad procesal, no solo pueda delimitarla como sustancial o no, sino especialmente sanearla, evitando que se robustezca, permitiendo el fluir procesal expedito y futuro de la acción, cumpliendo con la norma rectora 20, imprimiéndole celeridad y eficiencia a la actuación que debe surtir de manera pronta y cumplida, sin dilaciones injustificadas; este es uno de los fundamentos por los cuales el CED dispone que los fiscales, jueces y magistrados que conocen de los procesos de extinción de dominio, se dediquen en forma exclusiva a ellos, sin conocer de otro tipo de asuntos.

El funcionario competente, al declarar la nulidad, no solo debe invalidar la actuación sustancialmente irregular, sino que tiene el deber de determinar de manera específica cuáles son los actos que se ven afectados con la decisión y, si fuere adecuado, ordenará que sean subsanados, corregidos o se cumpla con los actos omitidos.

En temas tan trascendentales para los derechos patrimoniales de los afectados, y en general en la teoría de la nulidad, no basta, como generalmente ocurre, que se declare, sin más, la nulidad, sin precisar cuáles son los efectos de la invalidez, huelga decir, sin que se le indique a los destinatarios de esa decisión cuáles son los actos procesales o, por excepción, los actos prueba, que son afectados por los efectos de la nulidad; solo con esa especificidad podrían los sujetos procesales e intervinientes conocer el verdadero norte de esta temática, y actuar según las herramientas procesales previstas en el CED.

Resulta necesario que el funcionario judicial señale de qué sujeto procesal proviene la fuente de la irregularidad y/o cuál es la conducta procesal que la originó, con independencia de que se trate de declarar una nulidad absoluta e insanable, o simplemente, que el servidor quiera corregir alguna irregularidad para no llegar a la declaratoria de invalidez; esta mención resulta de importancia porque, v. gr., para la aplicación de los principios de protección y convalidación, quien da origen al vicio, o lo coadyuva, no puede solicitar la declaración de nulidad, sobre la base, ya antigua, de que la torpeza no crea derechos o de que nadie puede invocar su propia ineptitud.

2.3. Declaración de nulidad oficiosa

De acuerdo con la parte final del artículo 82 del CED, cuando no fuere posible corregir o subsanar la actuación irregular por otra vía, el funcionario podrá de oficio declarar la nulidad en cualquier momento del proceso. Cuando el servidor lo considere conveniente para la celeridad de la actuación, podrá disponer que las solicitudes de nulidad presentadas por las partes sean resueltas en la sentencia.

Esta norma, en principio, parece contradictoria, porque en la primera parte faculta al funcionario a declarar la nulidad en cualquier momento del proceso, siempre que se trate de una nulidad absoluta o insanable; sin embargo, a renglón seguido, lo autoriza para que difiera la decisión hasta la sentencia.

¿De qué depende optar por uno u otro camino? La norma lo indica: obedece a la gravedad de la causa y la trascendencia de los efectos de la declaratoria de nulidad. Si es una nulidad absoluta, no cabe duda de que el servidor (creemos que abarca tanto al fiscal, como al juez) debe declararla en el momento procesal en que se presente, porque se trata de aquellas que no admiten convalidación, de allí su naturaleza de absolutas; pero si se está en presencia de una nulidad relativa, esto es, aquellas que no están relacionadas con los actos nulos, sino anulables, cuya declaratoria no procede de oficio, sino a petición de parte, pueden diferirse para el momento de fallar, porque solamente las relativas admiten saneamiento o convalidación; por tanto, si el sujeto que dio origen a la irregularidad guarda silencio o por cualquier razón en su actuación enuncia la anomalía, esta queda camino a ser saneada y su estudio no resulta imperativo en el momento que se presenta la anormalidad, pudiendo aplazarse su estudio hasta la sentencia.

Por el contrario, si se está en presencia de una nulidad absoluta, su declaratoria, por la gravedad de sus efectos, no da espera, debe analizarse y, si fuere del caso, declararse de inmediato, solo así se protege la vida futura de la acción extintiva del dominio; de hecho, podría generarse alguna clase de responsabilidad por omisión, para el funcionario judicial que teniendo ante sí una situación procesal que origina una nulidad absoluta, no la declara de oficio, la deja afianzar y robustecer, de tal manera que pasado el tiempo su declaración es realmente costosa para el trámite extintivo, porque en no pocas ocasiones estas situaciones llevan al traste el objeto de la acción, y actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social quedan en el umbral, y el Estado maniatado para hacer una declaración rápida de la titularidad en su favor de los bienes a que se refiere el CED, permitiendo que los bienes objeto de la acción pública y real formen parte de enmarañadas cadenas de negociaciones y traspasos que hacen muy dificultoso su ejercicio, y lo peor, en perjuicio de terceros de buena fe,

además del costo por la mala imagen de la Administración de Justicia.

En todos los casos de nulidad absoluta, el funcionario judicial tiene la carga de ordenar que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto, porque si no lo hace, estamos ante un reconocimiento judicial vacío, sin efectos sanatorios o de convalidación; sería una declaratoria de invalidez a medio camino, porque si bien se extirpa del proceso el acto o actos irregulares, no se toman acciones para recuperarlos y restablecerlos a su statu quo (Art. 84).

2.4. Las causales de nulidad y la corrección de actos irregulares

El artículo 83 del CED enuncia que serán causales de nulidad en el proceso de extinción de dominio, las siguientes: (i) falta de competencia, (ii) falta de notificación, (iii) violación al debido proceso, siempre y cuando las garantías vulneradas resulten compatibles con la naturaleza jurídica y el carácter real de la acción de extinción de dominio.

Dos críticas constructivas a este texto: Primera. En la forma como se redactó esta norma, se produjo un sutil retroceso en la técnica legislativa, depurada de antaño; cuando se trata de la causal tercera, es prudente afirmar que la violación al debido proceso debe ser de naturaleza sustancial; esta simple afirmación redujo el número de peticiones y declaraciones de nulidad a partir del año 2000, no obstante que la mayoría de los servidores judiciales conocen esta exigencia, pero frente a la excepción, puede llegar a generar declaraciones de invalidez donde no las hay, interpretando que nuevamente el instituto se refiere a cualquier clase de irregularidad.

Segunda. La falta de notificación, desde siempre, es una de las causas de nulidad por violación sustancial al debido proceso, de manera que técnicamente no era necesario enunciarla en un numeral distinto al que contempla la causal tercera.

Lo que dibuja esta técnica legislativa es que, hasta el día de hoy, uno de los mayores problemas que ha tenido el ejercicio de la acción extintiva del derecho de dominio es la notificación de las decisiones judiciales, seguramente por la cantidad de personas que normalmente hacen parte del trámite como afectados o terceros de buena fe, unido este factor personal a las distancias existentes entre el lugar en el que se adelanta la acción y se radica la carpeta, y aquel en el que residen aquellos, en muchas ocasiones en el exterior, sumatoria de situaciones que, a no dudarlo, dificultan seriamente el proceso de publicidad y notificación.

En punto a la técnica legislativa desarrollada, recordemos con la Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño:

“84. De acuerdo con la teoría de la inexistencia de los actos procesales, comprensiva de la inexistencia propiamente dicha y de la nulidad, han concurrido tres alternativas de regulación de ese fenómeno: i) establecer una relación taxativa de causales de nulidad, ii) consagrar unas causales básicas que se modulan mediante la aplicación de unos principios susceptibles de concreción por parte del juez, y iii) otorgarle a éste la facultad de determinar qué irregularidades son susceptibles de causar la invalidación de lo actuado.

En el primer caso, la configuración de causales de nulidad es una tarea asumida por el mismo legislador; en el segundo, éste aporta unas causales genéricas que no agotan las alternativas de invalidación pero que suministran un fundamento para que el juez determine si una situación concreta conduce o no a la invalidación de lo actuado y, en el último, la determinación de las irregularidades constitutivas de nulidad le incumbe al juez, quien emprende esa tarea sin límites expresos pero, desde luego, sujeto a la estructura constitucional y legal del proceso.

Es claro que el legislador, a condición de no desbordar los límites constitucionales, puede optar por cualquiera de esas alternativas, pues de la Carta no se infiere, en manera alguna, que el constituyente haya optado por una en especial. Lo relevante es que, independientemente de la regulación a que haya lugar, le reconozca trascendencia a las irregularidades susceptibles de afectar las garantías constitucionales de trascendencia procesal. Y, desde luego, al regular el instituto de las nulidades en un nuevo régimen no está atado por la alternativa seguida en un estatuto diferente”.

En el CED se consagra la segunda postura a la que se refiere la Corte en el fallo anterior, el legislador ofrece tres causales genéricas de invalidación (nulidad virtual), que si bien no especifican todos los casos de irregularidad, sí contempla tres categorías genéricas en las que el juez, en cada caso, debe adecuarlas, según las concretas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presenten.

Sobre estas tres causales de nulidad, atendida esa generalidad legislativa, es muy poco lo que podría estudiarse, será cada caso el que le indique al servidor judicial cuál o cuáles irregularidades pueden llegar a afectar, por ejemplo, el debido proceso o el derecho de defensa. Se trata de una temática que está suficientemente decantada jurisprudencial y doctrinariamente, y a ella debe estarse.

No obstante, enunciemos algunos casos que en el futuro podrían presentarse:

A. Algunos asuntos relacionados con actos de competencia, cuya violación podría generar nulidades de oficio o a petición de parte. Algunas reglas a tener en cuenta

1. El ente encargado de adelantar la acción extintiva del dominio e investigar si los bienes objeto del trámite se encuentran en alguna de las causales de extinción de dominio es la Fiscalía General de la Nación, como no es tarea de jueces y magistrados esta usurpación de funciones generaría invalidez de lo actuado.

2. Como está redactado el artículo 29-3 del CED, en una interpretación literal y exegética, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación corregir de oficio o a solicitud de parte los actos irregulares que se hubieren llevado a cabo en el curso de la fase inicial o preprocesal (preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación), lo que en principio llevaría a afirmar que no tiene competencia para declarar la nulidad, que esta es una tarea asignada a los jueces.

Una tal postura, no parece admisible, es una interpretación limitada, dirán en su favor, que según el artículo 15 de la Ley 600 de 2000, norma a la que se debe remitir para

integrar el orden jurídico, por mandato del artículo 26 del CED –para los eventos no previstos en ella, siempre que se trate de la fase inicial, el procedimiento, medidas cautelares, control de legalidad, régimen probatorio y facultades correccionales de los funcionarios judiciales–, una manera de materializar los principios de celeridad y eficiencia, permitiendo que toda actuación se surta pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas y los términos procesales sean realmente perentorios y de estricto cumplimiento, es obligando al fiscal para que corrija los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales, antes de que no puedan corregirse y estructuren verdaderas causas de nulidad, que serán declaradas únicamente por los jueces.

Expresarán que una cosa es la nulidad procesal y otra muy distinta la corrección de actos irregulares, justificándose la separación funcional entre fiscales y jueces para que los primeros corrijan los actos irregulares, y los segundos declaren la invalidez procesal, y adicionarán: no puede afirmarse que una manera de corregir los actos irregulares sea declarando la invalidez, todo lo contrario, la actividad de corrección es preventiva de la nulidad, esta no ha sido instituida como mecanismo de corrección previo, sino posterior; a la nulidad se le considera una sanción asignada a los jueces, y por su naturaleza procesal diferente, la corrección de actos irregulares a los fiscales. Con la nulidad se reponen los actos irregulares, con la corrección se enderezan los que van mal encaminados, precisamente para que no lleguen a invalidarse.

Argumentarán otros que no integran la Ley 600 de 2000, que la adscripción del legislador patrio a esta doctrina es tan diáfana, que en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004, aplicable igualmente por vía de integración del orden jurídico (Art. 26 del CED), los jueces de control de garantías y de conocimiento están en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes, reafirmandose la competencia de esos y no de los fiscales.

Finalizarán afirmando que esa competencia para declarar la nulidad del trámite encuentra una explicación funcional: dentro de las atribuciones que el artículo 29 del CED le da a la Fiscalía General de la Nación, no está la de declarar nulidades, e insistirán, solamente le da atribución para corregir de oficio o a solicitud de parte los actos irregulares que se hubieren llevado a cabo en el curso de la fase inicial o preprocesal; dentro de las siete funciones que la norma le adscribe a la fiscalía, ninguna tiene que ver con actos propios de jurisdicción (actividad declarativa como juez), su actividad se restringe a:

1. Investigar y determinar si los bienes objeto del trámite se encuentran en alguna de las causales de extinción de dominio.
2. Asegurar los bienes objeto del trámite de extinción de dominio, adoptando las medidas cautelares que sean procedentes.
3. Corregir de oficio o a solicitud de parte los actos irregulares que se hubieren llevado a cabo en el curso de la fase inicial.
4. Presentar ante los jueces competentes el requerimiento de extinción de dominio o de improcedencia, según corresponda.
5. Dirigir y coordinar técnica, operativa y jurídicamente las funciones de policía

judicial que en forma permanente cumplen el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de los testigos e intervinientes en el proceso.

7. Las demás que le atribuye el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, una segunda lectura, intrasistémica del CED, a partir de los artículos 19, 29-3 y 82, permite proponer una conclusión distinta respecto del funcionario que tiene competencia para declarar la nulidad:

El artículo 19 regula la actuación procesal y ordena que esta se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos del código, estando el funcionario judicial en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías.

Entretanto, el artículo 29-3 CED al enunciar las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, le asigna la de corregir de oficio o a solicitud de parte, los actos irregulares que se hubieren llevado a cabo en el curso de la fase inicial.

El artículo 82 *ibidem* prevé que solo son objeto de nulidad las actuaciones procesales irregulares que ocasionen a los sujetos procesales o intervinientes un perjuicio que no se pueda subsanar por otra vía o que impida el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución y el CED.

Le advierte al funcionario competente (sin decir cuál es), que al declarar la nulidad, debe determinar cuáles son los actos que se ven afectados con la decisión y, de encontrarlo pertinente, ordenará que sean subsanados, corregidos o se cumpla con los actos omitidos, pero cuando no fuere posible corregir o subsanar la actuación irregular por otra vía, el funcionario podrá de oficio declarar la nulidad en cualquier momento del proceso, pudiendo disponer, cuando lo considere conveniente para la celeridad de la actuación, que las solicitudes de nulidad presentadas por las partes sean resueltas en la sentencia.

Adicionalmente, si el artículo 26-1 del CED, al regular el principio de integración o de remisión, orienta que la acción de extinción de dominio se sujetará exclusivamente a la Constitución y a las disposiciones del CED, pero en los eventos no previstos se atenderá, entre otras, la siguiente regla: en la fase inicial o preprocesal (Art. 116 CED), el procedimiento, medidas cautelares, control de legalidad, régimen probatorio y facultades correccionales de los funcionarios judiciales, se atenderán las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, y el artículo 16 *idem*, al regular el principio de la finalidad del procedimiento, prevé que en la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad, no cabe duda de que la fiscalía tiene competencia para corregir de oficio o a solicitud de parte, los actos irregulares que se hubieren llevado a cabo en el curso de la fase inicial o preprocesal, no obstante, cuando no fuere posible corregir o subsanar la actuación irregular por otra vía, el fiscal podrá de oficio declarar

la nulidad durante el trámite que la ley le asigna, siempre que se trate de aquellas de naturaleza absoluta.

Pensar en contrario es abrir un abismo en el trámite extintivo del derecho de dominio, porque si en la fase inicial, el procedimiento, las medidas cautelares, el control de legalidad, el régimen probatorio y las facultades correccionales, se rigen por las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, varias de estas reglas se encuentran relacionadas con la eficacia e ineficacia de los actos procesales, de manera que si, v. gr., se materializa una grave violación al debido proceso, que no admita corrección, ¿cómo podría dejar seguir el procedimiento para que el juez sea quien resuelva sobre la nulidad, retrotrayendo la actuación, olvidando que antes de enviar el expediente al juez, la fiscalía podía tomar los correctivos necesarios?; principios como el de economía procesal, eficacia y celeridad, entre otros, hacen plausible la conclusión que se propone, sin olvidar dos situaciones: (i) en el procedimiento de la Ley 600 de 2000, la expresión funcionario judicial abarca la actuación de jueces y fiscales; (ii) la norma rectora de integración (Art. 26-2 CED) ordena que en la fase inicial o preprocesal se apliquen los procedimientos de la Ley 906 de 2004, únicamente en lo relacionado con las técnicas de indagación e investigación y los actos especiales de investigación, como la interceptación de comunicaciones, los allanamientos y registros, la búsqueda selectiva en bases de datos, las entregas vigiladas, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, la recuperación de información dejada al navegar por internet y las operaciones encubiertas, excepto en lo relativo a los controles judiciales por parte del juez de garantías o de la Dirección Nacional de Fiscalías, así como en todo aquello que no sea compatible con el procedimiento previsto en el CED, es decir, que la Ley 906 de 2004 no permite integrar el orden jurídico para regular cuestiones sustanciales del procedimiento extintivo, entre las que se encuentra la declaratoria de nulidades, materia que en el sistema penal acusatorio está reservada a los jueces de conocimiento, durante la audiencia de formulación de acusación.

3. Los funcionarios que intervienen en el trámite de extinción del dominio no tienen competencia funcional para hacer declaraciones de responsabilidad penal, no solo porque su trámite no contempla esta opción, sino porque esta acción se ejerce independientemente de cualquier declaración de responsabilidad penal (Art. 1, num. 2 CED), de manera que inmiscuirse en tales pronunciamientos puede generar nulidad parcial de lo actuado para dejar sin efecto tal declaratoria.

4. La fiscalía no resuelve acerca de la declaratoria de extinción de un bien en favor del Estado, solo tiene competencia para presentar ante los jueces de extinción competentes, un requerimiento de extinción de dominio o de improcedencia, según corresponda.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, requerimiento tiene tres acepciones: acción y efecto de requerir; acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar algo, y aviso, manifestación o pregunta que se hace, generalmente bajo fe notarial, a alguien exigiendo o interesando de él que exprese y declare su actitud o su respuesta.

La segunda es la escogida por el legislador para el trámite extintivo del dominio; cuando

la fiscalía acude ante los jueces de extinción, es para requerir, exigirle al juez que declare la procedencia o improcedencia de la acción respecto de un bien o grupo de bienes, con criterio de autoridad o fuerza, pudiendo interponer los recursos ordinarios si la decisión fuere contraria a su exigencia (Arts. 19 ss. CED).

Técnicamente el artículo 48-4 del CED, al clasificar las providencias judiciales, enuncia el requerimiento, indicando que es un acto de parte que contiene la pretensión de la fiscalía dentro del proceso de extinción y se somete a conocimiento y decisión del juez.

Si la fiscalía declara extinguido el dominio de un bien, usurpa la competencia atribuida a los jueces y da ocasión para aplicar la invalidez procesal.

5. Solo la fiscalía está facultada para fijar provisionalmente la pretensión, antes de presentar el requerimiento de extinción de dominio al juez, para garantizar el derecho de contradicción, cuando los medios de prueba recolectados durante la fase inicial o preprocesal indiquen que están dados los presupuestos para la extinción del derecho de dominio. Para tal efecto, el fiscal que adelante el trámite dictará una resolución en la que pondrá:

1. Los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión.
2. La identificación, ubicación y descripción de los bienes que se persiguen.
3. Las pruebas en que se funda.

La violación de esta regla, a no dudarlo, genera nulidad por falta de competencia, y aunque será el juez quien está facultado para hacer la fijación definitiva, no puede desplazar por completo la actividad de la fiscalía para hacer incluso la provisional.

Una fijación provisional del ente acusador que no contenga los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta; la identificación, ubicación y descripción de los bienes que se persiguen y las pruebas en que se funda, puede conllevar nulidad parcial de lo actuado, naturalmente, que si se advierte a tiempo puede ser objeto de corrección por parte del fiscal o que el juez la regrese a la fiscalía para que actúe de conformidad.

6. La fiscalía y el juez no tienen competencia para la asignación de automotores, motonaves y aeronaves entregados en destinación provisional a una entidad pública; declarada la extinción de dominio respecto de estos bienes, esta actividad le corresponde a la entidad administradora asignarlos definitivamente al ente público que lo haya tenido como destinatario provisional (Art. 96).

7. La fiscalía no puede ordenar el depósito provisional de los bienes sobre los cuales se haya declarado la extinción de dominio, ya sean muebles o inmuebles, sociedades, personas jurídicas, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, en virtud del cual se designa una persona natural o jurídica que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que las administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivas y generadoras de empleo, esa es una labor privativa del juez de extinción; el ente acusador solamente tiene competencia para ordenar ese depósito, como forma de administración de bienes, cuando han sido afectados con medidas cautelares durante la fase de inicio (Arts. 99 y 29-2 CED).

8. La entrega definitiva de los bienes que hayan sido objeto del trámite extintivo,

únicamente le corresponde ordenarla al juez de extinción, quien, conforme al artículo 106 del CED, ejecutoriada la decisión en la que ordena la entrega de bienes, le ordena al administrador comunicarle al interesado a la dirección que figure en el expediente del proceso de extinción de dominio, que los bienes se encuentran a su disposición, y le informará del procedimiento para su devolución. La fiscalía no puede inmiscuirse en esta clase de decisiones, so pena de nulidad.

9. La fiscalía carece de competencia para resolver sobre recursos ordinarios que pudieran interponerse contra las medidas cautelares, no solo porque conforme al artículo 11 del CED, no son susceptibles de los recursos de reposición y apelación, sino especialmente porque, según la misma norma, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones pueden ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

10. Los actos de investigación llevados a cabo por la Fiscalía General de la Nación carecen de recursos, podrán ser sometidos a control de legalidad ante los jueces de extinción de dominio, únicamente ingresarán a la actividad de los jueces cuando impliquen o tengan como consecuencia la limitación o afectación de derechos fundamentales.

Este control de legalidad podrá ser solicitado por el titular del derecho fundamental que hubiere sido afectado o limitado, por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho. A tal efecto, el solicitante deberá manifestar por escrito los hechos en que se funda y exponer claramente las razones por las cuales considera afectado o limitado ilegalmente el derecho fundamental. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia que ordena la realización de los actos de investigación, ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal de la Nación o su delegado, este la remitirá al juez competente junto con un alegato en el que podrá manifestar todo lo que considere necesario, oportuno y conveniente. Recibida la documentación, el juez decidirá dentro de los cinco días siguientes. La decisión que tome el juez será susceptible únicamente del recurso de apelación (Art. 115). Obviar ese control de legalidad ante los jueces de garantías puede conllevar la declaratoria de nulidad.

11. La fiscalía carece de competencia para decidir y fijar la retribución de que trata el artículo 120 del CED, hasta el 5% del producto que el Estado obtenga por el remate de los bienes que el particular reporte de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte. La fiscalía, de manera motivada, propone la tasación, pero la decisión es del resorte exclusivo del juez, quien de encontrarla razonable la hará figurar en la sentencia, guardando reserva de la identidad del particular. La violación a estas reglas podría conllevar la máxima sanción procesal; sin embargo, es una de las irregularidades que admiten corrección.

12. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrán proferir resolución de archivo, previa motivación fáctica, jurídica y probatoria, en cualquier momento que se verifique alguna de las siguientes circunstancias:

1. No se logren identificar bienes que puedan ser pasibles de la acción de

extinción de dominio.

2. Se acredite que los bienes denunciados o que lleguen a ser identificados no se encuentran enmarcados en una causal de extinción de dominio.
3. Se acredite que los titulares de derechos sobre los bienes que llegaren a identificarse no presentan ningún nexo de relación con una causal de extinción de dominio.
4. Se demuestre que los bienes cuestionados se encuentran a nombre de terceros de buena fe exenta de culpa y no existan bienes que puedan ser afectados por valor equivalente.
5. Se acredite cualquier circunstancia que impida fijar la pretensión de extinción de dominio.

Esta decisión no hará tránsito a cosa juzgada y deberá ser comunicada al representante del Ministerio Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al denunciante, si la acción hubiese sido promovida por esta vía (Art. 124), para que si no están de acuerdo, puedan insistir ante el fiscal que prosiga con el trámite extintivo, o, si la fiscalía persiste en no desarchivar, puedan, dentro de los 10 días siguientes a la comunicación de la decisión que niega su petición, solicitar al Juez Especializado en Extinción de Dominio que ejerza un control de legalidad (Art. 125).

Los jueces carecen de competencia funcional para disponer este archivo. La violación a esta competencia privativa da origen a la declaratoria de invalidez.

13. La fiscalía es la competente para rechazar de plano, mediante decisión de archivo, los reportes sin fundamento y los anónimos que carezcan de credibilidad (Art. 124). Si un juez dispone esta clase de archivo, arrebatada competencia que le está vedada.

14. La fiscalía y los jueces no tienen facultad procesal para dar curso, durante el proceso de extinción de dominio, al trámite de excepciones previas o de incidentes. Todos esos asuntos serán decididos en la sentencia (Art. 130 CED). Sin embargo, su inobservancia no siempre genera nulidad procesal, será cada caso el que indique el efecto de la irregularidad, pudiendo generar acciones penales y/o disciplinarias por la indebida extensión de los plazos legales y en general del trámite extintivo.

15. La fiscalía está facultada para ordenar y practicar pruebas durante la fase inicial o preprocesal del trámite extintivo, tanto las que consagra el CED (la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio), como aquellos otros medios de prueba no contenidos en esta, de acuerdo con las disposiciones que lo regulen, respetando siempre los derechos fundamentales, pudiendo utilizar los medios mecánicos, electrónicos y técnicos que la ciencia ofrezca y que no atenten contra la dignidad humana; trasladar las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, para que sean apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con observancia de los principios de publicidad y contradicción sobre las mismas (Arts. 142 y 49 CED).

Como las declaraciones, las confesiones, los documentos y demás elementos materiales

de prueba o evidencias físicas, así como los dictámenes periciales e inspecciones obtenidos por la Fiscalía General de la Nación durante la fase preprocesal, tienen pleno valor probatorio en el proceso de extinción de dominio, estas pruebas no se volverán a practicar durante la etapa de juicio (principio de permanencia de la prueba, Art. 150 CED). La violación de estas reglas no necesariamente ocasiona la declaratoria de invalidez, porque los jueces de extinción igualmente tienen facultad probatoria, pudiendo suplir la inoperancia relativa de la fiscalía, pues si fuere absoluta estaría desplazando la función del ente investigador, generando una invalidez por violación a las reglas de competencia.

16. Salvo casos excepcionales, durante el juicio, el juez de extinción no está facultado para repetir la práctica de las pruebas que hayan sido recaudadas en la fase inicial por la Fiscalía General de la Nación; vencido el término de traslado previsto en el artículo 141 del CED, el juez decretará la práctica de las pruebas que no hayan sido recaudadas en la fase inicial, siempre y cuando resulten necesarias, conducentes, pertinentes y hayan sido solicitadas oportunamente. Así mismo, ordenará tener como prueba aquellas aportadas por las partes cuando cumplan los mismos requisitos y hayan sido legalmente obtenidas por ellos y decidirá sobre los puntos planteados.

Con todo, el juez puede ordenar de oficio, motivadamente, la práctica de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y necesarias, siempre y cuando no constituyan una duplicación de las practicadas por la fiscalía o el desplazamiento de la función que le compete a esta.

La inobservancia de estas reglas no conlleva necesariamente la declaratoria de nulidad, no obstante el desconocimiento de principios como el de economía y celeridad procesal; sin embargo, el quebranto de las reglas de competencia probatoria para suplir la absoluta inactividad de la fiscalía, si originaría la invalidez procesal.

17. Los servidores que cumplan funciones de policía judicial podrán adelantar, por iniciativa investigativa propia, es decir, sin orden del fiscal, los siguientes actos de investigación (Art. 161 CED):

1. Recibir las denuncias sobre bienes ilícitos.
2. Realizar inspecciones e identificar, recolectar, embalar y disponer la custodia de documentos originales y elementos de prueba.
3. Hasta antes de que la Fiscalía General de la Nación asuma la dirección de la investigación, obtener mediante solicitud formal información de carácter público que repose en entidades públicas y privadas, cuando sea urgente y necesario.
4. Identificar potenciales testigos y recolectar sus versiones mediante entrevistas.
5. Obtener información a través de informantes y adelantar las correspondientes labores de verificación de información y documentación.
6. Adelantar labores de campo de verificación e identificación de inmuebles.
7. Todas las demás actuaciones que en virtud de la presente ley no requieran orden expresa del fiscal.

El quebrantamiento de las reglas básicas de estos procedimientos o de los derechos y

garantías fundamentales de las personas afectadas, así como la extralimitación a actos no comprendidos en la norma, especialmente cuando están relacionados con derechos fundamentales, puede dar lugar a la nulidad procesal y a la exclusión probatoria.

18. Solamente pueden practicarse, con previa orden motivada del fiscal, los actos de investigación que impliquen limitación razonable de los derechos fundamentales, quien después de su cumplimiento o ejecución deberá constatar su legalidad formal y material, y de encontrarla ajustada a derecho dejará constancia de ello, o de lo contrario, dispondrá su exclusión o la repetición de la actuación (corrección de actos irregulares, antes que nulidad, Art. 163 CED), sin perjuicio del control de legalidad que puede realizar el juez de extinción de dominio en los términos del CED, bien sea en la fase inicial, o en la etapa de juicio al momento de decidir sobre la admisibilidad de la correspondiente prueba.

Esos actos de investigación para recaudar elementos probatorios, durante la fase inicial, son: allanamientos y registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia de cosas, seguimiento y vigilancia de personas, búsquedas selectivas en bases de datos, recuperación de información dejada al navegar en internet, análisis e infiltración de organizaciones criminales, agentes encubiertos, escucha y grabación entre presentes, así como las demás que el desarrollo técnico o científico ofrezcan, para cumplir los fines de la investigación (Art. 162 CED).

La violación a cualquiera de las reglas anteriores podría obligar al funcionario judicial a declarar de manera oficiosa la nulidad de lo actuado, o facultar al interesado a solicitarla, especialmente cuando el control de la legalidad está en cabeza del fiscal que emitió la orden.

B. Algunas reglas relacionadas con actos de notificación, cuya violación podría estructurar nulidad procesal

1. Para analizar algunas situaciones que podrían originar irregularidades sustanciales, es preciso saber que el título III, capítulo III, artículos 52 a 58 del CED, está destinado al tema de las notificaciones, y se fijan varias reglas, cuya inobservancia serviría de fundamento para solicitar la ineficacia procesal:

1.1. La notificación de las decisiones judiciales en forma personal, por estado, por edicto o por conducta concluyente, solo tiene aplicación durante la etapa del juicio (Art. 52 CED).

1.2. Para que la notificación personal se materialice, es necesario que a la persona se le lea integralmente la providencia o se le permita que lo haga directamente. Obviar ese enteramiento genera nulidad por violación a los principios del debido proceso, publicidad y defensa.

1.3. Los medios que deben emplearse para citar a las personas destinatarias de la notificación pueden consistir en comunicación escrita, telegrama, perifoneo, llamada telefónica, correo electrónico o cualquier medio que el servidor judicial considere eficaz, indicando la fecha, lugar y hora en que se deba concurrir. En forma sucinta se consignarán las razones o motivos de la citación, con la advertencia de las sanciones

previstas en caso de desobediencia, dejando expresa constancia en la carpeta (Art. 47 CED).

Omitir algunas de las anteriores exigencias no siempre genera nulidad procesal, será cada caso el que le indique al funcionario la naturaleza de la irregularidad y el efecto procesal que de ella se deriva.

1.4. El destinatario de la notificación debe comparecer a la secretaría dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la citación. Vencido este término sin que la persona hubiere comparecido, se notificará por estado. Omitir la notificación personal cuando es obligatoria para reemplazarla por los métodos supletorios genera nulidad, salvo que el afectado o la fiscalía subsanen la irregularidad.

1.5. La notificación personal puede surtirse con la parte o con el apoderado, debidamente acreditado para ello. Esta alternatividad evita la declaratoria de la nulidad, efecto que solo se produciría si se omite completamente el acto de publicidad a los dos destinatarios.

1.6. Las únicas providencias que se notifican personalmente son: el auto que avoca conocimiento del juicio de extinción de dominio, el de admisión de la demanda de revisión y la sentencia (Arts. 53, 76, 137 y 138 CED). Además, los autos interlocutorios y los siguientes autos de sustanciación: el auto admisorio del requerimiento, el que ordena la práctica de pruebas en el juicio, el que deniega el recurso de apelación y el que corre traslado para alegatos.

Notificar decisiones no relacionadas en la norma no genera nulidad procesal, se trata de una irregularidad subsanable.

1.7. Todas las demás decisiones, distintas de las indicadas en el artículo 53 del CED, quedan notificadas mediante estado, que se fijará por el término de un (1) día en la Secretaría y se dejará constancia de la fijación y desfijación (Arts. 54 y 76 CED). Notificar una de estas decisiones en forma personal no genera invalidez, no solo porque se está acudiendo a la principal forma de notificación, sino porque el desconocimiento a la regla no vulnera derechos fundamentales.

1.8. Cuando no haya sido posible la notificación personal de la sentencia, se notificará por edicto, que se fijará por tres (3) días en lugar visible de la secretaría, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación.

El edicto deberá contener: la palabra edicto en su parte superior; la clase de providencia; la determinación del proceso de que se trata, del bien y de los afectados si estuvieren determinados; la fecha de la providencia y la firma del secretario (Arts. 55 y 146 CED). Omitir la notificación de la sentencia genera nulidad, salvo que el afectado la subsane. No siempre un edicto irregularmente elaborado admite la declaratoria de nulidad, se trata de irregularidades que son saneables de oficio o a petición de parte.

1.9. Cuando se omita la notificación, o se haga en forma irregular, se entenderá cumplida si la persona hubiere actuado en la diligencia o en el trámite a que se refiere la decisión o interpuesto recurso contra ella o de cualquier forma la mencione en escrito

o diligencia que obre en el expediente. Se considerará notificada dicha providencia en la fecha de la presentación del escrito o de la realización de la diligencia (Art. 56 CED).

Se trata de una forma de convalidar de manera expresa las posibles causas de la invalidez originadas en omisiones en la notificación.

1.10. Cuando la notificación deba hacerse en forma personal a quien se halle privado de libertad en lugar diferente de aquel en que se adelanta la actuación, se comisionará a la autoridad encargada del establecimiento de reclusión.

Notificar a la persona sin comisionar al encargado del establecimiento de reclusión no genera ninguna nulidad, v. gr., porque un funcionario se desplazó para hacerlo en forma directa.

1.11. La notificación personal a quien se halle privado de la libertad se hará en el establecimiento de reclusión, dejando constancia en la Dirección o en la Oficina Jurídica que allí se radicó copia de la providencia comunicada, si ella se logró o no y la razón (Art. 57 CED).

En estos casos solo tiene cabida la notificación personal, salvo que el destinatario renuncie o se niegue a notificarse; en todo caso, se dejará la constancia y se continuará con el trámite propio de los actos de publicidad pudiendo suplirse con su defensor.

1.12. Aunque el artículo 52 CED no consagra la notificación por aviso³⁰, el artículo 139 ordena que si la notificación personal al afectado no pudiere hacerse en la primera

³⁰Esta clase de notificación está prevista en el artículo 320 del Código General del Proceso. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Cuando no se pueda hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquiera otra providencia que se deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso, que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino. Cuando deba surtir un traslado con entrega de copias, el notificado podrá retirarlas de la secretaría dentro de los tres días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término respectivo.

El aviso se entregará a la parte interesada en que se practique la notificación, quien lo remitirá a través de servicio postal a la misma dirección a la que fue enviada la comunicación a que se refiere el numeral 1 del artículo 315.

Cuando se trate de auto admisorio de la demanda o mandamiento de pago, el aviso deberá ir acompañado de copia informal de la providencia que se notifica y de la demanda, sin incluir sus anexos.

El secretario agregará al expediente copia del aviso, acompañada de constancia expedida por la empresa de servicio postal de haber sido entregado en la respectiva dirección.

En el caso de las personas jurídicas de derecho privado con domicilio en Colombia, el aviso podrá remitirse a la dirección electrónica registrada según el parágrafo único del artículo 315, siempre que la parte interesada suministre la demanda en medio magnético. En este último evento, en el aviso se deberá fijar la firma digital del secretario y se remitirá acompañado de los documentos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, caso en el cual se presumirá que el destinatario ha recibido el aviso y sus anexos cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. El secretario hará constar este hecho en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos. Así mismo, conservará un archivo impreso de los avisos enviados por esta vía, hasta la terminación del proceso.

ocasión que se intenta, se dejará aviso con noticia suficiente de la acción que se ha iniciado, la fecha de la decisión, la autoridad que la ha emitido, el derecho que le asiste a presentarse al proceso y se advertirá sobre el procedimiento a seguir en el evento de no comparecencia. Este aviso se fijará en el lugar donde se encuentren los bienes, o se remitirá por el medio más expedito a las direcciones identificadas durante la fase inicial.

La omisión de este trámite no siempre genera nulidad, deberá analizarse la irregularidad a la luz de las distintas fuentes de saneamiento de las nulidades procesales.

2. Algunas situaciones que se deben tener en cuenta al momento de resolver sobre la estructura de una nulidad procesal

2.1. No es obligatorio que para notificar una decisión se emplee un determinado medio para citar a las personas destinatarias de la notificación, porque el artículo 47 CED solo hace una enunciación aleatoria y no agotada, es decir, que si en la práctica el servidor encuentra un medio distinto de los allí referidos, puede emplearlo, siempre y cuando no viole derechos fundamentales.

Ese listado de los medios que pueden emplearse para lograr la notificación, no necesariamente deben agotarse en el orden en que los cita la norma 47, es decir, primero comunicación escrita, luego telegrama, perifoneo, llamada telefónica, correo electrónico, y solo agotados estos, cualquier otro medio que el servidor judicial considere eficaz, indicando la fecha, lugar y hora en que se deba concurrir.

Será en cada caso que el funcionario determinará cuál es el medio más expedito para lograr la comparecencia del destinatario de la notificación, v. gr., una llamada telefónica sería suficiente para lograr ese fin, y este medio no está entre los primeros que deberían emplearse según la mención que hace la norma. En otras ocasiones, ni siquiera hay necesidad de utilizar alguno de esos medios, porque el destinatario llega a la secretaría y el funcionario procede a realizar la notificación.

No basta con emplear el medio y enviar el mensaje, debe corroborarse que el destinatario materialmente se enteró de la decisión y de los recursos que admite.

2.2. Aunque la norma 47 manda que la comunicación que se envíe para citar a quien deba ser notificado, debe consignar en forma sucinta las razones o motivos de la citación, con la advertencia de las sanciones previstas en caso de desobediencia, dejando expresa constancia en la carpeta, su omisión no genera nulidad, se trata de una simple irregularidad que puede sanearse de manera oficiosa o por actividad de las partes, generalmente, al momento de materializarse el acto de publicidad de la decisión, o con la presentación de un memorial en el que se mencione el contenido de la decisión cuya notificación se omitió o fue irregular.

2.3. Podría generar nulidad procesal por violación a las reglas sobre notificaciones, si tratándose de una decisión que se debe notificar personalmente, de manera arbitraria, sin siquiera intentarse la notificación directa a la persona, se publicita por un medio supletorio, como el estado, el edicto o la fijación del aviso; naturalmente, tal irregularidad debe ocasionar grave violación a derechos esenciales, como publicidad,

defensa o contradicción, porque podrían aparecer subsanados quedando relegada la máxima sanción procesal.

2.4. Tratándose de una providencia que debe notificarse personalmente, si la persona acude a la secretaría a materializar el acto, no se le lee integralmente su contenido y tampoco se le permite que lo haga directamente, se genera una eventual causa de invalidez.

A pesar de ello, podría subsanarse si la persona afectada, de alguna manera, afirma el conocimiento de la decisión, por ejemplo, mediante la interposición de un recurso o el control de legalidad ante los jueces de extinción respecto de decisiones que afecten derechos, porque por principio, los actos de la fiscalía no son notificables.

2.5. Si de acuerdo con el artículo 53 del CED, la notificación personal puede surtirse con el apoderado, debidamente acreditado para ello, genera nulidad procesal absoluta si la notificación se hace a quien funge como abogado y representante judicial, sin ser abogado (Sentencia tutela, 2013).

2.6. Cuando una decisión debe notificarse de manera personal y al final, de manera innecesaria, se notifica por estado, no se genera nulidad, pero sí podría tener efectos en el conteo de los términos, por ejemplo, para interponer los recursos. En estos casos debe efectuarse una interpretación de raigambre constitucional que permita efectivizar los derechos de los afectados.

2.7. Un estado o un edicto complementado mal elaborado podría generar una irregularidad que trascienda al campo de la invalidez, salvo que se pueda subsanar, bien de manera oficiosa o por actividad de los afectados por conducta concluyente. Igual solución debe predicarse cuando se omite la notificación.

2.8. Cuando la notificación deba hacerse en forma personal a quien se halle privado de libertad en lugar diferente de aquel en que se adelanta la actuación, no comisionar y hacer trasladar al detenido al despacho del funcionario judicial no genera nulidad, pero el funcionario que así actúe carga con la responsabilidad que la seguridad del preso implique.

2.9. Notificar por fuera de los plazos legales no genera nulidad, pero puede incidir, por ejemplo, en el conteo de los términos para interponer recursos o contar la ejecutoria de la providencia.

2.10. No notificar el auto que avoca conocimiento del juicio personalmente al afectado, al agente del Ministerio Público y al Ministerio de Justicia y del Derecho, puede generar una nulidad procesal, salvo que la irregularidad pueda sanearse.

2.11. En el caso de los artículos 138 y 139 del CED, cuando no se puede hacer la notificación personal al afectado del auto que avoca conocimiento del juicio, en la primera ocasión que se intente; no dejar el aviso con noticia suficiente de la acción que se ha iniciado, la fecha de la decisión, la autoridad que la ha emitido, el derecho que le asiste a presentarse al proceso y la advertencia sobre el procedimiento a seguir en el evento de no comparecencia, genera nulidad, salvo que el afectado subsane el yerro

directamente o mediante actividad del funcionario judicial.

2.12. No fijar el aviso en el lugar donde se encuentren los bienes, o no remitirlo a las direcciones identificadas durante la fase inicial, genera nulidad, excepto que el perjudicado, por ejemplo, consienta y continúe el trámite extintivo dándose notificado por conducta concluyente.

2.13. Obviar el emplazamiento del artículo 140 del CED, en los cinco (5) días después de fijado el aviso, de quienes figuren como titulares de derechos sobre los bienes objeto de la acción de acuerdo con certificado de registro correspondiente, así como de los terceros indeterminados, para que comparezcan a hacer valer sus derechos, estructura una nulidad, salvo que pueda subsanarse y los emplazados concurren o su representante judicial sanee la irregularidad con su actuación procesal.

Igual si el emplazamiento queda mal elaborado, no se fija en la secretaría por el término de cinco (5) días, no se publica por una vez dentro del mismo término en la web de la Fiscalía General de la Nación, en la web de la Rama Judicial y en un periódico de amplia circulación nacional. Así mismo, puede ocasionar invalidez si no se difunde en una radiodifusora o por cualquier otro medio con cobertura en la localidad donde se encuentren los bienes, excepto que pueda sanearse por alguna actuación de los agraviados.

2.14. Si el emplazado o los emplazados no se presentan al proceso dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto, y el proceso se continúa sin la intervención del Ministerio Público, que debe velar por el cumplimiento de las reglas del debido proceso, puede generarse una nulidad, que puede volverse insanable, pero será cada caso el que defina la naturaleza de la violación y su trascendencia procesal.

C. Violaciones al debido proceso que pueden comprometer la validez del trámite extintivo de dominio

1. Cuando se propone nulidad por la violación al debido proceso es necesario demostrar, en forma irrefutable, que ese menoscabo resquebraja la estructura formal y conceptual del proceso y el juzgamiento, por afectación de garantías, como el derecho de defensa.

En materia de nulidad por violación al debido proceso, reiteradamente ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, en líneas doctrinarias que en lo pertinente pueden aplicarse al CED:

“(…) En particular, cuando se denuncia la vulneración del debido proceso, corresponde al censor determinar en cuál de los diferentes eslabones concatenados y subsiguientes que estructuran el debido proceso se presenta el irremediable defecto; por ejemplo, en la apertura de investigación, en la indagatoria, en la definición de situación jurídica si a ello hay lugar, en la clausura del ciclo instructivo, en la calificación, en las audiencias preparatoria o pública, o en los fallos de instancia.

En punto de esta causal corresponde también al recurrente demostrar que la

irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo incide de tal manera, que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias, y por ello quien así alega debe indicar con precisión el momento procesal al que han de retrotraerse las actuaciones, una vez excluidas las alcanzadas por los vicios (...)” (Auto, 2008).

Si una persona ha sido emplazada y no comparece, debiendo continuarse la actuación con el Ministerio Público (Art. 140 CED), la defensa podría plantear una nulidad por violación al debido proceso, porque desde el inicio del trámite, cuando hubo necesidad de citar al afectado, se hizo a una dirección que no era la suya, es decir, fueron enviadas las citaciones, efectuadas las llamadas telefónicas o enviados los correos electrónicos, entre otras opciones; sin embargo, todas se despacharon a direcciones en donde la persona no se encontraba.

Si la defensa puede demostrar que las distintas citaciones para diligencias o audiencias fueron enviadas a una dirección distinta a la anunciada por el afectado en el proceso; que las llamadas telefónicas a cierto abonado telefónico fueron simplemente de marcación, sin constatar si allí vivía la persona; que nunca contestaban, estaba desconectada la línea o no había sido asignada aún al público, o cualquiera otra hipótesis que revele que el servidor público no se logró comunicar con el destinatario de la notificación, no cabe duda de que se estructura causal de nulidad, siempre y cuando las garantías vulneradas resulten compatibles con la naturaleza jurídica y el carácter real de la acción de extinción de dominio, pero por supuesto, llegado el caso, podría convalidarse.

2. Debe existir congruencia entre el acto de requerimiento de extinción de dominio o de improcedencia presentado por la fiscalía y la sentencia que dicte el juez de extinción declarando una u otra. Debe haber plena coincidencia entre los hechos y el bien o los bienes que son objeto de la actuación.

Debe haber coincidencia entre el acto de parte que contiene la pretensión de la fiscalía dentro del proceso, que se somete a conocimiento y decisión del juez, con el fallo ordinario o anticipado que este profiera en cuanto a los hechos, el bien o los bienes que han sido objeto del procedimiento.

El principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y su finalidad en el trámite extintivo es asegurar que los sujetos pasivos de la acción real sean afectados, si hay lugar a ello, por los mismos bienes objeto del trámite, que se encuentren relacionados con alguna de las causales de extinción de dominio, por los que la fiscalía presentó su pretensión ante el juez, sin lugar a sorprenderse, a último momento, con requerimientos respecto de los cuales no han tenido oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

La congruencia fáctica es absoluta, esto es, los hechos deben ser imperativamente los mismos del requerimiento hecho por la fiscalía, mientras la jurídica es relativa y se define por la adecuación en una de las causales de extinción que eventualmente podría variar, dependiendo de la práctica de las pruebas en el juicio, que puede no coincidir con la fijada en el acto de requerimiento, siempre y cuando se respete el núcleo básico de los hechos atribuidos y la situación del afectado no resulte perturbada con una mayor pretensión.

3. Ninguna de las técnicas de investigación exige intervención del juez con función de control de garantías para que cumplan los fines de la persecución propia del trámite extintivo; no exigen control previo, ni posterior; sin embargo, uno de dos controles no se puede obviar: (i) el que hace el fiscal que ordenó la práctica de los allanamientos y registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia de cosas, seguimiento y vigilancia de personas, búsquedas selectivas en bases de datos, recuperación de información dejada al navegar en internet, análisis e infiltración de organizaciones criminales, agentes encubiertos, escucha y grabación entre presentes o cualquiera otro que el desarrollo técnico o científico ofrezcan, o (ii), el que realizan los jueces a través del control de legalidad conforme al artículo 115 del CED.

El artículo 26-2 del CED ordena que a los anteriores actos especiales de investigación, se aplicarán los procedimientos previstos en la Ley 906 de 2004, salvo en lo relativo a los controles judiciales por parte del juez de garantías o de la Dirección Nacional de Fiscalías, con excepción del empleo de agentes encubiertos, cuando la orden la imparte un fiscal delegado, porque requiere autorización previa de la Dirección Nacional de Fiscalías (Art. 173 CED).

En consecuencia, proceder en este último caso sin la autorización previa de la Dirección Nacional de Fiscalías o del ente que haga sus veces a partir de la reestructuración de la Fiscalía General de la Nación, puede estructurar causal de nulidad por violación al debido proceso, naturalmente saneable.

4. Si las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado, no se fundamentan en los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio; cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines; cuando la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada, o cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas, lo jurídico no es que el juez de extinción que controla la legalidad declare la nulidad de la medida, lo correcto es que se declare su ilegalidad (Art. 112 CED).

5. El trámite extintivo del dominio tiene dos etapas: (i) una inicial o preprocesal, preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Esta etapa comprende tres fases: a) La inicial propiamente dicha, en la cual la Fiscalía General de la Nación lleva a cabo la investigación y la recolección de las pruebas; b) La fijación provisional de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación, y c) El requerimiento al juez para que declare bien sea la extinción de dominio, o la improcedencia de esta. (ii) Otra de juzgamiento, que se iniciará con la presentación de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación, a través de un requerimiento al juez de extinción de dominio. Durante esta última etapa los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos que establece el CED.

Pretermitir una de las anteriores etapas o fases genera grave irregularidad, que estructura nulidad de lo actuado por violación al debido proceso.

5.1. Si no existe el requerimiento por parte de la fiscalía, el juez no tiene competencia para dictar un fallo que declare la procedencia de la acción extintiva.

5.2. Se viola el derecho de contradicción que forma parte del debido proceso por pretermisión de una etapa previa del procedimiento, si la Fiscalía General de la Nación, antes de presentar el requerimiento de extinción de dominio al juez, no procede a fijar provisionalmente la pretensión, cuando los medios de prueba recolectados durante la fase inicial indiquen que están dados los presupuestos para la extinción, mediante una resolución en la que presentará: 1. Los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión; 2. La identificación, ubicación y descripción de los bienes que se persiguen, y 3. Las pruebas en que se funda.

5.3. Se viola el derecho de defensa y contradicción, que hacen parte del debido proceso, si después de comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión, no se ordena su traslado por el término común de diez (10) días, para que los sujetos procesales y los intervinientes puedan: 1. Acceder a la carpeta del trámite de extinción de dominio y conocer las pruebas recaudadas por la Fiscalía General de la Nación; 2. Presentar sus oposiciones o pretensiones, ejerciendo su derecho de contradicción de manera previa a la definición de la pretensión extintiva, y 3. Aportar las pruebas que tengan en su poder y que quieran hacer valer en el trámite.

Naturalmente, estas falencias pueden sanearse si la persona perjudicada con la irregularidad presenta sus oposiciones o allega pruebas, en fin, si de alguna manera ejerce una verdadera actividad procesal.

5.4. Existe nulidad si el afectado opta por una sentencia anticipada de extinción de dominio, sobre todos o algunos de los bienes objeto del proceso, sin que se haya dictado y comunicado la resolución de fijación provisional de la pretensión.

5.5. El hecho de que la fiscalía no decida las oposiciones que se presenten después de comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión, dentro del traslado por el término común de diez (10) días, no constituye causal de nulidad, porque esta clase de incidentes únicamente deben ser resueltos por el juez de extinción en la sentencia, según lo manda el artículo 130 del CED.

5.6. En principio, no hay lugar a que se estructure una nulidad por violación al debido proceso, respecto del requerimiento presentado por el fiscal ante el juez de extinción de dominio, mediante el cual solicita el inicio del juicio y fija de manera definitiva la pretensión de la fiscalía frente a los bienes objeto del trámite, si no cumple con los siguientes requisitos:

1. La identificación y ubicación de los bienes.
2. Las medidas cautelares adoptadas sobre los bienes.
3. La formulación de la pretensión de la fiscalía, expuesta en forma clara y completa.
4. Los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la pretensión.
5. Las pruebas en que se funda la pretensión.
6. Identificación y lugar de notificación de los afectados reconocidos en el trámite.

Porque si bien se viola una regla que fija el contenido material del requerimiento, base fáctica y jurídica con la que cuentan los afectados para ejercer su derecho de contradicción a este acto de parte presentado por la fiscalía durante la etapa del juicio

ante el juez de extinción de dominio (Art. 132 CED), el control que hace el juez y los partícipes del proceso es suficiente para que sea devuelto al fiscal, quien debe proceder a subsanar, sin necesidad de la sanción extrema; en el caso de que no se subsane una vez devuelto, se considerará no presentado el requerimiento, con todas sus consecuencias penales y disciplinarias.

5.7. Como todas las sentencias que se profieren en los procedimientos que el Estado crea para desarrollar las distintas acciones, llámese penal, laboral, civil, administrativa, etc., la que se dicta en el trámite del proceso extintivo del dominio debe cumplir con todas las exigencias que el legislador prevé para su redacción, de manera que al emitirse, se respeten las reglas del debido proceso, porque a través de su observancia, las partes, los sujetos procesales o las personas afectadas encuentran una fuente de conocimiento que les revela las razones por las cuales el fallador optó por uno u otro camino en su decisión, por qué negó ciertas pretensiones y acogió otras, qué valor le merecieron los distintos medios de prueba recogidos durante la instrucción (principio de permanencia de la prueba) o practicados durante el juicio oral (principio de no permanencia de la prueba), todo lo cual le permite a aquellas personas ejercer su derecho a la defensa y el de contradicción, la falta de motivación o la motivación anfibológica, pueden ser causa de invalidez procesal.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo viene expresando en forma pacífica y reiterada; así, en sentencia de casación del 17 de noviembre de 2011, proceso 37.695, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, indicó:

“Es indiscutible que una garantía que integra el debido proceso es la adecuada motivación de las sentencias, toda vez que ella permite conocer las razones que condujeron al fallador a decidir de una u otra manera, el valor que dio a las pruebas, las inferencias y los juicios lógicos sobre los cuales se edificó la determinación, todo lo cual posibilita a los sujetos procesales ejercer su derecho de defensa y habilitar el de contradicción (Sentencia, 2008).

Así las cosas –ha sostenido la Corte–, tanto al proferir una sentencia como en las demás providencias que resuelvan aspectos sustanciales, el funcionario judicial tiene la carga de ‘referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento’ ” (Auto, 2007).

Si la sentencia que se profiere en el trámite de extinción, bien sea en el procedimiento abreviado, que da lugar a la sentencia anticipada de extinción de dominio, o en el trámite ordinario, adolece total o parcialmente de motivación, respecto de aspectos relevantes de la litis, puede generarse un vicio de tal trascendencia que conlleve su invalidez, de suyo subsanable.

Por supuesto, quien pretenda obtener una declaratoria de esta importancia, tiene cargas que cumplir, debe precisar si esa falencia fue por ausencia total de motivación, es decir, porque no se expresaron los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya el fallo; si la motivación es insuficiente, incompleta o deficiente, porque se omitió el pronunciamiento de algunos aspectos o se dejaron de examinar alegatos de los

sujetos del proceso en aspectos sustanciales para decidir el problema jurídico, de manera que los sujetos no tienen modo de saber cuál fue el fundamento del fallo; motivación equívoca, ambigua, ambivalente o dilógica, que tiene ocurrencia cuando se involucraron conceptos excluyentes entre sí, haciendo imposible aprehender el contenido de la motivación, y motivación sofisticada, aparente o falsa, esto es, cuando el fundamento probatorio de la decisión no consultó la realidad probatoria que muestra el proceso (Sentencia, 2011).

Se impone precisar que si bien todas las anteriores hipótesis tienen que ver con fallas en la motivación, solo las tres primeras son enjuiciables a través de la causal de nulidad por constituir errores in procedendo, en tanto que la última, al ser vicio de juicio o in iudicando, estructura violación a una norma de derecho sustancial que proviene de un error en la apreciación de determinada prueba.

2.5. La solicitud de nulidad

Por mandato del artículo 85 CED, solo podrá solicitar la declaración de nulidad el sujeto procesal que resulte perjudicado por la concurrencia de la causal, siempre y cuando no hubiere contribuido a causarla. También podrán solicitarla el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y del Derecho. La persona que alegue una nulidad deberá probar la causal que invoca, las razones en que se funda, y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores.

Tres aspectos fundamentales contiene este precepto en materia de la solicitud de una nulidad: quiénes están legitimados, cómo deben hacerlo y qué límites tiene una solicitud de esta naturaleza.

A. Legitimación

1. Concepto

Cuando se habla de legitimación o legitimidad se hace referencia a “la idoneidad jurídica para ser sujeto de la relación que se desarrolla en el acto” (Carnelutti, 1950); aquí la aptitud ya no se refiere, como en la capacidad, a la facultad legal para ejercer un derecho o ser titular del mismo (concepto unilateral), sino a la idoneidad jurídica para ser sujeto de la relación procesal (binomio derecho-deber).

Carnelutti separa los dos conceptos mediante el siguiente ejemplo: “Cuando la Ley dice que la querrela por el delito cometido en daño de un menor de catorce años debe ser propuesta no por él sino por su administrador legal, hay en esto un fenómeno de capacidad porque la edad es un modo de ser natural de las personas; pero cuando dice, por el contrario, que la querrela se propone por el ofendido o mejor por la parte lesionada, el fenómeno es de legitimación, porque aquel modo de ser de la persona que se denota con el nombre de parte lesionada, no depende de la naturaleza sino del derecho...” (Carnelutti, 1950).

Algo similar ocurre en el derecho nacional, cuando se establece en el inciso segundo del artículo 32 de la Ley 600 de 2000 (71 de la Ley 906/04), que la querrela únicamente

puede ser presentada por el sujeto pasivo de la conducta punible, pero si este fuere un incapaz o persona jurídica, la querella debe ser formulada por su representante legal, y si no tuviere tal representante, la querella puede instaurarla el defensor de familia, el agente del Ministerio Público o el defensor del pueblo o los perjudicados directos.

En la primera parte, la norma se refiere a la aptitud jurídica que debe tener una persona para poder ser considerada procesalmente como querellante legítimo; en la complementaria, a la capacidad, y de manera expresa al incapaz de instaurar la querella, quien así tenga la calidad de sujeto pasivo, por ende, de legítimo querellante, al no poder movilizar directamente el aparato estatal para la tutela de su derecho fundamental (capacidad de ejercicio), debe valerse de terceros que lo representen en ese acto y lo continúen representando en el curso de la litis; de la misma manera, el artículo 37 de la Ley 600 de 2000 (76 de la Ley 906/04), requiere legitimidad para desistir de la querella (tener la calidad de sujeto pasivo).

La legitimación hace referencia, ya no a un aspecto natural del sujeto actuante, sino a “un modo de ser jurídico (ser parte, ser acreedor, ser procurador o abogado, ser magistrado, fiscal, juez, parte civil, defensor, estudiante de derecho, condenado, absuelto, etc.), por eso se define como pertenencia del actuante a una relación jurídica, en vista de la cual al acto le es atribuida (legitimación positiva) o bien negada (legitimación negativa) cualquier eficacia (legitimación constitutiva) o bien una cierta eficacia (legitimación modificativa)” (Carnelutti, 1950)..

La legitimación puede ser de hecho o de derecho, según que surja de la relación personal directamente o por referencia normativa, sustancial o procesal; algunas nacen y se consolidan antes de iniciarse el proceso, como el sujeto pasivo del delito, o del afectado en la acción de extinción, pues se trata de la persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso; otras se cimientan con el trámite de extinción; así, por ejemplo, durante la fase inicial las pruebas son reservadas, pero podrán ser conocidas por los sujetos procesales e intervinientes después de la fijación provisional de la pretensión (Art. 151 CED).

Los actos procesales pueden originarse por la actividad tanto de los sujetos procesales, como de los intervinientes, igualmente de los terceros y de quienes ejercen la jurisdicción. Como lo afirma Carnelutti (Carnelutti, 1950): “Casi siempre, (...) se trata de actos de oficio o de parte, lo que quiere decir que pueden ser realizados o sea que son eficaces solamente en cuanto sean cumplidos por un miembro del oficio judicial o por una parte”.

2. La legitimación en el trámite extintivo

En el trámite de extinción de dominio, la legitimidad para solicitar la nulidad solamente la tiene el sujeto procesal que resulte perjudicado por la concurrencia de la causal, siempre y cuando no hubiere contribuido a causarlo (principio de trascendencia). También podrán solicitarla el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Respecto del Ministerio Público, se debe tener en cuenta al resolver una solicitud de nulidad, que este sólo actúa en el trámite de extinción de dominio en defensa del

orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, especialmente por el respeto de los derechos de los afectados determinados que no comparecieren y de los indeterminados, y que su intervención solo se da a partir de la fijación provisional de la pretensión con las mismas facultades de los sujetos procesales.

En el caso del Ministerio de Justicia y del Derecho, no debe perderse de vista que solo actúa en el trámite de extinción de dominio en defensa del interés jurídico de la Nación y representación del ente responsable de la administración de los bienes afectados en el curso del procedimiento. Puede intervenir sólo a partir de la fijación provisional de la pretensión y tendrá la facultad de presentar las solicitudes y los recursos que estime necesarios en procura de los intereses del Estado.

Por supuesto, el funcionario judicial está legitimado para hacerlo de manera oficiosa en cualquier momento del proceso, cuando no fuere posible corregir o subsanar la actuación irregular por otra vía, y si lo considera conveniente para la celeridad de la actuación, podrá ordenar que las solicitudes de nulidad presentadas por las partes sean resueltas en la sentencia (Art. 82).

B. Exigencias materiales de la solicitud y límites

La persona que alegue una nulidad tiene la carga de probar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores.

Si se alega violación del debido proceso debe demostrar que se configuró una irregularidad en la estructura básica del proceso, es decir, en alguna de las actuaciones encadenadas, sucesivas y armónicas que lo componen, y que la misma es trascendente, de modo que si no se sana es absolutamente imposible mantenerlo incólume.

La violación del derecho de defensa implica determinar cuál fue la falla y cómo se lesionó ese derecho, indicando el momento específico en el cual se presentó, porque esta especificidad le permite al servidor judicial determinar desde qué parte debe retrotraerse la actuación para remediar el defecto.

Si se trata de falta de motivación de la sentencia, por ejemplo, tratándose de una garantía que integra el debido proceso, tiene la carga de precisar cuál es la parte del fallo inmotivada, cuál es el tema que no se decidió o se hizo de manera incompleta, contradictoria o excluyente, entre algunas opciones.

La razón es simple: el funcionario judicial no puede buscar en su propia actuación el fundamento de una solicitud vacía o indeterminada de nulidad, que carece de los límites mínimos básicos orientadores para comprender en qué consiste la invalidez que se solicita, desde cuándo se presentó, qué sujetos dieron origen a los defectos orgánicos, sustanciales o procedimentales, si pudieron convalidarse o fueron convalidados; esa carga la tiene el sujeto que pide la declaratoria de nulidad, tanto así que su silencio durante el trámite puede erigirse en una forma de convalidación de lo irregular.

Finalmente, el sujeto que haya elevado una solicitud de nulidad, no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores, es decir, los hechos en que

se funda la nueva solicitud de nulidad deben ser sobrevinientes y modificar la situación anteriormente considerada.

Debe quedar en claro que la nulidad se predica de la actuación, no de las pruebas; frente a estas lo que se afirma es su ilegalidad, y la ilegalidad intrínseca de una prueba no puede generar nulidad de la actuación.

Con esta claridad, resulta inapropiado confundir las formas propias del juicio con los grados probatorios. Las primeras dicen relación con la escala de garantías reconocidas constitucional e internacionalmente a favor del ciudadano para preservarle del arbitrio en la actividad del Estado cuando se ve sometido a la función punitiva. En cambio, los errores relacionados con los grados probatorios se fundan en la apreciación de un medio producido con desconocimiento de las exigencias para su propia validez, el cual –por contener una ilegalidad intrínseca– no debe ser estimado. Hacerlo, entraña vicio de juicio o error in iudicando; lo anterior, porque la ilegalidad de la prueba por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez admitida, encuentra como sanción procesal no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación. Luego el vicio que tal situación comporta radica en estricto sentido en el sentenciador cuando toma en cuenta un medio para valorarlo, debiendo desestimarlos. De ahí por qué se le ubique dentro de los vicios de juicio o errores in iudicando, por oposición al vicio de actividad o error in procedendo, fundamento de la nulidad (Sentencia, 1990).

2.6. Reglas que orientan la declaratoria de la nulidad y su convalidación

Dispone el artículo 86 CED que la invalidez de los actos procesales se regirá por las siguientes reglas:

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la contradicción.
2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales del trámite o del juzgamiento.
3. No puede invocar la nulidad la persona que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular.
4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.
5. Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.
6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo.

1. Finalidad conseguida igualmente.

La finalidad cumplida es uno de los capítulos que integran el principio de convalidación, confirmación, subsanación o saneamiento (Carnelutti, 1950). “La nulidad de un acto es saneada si no obstante la irregularidad, el acto ha conseguido igualmente su finalidad respecto a todos los interesados” (Tratado de derecho procesal penal, 1949).

Esta disposición se justifica considerando que el proceso penal no es un proceso de formas, ni un fin normativo en sí mismo; todo acto procesal tiene una finalidad, y si ella se consigue, muy a pesar de todas las irregularidades cometidas, el vicio queda saneado, no existiendo fundamento alguno para convertirlo en causal de nulidad.

Le corresponde al funcionario judicial hacer un análisis de fondo y motivado sobre el cumplimiento de esa finalidad, obviamente, en relación con todos los interesados que invocaron la nulidad; respecto de quienes guardaron silencio, se entiende que se cumplió a satisfacción, existiendo en su conducta aceptación y, por ende, convalidación.

Esta forma de sanear las irregularidades alegadas como nulidad, ha sido plasmada en el artículo 310-1 de la Ley 600 de 2000 y 86 del CED, por cuya virtud no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

En relación con la naturaleza del principio de convalidación, la Corte Suprema de Justicia dijo:

“El principio de convalidación impone que, si conocida una irregularidad en la actuación, la parte afectada no alega su existencia a su favor, y por el contrario participa en la celebración del acto, consintiendo en la irregularidad, convalida de esta forma su celebración, y no puede posteriormente atacar el mismo acto con base en el vicio observado precedentemente, si la armonía es subsanable por esta vía, o no siéndolo, quedan indemnes los principios del derecho a la defensa y el debido proceso” (Sentencia, 1987).

Sobre este principio la Corte, en auto de casación del 16 de mayo de 2007, con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, proceso 26315, indicó:

“2. La Sala indicó en otra oportunidad que los argumentos que se esgrimen para invocar una nulidad deben tener en cuenta los principios que orientan su declaratoria y su convalidación —artículo 310 de la Ley 600 de 2000— (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, ● de marzo de 2004, radicación número 21.580). Recuérdense unos de ellos:

Instrumentalidad de las formas o finalidad. La nulidad es improcedente aun en aquellos casos en que existan vicios de forma, si el acto alcanza los propósitos propuestos, e incluso en los supuestos en que se sigue un procedimiento equivocado pero que materializa mejor los derechos y garantías (...).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el procesado y su defensor tuvieron la oportunidad de intervenir de acuerdo a sus necesidades y conveniencias. La informalidad ocurrió en la primera sesión de audiencia pública, cuando se

pretermitió el interrogatorio al procesado para, en su lugar, abrir a la etapa probatoria. Sin embargo, nada dijo ni reclamó la defensa sobre esta situación. Por el contrario, abordó sin objeciones el interrogatorio de los testigos y, más aún, el juez propendió por satisfacer los requerimientos de la defensa, suspendiendo la audiencia en algunas oportunidades con el fin de materializar la conducción de unos testigos.

Se cumplió la finalidad del acto cuando se ordenó su enmienda, al interrogar al procesado en la etapa de juzgamiento, antes del cierre de la etapa probatoria”.

En Colombia el principio de saneamiento, convalidación o confirmación tiene una aplicación reducida, rara vez el funcionario judicial se toma la molestia de establecer si el acto procesal cumplió su finalidad y si la irregularidad está saneada; además, porque se toma el camino más fácil: invalidar la actuación procesal.

Las normas de los códigos de procedimiento civil (derogado parcialmente, Decreto número 2282 de 1989, por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil) y procedimiento penal (derogado, Decreto 2700 de 1991), que consagraban la aplicación del principio de convalidación o saneamiento, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 del 19 de febrero de 1998, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía. Los argumentos de constitucionalidad de la Corte fueron los siguientes:

Tercera.- Algunas reflexiones sobre el saneamiento de las nulidades procesales: su relación con el principio de la economía procesal

De conformidad con el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, uno de los deberes del juez, el primero, consiste en “Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran”.

El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia.

Precisamente por el principio de la economía procesal, se explican algunas normas del Código de Procedimiento Civil. Está, en primer lugar, el numeral 2 del artículo 38, que confiere poder al juez para “Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta”. Viene luego la obligación impuesta al juez, cuando inadmite la demanda, de señalar los defectos de que adolezca, para que el demandante los subsane en el término de cinco días (inciso noveno del artículo 85). Con la misma finalidad, de evitar vicios de procedimiento, el artículo 86 ordena al juez admitir la demanda “que reúna los requisitos legales”, dándole el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada.

También tienen la finalidad de evitar nulidades procesales (y, por lo mismo,

dilaciones injustificadas del proceso) todas las excepciones previas cuyas causales establece el artículo 97 del Código.

Por último (para no citar otras normas), puede mencionarse el deber que el Código impone al juez que conduce el proceso ordinario de mayor cuantía, de “decretar las medidas autorizadas para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litis consorcio necesario, evitar que el proceso concluya con sentencia inhibitoria y prevenir cualquier tentativa de fraude procesal” (artículo 401). Obsérvese que el deber se manifiesta en dos sentidos: no sólo sanear los vicios de procedimiento sino precaverlos. Todo, se repite, como consecuencia del principio de la economía procesal.

Otra consecuencia de la aplicación de este principio, es la institución del saneamiento de las nulidades. En el Código, ésta se funda en la consideración de que el acto, aun siendo nulo, cumplió su finalidad. Que, en consecuencia, no se violó el derecho de defensa. Carnelutti explica así el saneamiento o la convalidación de los actos procesales nulos:

“Puede suceder también que el efecto práctico del acto, tal como se produce en concreto, sin necesidad alguna de rectificación, demuestre que la nulidad sería una consecuencia excesiva, aun cuando el vicio sea esencial. El caso típico es el del demandado que comparece puntualmente en juicio, aun siendo nula la notificación que se le ha hecho de la demanda; comoquiera que la nulidad de ésta se prescribe en previsión de que la notificación no sirva para provocar la comparencia, resulta que el evento desmiente la previsión.

“También aquí se comprende que, pese al vicio esencial, el acto haya de ser convalidado; pero la convalidación se explica por la comprobación de su inocuidad y no por la eliminación del vicio. El hecho que demuestra la inocuidad, consiste en que al acto viciado siga la conducta para cuya determinación ha sido realizado...” (“Sistema de Derecho Procesal Civil”, tomo III, pág. 564, número 551, Edit. UTEHA, Buenos Aires, 1944).

En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad.

De otra parte, así como el legislador está facultado, al dictar los códigos de procedimiento, para establecer las causales de nulidad, también lo está para definir cuáles son las nulidades saneables y cuáles son las insaneables. Siempre y cuando, naturalmente, el saneamiento de la nulidad no implique el quebrantamiento de la Constitución, como acontecía con el numeral 6 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte declaró inexecutable en sentencia C-407 de 1997, porque traía consigo una violación ostensible del debido proceso y del principio de la igualdad.

Análogas razones, todas relacionadas con la economía procesal, explican el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que los artículos 148, último inciso, 152, también último inciso, y el inciso final del artículo 159.

Escrito lo anterior, es posible ahora examinar cada una de las normas acusadas.

(...)

Novena.- Análisis de la parte demandada del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal

Se demanda la expresión del inciso primero del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, que establece que decretada la nulidad de lo actuado en el proceso penal, se ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane el defecto. El motivo de la acusación consiste en reponer solamente la actuación que dependa del acto declarado nulo.

También esta norma tiene su razón de ser en el principio de la economía procesal, y en la necesaria celeridad de la administración. Si, en general, justicia tardía es injusticia, esta afirmación cobra mayor fuerza en tratándose del proceso penal. Recuérdese que el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución consagra el derecho del sindicado a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”. Esta norma tiene esa finalidad: no habría razón para reponer la actuación que no dependa del acto declarado nulo, actuación que se ha cumplido válidamente. Hacerlo sería una “dilación injustificada”.

Por lo expuesto, se declarará exequible toda la expresión “y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo”.

Décima.- Análisis de los numerales 5 y 6 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal

Disponen los numerales 5 y 6 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal:

“5. Sólo puede decretarse (la nulidad) cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial”.

“6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este Código”.

En cuanto al numeral 5, es claro que por economía procesal, y para evitar “dilaciones injustificadas”, si existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial, no hay por qué declarar la nulidad. Esta norma no implica quebrantamiento alguno del debido proceso ni de la Constitución.

En cuanto al numeral 6, hay que decir que la Corte ya reconoció, en lo referente al Código de Procedimiento Civil, que el legislador no quebranta la Constitución al señalar taxativamente unas causales de nulidad. Dijo la Corte:

“No se opone a la norma del artículo 29 de la Constitución la circunstancia de que el legislador señale taxativamente las causas o motivos de nulidad” (Sentencia C-491, de noviembre 2 de 1995, magistrado ponente, Antonio Barrera Carbonell).

La Corte hizo la salvedad de la nulidad de la prueba practicada con violación del debido proceso, nulidad limitada a la prueba y que no comprende todo el proceso.

De la misma manera, en el proceso penal puede el legislador, como lo ha hecho, señalar taxativamente las causales de nulidad.

Si ocurriera el caso, por demás improbable, de que en el proceso penal se haya desconocido uno de los derechos fundamentales, y no se haya declarado la nulidad, existe, para enmendar el error, el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal:

“De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados, a solicitud del procurador, su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Recuérdese, además, que las tres causales de nulidad del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, están basadas en la violación del debido proceso: la falta de competencia, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, y la violación del derecho de defensa.

Por todo lo anterior, es ostensible que tampoco el ordinal 6 del artículo 308 viola norma alguna de la Constitución. Así se declarará”.

El principio de instrumentalidad de las formas, finalista o de la finalidad cumplida, parte de considerar que las formas no son un fin en sí mismas, que trascienden la pura forma y tienen por objeto el debido proceso y el derecho de defensa. No está llamada a prosperar la nulidad que se edifica en el olvido o desviación de una forma, sin que teleológicamente puedan verse desconocidos aquellos parámetros de garantía.

En aquellos casos en los que a pesar de la existencia de irregularidades en la actuación procesal, la finalidad se hubiere cumplido, no existirá, por sustracción de materia, declaratoria de nulidad; el acto, aun siendo defectuoso, ha cumplido el objetivo para el que fue instituido en el proceso.

La tarea de las nulidades no es proteger las normas consideradas en sí mismas, como meros instrumentos del proceso, ciegas a la realidad y al fin que persiguen, sino asegurar el fin que con ellas busca la ley.

Bien se ha observado que “las formas son instrumentos, soportes de la actividad humana, como muletas en las que hubiera que apoyarse para caminar, y no se confunden con el desplazamiento mismo” (Nulidades procesales, 1985).

De acuerdo con la lógica, un acto procesal puede carecer de alguno de sus requisitos (de una de sus formas), pero comoquiera que este fue creado e incluido en el sistema procesal para conseguir una específica finalidad, lo que se debe analizar no es la ausencia o irregularidad en sí misma, sino la finalidad que se perseguía con su creación.

En relación con el principio de instrumentalidad de las formas, la Corte dijo:

“La nulidad no puede ser declarada en el sólo interés de la ley, sino que, como medida procesal que es, debe servir a los propósitos de juzgamiento, esto es, a la protección de las garantías de los ciudadanos sometidos a juicio, que es el interés de la razón misma del procedimiento.

“Una actuación penal no se adelanta para desarrollar la ley, no es estética ni ideológica; es una manifestación del Estado dirigida contra un sujeto determinado para un propósito específico y que como tal, está ceñida a estrictas reglas que sólo tienen su real importancia cuando están orientadas a asegurar al ciudadano el respeto a sus garantías, y a consagrar derechos que pueden ser reclamados por el procesado en tanto que con su inobservancia se lesionen los principios constitucionales que lo amparan. No se refieren estas garantías exclusivamente al derecho de defensa, es cierto, sino que abarcan también la estructura misma del proceso, es decir, que procede alegar la nulidad incluso cuando se quebranten en tal grado las formas de la actuación, que revelen la creación de procedimientos extraños a los consagrados en la ley como manifestación del arbitrio del juzgador (...) (Sentencia, 1989).

2. El consentimiento del perjudicado puede convalidar los actos irregulares, siempre que se observen las garantías constitucionales

El consentimiento que tiene la fuerza para convalidar los actos procesales irregulares puede ser expreso o tácito, de manera que el silencio del interesado, o su inercia, convalida.

2.1. El silencio

Para el tratadista y legislador de Udine (Italia) (Tratado de derecho procesal penal, 1949), las formas de sanear las nulidades son: el silencio, la aceptación, la inobservancia de condiciones de modo y tiempo, y la finalidad conseguida igualmente, y expresa:

“Se puede referir a la formalidad o a la violación; en otras palabras: Puede ocurrir que el que tiene derecho, no se haya cuidado de pedir la observancia de las formas o no se haya reservado la excepción de nulidad... por tanto la ley atribuye a su silencio el valor de una manifestación de voluntad que importa disposición, mediante renuncia, del interés de que se trata”.

El silencio puede tener el efecto de sanear, únicamente cuando los sujetos procesales han estado presentes en la realización del acto que se dice viciado, o han tenido oportunidad procesal para alegar la nulidad; es decir, cuando tienen real oportunidad para percatarse de la irregularidad y su ineficacia subsiguiente, de lo que se trata es de una intervención procesal material, real, no meramente formal.

Si el sujeto procesal ha tenido oportunidad para alegar la causal de nulidad, y no lo hace, puede considerarse saneada cuando no se trate de causales absolutas e insaneables, de las que atañen directamente al orden público, sobre ellas no hay validación o silencio que valga; esta forma de convalidación es aplicable frente a las nulidades relativas, que sin excepción, admiten convalidación, especialmente cuando la finalidad del acto se ha cumplido.

El legislador italiano, en la regla 471 del Código de Procedimiento Penal, al tratar la convalidación de las causales que se hayan verificado en el proceso, precisa: “Las nulidades que se hayan verificado en el debate quedan saneadas, si la parte interesada no las ha hecho observar antes de que el acto sea cumplido, y, cuando esto no es posible, inmediatamente después del cumplimiento del acto, por medio de declaración inserta en el acta”.

Si la parte que asiste a la configuración del acto irregular, ni siquiera se da por enterada del vicio, está mostrando que no le interesa la situación de anormalidad, o conociéndola, considera que es intrascendental, o simplemente ni siquiera se percató de ella, o finalmente, aun conociéndola, la guarda como “as bajo la manga”, para hacerla valer posteriormente y aprovecharse de ella, sorprendiendo al funcionario judicial que dirige el proceso.

Si en estos casos la invalidez relativa queda convalidada, evitaremos que el sujeto pueda posteriormente confundir, retrotraer y dilatar el proceso. Recordemos cuántos procesos han quedado en la impunidad, como consecuencia de la declaratoria de nulidades bastante dudosas, que han llevado a que la acción penal prescriba, muchas veces por simples prejuicios del funcionario judicial, creando tesis anuladoras bastantes imaginativas, que en lugar de ofrecer seguridad, dan nacimiento a dilaciones y trámites engorrosos, las más de las veces imposibles de rehacer.

En la Ley 600 de 2000, el numeral 4º del artículo 310 reza: “Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales”.

Ese retraimiento del sujeto procesal para efectos de la convalidación, corresponde a la inacción verdadera y propia, no confundible con la aceptación tácita, que presupone un acto positivo, pues teniendo la posibilidad de plantear la nulidad en forma verbal durante el desarrollo de una diligencia, o hacerlo en forma escrita, resuelve quedarse callado, dando a entender con esa pasividad que acepta lo presenciado.

De la forma presunta o tácita de convalidación, expresa el profesor argentino (Nulidades procesales, 1985) que se presenta: “Cuando la parte legitimada para pedir la nulidad, en conocimiento del acto defectuoso, no lo impugna por los medios idóneos (incidente, recurso, etc.) dentro del plazo legal. Si el que puede y debe atacar, no ataca, aprueba”.

Cuando la norma alude a la observancia de las garantías constitucionales, indudablemente se está refiriendo al debido proceso y al derecho de defensa, porque necesariamente frente al acto procesal atacado de nulidad, los sujetos del proceso deben haber tenido oportunidad material de controvertirlo.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de mayo de 2000, actuando como ponente el Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, expediente 13.500, indicó sobre el silencio convalidatorio:

“Uno de los postulados que rige el fenómeno de las nulidades es el conocido con el nombre de Principio de convalidación o del consentimiento, en virtud del cual ante una hipotética irregularidad la parte supuestamente afectada se conforma, la acepta y no

ejerce la oposición al acto o comportamiento conculcante. El silencio de la parte sobre el punto subsana la eventual alteración del procedimiento pues de él se desprende su ausencia de interés o su renuncia al mismo. Otro apotegma que guía el mismo fenómeno de las nulidades es el denominado Principio de protección, que se enuncia diciendo con la terminología ya clásica, que quien da origen al vicio, o lo coadyuva, no puede solicitar la declaración de nulidad, sobre la base, ya antigua, de que la torpeza no crea derechos o de que nadie puede invocar su propia torpeza”.

2.2. La aceptación de los efectos del acto irregular

Precisa Manzini en la misma obra:

“Si el interesado en reclamar contra una irregularidad, no sólo no protesta, sino que demuestra con su hecho que no la toma en consideración, nada más natural que la nulidad dependiente de dicha irregularidad se considere saneada, asignándose a la manifestación de voluntad implícita en la aceptación, la eficacia de una renuncia a hacer valer la nulidad de que se trata”.

En esta hipótesis, el sujeto que puede hacer valer la irregularidad como causa de nulidad, da a entender con su actitud o manifestación que la acepta; se exige que el sujeto procesal, de manera activa, no neutral, ni negativa, como en el silencio, dé a entender su aprobación.

“Al aceptar implícita o explícitamente los efectos del acto, la parte demuestra evidentemente que no fue en modo alguno perjudicado el ejercicio de los derechos que la observancia de la forma tiende a tutelar, por la violación o la omisión de las formas prescritas bajo la forma de nulidad” (Tratado de derecho procesal penal, 1949).

Esta forma de sanear la irregularidad se encuentra contenida en el numeral 4º del artículo 310 de la Ley 600 de 2000, cuando se hace alusión a la convalidación por el consentimiento del perjudicado, dándose origen a dos maneras de depurarse: tácita (el silencio) o expresa (aceptación), sin que se exija en el segundo caso la presentación de un escrito manifestándolo, basta la realización de conductas que inequívocamente den a entender que se aceptan las consecuencias del acto, y con ellas, las irregularidades que se cometieron.

Ejemplos de estas formas de saneamientos son las siguientes: (i) si se omite una formalidad en cualquier acta, como tomarle el juramento al declarante, y la parte afectada, luego de leer el contenido, la firma; (ii) el artículo 127 CED ordena que la resolución de fijación provisional de la pretensión se debe comunicar personalmente al afectado al momento de materializar las medidas cautelares. Si ello no fuere posible, el fiscal enviará comunicación dentro de los cinco (5) días siguientes a las personas afectadas cuya dirección se conozca, pero en un caso concreto, se olvida firmar el acta por el afectado, apareciendo registrada la del agente del Ministerio Público y el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho; sin embargo, aquel sigue actuando en el proceso como si nada hubiera ocurrido, es decir, no toma en cuenta esa omisión; (iii) cuando el funcionario recorta un término legal y, no obstante, el perjudicado

actúa como si el plazo fuera el regular, es decir, omitiendo alegar la incorrección o actuando dentro del plazo recortado como si fuera el legal.

2.3. Inobservancia de las condiciones de modo y de tiempo

2.3.1. Petición extemporánea

Sobre esta forma de saneamiento, advierte Manzini en su tratado:

“El interesado en oponer la nulidad, para poderla excepcionar útilmente, no sólo no debe haberle dado, ni haber concurrido a darle causa, sino que tiene que deducirla observando determinadas condiciones de modo o de tiempo, o éstas y aquéllas a la vez, cuando las exige la ley, si no, se sana la nulidad” (Tratado de derecho procesal penal, 1949).

Por mandato del artículo 141 del CED, la solicitud de nulidad debe presentarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que avoca conocimiento, de manera que las que no se pidan en ese momento procesal son extemporáneas, excepto que la irregularidad se origine en la actuación que se desarrolla a partir de ese auto, porque se trataría de temas sobrevinientes.

La finalidad de la norma es la de garantizar una etapa del juicio de extinción libre de cualquier vicio ordinario; con dicho fin se establecen momentos para que la invalidez de los actos procesales que hubiesen podido presentarse durante la fase inicial, que culmina con la resolución de archivo o resolución de fijación provisional de la pretensión, pueda ser invocada y resuelta antes de adelantar el juicio. Así, el término de los 5 días previstos en el artículo 141 del CED, apremia el examen concienzudo del proceso por parte de los sujetos procesales e intervinientes, así como del juez de extinción, quien, si advierte alguna de las causales previstas, deberá de oficio decretar la nulidad. Puede incluso, dentro de aquel término, solicitársele al juez el análisis de nulidades que hayan sido invocadas ante el fiscal o el juez, en el tiempo procesal anterior, que no fueron resueltas, se negaron o quedaron diferidas para un momento procesal posterior, quedando la decisión sometida a los recursos ordinarios.

La solicitud de nulidad que se presente fuera del tiempo legal o sin el lleno de las exigencias mínimas que se requieren para estructurarla, quedan saneadas, siempre y cuando se trate de causales de invalidez relativa, ya que las absolutas en cualquier tiempo pueden ser solicitadas o declaradas de oficio; tal sería la que surge de la incompetencia del funcionario judicial.

Es de importancia recordar, porque contiene argumentos que sirven para darle firmeza a esta norma, que el artículo 306 del derogado Decreto 2700 de 1991, que disponía que las nulidades que no fueran invocadas en el término de traslado común para preparar la audiencia, solo podían ser debatidas en casación; la norma fue demandada y sometida al examen de constitucionalidad, y la Corte Constitucional, mediante sentencia C-541/92, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, la encontró exequible.

La Corte Suprema de Justicia abordó el tema, entre algunas decisiones, Auto de segunda instancia, del 28 de febrero de 2007, ponente Sigifredo Espinosa Pérez, proceso 26012, aclaración de voto de los Dres. Alfredo Gómez Quintero, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Mauro Solarte Portilla y Yesid Ramírez Bastidas, y salvamento de voto

de la Dra. Marina Pulido de Barón, argumentos que pueden tenerse en cuenta a la hora de interpretar la norma.

2.3.2. La solicitud debe presentarse por escrito

El artículo 85 del CED exige que la persona que alegue una nulidad deberá probar la causal que invoca, las razones en que se funda, y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores.

La petición que está llamada a prosperar como causa anuladora, además de motivada, debe presentarse por escrito, salvo aquellas irregularidades originadas durante la práctica de un determinado acto procesal, v. gr., una inspección, en que puede elevarse la petición en forma verbal, siempre que se reúnan todas las condiciones temporales y modales exigidas por la ley.

2.4. El sujeto que pide la nulidad no debe haber coadyuvado con su conducta la estructura del acto irregular

Se trata de una condición negativa que está llamada a sanear algunas causales de nulidad, el sujeto que pide la invalidez no debe haber contribuido con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica, de manera que quien fue causa de la irregularidad no puede invocar la nulidad. Esta misma condición aparece registrada en el numeral 3º del artículo 310 de la Ley 600 de 2000.

En estos casos, técnicamente la decisión no es negar la nulidad, sino abstenerse de resolverla; la norma es diáfana en disponer que ese sujeto procesal no la puede invocar, es decir, carece de capacidad procesal e interés (legitimidad).

Se exceptúa la violación al derecho de defensa, porque el legislador quiere garantizarle al afectado un verdadero ejercicio del derecho a la defensa técnica (Art. 29 C.P.), a tal punto que, aunque con su conducta positiva o negativa haya contribuido a materializar la causal de nulidad, si en ese actuar se compromete la defensa profesional o instrumental, puede, no obstante la prohibición, alegar ese hecho como causal de ineficacia en el proceso.

Es el caso de una persona ignara en cuestiones de derecho penal y en especial de los trámites propios del proceso de extinción del derecho de dominio, que representa al afectado durante el trámite de extinción, sin que ejecute con idoneidad su tarea constitucional en el ejercicio de las facultades propias de la defensa, desamparando al sujeto afectado con la acción, dejando la solución al aleas de la oficiosidad del funcionario o de los restantes sujetos procesales.

En una hipótesis así planteada, y en todas aquellas similares, inclusive existiendo uno o varios profesionales del derecho para todo el proceso, ningún funcionario podrá obviar la causal de nulidad que se invoca, bien por el afectado o por el propio y negligente defensor, sin que aquí se pueda declarar saneada la irregularidad por el solo hecho de que el abogado colaboró a que la irregularidad que fundamenta la solicitud de nulidad se estructurara.

Carece de importancia el hecho de que formalmente el afectado y su defensor hayan dado lugar con su comportamiento a la materialización del acto irregular que posteriormente sustenta la petición de nulidad procesal, puesto que más allá del simple cumplimiento del principio negativo orientador de la nulidad, se encuentra la sustancia del derecho menoscabado flagrantemente.

En estos casos no tendría efecto alguno aquella tesis de “las estrategias pasivas de los abogados”, centrada en aquellas hipótesis en que los defensores no interponen recursos, no se notifican, ni solicitan pruebas, en cumplimiento de “cierta táctica” defensiva, que redundará en provecho del implicado, porque aun aceptando que ese es un actuar normal de algunos abogados, en casos extremos el funcionario debe, por encima de tales pensamientos, reexaminar el histórico procesal, para determinar si en verdad esa absoluta inactividad es realmente una táctica de defensa, o una muestra de la pereza y desgano con que se actuó en el proceso, para dar vía libre a la nulidad.

La sola presencia del abogado en la lid judicial no neutraliza, ni contrapone un trámite absolutamente pasivo y díscolo; los efectos de la ósmosis son de naturaleza fisiológica, nunca jurídica; en este plano se exige una real actuación, o una finalística omisión y estatismo, con resultados positivos para la persona afectada; hipótesis contrarias y resultados nugatorios para el encartado judicialmente, deben necesaria y procesalmente llevar a la nulidad total o parcial de lo actuado.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 18 de 1993, con ponencia del Dr. Ricardo Calvete Rangel, sobre la salvedad referida por el legislador respecto de la improcedencia del saneamiento en los casos de violación del derecho a la defensa, expresó:

“El principio consistente en que no puede invocar la nulidad quien haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, no tiene efecto cuando se trata de la falta de defensa técnica, así lo ha entendido la doctrina, y lo ha aplicado esta Sala en decisiones anteriores en que ha declarado nulidades por negligencia en el cumplimiento de la misión. A este respecto es oportuna la cita que trae la demanda de una providencia de febrero 3 de 1981, en donde analizando el derecho de defensa, dice:

‘También se quebranta cuando de manera absoluta falta la defensa formal o técnica porque el apoderado o el defensor, por manifiesta incapacidad o por inercia, se limita a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado’.

El numeral 3o. del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal convirtió en norma legal este principio, incorporando el siguiente texto: ‘No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica’ ”.

3. Solo puede decretarse la nulidad cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial

Esta exigencia consagra el principio de ultima ratio, conforme el cual la nulidad es la forma más agravada de ineficacia, porque se hace extensiva, hace nulos los actos

consecutivos que del mismo dependan (ineficacia difusa o contagiosa) y conlleva en todos los casos en que se verifica, una pérdida del tiempo procesal, en muchas ocasiones dejando ad portas de la prescripción casos realmente aberrantes. La ineficacia debe tener un costo, y él se traduce en trabajo perdido y posible impunidad, con violación necesaria del principio de la economía procesal y el derecho a la verdad y a la justicia.

Por estas razones no debe abusarse de la nulidad, ella debe plantearse únicamente en casos realmente graves, frente a actuaciones que verdaderamente vulneren los principios y formas sustanciales previstas por el orden adjetivo; si la formalidad no es esencial e indispensable, o si existe otro mecanismo más expedito para subsanar la irregularidad, a él debe acudir, o como lo precisan Bernal y Montealegre (El proceso penal, 2002), “sólo tiene aplicación cuando el grave quebranto procesal no puede corregirse sino repitiendo parte del trámite”.

No toda irregularidad comporta la sanción de nulidad, dice el profesor italiano (Tratado de derecho procesal penal, 1949): “no hay razón para tan pedantesco rigor, dadas las demás garantías que aseguran la buena administración de la justicia en el Estado moderno”. “El vigente Código de Procedimiento Penal ha reducido ampliamente las anteriores sanciones de nulidad, restringiéndolas al mínimo y reservándolas para las formalidades que se deben considerar como absolutamente esenciales e indispensables”.

La Corte Suprema de Justicia, sobre este principio, ha afirmado:

“No le asiste razón al censor al afirmar que no es posible dentro del proceso penal colombiano la declaratoria de nulidad parcial por no existir norma punitiva que así lo indique.

“Sobre el particular debe recordarse que ha sido reiterada y constante la doctrina que acepta el mecanismo de la nulidad parcial, solución que se sustenta en el principio de que la nulidad es un remedio extremo al cual sólo debe acudir cuando el vicio sea de tal magnitud y trascendencia que desquicie el proceso en su estructura o eche por tierra sus garantías fundamentales en forma irreparable; y aun en tales casos su declaratoria debe regirse por la idea de lo estrictamente necesario procurando dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece del vicio (...)” (Sentencia, 1989).

Igualmente, en decisión del 22 de abril de 1993, con ponencia del Dr. Jorge Enrique Valencia, la Corte, sobre la importancia de este principio, puntualizó:

“Las nulidades, como parece pensarlo el casacionista, no son simples remedios, aplicados fatalmente contra cualquier vicio que se presenta en la actuación. Como varias veces lo ha reiterado la Sala, ella persigue corregir las anomalías que, aparte de perturbar grandemente el proceso, no puedan ser enmendadas de ninguna otra forma. De aquí deviene la excepcionalidad en su aplicación. Por tanto, contrario sensu, si es posible, de otra manera, resolver el conflicto presentado, regresando las cosas a su cauce normal, ha de preferirse este camino”.

En sentencia del 2 de agosto de 2000, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, expediente 15836, adujo:

“Teniendo la notificación de las providencias como objetivo, entre otros, permitir el acceso a la impugnación, si se cumplen los fines para los cuales estaba prevista, así se cumpla de manera irregular aquélla –principio de la instrumentalidad de las formas–, y si además el sujeto procesal afectado con la determinación no comunicada o cuya notificación no se hizo en debida forma, tácitamente convalida el acto viciado por una intervención posterior suya –principio de convalidación–, conforme con el mandato expreso del art. 308-1 y 4 del C. de P. P., resulta obvio que la nulidad en razón de una tal anomalía deviene improcedente... Una vez más debe reiterarse que a la nulidad se apela, residualmente, sólo cuando no se ha dado la convalidación o se presenta el fenómeno de finalidad cumplida a pesar del acto –carácter de medida extrema de la nulidad”.

Mario Pagano, en sus *Considerazioni sul processo criminale* (Milano, 1802, pág. 211), citado por Manzini (Tratado de derecho procesal penal, 1949), escribió estas lustrosas palabras, que resumen el principio: “El espíritu forense, espíritu de litigio, embrollo e intriga vino a ser el espíritu nacional del Reino de Nápoles y de Roma. Los que fueron los conquistadores del mundo o los tranquilos cultivadores de las bellas artes y de las ciencias, se convirtieron en capciosos curialistas y célebres intrigantes. Además de la apelación, todos los posibles gravámenes fueron imaginados, y entre ellos tuvieron su puesto las nulidades... Trataron nuestros legisladores de poner un obstáculo al contencioso genio de los litigantes, estableciendo una multa contra los que sucumbieran en el juicio de nulidad. Pero este remedio es como la red que se opone para detener a los impetuosos jabalíes. Por tanto, un buen derecho procesal penal debe limitar las sanciones de nulidad al mínimo que no puede ser desconocido sin lesionar legítimos y graves intereses del Estado y de los particulares”.

Es necesario diferenciar aquellos casos de ejecutoria material o formal de las decisiones judiciales, entendiendo por aquella la declaración de certeza o la constitución de una relación jurídica determinada, que se despliega fuera del proceso, es decir, que se manifiesta con relación a todos, no solo en referencia a los sujetos procesales, pues precisamente su característica es que fija de manera inmutable la relación.

La ejecutoria material se da respecto de aquellas decisiones que se constituyen en fundamento de otras, al punto de que sin su existencia, materialidad e inmutabilidad, no podría estructurarse el proceso extintivo de dominio, v. gr., sin fijación provisional de la pretensión, no es posible presentar el requerimiento de extinción de dominio al juez, hay en esa sucesión de actos procesales una garantía al derecho de contradicción, de manera que el Fiscal General de la Nación o su delegado deben fijar provisionalmente la pretensión, cuando los medios de prueba recolectados durante la fase inicial indiquen que están dados los presupuestos para la extinción del derecho de dominio.

La ejecutoria formal presenta a contrario sensu, una situación en la que las decisiones no se constituyen en certeza o cimiento de una relación jurídica, no son la condición y el fundamento de decisiones futuras, como, por ejemplo, ordenar el emplazamiento de quienes figuren como titulares de derechos sobre los bienes objeto de la acción de acuerdo con certificado de registro correspondiente, así como de los terceros indeterminados, para que comparezcan a hacer valer sus derechos con ocasión de la notificación del auto que avoca conocimiento del juicio, y luego, sin que estos terceros concurren, seguir adelante ordenando el traslado a los sujetos procesales e intervinientes, para que soliciten la declaratoria de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades; aporten pruebas; soliciten la práctica de pruebas y formulen

observaciones sobre el acto de requerimiento presentado por la fiscalía si no reúne los requisitos.

Negar o dejar de resolver una solicitud de prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia o incidentes distintos a los previstos en el CED, no tiene fuerza de ejecutoria material, no solo porque no constituye presupuesto de actuaciones futuras, sino que la norma 18 no permite tales trámites; a lo sumo, podrán diferirse para ser decididos en la sentencia (Art. 130 CED), lo que reafirma que la ejecutoria de la decisión que resuelva la solicitud no es material, sino meramente formal.

La nulidad como medida extrema, solamente tiene aplicabilidad para casos de ejecutoria material, de manera que si las decisiones han cobrado firmeza sustancial, porque se han agotado todos los medios de impugnación existentes, porque interpuestos recursos fueron resueltos negativamente, o porque nunca fueron invocados, su remedio únicamente podría buscarse a través de la sanción anuladora como última razón de ineficacia de los actos procesales. Si una providencia no ha cobrado ejecutoria material o esta es formal, no es posible invocar la máxima sanción procesal porque admite corrección, bien por vía del recurso de reposición o mediante la corrección de los actos irregulares.

Cuando se trata de ejecutoria formal, los actos procesales, por no tener condición de inmutables, admiten revocatoria, no nulidad, porque no constituye fundamento de decisiones futuras, siendo la revocatoria el medio más expedito para que el funcionario corrija los errores en que hubiere podido incurrir, sin acudir a la mayor sanción procesal (Bernal, 2002).

El numeral 5 del artículo 308 del derogado Decreto 2700 de 1991 (causal que consagra el artículo 310-5 de la Ley 600 de 2000, aplicable al CED), fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 del 19 de febrero de 1998, con ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía:

“Décima.- Análisis de los numerales 5 y 6 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Disponen los numerales 5 y 6 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal: “5. Sólo puede decretarse (la nulidad) cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial”.

(...)

“En cuanto al numeral 5, es claro que por economía procesal, y para evitar ‘dilaciones injustificadas’, si existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial, no hay por qué declarar la nulidad. Esta norma no implica quebrantamiento alguno del debido proceso ni de la Constitución”.

En virtud de este principio, puede anularse parcialmente lo actuado (Art. 42-2 CED), en aquellos casos en que existan varios afectados y la irregularidad sustancial que afecta el debido proceso o el derecho de defensa solo perjudique a uno o algunos de los bienes, sin que el defensor de aquellos que no se encuentran perjudicados con la nulidad, pueda invocarla en favor de los demás que sí lo están, puesto que carece de interés y personería para hacerlo, trayendo al proceso penal una actividad que rompería con la lógica y el orden que debe regir en materia tan trascendental.

La Corte Suprema de Justicia así lo determinó en sentencia del 30 de mayo de 2002, siendo ponente el Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, expediente 12958:

“Lo primero que debe resaltarse es que si las nulidades procesales pueden ser parciales, en vista de la vigencia de la regla de su carácter de remedio extremo y alternativo (C. P. P., art. 310-5), en principio un sujeto procesal, concretamente el defensor, carece de interés para reclamar por los vicios que aparentemente afectan a otro sujeto procesal de cometidos diferentes a los suyos dentro del proceso penal o a un procesado que no es su defendido”.

4. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo

Esta exigencia consagra el principio de especificidad, taxatividad o legalidad de la nulidad “pas de nullite sans texte”. Corresponde a una de las manifestaciones del principio de legalidad en esta materia; de contera, no se pueden declarar aquellas que no aparezcan expresamente indicadas por el CED. No hay nulidad sin ley previa. No hay nulidad sin texto legal expreso.

Es principio rector la consagración taxativa de las causales de nulidad; repelen la aplicación de la analogía, la remisión al Código de Procedimiento Civil y la libre formulación por los funcionarios judiciales, afectados e intervinientes; por su propia naturaleza no pueden dejar lugar a dudas, no se pueden extender a situaciones no consideradas expresamente por el legislador³¹, su observancia tiene fuente en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 306 de la Ley 600 de 2000 y 458 de la Ley 906 de 2004 (por remisión del Art. 26 CED).

Siendo este principio la base de la nulidad procesal, las normas que regulan la nulidad deben ser interpretadas en forma estricta, de manera que en realidad no se admita una nulidad que no se encuentre en el texto del CED, sin que ello sea óbice para proclamar el uso de la nulidad virtual, de enunciación genérica, abstracta e impersonal, como cuando el legislador eleva a esa categoría toda violación sustancial al debido proceso, sin enunciar cada una de las posibles hipótesis en que pueda presentarse.

El CED deja amplitud interpretativa al funcionario jurisdiccional, cuando se habla de “irregularidad sustancial que afecta el debido proceso”, “la violación al derecho de defensa” o “desconoce las bases fundamentales del trámite o del juzgamiento”; se permite que en cada caso pueda establecer las posibles causas que originan la nulidad de una parte o de la totalidad de lo actuado. La razón es obvia, no puede el legislador elaborar un código casuista que pretenda consignar todas y cada una de las posibles hipótesis que dan origen a la declaratoria de nulidad, se correría el riesgo de que muchas quedaran por fuera, o en el afán de colmar todos los posibles casos, se erijan en tales situaciones meramente irregulares o intrascendentales.

La Corte Constitucional acepta tres sistemas para regular las nulidades, así, en sentencia C-740 de 2003, magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño:

“De acuerdo con la teoría de la inexistencia de los actos procesales, comprensiva

³¹El sistema de libre formulación es conocido como nulidades conminadas genéricamente (por oposición a las conminadas expresamente), respecto de las cuales no existe ley que las establezca en concreto, perteneciendo ellas a una categoría relativa que depende de los puntos de vista, incluso de formación del juez (ahora también fiscal), teniendo como único límite los requisitos exigidos por la ley para la validez de la relación jurídico procesal.

comprehensiva de la inexistencia propiamente dicha y de la nulidad, han concurrido tres alternativas de regulación de ese fenómeno: i) establecer una relación taxativa de causales de nulidad, ii) consagrar unas causales básicas que se modulan mediante la aplicación de unos principios susceptibles de concreción por parte del juez y iii) otorgarle a éste la facultad de determinar qué irregularidades son susceptibles de causar la invalidación de lo actuado.

En el primer caso, la configuración de causales de nulidad es una tarea asumida por el mismo legislador; en el segundo, éste aporta unas causales genéricas que no agotan las alternativas de invalidación pero que suministran un fundamento para que el juez determine si una situación concreta conduce o no a la invalidación de lo actuado y, en el último, la determinación de las irregularidades constitutivas de nulidad le incumbe al juez, quien emprende esa tarea sin límites expresos pero, desde luego, sujeto a la estructura constitucional y legal del proceso.

Es claro que el legislador, a condición de no desbordar los límites constitucionales, puede optar por cualquiera de esas alternativas (...). Lo relevante es que, independientemente de la regulación a que haya lugar, le reconozca trascendencia a las irregularidades susceptibles de afectar las garantías constitucionales de trascendencia procesal. Y, desde luego, al regular el instituto de las nulidades en un nuevo régimen no está atado por la alternativa seguida en un estatuto diferente”.

Los numerales 5º y 6º del artículo 308 del Decreto 2700 de 1991 (que coinciden con los numerales 5º y 6º del artículo 310 de la Ley 600 de 2000; 458 de la Ley 906 de 2004), que consagran dicho principio, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 del 19 de febrero de 1998, con ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía:

“Décima.- Análisis de los numerales 5 y 6 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Disponen los numerales 5 y 6 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal:

‘5. Sólo puede decretarse (la nulidad) cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial’.

‘6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este Código’.

En cuanto al numeral 5, es claro que por economía procesal, y para evitar ‘dilaciones injustificadas’, si existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial, no hay por qué declarar la nulidad. Esta norma no implica quebrantamiento alguno del debido proceso ni de la Constitución.

En cuanto al numeral 6, hay que decir que la Corte ya reconoció, en lo referente al Código de Procedimiento Civil, que el legislador no quebranta la Constitución al señalar taxativamente unas causales de nulidad. Dijo la Corte:

‘No se opone a la norma del artículo 29 de la Constitución la circunstancia de que

el legislador señale taxativamente las causas o motivos de nulidad’ (Sentencia C-491, de noviembre 2 de 1995, magistrado ponente, Antonio Barrera Carbonell).

La Corte hizo la salvedad de la nulidad de la prueba practicada con violación del debido proceso, nulidad limitada a la prueba y que no comprende todo el proceso.

De la misma manera, en el proceso penal puede el legislador, como lo ha hecho, señalar taxativamente las causales de nulidad.

Si ocurriera el caso, por demás improbable, de que en el proceso penal se haya desconocido uno de los derechos fundamentales, y no se haya declarado la nulidad, existe, para enmendar el error, el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal:

‘De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados, a solicitud del Procurador, su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales’.

Recuérdese, además, que las tres causales de nulidad del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, están basadas en la violación del debido proceso: la falta de competencia, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, y la violación del derecho de defensa.

Por todo lo anterior, es ostensible que tampoco el ordinal 6 del artículo 308 viola norma alguna de la Constitución. Así se declarará”.

A propósito del sistema de nulidades en el ordenamiento procesal civil, debe recordarse, por interesar a nuestra materia, que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-491 del 2 de noviembre de 1995, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, declaró exequible la expresión acusada del inciso 1º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, subrogado por el art. 1º, numeral 80, del Decreto 2282 de 1989, con la advertencia expresa de que dicho artículo reguló las causales de nulidad legales en los procesos civiles. En consecuencia, además de estas causales, es viable y puede invocarse la prevista en el art. 29 de la Constitución, según el cual “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, que es aplicable en toda clase de procesos; los siguientes fueron sus razonamientos:

«2. Pronunciamiento anterior de la Corte Suprema de Justicia sobre la expresión demandada.

Observa la Corte que, aun cuando la mencionada expresión fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 43 de junio 5 de 1986, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corporación, debe hacer un nuevo pronunciamiento para responder a los cargos de la demanda, con fundamento en la normatividad ahora vigente de la Constitución de 1991.

3. Los cargos de la demanda.

- Según el demandante, la enumeración taxativa que el art. 140 del Código de Procedimiento Civil hace de las causales de nulidad en los procesos civiles, es restrictiva del derecho al debido proceso, limita el alcance constitucional del art. 29, y desconoce la protección que las autoridades deben a las personas en sus bienes y derechos, y el acceso a la justicia.

- En primer término debe advertir la Corte, que en el art. 29 de la Constitución se consagró una causal de nulidad específica, que opera de pleno derecho, referente a “la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Al examinar las causales de nulidad previstas en el art. 140, claramente se advierte que allí no aparece enlistada la referida nulidad de carácter constitucional. Sin embargo, esta omisión obedece a la circunstancia de que dicha norma es anterior a la Constitución de 1991.

- No se opone a la norma del art. 29 de la Constitución la circunstancia de que el legislador señale taxativamente las causales o motivos de nulidad, por las siguientes razones:

La Constitución en el art. 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto. En tal virtud, la regulación del régimen de las nulidades, es un asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso.

Conforme a lo anterior no corresponde, en principio, al Constituyente señalar las causales de nulidad en los procesos. La aludida nulidad constitucional que consagra el art. 29, constituye una excepción a dicha regla.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, antes citada, se expusieron los siguientes argumentos que sustentan la competencia del legislador para regular el régimen de nulidades:

“La ritualidad o formalidad de los actos procesales y el procedimiento a recorrer para la realización del proceso, no constituyen simplemente un capricho del legislador sino una garantía constitucional o derecho fundamental de los ciudadanos, en la medida en que éstos de antemano deben conocer las reglas que han de ser observadas por el juez, y las partes en desarrollo del proceso, a fin de que el juez ejerza cumplidamente sus funciones y las partes hagan lo propio con sus derechos. La inobservancia de una de ellas, el cambio de cauce que la ley ha dado al procedimiento, constituyen indudablemente una violación de la garantía constitucional del debido proceso”.

“La ley ha regulado las formalidades de los actos procesales y ha fijado la sanción que debe imponerse cuando no se produce su observancia”.

(...)

“La ley es la que ha establecido qué defectos en los actos procesales constituyen nulidad procesal. A contrario sensu la misma ley dispuso que el defecto que no constituye nulidad es simplemente irregularidad, toda vez que se utiliza la frase ‘Las demás irregularidades’... ha de considerarse que toda irregularidad en los actos procesales, cualquiera que sea su nombre, está al alcance de los correctivos que la ley ha dispuesto para ellos”.

Es el legislador, como se advirtió antes, quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador.

Las atribuciones del legislador en la materia contribuyen a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica, en lo atinente al desarrollo de las actuaciones procesales, en cuanto presume, acorde con los principios de legalidad y de buena fe que rigen las actuaciones de las autoridades públicas, la validez de los actos procesales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a la invocación de una de las causales específicamente previstas en la ley. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas.

El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos.

Con fundamento en lo anterior, estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión “solamente” que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia.

Al mantener la Corte la expresión “solamente” dentro de la referida regulación normativa, respeta la voluntad política del legislador, en cuanto reguló de manera taxativa o específicamente las causales legales de nulidad en los procesos civiles, las cuales ahora con el cambio constitucional se encuentran adicionales

con la prevista en la norma del art. 29, a la cual se hizo referencia.

Por lo demás, advierte la Corte al demandante sobre la temeridad de su pretensión, porque así se declarará inexecutable la expresión “solamente”, tal pronunciamiento resultaría inocuo, pues no se lograría el resultado buscado por el actor, cual es eliminar la taxatividad de las nulidades, porque de todas maneras, con o sin la expresión “solamente”, las nulidades dentro del proceso civil sólo son procedentes en los casos específicamente previstos en las normas del artículo 140 del C.P.C., aunque con la advertencia ya hecha de que también es posible invocar o alegar la nulidad en el evento previsto en el art. 29 de la C.P.».

La misma corporación, en sentencia C-217 del 16 de mayo de 1996, actuando como ponente el Dr. José Gregorio Hernández Galindo, declaró la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y del párrafo del artículo 140 ibídem, en el entendido de que se refiere únicamente a causas o motivos de nulidad de orden legal; los motivos jurídicos para esa decisión son:

“Competencia del legislador para consagrar causales de nulidad de los procesos y para prever las formas de subsanarlas. La causal constitucional de violación del debido proceso.

La Corte estima que el párrafo acusado se aviene a la Constitución, pues no se opone a ninguno de sus preceptos.

Lejos de ello, la norma puede ser ubicada con exactitud en las previsiones del artículo 29 de la Carta, en cuanto señala una de las reglas propias del proceso civil.

En efecto, factor de primordial importancia en la previa definición de los procedimientos consiste en determinar si las nulidades que dentro de ellos puedan surgir son susceptibles de sanearse, bien por el transcurso del tiempo, ya por la celebración de un cierto acto o por manifestación expresa de aquel en cuyo beneficio o para cuya protección se haya consagrado la respectiva causal, o por cualquier otro medio jurídicamente relevante.

Todo cuanto concierne a los procedimientos judiciales, a menos que lo haya establecido directamente la Constitución, corresponde al legislador, como surge con claridad de los artículos 29, 228, 229 y 230 de aquélla, entre otros. Por supuesto, es precisamente el legislador el llamado a definir los hechos y circunstancias que dan lugar a las nulidades y también el encargado de estatuir lo relativo a las posibilidades de saneamiento o convalidación de actos o etapas procesales, la manera y términos en que pueden obtenerse.

Que se contemple, como lo hace la norma demandada, que el principio general en lo referente a irregularidades originadas por hechos diferentes a los taxativamente enunciados consista en considerarlas subsanadas, a no ser que se aleguen oportunamente mediante la interposición de los recursos legales, no vulnera la Constitución, pues ello no significa que pierdan eficacia las reglas del debido proceso ni que las partes afectadas por irregularidades dejen de tener

oportunidad para invocarlas en defensa de sus derechos.

Acontece, eso sí, que, como lo declara el artículo 95 de la Constitución, el ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos implica responsabilidades.

En los procesos judiciales, quienes intervienen asumen cargas procesales, indispensables para reclamar las prerrogativas y derechos que les corresponden. Una de aquéllas consiste cabalmente en invocar éstos oportunamente. En cuanto a las nulidades, la facultad del juez para declararlas de oficio en cualquier momento del proceso antes de dictar sentencia (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil) no convierte en inconstitucional la exigencia que se hace a las partes en lo relativo al alegato acerca de su existencia dentro del término que la ley señale.

Ahora bien, en concordancia con lo expuesto por la Corte en la ya aludida sentencia, el artículo del cual hace parte el párrafo impugnado, reformado en 1989, está destinado a la enunciación de las causales de nulidad de índole puramente legal, por lo cual ellas deben ser adicionadas por la norma posterior consagrada en el artículo 29 de la Constitución, según el cual ‘es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso’. Esta disposición reforma la legislación preexistente, tal como se desprende del artículo 4º de la propia Carta y como hace tiempo lo estableció el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, que dice: ‘La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente’.

Así las cosas, debe advertir la Corte que la circunstancia en mención, que fue contemplada directamente por la Constitución Política, modificado el orden jurídico precedente y que, según el artículo 29 de ella, implica una consecuencia jurídica que opera de pleno derecho, no constituye tan solo una de aquellas ‘irregularidades’ enunciadas por vía residual en la norma demandada para establecer que se entienden saneadas si no se alegan oportunamente, sino que corresponde a una protuberante causa de nulidad de rango constitucional y, por tanto, de jerarquía superior a las demás, caracterizada por la gravedad que implica el desconocimiento flagrante de las reglas del debido proceso.

Por eso y porque la Corte Constitucional tiene dicho que la norma acusada únicamente plasma causales de nivel legal, el expresado motivo de nulidad de lo actuado no puede entenderse incorporado al párrafo del precepto que se estudia. Lo relativo a su saneamiento únicamente puede ser dispuesto por el Constituyente, luego mientras la Carta no disponga lo contrario, configurados los hechos que implican la vulneración del debido proceso, se tiene la ineluctable consecuencia de la nulidad de pleno derecho.

Aplicación directa de las normas constitucionales

La Corte debe afirmar que las garantías procesales, derivadas del artículo 29 de la Constitución, obligan de manera directa y preferente, superponiéndose a las disposiciones legales, anteriores o posteriores a la Constitución, que les sean

contrarias o que pudieran llevar a consecuencias prácticas lesivas del derecho fundamental que la Carta Política quiso asegurar.

Por lo tanto, según lo dispone el artículo 85 de la Constitución, el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que, para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita. En otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible.

Ahora bien, la propia norma del artículo 29 de la Constitución señala como uno de los elementos integrantes del debido proceso la sujeción a las reglas y procedimientos plasmados por el legislador para el respectivo juicio. Por eso, manifiesta con claridad que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente, según las reglas de la ley, y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, también previstas en la ley, lo cual implica que la normatividad legal es punto de referencia obligado para establecer en cada caso concreto si se acatan o desconocen las reglas del debido proceso.

De todo ello se deduce que una cosa es la efectividad de la garantía constitucional, que no depende de la ley en cuanto no proviene de ésta, y otra muy distinta, la verificación acerca del contenido del debido proceso en relación con cada caso, que siempre tendrá por factor de comparación lo dispuesto en la ley correspondiente. Eso implica que, si bien el derecho constitucional al debido proceso no precisa de un estatuto legal que lo haga reclamable de manera inmediata y plena, siempre habrá de verse, para deducir si tal derecho ha sido respetado o es objeto de violación, cuáles son las reglas procesales aplicables en el evento específico, es decir, las generales y abstractas, vigentes con anterioridad e integrantes de la ley prevista para cada proceso.

Todo lo anterior indica que el debido proceso en materia civil está plasmado en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y en las normas que lo complementan y reforman, pero la garantía constitucional en cuya virtud toda prueba practicada en violación de tales reglas es nula de pleno derecho, no puede ser limitada, recortada o desconocida por normas de rango legal que hagan nugatoria la eficacia de dicha nulidad, pues ésta no proviene de la ley ni depende de ella, en cuanto implica la seguridad constitucional –ontológicamente anterior a la legislación que fija las reglas de cada proceso– de que toda prueba, para ser constitucionalmente válida, debe respetar íntegramente el enunciado derecho fundamental.

Obviamente, ya que el debido proceso se establece según lo consagrado en la ley precedente y, en últimas, para deducir que ha sido violado, debe demostrarse que la normatividad de orden legal ha sido desconocida en términos tales que afecte o ponga en peligro derechos sustanciales, no todo vicio procesal repercute en la configuración de la causal constitucional de nulidad, por lo cual, así ésta en sí misma no precise de un reconocimiento judicial expreso, es el juez el llamado a evaluar, con arreglo a las normas legales propias de cada juicio, si los hechos que dan lugar a ella –las violaciones del debido proceso en la obtención de la prueba– en verdad han ocurrido.

El párrafo objeto de acción no colide con postulados constitucionales ni vulnera precepto alguno de la Carta, por lo cual será declarado exequible”.

No puede aseverarse que en el CED no se haya consagrado el verdadero principio de taxatividad, porque el legislador solamente enunció unas causales concretas de nulidad, solo porque en lugar de emplear el sistema casuista del ordenamiento civil, utilizó uno más genérico, más acorde con la naturaleza del proceso penal, permitiéndole a la doctrina y la jurisprudencia especificar aquellos casos en que se plasmen tales orientaciones.

La especificidad o legalidad de las nulidades, no hace referencia solo a la relación circunstancial por parte del legislador de aquellas situaciones específicas que la generan, sino que va mucho más allá: exigir que en el ordenamiento procesal no puede anularse ningún acto procesal, si la ley no prevé expresamente esa sanción. Se itera que el CED, al igual que la Ley 600 de 2000 y 906 de 2004, empleó el sistema de nulidad virtual, en razón de la cual, ante un sistema instrumentado, en que la especificación de las hipótesis de nulidad hace imposible prever a priori todos los casos sancionables, quedando por fuera muchos supuestos en los cuales debía declararse, se erige una cláusula general que se opone a la previsión de la sanción expresa o nulidad específica, como pauta orientadora de aplicación, que encuentra límites importantes en el principio del finalismo y de la trascendencia.

Maurino (Nulidades procesales, 1985), refiriéndose a este principio asevera: “los modernos códigos de procedimientos, la doctrina y jurisprudencia, no han aceptado este principio en su concepción pura, sino con atenuaciones (incluso se ha integrado con otros principios) nacidas ya del sistema finalista de las formas, de la necesaria concurrencia con otros requisitos (...), y en definitiva del juego armónico de las ideas rectoras en materia de nulidades procesales (interpretación restrictiva, principio de conservación de los actos procesales, derecho a un proceso justo, etcétera)”.

Según Carlos (Nulidades procesales, 1985), “el requisito de legalidad no puede imperar en forma absoluta, puesto que tiene el inconveniente de que el legislador no puede prever todas las situaciones en forma ‘minuciosa y detallada’. Se vería obligado a elaborar un catálogo interminable de nulidades procesales. De ahí que sea indispensable dejar un margen al juzgador, para colmar los vacíos del sistema”.

La Corte Suprema, en sentencia del 22 de junio de 2000, con ponencia del Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, expediente 12304 (Providencias en igual sentido C.S.J., Sala Penal, sentencia de noviembre 29 de 1984, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero), precisó:

“De acuerdo con la legislación procesal penal vigente sobre esta materia (artículo 308 del C. de P.P.), es bien sabido que las causales de nulidad en el sistema jurídico nuestro, obedecen entre otros, a los principios de legalidad y trascendencia, con base en los cuales, para invocar actuaciones u omisiones generadoras de efectos invalidantes, es imperativo acudir a los motivos expresamente señalados en la ley, atendiendo además a que obedecen al criterio según el cual sólo amerita semejante declaración el resquebrajamiento de la estructura misma del proceso, o la afectación de las garantías de defensa que se deben a los intervinientes en el diligenciamiento penal”.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).
 Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).
 Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de agosto de 2003).
 Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).
 Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).
 Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
 Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).
 Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).
 Diario Oficial núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial.
 Sentencia C-111 (Corte Constitucional. M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).
 Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).
 Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.
 Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).
 Diccionario de la enciclopedia Larousse (1995).
 Tamayo, M. (2004). *El proceso de la investigación científica* (4a. ed.). Ciudad de México, México: Limusa.
 Estebanez, E. G. (2006). *New Atlantis*. Madrid, España: Akal, S.A.
 Bacon, F. (1620). *Novum organum scientiarum*.
 Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliastás, R.L.
 Ley 1708 (enero de 2014). Bogotá, Colombia.
 CCP (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.
 CPP. Ley 906 (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. Trigésima cuarta edición. Bogotá, Colombia: Leyer.
 Ley 1708 (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.
 Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 250, numeral 8. Colombia.
 Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
 Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia, 2008).
 Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).
 Claria Olmedo, J. A. (1962). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediar.
 González Navarro, A. L. (2009). *Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
 Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional, 2009).
 Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional, 2011).
 Manual de procedimientos de Fiscalía (2009). *Manual de procedimientos de Fiscalía*. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.
 Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
 Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia, 2012).
 Decreto 016 (10 de enero de 2014).
 Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional, 2003).
 Corte Constitucional (2007). Sentencia 336.
 F.G.N. (2006). Resolución.
 1737, D. (2010).
 Fiscal General de la Nación (2013). *Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio*.
 Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
 Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*. Lima: Juristas Editores.
 Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2003).
 Greenberg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena*. Washington D.C.: Banco Mundial.
 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*.
 Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, 2011).
 Pabón Parra, P. A. (2013). *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
 Avella Franco, P. O. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio*. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.

- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, D. C.: Ediciones El Profesional.
- Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2005).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá, D. C.: Editorial Scripto Ltda.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito. Tegucigalpa: Poder Judicial de Honduras*.
- Roldán Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México, D. F.: Editorial Porrúa.
- Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio, 31 de marzo de 2009).
- Sentencia C 374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).
- Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional*. Bogotá: Agencia GIZ.
- Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia*.
- Sentencia C 591 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2005).
- Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I)*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN, EE. UU.: Palibrio.
- Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.
- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas, 2002).
- Ministerio de Justicia (1996). *Proyecto de Ley 016*.
- Fiscalía General de la Nación (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*.
- Sentencia T 429 (Corte Constitucional, 2011).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Arboleda Ripoll, F. (sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional, 2003).
- Sentencia C 871 (Corte Constitucional, 2003).
- Radicado No. 22451 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 18 de noviembre de 2004).
- Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de octubre de 2004).
- Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de mayo de 2009).
- Corte Constitucional (2011). Sentencia T 429.
- Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercería*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rad.110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio, 9 de marzo de 2011).
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Roblot, G. R. (1986, p. 140). *Traité élémentaire de droit commercial*. París: LGDJ.
- Vivante, C. (1912). *Le società commerciali*. Milán, p. 440: Casa Editrice Dott.
- Périn, P. (2008). *La société par actions simplifiée*. París: Joly.
- Cozian, M. (2005). *Droit de sociétés*. Paris: Lexis-nexis.
- Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Boston: Brown & Company.
- Delga, J. (1998). *Le droit de société*. Paris: Dalloz.
- Termera, F. (2013). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Reyes, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.
- Reyes, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.
- Metke, R. (2006). *Lecciones de propiedad industrial III*. Bogotá: Baker & McKenzie.
- Lamarck, J. (1968). *Philosophie zoologique*. Paris: Bibliothèque 1018, Paris, 1968.
- Castro, M. (2010). *Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Gil, J. (2008). *Estudio de derecho societario moderno y comparado*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Alsina, H. (1958). *Las nulidades en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América E.J.E.A.
- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio (Vol. II)*. Bogotá: Dike.
- Sentencias, C-374, C-409, C-539 (Corte Constitucional, 1997).
- Nulidades procesales (1985). Buenos Aires: Astrea.
- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal (Vol. II)*. Bogotá: Dike.
- Rodríguez, L. A. (1987). *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Universidad.
- Sentencia tutela 69892 (Corte Suprema de Justicia, 28 de octubre de 2013).
- Auto 29332 (31 de marzo de 2008).
- Sentencia 24143 (29 de julio de 2008).
- Auto 24108 (30 de mayo de 2007).
- Sentencia 37695 (Corte Suprema de Justicia, 17 de noviembre de 2011).
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 30 de enero de 1990).
- Tratado de derecho procesal penal (1949). Ediciones de Cultura Jurídica.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 7 de julio de 1987).
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, julio de 1989).
- El proceso penal (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 12 de julio de 1989).
- Bernal, J. Y. (2002). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Novoa Velásquez, N. A. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba*. Bogotá: Dike.



LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN EL CÓDIGO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Por: Jorge Enrique Pardo Ardila

Por Jorge Enrique Pardo Ardila³²

1. Apuntes iniciales

Con la reciente expedición del Código de Extinción de Dominio (Ley 1708 del 20 de enero de 2014), se introdujo en el proceso de extinción de dominio la acción de revisión, como producto de la sistematización de los principios que gobiernan este procedimiento especial, los cuales se encontraban dispersos en las distintas leyes que han regulado la materia, como en la jurisprudencia, especialmente la proferida por la Corte Constitucional. Esto según la exposición de motivos del proyecto de ley que se presentó al Congreso de la República. Se destaca:

“Los principios y reglas que gobiernan la acción de extinción de dominio no se encuentran contenidos en una sola ley. Esta acción se encuentra actualmente regulada en diversas leyes, y la mayoría de sus principios constitucionales son producto de desarrollos jurisprudenciales que deben ser aplicados apelando al efecto erga omnes de las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional. Así, tenemos que en materia de extinción de dominio las normas aplicables son las siguientes: Ley 793 de 2002, Ley 1395 de 2010, Ley 1453 de 2011, Código de procedimiento civil y Código de procedimiento penal. En cuanto a los principios constitucionales que gobiernan la acción, ellos están contenidos en las sentencias C-374 de 1997, C-740 de 2003, C-030 de 2006, C-887 de 2004, C-296 de 2011, C-540 de 2011 y múltiples fallos de tutela proferidos por la Honorable Corte Constitucional” (Fiscalía General de la Nación, 2013).

Lo anterior teniendo en cuenta también que las actuales codificaciones deben estar permeadas por todo el sistema axiológico de la Constitución Política, por lo cual los procedimientos en ellas regulados deben atender a la preservación de derechos fundamentales, como el debido proceso, el acceso efectivo a la administración de justicia, incluso, propender por la materialización de los valores contenidos en el preámbulo de la Carta, entre los que se destaca la justicia³³.

Pero nótese que no es simplemente justicia en sentido formal, sino aquella llamada material, que no solo atiende a la finalización de un conflicto que se tramita a través

³² Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Derecho, Programa Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Con formación en Análisis del Sistema de Administración del Riesgo y Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT), del SENA, y Curso de Policía Judicial de la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación. Se ha desempeñado como Profesional Especializado del Ministerio de Justicia y del Derecho, Auxiliar de Magistrado en la Sala de Extinción de Dominio y Lavado de Activos del Tribunal Superior de Bogotá, Oficial Mayor del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, Asistente de Fiscal en la Fiscalía General de la Nación-Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos y Contratista de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM).

³⁴ “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”.

Pero nótese que no es simplemente justicia en sentido formal, sino aquella llamada material, que no solo atiende a la finalización de un conflicto que se tramita a través del agotamiento de los pasos establecidos para un proceso judicial, de acuerdo con la norma que lo rige, sino que debe solucionar dicha pugna de una manera justa, afincando la vigencia y la legitimidad del derecho dentro del conglomerado social. Al respecto indica la Corte Constitucional:

“...si bien el procedimiento tiene una importancia central dentro del Estado de derecho, en aplicación de éste no deben sacrificarse derechos subjetivos, pues precisamente el fin del derecho procesal es contribuir a la realización de los mismos y fortalecer la obtención de una verdadera justicia material” (2011).

Razón por la cual se relativizó la cosa juzgada, como valor supremo del ordenamiento jurídico, pues la acción de revisión constituye un límite a aquella, como de los principios de inmutabilidad e indiscutibilidad de las sentencias, ya que enerva sus efectos, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho no se puede permitir la subsistencia de una decisión que sea producto de una injusticia, por lo cual es necesario entrar a remover la cosa juzgada. Sobre este punto señaló el máximo tribunal constitucional:

“El carácter extraordinario de la acción alude a su capacidad para remover la cosa juzgada, en situaciones en que ella es el producto de errores de hecho que afectan la verdad histórica y se proyecta en una inequidad que contraviene los fines de una recta administración de justicia. Este valor se proyecta fundamentalmente en dos aspectos: de una parte, su potestad para remover la cosa juzgada que ampara una sentencia en firme, y de otra, la taxatividad de las causales a través de las cuales opera, pues como lo ha señalado esta Corte se trata de ‘una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada’, y por ello ‘las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido’ ” (1996)³⁴.

“La Corte recordó, en primer lugar, que ‘el recurso de revisión fue estatuido como un mecanismo excepcional contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, por la ocurrencia de hechos y conductas contrarios a derecho que, una vez configurados, desvirtúan la oponibilidad de la sentencia, y por ende, la seguridad jurídica que le sirve de fundamento, al carecer de un elemento esencial: la justicia que debe inspirar toda decisión judicial. Su finalidad es, (...) restablecer la buena fe, el debido proceso, el derecho de contradicción y la cosa juzgada, entre otros’ ” (1996).

A su vez la doctrina señala:

“1.- Cualquiera sea la naturaleza que le atribuya se conviene que la revisión es un límite a la cosa juzgada. No propiamente una excepción a su vigencia, que lo sería si a través de la revisión se evitara que aquella produjera efectos, pero como su ejercicio presupone que la sentencia haya pasado por autoridad en cosa juzgada, lo

³⁴ En el mismo sentido, ver Corte Constitucional. Sentencia T-039 de 1996

que acontece en realidad es que por su intermedio los efectos de indiscutibilidad e inmutabilidad de la decisión son removidos. De ahí la idea generalizada de siempre según la cual la revisión es instrumento o medio para la controversia de la cosa juzgada, que ampara una sentencia inicua. Esta es la idea más inmediata que de la revisión se tiene y, también, la más tradicional.

2.- Esta manera de entender la revisión, se funda en la necesidad de hacer prevalecer el valor justicia sobre el valor seguridad jurídica, cuando se establece que la sentencia que ha puesto fin a un litigio entraña una injusticia, que, en cuanto tal, resulta inadmisibles en el Estado de Derecho” (Arboleda Ripoll, Sin año).

2. Naturaleza y características de la acción de revisión

La acción de revisión es de carácter rescisorio, toda vez que su finalidad es “romper” la sentencia injusta que se encuentra ejecutoriada y en firme, de ahí que sea excepcional; por lo tanto, solo procede por las causales que se configuran por los supuestos de hecho establecidos en la ley, valga decir, es taxativa, por lo cual no se admite la procedencia de la misma bajo interpretaciones analógicas o extensivas de las causales; así mismo, únicamente se puede adelantar contra sentencias ejecutoriadas.

El sentido de que la acción de revisión implica un juicio rescisorio a la sentencia, es decir, es un litigio que se plantea con el fin de determinar si la sentencia que puso fin al proceso se profirió en un marco de justicia, por lo cual se entra a revisar los principios de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, lo que conlleva que este procedimiento sea riguroso y solo se pueda llevar a cabo en los contornos establecidos en la ley. En específico, debe tenerse en cuenta que el artículo 12³⁵ del Código de Extinción de Dominio establece la cosa juzgada como una de las normas rectoras de este procedimiento especial. Se destaca sobre el particular:

“Lo primero en cuanto se le atribuye una finalidad específica, rescindir o dejar sin efectos sentencias y decisiones firmes... en consideración del efecto de inmutabilidad e indiscutibilidad que sobre ellos produce la cosa juzgada; y en cuanto se les estiman injustas.

Lo segundo, su carácter excepcional, aparece determinado por que (sic) constituye una real excepción al principio de intangibilidad de las decisiones que han logrado autoridad en cosa juzgada, y, con ello, excepción a la seguridad jurídica que impone la firmeza de lo decidido con carácter definitivo en el campo judicial. Este carácter excepcional, además se predica de la taxatividad de los motivos para su procedencia” (Arboleda Ripoll, Sin año).

A esta altura podría pensarse que en sede de extinción de dominio, la acción de

³⁵ Artículo 12. Cosa juzgada. Los derechos que hayan sido discutidos al interior de un proceso de extinción de dominio en el que se haya producido decisión definitiva y de fondo por sentencia ejecutoriada o mediante providencia que tenga la misma fuerza de cosa juzgada, no serán sometidos a una nueva actuación por las mismas causales cuando exista identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa.

revisión solo procedería frente a la sentencia que así la declare, sin embargo, como se ha indicado, que aquella tiene la finalidad de remover la inmutabilidad e indiscutibilidad de un fallo proferido de manera injusta, por lo cual esta acción procede también en contra de la sentencia que decreta la improcedencia de esta acción, máxime cuando el ordenamiento jurídico no reconoce ninguna protección a la propiedad obtenida como producto de actividades ilícitas, bajo la teoría del enmascaramiento³⁶, teniendo en cuenta la justicia material por la cual debe propender el procedimiento, es decir, también esta instituida para evitar que pervivan derechos reales cuya extinción fue negada de una manera injusta.

De tal manera, ya sea que la acción de revisión se encamine en contra de una sentencia que declare la extinción de dominio o su improcedencia, atendiendo al principio general ONUS PROBANDO INCUMBIT ACTORI o “el actor tiene la carga de la prueba”, le corresponde al demandante o proponente de la acción, de un lado, demostrar que el fallo cuya revisión se propende se encuentra en firme, es decir, que la decisión se encuentra debidamente ejecutoriada, así mismo debe indicar la causal o causales por las cuales procedería, y por último, aportar las pruebas que fundamenten la petición. Por ende, no procede la acción de revisión de manera oficiosa, ante lo cual, siempre debe ser propuesta por la parte afectada con la decisión o por alguno de los intervinientes, de acuerdo con el interés procesal con el que actúan.

3. Competencia

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 38³⁷ del Código de Extinción de Dominio, las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia de la acción de revisión incoada contra las sentencias de esas corporaciones.

A su vez, el artículo 37³⁸ de esta codificación indica que le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desatar los recursos de apelación y

³⁶ “Consiste en que los derechos reales que tienen origen en las actividades ilícitas, se entienden que existen hipotéticamente, valga decir, que no se consolidan en cabeza de su titular definitivamente sino de una forma provisional mientras la autoridad jurisdiccional declara la existencia de esa situación, en el entendido, de que el juez le quita esa máscara de licitud despojando de reconocimiento del derecho que se ostenta sobre el bien objeto de la acción” (Pardo Ardiila, 2013, pág. 51).

³⁷ Artículo 38. Competencia de las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. La Sala de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores conocerán:

1. En primera instancia, de la acción extraordinaria de revisión promovida contra las sentencias de esa corporación en materia de extinción de dominio.

2. En segunda instancia, de los recursos de apelación y queja interpuestos contra los autos y sentencias proferidos por los Jueces de Extinción de Dominio.

3. De las solicitudes de control de legalidad que sean promovidas contra las decisiones adoptadas por el Fiscal General de la Nación en los trámites a su cargo.

³⁸ Artículo 37. Competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia será competente para conocer de los recursos de apelación y queja interpuestos contra los autos y sentencias proferidos por las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores, en el trámite de la acción extraordinaria de revisión.

Esta Sala también conocerá del juicio de los procesos de extinción de dominio adelantados por el Fiscal General de la Nación sobre bienes cuya titularidad recaiga en un agente diplomático debidamente acreditado y de la revisión de las sentencias que dicte.

queja interpuestos contra las sentencias y los autos proferidos por las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en desarrollo del trámite de la acción de revisión.

Lo anterior significa que en sede del proceso de extinción de dominio, la acción de revisión únicamente procede contra sentencias proferidas por las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, según las normas citadas en concordancia con el artículo 147³⁹ del Código de Extinción de Dominio.

Ahora, cuando se trata de una sentencia que declara la extinción de dominio, para poder interponer esta acción es necesario que previamente el afectado haya impetrado el recurso de apelación en contra de la que fue proferida por el juzgado de primera instancia, es decir, que en contra de las sentencias proferidas por los jueces que no sean apeladas, no es posible iniciar acción de revisión. Situación diferente sucede respecto de las sentencias que decretan la improcedencia de la extinción de dominio proferidas por los jueces de primera instancia, pues si es apelada o no, de todas maneras, el litigio se resolverá por las Salas de Extinción de Dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, ya sea en virtud del desatamiento del recurso de alzada o en sede de consulta, lo expuesto significa que en todos los eventos la sentencia que decreta la improcedencia de la extinción de dominio será susceptible de la acción de revisión.

En este orden de ideas, atendiendo a la taxatividad de la acción de revisión, no es posible iniciarla contra sentencias declarativas de la acción de extinción del derecho de dominio proferidas por los jueces de primera instancia o aquellas proferidas en los procesos que son competencia de la Corte Suprema de Justicia en única instancia, de acuerdo con el artículo 37 del Código de Extinción de Dominio.

4. Requisitos formales y sustanciales

4.1. Requisitos formales

4.1.1. Titularidad

Según lo establecido en el artículo 74⁴⁰ del Código de Extinción de Dominio, la acción de revisión puede ser promovida por cualquiera de los sujetos procesales que tenga interés jurídico y que haya sido reconocido dentro del proceso. Esto indica que no basta ser sujeto procesal en la actuación que haya finalizado con el fallo cuya revisión se pretende, sino que también se debe demostrar que el mismo es lesivo de los derechos fundamentales e interés que el demandante defendía en aquel.

³⁹Artículo 147. Contradicción de la sentencia. Contra la sentencia sólo procederá el recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales o por los intervinientes, en el efecto suspensivo. Este será resuelto por el superior dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que el expediente llegue a su despacho. La sentencia de primera instancia que niegue la extinción de dominio y que no sea apelada, se someterá en todo caso a grado jurisdiccional de consulta.

⁴⁰Artículo 74. Titularidad. La acción de revisión podrá ser promovida por cualquiera de los sujetos procesales que tengan interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación procesal. También podrá ser promovida por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Ejemplo de ello es que la acción de revisión puede ser promovida por la persona que era la propietaria de un inmueble cuando se trata de una sentencia proferida por la Sala de Extinción de Dominio de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, que declara la extinción del derecho de dominio sobre aquel, a contrario sensu, no podría iniciarla frente a la sentencia que decretó la improcedencia de la extinción de dominio, pues en este evento el fallo no le ha afectado ningún interés.

También son titulares de la acción el Ministerio Público, quien actúa en el proceso “en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales” (artículo 31⁴¹ del Código de Extinción de Dominio), lo que indica que el interés le puede asistir respecto de una sentencia que declare la extinción de dominio como de aquella que la niega, dada la imparcialidad y neutralidad con la que actúa esta institución en los procesos judiciales, según lo indica el artículo 277 de la Constitución Política.

A su vez, el Ministerio de Justicia y del Derecho circunscribe su intervención en los trámites extintivos a la defensa del interés jurídico de la nación, con la cual busca que se declare la extinción de dominio sobre aquellos bienes con origen o destinados a actividades ilícitas, valga decir, sobre los cuales se configure cualquier causal de extinción de dominio. Sobre este punto en particular, si bien en la legislación antecedente esta función era ejercida por la Dirección Nacional de Estupefacentes –hoy en liquidación–, la Corte Constitucional estableció los siguientes parámetros de intervención, los cuales se consideran aplicables a la función desarrollada por la Cartera Ministerial:

“...podrá intervenir como parte dentro del proceso de extinción de dominio, que de oficio inicie la Fiscalía General de la Nación, cuando le asista interés jurídico para actuar. Esa entidad, además, está facultada para presentar y solicitar la práctica de pruebas dirigidas a demostrar la procedencia ilícita de los bienes, solicitar medidas cautelares sobre los mismos, impugnar la resolución de improcedencia de la acción, y la providencia que no reconozca el abandono de los bienes a favor del Estado” (2003).

4.1.2. Requisitos de la demanda

Para impetrar la acción de revisión, se realizará mediante una demanda, la cual debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 75 del Código de Extinción de Dominio, que hacen referencia a los siguientes:

“a) La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo”.

Esta exigencia establece que el demandante debe indicar el proceso que finalizó con la sentencia respecto de la cual se pretende la revisión; a estos efectos, también debe señalar las autoridades judiciales que conocieron de la actuación (fiscal, juez y magistrados de la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Distrito Judicial).

⁴¹Artículo 31. Ministerio Público. El Ministerio Público actuará en el trámite de extinción de dominio en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Este podrá intervenir a partir de la fijación provisional de la pretensión con las mismas facultades de los sujetos procesales, y será ejercido por el Procurador General de la Nación por medio de sus delegados y agentes.

“b) Los hechos y causales que motivaron la actuación procesal y la decisión”.

En un acápite de la demanda, deben indicarse los hechos por los cuales se adelantó el trámite extintivo que finalizó con la sentencia cuya revisión se pide, así como las causales que aquellos configuraron.

En este punto, teniendo en cuenta las variaciones que se puedan presentar al menos en lo que respecta a la congruencia jurídica de la actuación⁴², es decir, el cambio de las causales que se puede presentar en el transcurso del proceso extintivo entre la Fijación Provisional de la Pretensión, el Requerimiento al Juez de Extinción de Dominio y la sentencia demandada, resulta necesario indicar expresamente las causales que han fundamentado la actuación y señalar en qué etapa procesal se procedió por parte de la fiscalía o el juez con base en cada una de ellas.

“c) La causal de revisión que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud”.

Comoquiera que la acción de revisión se ejerce a petición de parte, el demandante debe señalar la causal o causales que dan lugar a la revisión de la sentencia como ya se había indicado y así mismo los hechos que las configuran. En este orden de ideas, atendiendo al carácter excepcional de esta acción, que fue abordado en el anterior punto, no es válida su proposición mediante causales analógicas o creadas por vía de interpretación.

A estos efectos, es el demandante el llamado a proponer la causal de revisión, pues no le es dable a la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Distrito Judicial hacerlo de oficio o modificar la propuesta, atendiendo al carácter de parte, al de excepcionalidad y a la taxatividad que revisten a esta acción.

“d) La relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición”.

Teniendo en cuenta que las causales de la acción de revisión se fundamentan en hechos, estos deben ser objeto de demostración por parte del demandante, quien debe aportar las pruebas que dan cuenta de su existencia a través de los medios probatorios regulados, con observancia del procedimiento de producción y aducción de la prueba establecido en el Código de Extinción de Dominio⁴³, bajo los postulados de pertinencia y utilidad de esta, atendiendo a la causal que se invoca. Por ejemplo, si se demanda que la sentencia fue proferida con base en la conducta delictiva del juez, debe aportarse la sentencia condenatoria en firme en contra de este por delito de prevaricato por acción u omisión y conexos.

⁴²“En torno a la que podría denominarse la congruencia JURÍDICA, a diferencia de lo planteado por el fallo de primera instancia, la misma debe observarse en el proceso, aunque no con la rigidez que propone el recurrente. Valga decir, que las causales extintivas predicadas en la resolución de inicio o en sus adiciones, en principio, deben ser las mismas por las cuales el juez proceda a declarar la extinción de los bienes, pero al igual que sucede con la congruencia fáctica, en el desarrollo de los periodos probatorios en sede de fiscalía como en la etapa de la causa, puede establecerse la configuración de nuevas causales de extinción del derecho de dominio, lo cual conlleva a que este predicamento no sea estricto, a contrario sensu de las argumentaciones aducidas por el recurrente” (2011).

⁴³Título V. Artículos 148 a 202.

Por último, es requisito indispensable de acuerdo con la normatividad citada, que a la demanda debe acompañarse copia de las sentencias de primera y segunda instancia, así como de la constancia de ejecutoria correspondiente.

Es de anotar que el incumplimiento de alguno de estos requisitos dará lugar a la inadmisión de la demanda, según el artículo 76 del Código de Extinción de Dominio.

4.2. Requisitos materiales

4.2.1. Causales de procedibilidad de la revisión

De acuerdo con el artículo 75 del Código de Extinción de Dominio, la acción de revisión procede por las causales allí señaladas, estas entendidas como aquellos hechos descritos por el legislador en la norma y cuyo acaecimiento da lugar a la rescisión de la sentencia que puso al fin de proceso, por la injusticia que estos entrañan.

La primera de ellas se refiere a: “Cuando después de la sentencia aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo del proceso, que lleven a considerar razonablemente que la decisión finalmente adoptada pudo haber sido diferente”.

Esta causal tiene dos supuestos: el primero es el hecho nuevo, que no se trata de aquel que acaece con posterioridad a la sentencia, sino que es el aspecto fáctico que a pesar de estar vinculado necesariamente con las causales de extinción de dominio, por las cuales se adelantó el proceso que finalizó con la sentencia cuya revisión se pretende, no penetró al proceso y por esa razón no fue conocido por el juzgador en ninguna de las instancias del proceso.

El segundo de los supuestos señalados hace referencia a la prueba nueva, que se circunscribe al medio probatorio (documento, pericia, testimonio, confesión, etcétera) que no se aportó al proceso por cualquier circunstancia no atribuible a la parte o interviniente que demanda la revisión, y que de haber ingresado en el discurrir ordinario del proceso, los resultados de este hubieran sido totalmente diferentes.

Cuando se demanda este supuesto no es suficiente demostrar que el medio probatorio no fue aportado al proceso, sino que además de ello, el demandante debe demostrar que aquel está inescindiblemente ligado a alguna de las causales por las cuales se declaró la extinción de dominio sobre los bienes objeto del proceso o a los fundamentos de la improcedencia de la extinción de dominio según el caso. Aunado a ello, cuando se aborda esta causal el demandante debe explicar la pertinencia, conducencia y utilidad de esa prueba nueva y mostrarle a la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Distrito Judicial la forma en que esta hubiera variado el sentido de la sentencia cuya revisión se demanda.

El punto común de los supuestos señalados como se denota es la novedad, esta entendida no como aquella acaecida temporalmente con posterioridad a la sentencia que se demanda en revisión, sino que el hecho o la prueba resultan nuevos frente al proceso, porque no fueron conocidos durante el desarrollo del mismo y los cuales están en la potencialidad de hacer discutible la verdad declarada en aquella, es decir, ese hecho o prueba deben permitir establecer un sentido diferente al de la sentencia objeto de la revisión.

La segunda causal para la procedencia de la acción de revisión se presenta “cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta delictiva del juez, el fiscal, un sujeto procesal, un interviniente o de un tercero”.

En esta se señala que la sentencia objeto de la revisión debe haber sido proferida como consecuencia de la actividad delictiva desplegada por cualquiera de las personas mencionadas; sobre este punto en particular, actividad delictiva no es la conducta típica, antijurídica y culpable declarada judicialmente, sino aquella conducta que se circunscribe a la objetividad típica del tipo penal; por lo tanto, no se le puede imponer la carga al demandante de aportar la sentencia condenatoria en firme en contra de alguno de los sujetos que menciona la norma, sino que se agota la exigencia cuando se anexa a la demanda cualquier decisión que indique la existencia objetiva de aquella ilicitud.

Entonces, esta exigencia, por ejemplo, se agota con la aportación del escrito de acusación, en el cual se demuestre el cometimiento de una conducta de prevaricato (por acción u omisión por parte del juez o fiscal, falsedades cometidas por el perito, etcétera).

Lo cual tiene razón de ser, en el sentido de que no puede mantenerse la injusticia de la sentencia proferida en el proceso de extinción de dominio, mientras que se adelanta una actuación penal, pues si fuera así, se desconocería que la revisión atiende criterios de restablecimiento en el marco de la justicia material y a la autonomía de la acción extintiva.

Sobre este aspecto se pronunció la Corte Constitucional al revisar esta causal de revisión del proceso penal regulado por la Ley 600 de 2000, razonamientos aplicables para la expuesta en el Código de Extinción de Dominio. Se resalta:

“En efecto, la causal consagrada en el numeral 4º del artículo 220 del CPP, hace alusión a que con posterioridad a una de tales decisiones se demuestre mediante decisión en firme que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero, exigencia que es razonable pues si lo que persigue la acción de revisión es remover la injusticia del fallo atacado, y así evitar la impunidad, es razonable que al accionante no se le exija que necesariamente aporte la sentencia definitiva donde a los autores de la conducta ilícita se les declaró penalmente responsables, sino que acredite mediante otras providencias que el fallo fue producto de una conducta típica del juez o de un tercero. En verdad, no se justifica que en presencia de situaciones como las planteadas en esta causal se le exija al accionante que demuestre la plena responsabilidad del infractor, pues se corre el riesgo de aplazar indefinidamente la acción de la justicia, mientras se obtiene tal declaración” (2003).

La tercera causal es “cuando se demuestre, por sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa”.

Cuando se solicita la revisión por esta causal, debe aportarse la sentencia ejecutoriada (con su debida constancia de ejecutoria), la cual indique que se encuentra demostrada la falsedad de la prueba que sirvió como fundamento de la sentencia que puso fin al proceso de extinción de dominio. Pero nótese que la revisión en este supuesto procede

solo cuando la sentencia extintiva tuvo como fundamento dicha prueba falsa, por lo cual, si aparte de dicha prueba, la sentencia demandada gravita en otras pruebas, no procedería la revisión.

Sobre este punto se trae a colación lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al abordar esta causal en sede del proceso penal, lo cual también resulta aplicable al proceso de extinción de dominio:

i) “La exigencia que establece la causal es clara y no se presta a interpretaciones de ninguna especie: se requiere que la decisión cuestionada se hubiese basado en una prueba cuya falsedad hubiese quedado demostrada en una sentencia ejecutoriada, como cuando la providencia que se ataca tuvo por exclusivo fundamento las manifestaciones de un testigo que luego es condenado por falso testimonio, precisamente en razón de la declaración en que se sustentó la decisión.

No se trata, por lo tanto, de elaborar construcciones teóricas para acreditar la falsedad del medio de convicción que tuvo en cuenta el funcionario judicial para proferir la providencia, sino únicamente de aportar la copia de la sentencia en firme que dio por demostrada la falsedad de aquella prueba y acreditar así mismo que ésta fue determinante en el sentido de la decisión” (2004).

ii) “Cuando... se haya demostrado en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa, como requisito objetivo de la norma, es indispensable que el demandante allegue la correspondiente providencia ejecutoriada, donde se demuestre la falsedad del fundamento considerado en la decisión que se pretende accionar” (2004) (2009).

5. Procedimiento

El procedimiento de la acción de revisión se encuentra regulado en los artículos 76, 77, 78, 79, 80 y 81 del Código de Extinción de Dominio.

El trámite de la acción de revisión se inicia con la presentación de la demanda ante la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Distrito Judicial que profirió la sentencia, luego se reparte aquella y el magistrado sustanciador decidirá si cumple los requisitos establecidos en el artículo 75 ejusdem.

Si es admitida, dicho funcionario judicial lo realizará mediante auto de sustanciación dentro de los cinco (5) días siguientes, providencia que será notificada de forma personal a las partes e intervinientes no demandantes (inciso 3º, artículo 53 del Código de Extinción de Dominio); si no fuere posible esta notificación, se realizará mediante estado (artículo 54 del Código de Extinción de Dominio). En este mismo término solicitará al juez de primera instancia que proceda a remitir el proceso que finalizó con la sentencia objeto de la acción de revisión.

Si el líbello es inadmitido, la decisión se proferirá mediante auto interlocutorio de la Sala de Decisión, contra el cual procede el recurso de reposición (artículo 63 del Código de Extinción de Dominio).

Continuando en el evento en que la demanda es admitida, recibido el proceso, este se dejará a disposición de los sujetos procesales (partes e intervinientes) por el término

de ocho (8) días para que realicen las solicitudes probatorias correspondientes. La decisión que resuelve sobre la práctica de pruebas de forma negativa, es un auto interlocutorio (inciso 2º, artículo 48 del Código de Extinción de Dominio), susceptible del recurso de reposición (artículo 63 ejusdem), pues es claro que en este punto se está resolviendo sobre aspectos sustanciales tocantes con el derecho fundamental al debido proceso, en específico con el derecho de contradicción.

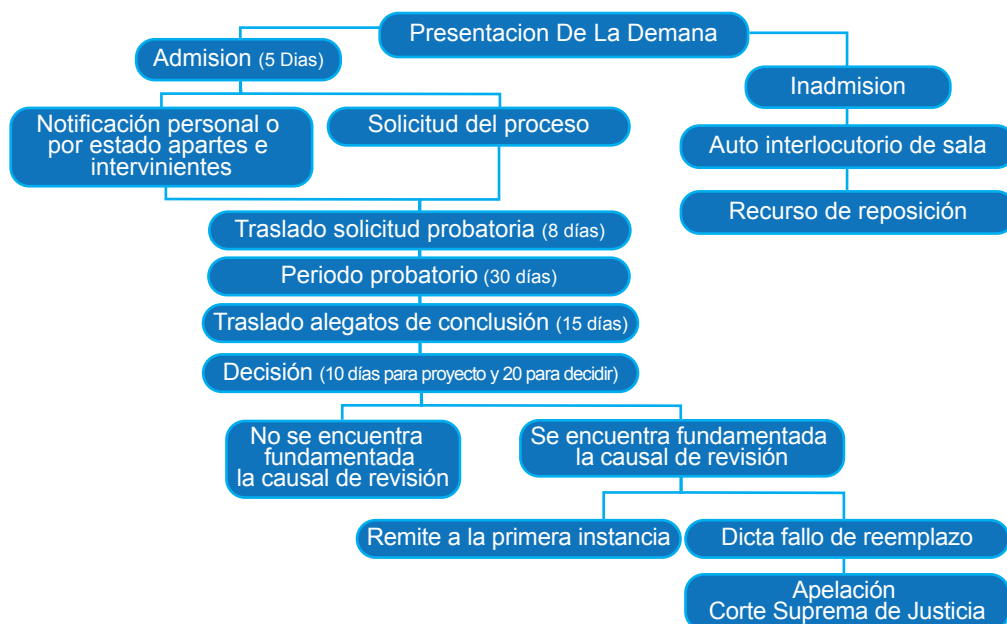
Una vez finalizado el periodo probatorio, se corre traslado común de quince (15) días para que las partes e intervinientes aleguen de conclusión; finiquitado este término, el magistrado sustanciador cuenta con diez (10) días para registrar en Secretaría de la Corporación el proyecto de fallo y se tomará la decisión por parte de la sala dentro de los veinte (20) días siguientes.

Si la sala decisoria encuentra fundamentada la causal de revisión alegada, declarará sin valor la sentencia revisada y devolverá la actuación a primera instancia, para que un funcionario distinto al que profirió la decisión rescindida, con el fin de que tramite la actuación a partir de la etapa procesal que se señale en el fallo.

Empero, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 80 del Código de Extinción de Dominio, si la sala estima que cuenta con los “elementos de juicio” fácticos y jurídicos para tomar una decisión de fondo y con ello no afecta derechos fundamentales, puede emitir la sentencia de reemplazo, contra la cual procederá el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (artículos 37 y 65 del Código de Extinción de Dominio).

Debe tenerse en cuenta que el artículo 81 del Código de Extinción de Dominio establece un impedimento especial, en el cual no podrá participar del trámite de la acción de revisión ningún magistrado que haya intervenido en el proceso cuya sentencia se revisa.

5.1. Esquema del procedimiento



Bibliografía

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).*
Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).
Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de agosto de 2003).
Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).
Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).
Sentencial del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).
Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).
Diario Oficial núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial.
Sentencia C-111 (Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).
Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).
Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.
Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).
Diccionario de la enciclopedia Larousse (1995).
Tamayo, M. (2004). El proceso de la investigación científica (4a. ed.). Ciudad de México, México: Limusa.
Estebanez, E. G. (2006). New Atlantis. Madrid, España: Akal, S.A.
Bacon, F. (1620). Novum organum scientiarum.
Ossorio, M. (1981). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliastar, R.L.
Ley 1708 (enero de 2014). Bogotá, Colombia.
CCP (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.
CPP. Ley 906 (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. Trigésima cuarta edición. Bogotá, Colombia: Leyer.
Ley 1708 (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.
Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 250, numeral 8. Colombia.
Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia, 2008).
Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).
Claria Olmedo, J. A. (1962). Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ediar.
González Navarro, A. L. (2009). Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio. Bogotá: Leyer.
Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional, 2009).
Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional, 2011).
Manual de procedimientos de Fiscalía (2009). Manual de procedimientos de Fiscalía. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.
Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia, 2012).
Decreto 016 (10 de enero de 2014).
Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional, 2003).
Corte Constitucional (2007). Sentencia 336.
F.G.N. (2006). Resolución.
1737, D. (2010).
Fiscal General de la Nación (2013). Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio.
Henao Hidron, J. (2003). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, D. C.: Temis.
Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal. Lima: Juristas Editores.
Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2003).
Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena. Washington D.C.: Banco Mundial.
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). Ley Modelo de Extinción de Dominio.
Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, 2011).
Pabón Parra, P. A. (2013). Nuevo régimen de extinción de dominio. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
Avella Franco, P. O. (2007). Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.

- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, D. C.: Ediciones El Profesional.
- Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2005).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá, D. C.: Editorial Scripto Ltda.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito*. Tegucigalpa: Poder Judicial de Honduras.
- Roldán Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México, D. F.: Editorial Porrúa.
- Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio, 31 de marzo de 2009).
- Sentencia C 374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).
- Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional*. Bogotá: Agencia GIZ.
- Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia*.
- Sentencia C 591 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2005).
- Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I)*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN, EE. UU.: Palibrio.
- Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.
- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas, 2002).
- Ministerio de Justicia (1996). *Proyecto de Ley 016*.
- Fiscalía General de la Nación (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*.
- Sentencia T 429 (Corte Constitucional, 2011).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Arboleda Ripoll, F. (sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional, 2003).
- Sentencia C 871 (Corte Constitucional, 2003).
- Radicado No. 22451 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 18 de noviembre de 2004).
- Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de octubre de 2004).
- Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de mayo de 2009).
- Corte Constitucional (2011). *Sentencia T 429*.
- Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercería*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio, 9 de marzo de 2011).



ADMINISTRACIÓN Y DESTINACIÓN DE LOS BIENES

Por: Libardo Guauta Rincón

Introducción

Iniciemos diciendo que la Ley 1708 de 2014, por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio –primer código sobre la materia, porque así lo denominó la Ley–, en adelante CED, establece en sus artículos 90 al 107 todo lo relacionado con la institución de administración de bienes, segmento dentro del cual se recogió el contenido de la Ley 785 de 2002 y sus decretos reglamentarios, en particular el Decreto 1461 de 2000, la cual derogó de manera expresa⁴⁴.

Así las cosas, en las siguientes líneas del presente artículo se dará una explicación de los nuevos mecanismos para facilitar la administración de bienes, la entidad responsable y el procedimiento que esta debe adelantar para su aplicación, incluido lo que tiene que ver con el procedimiento de devolución, todo ello con la finalidad de que los bienes sean productivos y generadores de empleo, dentro de la filosofía de la función social que informa la propiedad privada en Colombia, advirtiendo que no es posible abordar de fondo cada sistema debido a que el legislador dispuso que su aplicación se realizaría con base en el procedimiento reglamentario que expida, para el efecto, el Gobierno Nacional, lo cual a la fecha de elaboración de este escrito no ha ocurrido.

De otra parte, es importante precisar, sin que sea objeto específico de este capítulo, que la administración de bienes es un efecto y una consecuencia inmediata y directa de la aplicación de las medidas cautelares consagradas en el art. 88 del CED, principalmente de la denominada suspensión del poder dispositivo, que como se sabe, permite la dirección, administración y representación de las sociedades, de las personas jurídicas afectadas con tales medidas y de los bienes en general a cargo de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE– como administradora del FRISCO, a través de los mecanismos de administración de bienes, para evitar que estos puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción, y/o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita.

Sobre los efectos de las medidas cautelares

Así las cosas, por expresa orden del art. 100 del CED, los efectos de las medidas cautelares sobre acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, se extienden a sus dividendos, intereses, frutos, rendimientos y demás beneficios o utilidades que esta genere; no se hace alusión a los efectos erga omnes que producen las medidas cautelares sobre otros bienes, como sí lo consagraba el inciso 3º del art. 1º de la Ley 785 de 2002, que decía: “La decisión de incautación del bien tendrá aplicación inmediata y la tenencia del mismo pasará a la Dirección Nacional de Estupefacientes para su administración en los términos de esta ley. La manifestación contenida en el acta de incautación o decomiso de la calidad de tenedor del bien a cualquier título, será decidida por el juez en la sentencia que ponga fin al proceso”.

⁴⁴El inciso primero del art. 218 de la Ley 1708 de 2014 deroga de manera expresa las Leyes 785 de 2002, 793 de 2002 y 1330 de 2009. El inciso segundo dispone, también de manera expresa: “Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, y los artículos 9º y 10 de la Ley 785 de 2002, seguirán vigentes”.

Por consiguiente, cuando la medida cautelar recaiga sobre el cien por ciento (100%) de las acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, o sobre un porcentaje de participación accionaria que confiera el control de la sociedad, esta se extenderá a todos los activos que conformen el patrimonio de la sociedad y a los ingresos y utilidades operacionales o ingresos netos de los establecimientos de comercio o unidades productivas que posea; disposición que se asimila a lo establecido en art. 5° de la Ley 785 de 2002.

De otra parte, se puede observar que el código es respetuoso de los procesos de liquidación judicial o de intervención, al preceptuar en su art. 102 que: “Las medidas cautelares ordenadas dentro del proceso de extinción de dominio no interrumpirán ni suspenderán los procesos de intervención o de disolución y liquidación que adelante la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con las normas que regulan la materia. En estos eventos, el administrador de los bienes afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio tendrá la calidad de parte dentro del proceso de liquidación”.

De todas maneras, la SAE o quien haga las veces de administrador podrá nombrar un depositario provisional, quien, además de tener todos los derechos, atribuciones y facultades, y estar sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades que las leyes señalan para los depositarios judiciales o secuestres, ostenta la calidad de representante legal de la sociedad en los términos del Código de Comercio y lo dispuesto en las Leyes 222 de 1995 y 1116 de 2006 y demás normas que las modifiquen o reemplacen; en consecuencia, su designación deberá constar en el registro mercantil correspondiente.

Ahora bien, sin perjuicio del procedimiento establecido por el art. 593 y ss, de la Ley 1564 de 2012 –CGP– para la materialización de las medidas cautelares, que como se sabe comprenden su inscripción en el respectivo folio de matrícula para los bienes sujetos a registro, la Ley 1708 de 2014 estableció, en el art. 103, un procedimiento que podríamos calificar como especial para la materialización de medidas cautelares decretadas sobre sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, el cual se puede resumir así: i) El embargo, con el registro en la cámara de comercio respectiva o en el libro de accionistas, según el caso; ii) la suspensión del poder dispositivo, con el registro en la cámara de comercio respectiva, y iii) El secuestro y toma de posesión, con la entrega física de los haberes y documentos de la sociedad, especialmente los libros de contabilidad y estados financieros.

En este sentido, se considera que dependiendo del tipo de sociedad y el porcentaje afectado, debería ordenarse la inscripción de la cautela en los registros de los activos sociales sujetos a tal procedimiento *ad substantiam actus*, para evitar su enajenación sin que medie autorización de la entidad administradora de los bienes, quien por consagración expresa del art. 104 del CED, cuando se decreten cautelas sobre acciones, cuotas, partes o derechos sociales en personas jurídicas de derecho privado, esta ejercerá los derechos sociales que correspondan o que se deriven de ellas, hasta que se produzca la decisión judicial definitiva.

Así mismo, surge una prohibición inmediata derivada de la medida cautelar para las personas que aparezcan inscritas como titulares de esos bienes, pues el inciso segundo del artículo antes citado ordena que no podrán ejercer ningún acto de disposición,

administración o gestión en relación con aquellas, a menos que sean autorizados expresamente y por escrito por el administrador, previa autorización del funcionario judicial que adelanta el proceso de extinción de dominio.

Concomitante con lo anterior, una vez se declare la extinción de dominio a favor del Estado, sobre el 100% de acciones, cuotas, derechos o partes de interés que representen el capital de una sociedad o persona jurídica, tal declaración comprenderá la extinción del derecho de dominio sobre los bienes que componen el activo societario, en los términos del art. 105 del CED. Como efecto complementario, su inciso segundo prescribe que declarada la extinción sobre las acciones y cuotas sociales, y en el evento de procederse a la liquidación de la misma, las deudas a cargo de la sociedad serán canceladas con el producto de la venta de bienes y hasta la concurrencia del valor de los activos, respetando las prelaciones legales.

De la entidad encargada de la administración de los bienes y su distribución

El art. 90 de la Ley se refiere a la competencia para la administración de los bienes, señalando que esta se cumplirá por medio del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –FRISCO–, la cual define como: i) una cuenta especial, ii) sin personería jurídica, iii) administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE–.

Respecto de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE–, es preciso señalar que se trata de una sociedad de economía mixta del orden nacional, autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente. Así mismo, precisa que el objetivo de la administración de bienes será: “(...) fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad”. No obstante la anterior consagración legal, se ordena al Presidente de la República expedir, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia (20 de julio de 2014) del código, el reglamento para la administración de los bienes, el cual deberá observar las normas previstas en el título III de la Ley, con lo cual se queda a la espera de la expedición del respectivo decreto reglamentario.

De otra parte, en materia de distribución de los recursos, el artículo 91 de la normativa ordena utilizarlos a favor del Estado, con la siguiente destinación: i) un veinticinco por ciento (25%) a la Rama Judicial; ii) un veinticinco por ciento (25%) para la Fiscalía General de la Nación⁴⁵, para proyectos de inversión previamente aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y iii) el cincuenta por ciento (50%) restante para el Gobierno Nacional, quien reglamentará la distribución de este último porcentaje, en lo que se constituye en una verdadera novedad frente a las Leyes 785 y 793 de 2002, que destinaban todos los recursos para el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Justicia y del Derecho, a través del FRISCO, fondo cuenta que funcionaba con la personería jurídica de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

⁴⁵Los bienes destinados a la Fiscalía General de la Nación serán administrados a través del fondo especial para la administración de bienes creado mediante Ley 1615 de 2013.

No ocurre lo mismo con los predios rurales sobre los que recaiga la acción de extinción de dominio, ya que estos serán destinados a los programas de generación de acceso a tierra administrados por el Gobierno Nacional, bajo la reglamentación que expida el Presidente de la República sobre su régimen de administración y destinación.

La anterior distribución se debe realizar luego de que se descuenten aquellos recursos destinados para el pago gradual y progresivo de los pasivos del fondo, los recursos que sean indispensables para el funcionamiento de la entidad encargada de la administración de los bienes, y las destinaciones específicas previstas en la ley. En este sentido, el parágrafo 2° del art. 91 de la ley habilita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para efectuar los ajustes presupuestales pertinentes que permitan la asignación de los recursos a favor del nuevo administrador del FRISCO.

Ahora bien, frente a las divisas ordena que una vez incautadas, serán entregadas al Banco de la República para que las cambien por su equivalente en pesos colombianos, sin que se requiera sentencia que declare la extinción definitiva del dominio sobre las mismas. Adicionalmente, encontramos una prohibición expresa para el Consejo Nacional de Estupefacientes, consistente en que no podrá adquirir pasivos con cargo a los recursos determinados en los porcentajes de que trata el artículo 91, a partir de la fecha de publicación de la Ley 1708 de 2014, salvo que la entidad correspondiente así lo manifieste en la sesión del Consejo Nacional de Estupefacientes en que se tome favorablemente esta determinación.

De otro lado, la facultad de Policía Administrativa contenida en el art. 73 de la Ley 1395 de 2011 y en el numeral 14 del art. 11 del Decreto 2897 de 2011, delegada por medio del Convenio No. 73 de 2012 en el Representante Legal de la Dirección Nacional de Estupefacientes, pareciera tácitamente retomarse en el parágrafo 3° del prenombrado art. 91, al preceptuar que: “Las autoridades de Policía locales, departamentales y nacionales estarán obligadas a prestar, de manera preferente y sin dilación injustificada, el apoyo que requiera el representante legal o su delegado, para hacer efectiva la administración de los bienes que ingresan al FRISCO”, aunque de manera expresa el art. 218 no se haya referido a las dos normativas aquí citadas.

Es decir, que la facultad aludida, como se consagraba en el art. 73 de la Ley 1395 de 2011, se entendería derogada tácitamente, pues la misma radicaba la función de policía administrativa en la Subdirección Jurídica de la Dirección Nacional de Estupefacientes, misma que con la expedición del Decreto 3183 de 2011, que ordenó su liquidación, suprimió el cargo de Subdirector Jurídico de dicha entidad, entendiéndose reasignada la función en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el numeral 14 del art. 11 del Decreto 2897 de 2011, en los siguientes términos: “Ejercer, de manera subsidiaria, las funciones de policía de índole administrativa o jurisdiccional conferidas por la ley en materia de cumplimiento de decisiones judiciales proferidas en procesos de extinción de dominio”.

Así las cosas, se entendería que la razón jurídica de la función de policía administrativa a cargo del jefe jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, radicaba en que el Ministerio de Justicia y del Derecho es cabeza de sector y la DNE era una entidad adscrita a este, pero SAE - S.A.S. no hace parte de dicho sector, denominado Justicia. Para terminar este acápite, es de buen recibo precisar que la función de administración de bienes corresponde a una actuación administrativa, materializada a través de actos

administrativos; por lo tanto, le son aplicables para su efectividad algunas disposiciones de la Ley 1437 de 2011 –CPACA–, tales como el art. 88, que consagra el principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, y el art. 89, que se refiere al carácter ejecutorio de los mismos, cuando precisa que: “ Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”.

De los mecanismos para la administración de bienes

El art. 92 de la Ley 1708 de 2014, lista de manera taxativa los “Mecanismos para facilitar la administración de bienes”, mismos que se aplicarán de forma individual o concurrente; por lo tanto, son facultativos –conservan la misma regla establecida en la Ley 785 de 2002– sobre los bienes con extinción de dominio y afectados con medidas cautelares dentro de un proceso de tal naturaleza. Dichos mecanismos son:

1. Enajenación.
2. Contratación.
3. Destinación provisional.
4. Depósito provisional.
5. Destrucción o chatarrización.
6. Donación entre entidades públicas.

Sobre el particular recordemos que el art. 1º de la Ley 785 de 2002, en concordancia con el art. 3º del Decreto 1461 de 2000, indican que la administración de bienes se podría llevar a cabo aplicando en forma individual o concurrente los siguientes sistemas: i) enajenación, ii) contratación, iii) destinación provisional y iv) depósito provisional. La nueva ley agrega de manera específica los mecanismos –ya no habla de sistemas– correspondientes a los numerales 5º y 6º: destrucción o chatarrización y la donación entre entidades públicas, aunque a la luz del art. 2º de la Ley 785 de 2002, los vehículos, por ejemplo, se podían enajenar para chatarrizar, y las sustancias químicas controladas, destruir, sin perjuicio de la facultad que se le otorgaba al Consejo Nacional de Estupefacientes para adicionar la tipología de bienes susceptibles de enajenación por estar afectados con medidas cautelares.

La enajenación

Este mecanismo recibe en la descripción de la norma, no así en su enunciación, otro nombre, el cual corresponde a Enajenación Temprana de Activos (art. 93), como un mecanismo excepcional a la enajenación ordinaria y como una especie de venta anticipada. A diferencia de lo consagrado en la Ley 785 de 2002 y el Decreto 1461 de 2000, incluidas sus respectivas modificaciones y adiciones, donde la Dirección Nacional de Estupefacientes, bajo las directrices del Consejo Nacional de Estupefacientes, gozaban de autonomía para la venta de bienes, la nueva norma condiciona su aplicación a la autorización **previa** del fiscal de conocimiento o del juez de extinción de dominio, según la etapa en que se encuentre la actuación.

En lo que respecta a la solicitud de enajenación temprana de bienes, se dice que

deberá resolverse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días, por parte del fiscal de conocimiento o del juez de extinción de dominio, según se trate. Esta petición deberá elevarse por parte de la entidad que administre el FRISCO, lo cual significa que no procede de oficio. Vencido el término anterior sin que el funcionario a cargo de la actuación se hubiere pronunciado, el administrador de los bienes podrá proceder a su enajenación, y el funcionario que dejó de pronunciarse será responsable disciplinariamente por la omisión en el cumplimiento de sus funciones, como especie de silencio positivo derivado de una actuación judicial.

De todas maneras, se mantiene la facultad para quien administre el FRISCO, que según la misma ley, será la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE–, quien enajene tempranamente los bienes con medidas cautelares, ya sean muebles sujetos a registro, de género, fungibles, consumibles, perecederos, los semovientes, los que amenacen ruina, pérdida, deterioro medioambiental, o los que sean materia de expropiación por utilidad pública, o servidumbre, o aquellos que de acuerdo con un análisis de costo-beneficio se concluya que su administración o custodia ocasionan perjuicios o gastos desproporcionados.

Habrà que afirmarse que el análisis costo-beneficio corresponderà a un estudio específico, realizado por expertos en la materia, técnico, sufragado con recursos del FRISCO, que según la tipología de bien, concluya técnicamente que el mecanismo de administración más apropiado será su enajenación temprana.

Otra forma excepcional de administración, que no corresponde a la venta o enajenación temprana de activos, es la donación entre entidades públicas, de bienes de género, fungibles o que amenacen pérdida y que puedan dejar de ser útiles en un breve lapso, ya sea por su propia naturaleza o por razones del mercado. Como forma excepcional que es, debería tener un procedimiento para su aplicación; sin embargo, guarda silencio sobre el particular, por lo que habrá entonces que aguardar a lo que establezca el reglamento.

Así las cosas, la norma exige que la enajenación se realice mediante subasta pública o sobre cerrado, directamente o a través de terceras personas, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política, que se refieren a los principios que informan la función pública, y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Lo mismo se dispone respecto del dinero producto de la venta, que deberá ser contabilizado en cuentas independientes, que permitan su fácil identificación. En este sentido, el legislador, nuevamente dejó a merced de un reglamento (decreto) el procedimiento para la enajenación temprana de activos, sin precisar el plazo dentro del cual el Ejecutivo deberá expedir la norma y dejando dicho procedimiento al nivel de “reglamento”, que como se sabe, no tiene la jerarquía ni la vocación permanencia de la ley o de un decreto con su fuerza material de ley, el cual deberá prever el levantamiento de las medidas cautelares sobre bienes enajenados y sujetos a registro y la consecuente afectación de los dineros producto de su venta y sus rendimientos, descontando los gastos de administración.

Ahora bien, cuando la enajenación recaiga sobre activos de sociedades o de unidades de explotación económica, el art. 101 del CED exige que los recursos obtenidos por su venta deberán entregarse a dichas sociedades o unidades de explotación económica, para cancelar sus pasivos, gastos y, en general, para su operación, y en el evento de estar la sociedad en liquidación, una vez canceladas las obligaciones y gastos, los remanentes deberán ser entregados a la entidad administradora (SAE) de los bienes

del FRISCO sometiéndose a las reglas de administración existentes.

Es de destacar que los recursos de las sociedades, producto del desarrollo normal de su objeto social, no son de propiedad de quien administre el Fondo, son de la sociedad como tal, mientras no hayan sido objeto de extinción de dominio, y deberán ser utilizados para el giro ordinario de sus negocios, por ello hace bien la norma en determinar, claramente, lo antes indicado.

Sin embargo, el código en comento guarda silencio sobre la destinación especial de bienes y recursos ubicados en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como sí lo hacía el art. 8º de la Ley 785 de 2002.

Contratación

El art. 94 del CED preceptúa que con el fin de garantizar que los bienes sean o continúen siendo productivos y generadores de empleo, y evitar que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público, la entidad encargada de la administración (FRISCO - Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE–) podrá celebrar cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes y recursos.

Respecto a ello, cabe anotar que el régimen jurídico será de derecho privado con sujeción a los principios de la función pública y en todo caso dentro de los procesos de contratación, se exigirán las garantías a que haya lugar de acuerdo con la naturaleza propia de cada contrato y tipo de bien, con lo cual se está afirmando que este tipo de contratación no se regirá por Ley 80 de 1993 y demás leyes que la modifican y/o adicionan, sin que ello lleve a considerar que los principios que la informan y los que rigen la función pública desde la órbita constitucional se dejen de observar.

En este mismo sentido, el art. 3º de la Ley 785 de 2002, se refería a la figura de la contratación, disponiendo que la DNE podía celebrar sobre cualquiera de ellos contratos de arrendamiento, administración o fiducia, con las mismas finalidades del CED y bajo un régimen previsto en el Código Civil y en el Código de Comercio. Agréguese que el código no determina qué tipo de contratos se pueden suscribir, se refiere a cualquier tipo de contrato, dentro del marco de la administración de bienes, como sí lo hacía la Ley 785 de 2002.

Para el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código ha determinado unas reglas especiales en el art. 95, consistentes en la continuidad del contrato hasta el vencimiento del plazo pactado, sin perjuicio de las previsiones legales y contractuales sobre terminación anticipada del contrato de arriendo. En caso de proceder a la devolución física del bien, se efectuará la cesión del contrato de arrendamiento a la persona a quien se ordenó la devolución. Igual sucede cuando se dé la extinción de dominio del bien arrendado.

Una recomendación en tal sentido, sería la inclusión de cláusulas contractuales que prevean como forma de terminación anticipada del contrato, la ocurrencia de cualquiera de los dos eventos previstos en la norma: devolución o extinción de dominio en firme, como formas de terminación anormal del contrato.

Destinación provisional

Este mecanismo de administración de bienes, tratado por el art. 96, indica que los bienes afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio podrán ser destinados provisionalmente de manera preferente a: i) las entidades públicas, o a las ii) personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, con arreglo a la reglamentación que se expida al efecto.

Se trata, entonces, de una facultad para la SAE, con destinación específica, pues si bien goza de discrecionalidad para hacer uso del mecanismo aludido, tiene que preferir en primer lugar a las entidades públicas, y en defecto de estas, a personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro. Los bienes de que se trate deberán estar amparados, previa su entrega, por una garantía real, bancaria o por una póliza de seguro contra todo riesgo expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia. No obstante, el mecanismo está sujeto a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, como se mencionó anteriormente.

No obstante lo anterior, el hecho de estar amparados los bienes, no releva al destinatario provisional de responder directamente por la pérdida, daño, destrucción o deterioro de estos. Igualmente, tendrá la obligación de responder por todos los perjuicios ocasionados a terceros, como consecuencia de su indebida administración, debiendo asumir los gastos, impuestos, sanciones y demás costos que se generen durante el término de la destinación provisional, debiendo constituir las pólizas que se le indique. En el evento en que se declare la extinción de dominio, respecto de automotores, motonaves y aeronaves entregados en destinación provisional a una entidad pública, dichos bienes quedarán asignados definitivamente a la entidad pública que los ha tenido como destinatario provisional.

Para recordar, el art. 4º de la Ley 785 de 2002 se ocupaba del mismo mecanismo de administración, con algunas modificaciones introducidas por el CED. Igual se conserva la facultad discrecional y los destinatarios provisionales cualificados. Se elimina además la autorización de parte del Consejo Nacional de Estupeficientes para entregar bienes en destinación provisional a la Dirección Nacional de Estupeficientes, por sustracción de materia dada su liquidación, pero tampoco lo exige para el nuevo administrador –la SAE– y tampoco se exige que los particulares garanticen un rendimiento comercial en la explotación de los bienes destinados; así mismo, se elimina la preferencia de destinación provisional de vehículos a los entes territoriales. Del mismo modo, se entenderían eliminadas las destinaciones a las que hace referencia el Decreto 4826 de 2010, declarado exequible por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C- 296 de 2011.

De otra parte, resulta menester señalar que aunque el CED no lo advierte, la reglamentación que expida el Gobierno Nacional sobre este aspecto concreto, deberá ocuparse de establecer la consulta de antecedentes judiciales de los miembros de los órganos de dirección y administración y de los fundadores o socios de tales entidades, tratándose de sociedades distintas de las anónimas abiertas.

Destrucción o chatarrización

Como lo advertíamos al comienzo de este escrito, este mecanismo de administración es nuevo en su existencia autónoma, pues ya existía su descripción en la Ley 785 de 2002, como se explicará más adelante. Así las cosas, el actual artículo 97 del CED reza que:

“Los bienes afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio podrán ser destruidos o chatarrizados, previa aprobación del Juez o Fiscal, cuando:

- 1. Sea necesario u obligatorio dada su naturaleza.*
- 2. Representen un peligro para el medio ambiente.*
- 3. Amenacen ruina.*
- 4. Su mantenimiento y custodia ocasionen, de acuerdo con un análisis de costo-beneficio, perjuicios o gastos desproporcionados a su valor o administración”.*

Precisemos que al igual que la enajenación, no procede de manera directa por parte de la SAE, sino que requiere aprobación previa de parte de quien esté conociendo del proceso (fiscal o juez) y solo en los cuatro (4) eventos señalados por el art. 96. Ahora bien, si lo que se va a chatarrizar o a destruir son bienes como automotores, motonaves, aeronaves, tiene como presupuesto para su aprobación, la expedición de acto administrativo por parte del administrador. Agreguemos que dicho acto administrativo deberá ser motivado, pues la decisión de chatarrizar o destruir deberá estar precedida de un concepto técnico, de análisis costo-beneficio. El aludido estudio será el antecedente sobre el cual la autoridad judicial deberá decidir si aprueba o no la decisión administrativa, que en todo caso, deberá dejarse un archivo fotográfico y fílmico del bien a destruir, donde se deje evidencia sobre las razones por las que se ordenó la destrucción o chatarrización.

Aunque la norma no lo advierte claramente, la decisión judicial aprobatoria y el acto administrativo que la procede serán la base legal para que la autoridad de registro proceda a: i) la cancelación de la matrícula respectiva, sin los requisitos del pago de obligaciones tributarias de carácter nacional, ii) la revisión técnico-mecánica, iii) el seguro obligatorio, y sin que el bien llegue por sus propios medios iv) a la desintegradora.

Esta disposición sí se considera un verdadero avance, aunque guardó silencio respecto de los impuestos del orden departamental y municipal, pues además de que la Ley 785 de 2002 no consagraba de manera expresa el mecanismo de la chatarrización, pues lo contemplaba dentro de la enajenación y supeditado a la amenaza de ruina o de perder su valor comercial o la decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes en adición a lo ya establecido, guardaba silencio respecto a los cuatro (4) precisos efectos de la decisión de chatarrización o destrucción, según se trate.

En adelante, si dada la naturaleza de un bien; o porque representan un peligro para el medioambiente; amenacen ruina o su mantenimiento y custodia ocasionen, de acuerdo con un análisis de costo-beneficio, perjuicios o gastos desproporcionados a su valor o administración, bastará con la decisión administrativa aprobada por la autoridad judicial, para proceder de conformidad, sin que aspectos como los impuestos, el seguro o las revisiones técnico-mecánicas sean una limitación. Así, no se verán vehículos inservibles, que nadie asegura, que no pueden circular por su estado, en los parqueaderos, lo cual

reducirá de manera considerable el pago de parqueaderos y demás.

Para la destrucción de sustancias químicas controladas, el CED reserva un trámite especial en el art. 98, advirtiendo que el parágrafo del art. 2º de la Ley 785 de 2002, consagraba expresamente el tratamiento que se le debía dar por parte de la autoridad administradora a las sustancias aludidas. La nueva regla, conservando similar redacción, dice que si no fuere posible su enajenación o su exportación, la entidad administradora coordinará con las autoridades judiciales, de Policía Judicial, administrativas, ambientales y sanitarias lo relativo a su disposición o destrucción, reservando la responsabilidad de las autoridades ambientales respecto del control preventivo y concomitante, con el fin de preservar el medioambiente sano, atendiendo al plan de manejo ambiental.

Depósito provisional

Según el art. 99 del CDE, es una forma de administración de bienes afectados con medidas cautelares o con sentencia de extinción de dominio, ya sean muebles e inmuebles, sociedades, personas jurídicas, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, en virtud del cual se designa una persona natural o jurídica que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que las administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivas y generadoras de empleo.

Para los efectos de la designación del depositario provisional, el administrador –SAE– deberá expedir un acto administrativo –resolución–, motivado, así la norma no lo exija, el cual deberá tener en cuenta como mínimo los procedimientos, los derechos y obligaciones, los topes de honorarios y las garantías para el aseguramiento y conservación de los bienes de que se trate; la obligación de comunicar a las autoridades encargadas de llevar registro de los bienes su decisión sobre el depositario provisional, así como las que la modifiquen, ratifiquen, adicionen o revoquen y la consagración expresa de relevo del depositario o revocatoria directa de la respectiva resolución de designación, cuando la adecuada administración de los bienes lo exija.

Respecto del aseguramiento de bienes, el art. 99 tiene que interpretarse en armonía con el art. 10 de la Ley 785 de 2002, que sería transversal a todos los sistemas de administración de bienes, según su naturaleza, y continúa vigente por orden del art. 218 del Código de Extinción de Dominio, el cual obliga a la Previsora Compañía de Seguros o cualquiera otra compañía de seguros de naturaleza pública, a expedir las pólizas necesarias para amparar los bienes objeto de procesos de extinción de dominio o decomiso, contra cualquier riesgo, valor que será cubierto por el beneficiario, destinatario o tenedor del bien a cualquier título.

Adicionalmente, así el parágrafo del art. 99 lo relacione de manera expresa, el acto administrativo de designación deberá indicar que el depositario tiene que cumplir con las obligaciones señaladas en los artículos 193 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995, como administrador de la sociedad. Esto es, en primer lugar, responder ante la autoridad administradora –SAE– por los efectos jurídicos que pueda llegar a producir la declaratoria de nulidad de una decisión adoptada por una asamblea o junta de socios, los efectos de la sentencia de nulidad y demás efectos administrativos de

la misma, es decir, que los perjuicios que sufra la sociedad deberán ser indemnizados por el depositario provisional, para lo cual la administradora deberá promover la acción indemnizatoria dentro del año siguiente. En segundo lugar, obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, cumplir sus actos en pro de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados, que para el caso incluiría a la SAE, como administradora.

Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades que deben cumplir los depositarios provisionales, de conformidad con los arts. 24 y 25 de la Ley 222 de 1995, propias de los administradores, que deberán incluirse o referenciarse en el reglamento que sobre el particular expida el Presidente de la República. En este sentido, se observa que el código exige que quien se designe como depositario provisional, sea una persona natural o jurídica, reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que las administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivas y generadoras de empleo, exigencia que incluye un alto grado de subjetividad y complejidad para llevarlas a norma positiva, sobre todo cuando los bienes a entregar no cuentan con liquidez.

Sobre devolución de bienes

Continuando con la explicación de los mecanismos de administración de bienes, encontramos en el art. 106 lo relativo a la devolución de los mismos, regla que prescribe que una vez ejecutoriada la decisión del juez que ordena su entrega, el administrador, en este caso la SAE, comunicará al interesado, a la dirección que figure en el expediente del proceso de extinción de dominio (también podrá hacerlo a la dirección que obre en la carpeta de antecedentes del acto administrativo que obre en la SAE), que los bienes se encuentran a su disposición, y le informará del procedimiento para su devolución, evento en el cual el mecanismo de administración provisional que se haya utilizado durante el trámite del proceso de extinción deberá mantenerse, hasta que se produzca la devolución efectiva a su titular.

El mecanismo al cual hace alusión la norma citada no se indica, pero habrá de entenderse que será objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, como muchos de los procedimientos sobre administración. Adicionalmente, la Sociedad de Activos Especiales o quien haga sus veces, deberá publicar en un diario de amplia circulación nacional, el primer sábado de cada mes, un aviso que contenga la relación de las sentencias que ordenan la devolución de bienes a los interesados para informarlos que se encuentran a su disposición dichos bienes; así mismo, dicho listado de sentencias se publicará en la página web de la entidad de que se trate, con la misma finalidad.

Ahora bien, si los bienes objeto de devolución son productivos, al momento de su entrega deberá hacerse junto con sus frutos o productos, previo descuento de los costos y gastos en que haya incurrido el administrador para el mantenimiento del bien, y si se realizaron mejoras necesarias para su mantenimiento, el propietario deberá cancelar el valor –de las mejoras– para que se proceda a su devolución, en acatamiento de los parágrafos uno y dos del artículo 106.

De otra parte, si los bienes objeto de devolución son dineros producto de su enajenación, los mismo serán devueltos a la(s) persona(s) que indique la sentencia, junto con los

rendimientos financieros generados, como lo prescribe el art. 107 del CDE.

En materia de bienes no reclamados, el art. 108 dice que si vencido el término para recibir los bienes objeto de devolución sin que los afectados comparezcan a reclamarlos, el administrador quedará facultado para enajenar los bienes, de acuerdo con el procedimiento y las reglas que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, y que los recursos producto de la enajenación deberán ser administrados de acuerdo con las reglas aplicables para la administración de bienes afectados durante el proceso de extinción de dominio.

Como consecuencia de la anterior disposición, nace una institución procesal que el código denomina prescripción especial, que señala que si pasados tres (3) años para bienes muebles y cinco (5) años para inmuebles, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que ordena la devolución de bienes o recursos, sin que hayan sido reclamados, el administrador deberá instaurar la acción civil para que se reconozca la prescripción adquisitiva de dominio especial a la que se refiere este artículo, o interponer dicha circunstancia como excepción en reclamaciones reivindicatorias de los terceros interesados.

Del pago de obligación a cargo de bienes improductivos

Para terminar, si se trata del pago de obligaciones a cargo de bienes considerados improductivos por no generar ingresos en razón a su situación o estado; con extinción de dominio o con medidas cautelares, como lo indica el art. 110 del CDE, tales como cuotas o expensas comunes o servicios públicos, **se suspenderá su exigibilidad y no se causarán intereses** durante el tiempo de suspensión; así mismo, las obligaciones a cargo de dichos bienes no podrán ser objeto de cobro por vía judicial ni coactiva, ni los bienes correspondientes podrán ser objeto de medidas cautelares. Lo anterior, sin perjuicio de que se deban satisfacer las obligaciones a su cargo cuando: i) los bienes generen ingresos suficientes, hasta la concurrencia de lo producido, y ii) cuando estos sean enajenados y entregados, correspondiéndole a quien los adquiera sufragar el importe de las obligaciones no pagadas durante la suspensión, dentro de los treinta días siguientes al cese de la suspensión.

En relación con el pago de obligaciones, encontramos una referencia directa con el art. 9° de la Ley 785 de 2002, solamente que este era más específico, pues se refería únicamente al régimen tributario, desconociendo que los bienes son sujetos pasivos de muchos otros gravámenes y obligaciones, como los servicios públicos, fiscales, parafiscales y cuotas de administración, entre otras. Sin embargo, los dos artículos se tienen que interpretar armónicamente, ya que el art. 218 del código comentado conserva vigente el art. 9° de la Ley 785 de 2002, con lo cual se salva el escollo derivado de la diferenciación establecida por el art. 110 de la ley, que excluyó los bienes que son productivos del pago de obligaciones, reservándolo únicamente a favor de los bienes improductivos por no generar ingresos en razón a su situación o estado.

Esta consagración, consideramos que se quedó corta, pues la productividad de un bien no solamente deriva de unas condiciones normales para su explotación y de un estado o situación asequible para su utilización según la naturaleza, ya que un bien puede ser improductivo porque al momento de utilizar cualquiera de los sistemas legales de

administración de bienes, como el arrendamiento, verbi gratia, no es llamativo para un posible arrendador, o porque está invadido o porque las exigencias del reglamento son complejas.

Finalmente, reiterar que comoquiera que el legislador en la ley estudiada no estableció cuál sería el medio o instrumento jurídico para materializar los mecanismos de administración de bienes antes descritos, corresponderá definirlo al Gobierno Nacional a través de la reglamentación que para el efecto se expida; consideramos que deberá ser, con excepción de la contratación, el acto administrativo: resolución. Cualquier otro instrumento jurídico no tendría la entidad necesaria para crear, modificar o extinguir obligaciones en derecho entre el Estado y los administradores, y no sería susceptible de registro, para los bienes que lo requieran.

Ahora bien, cuando se trate de administración de bienes a través de contratos, bien celebrados por la entidad administradora o por los depositarios, la fuente legal principal deberá ser el derecho privado (Derecho Civil o Derecho Comercial), por tratarse de bienes que no son de propiedad del Estado, los cuales administra, como se dijo, provisionalmente; otra cosa será la destinación definitiva de estos, cuando ingresen al patrimonio del Estado, según los porcentajes establecidos en el art. 91 del CED.

*** Profesional Especializado - Secretaría General - Ministerio de Justicia y del Derecho.**



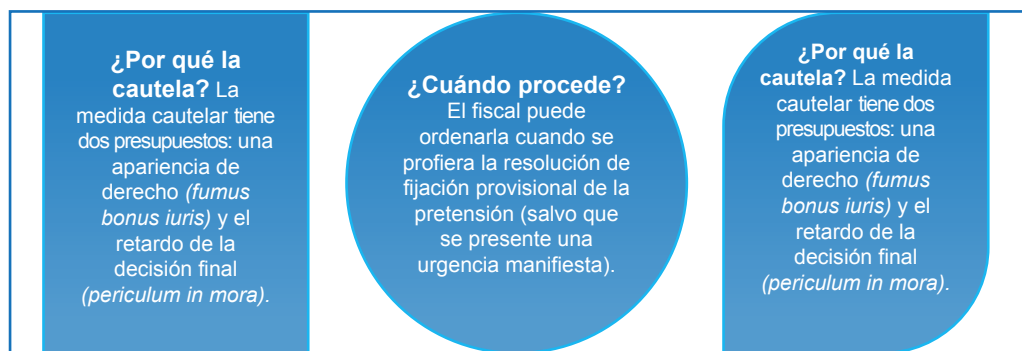
LAS MEDIDAS CAUTELARES SOBRE SOCIEDADES

Por: Francisco Ternera Barrios

Por Francisco Ternera Barrios*

El propósito de una medida cautelar es el siguiente: proteger un derecho consolidado o eventual⁴⁶. Simplemente la cautela pretende proteger un interés legítimo que se enfrenta a las funestas consecuencias del tiempo: deterioros de las cosas, pérdidas de activos, ocultamientos, etc. En el caso concreto, con la medida cautelar impuesta sobre una sociedad (o cualquier otra persona jurídica, como las asociaciones o las fundaciones)⁴⁷ se persigue evitar la pérdida, extravío o destrucción de bienes sociales (acciones, inmuebles, vehículos, marcas, etc.). Precisamente, en las siguientes líneas hablaremos de estas cautelas sociales consagradas en el Código de Extinción del Dominio –Ley 1708 de 2014–, en adelante el CED.

En materia de sociedades, según el CED, la medida cautelar tiene la siguiente dinámica: el fiscal impone la medida de cautela sobre uno o varios derechos patrimoniales sociales (arts. 87 y 89 ídem). En estos términos, su administración se confía a la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE–, cuenta especial Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –Frisco– (arts.88 y 90 ídem). Esta entidad, desde luego, puede encargar estas funciones de administración a un tercero. En adelante, sin importar si se trata directamente de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. - SAE o de un tercero, nos referiremos simplemente al “Administrador”. Se presentará, sin más, como un verdadero representante legal de los accionistas o socios o, incluso, en principio, de la sociedad misma.



De manera general, se establece en el CED que la cautela opera sobre los bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercios o unidades de explotación económica (art. 88 ídem).

* Doctor (PhD) y Máster (DEA) en Derecho Privado. Abogado de la Universidad del Rosario. Director de la Línea de Derecho Civil de la Universidad del Rosario. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Socio M&T Abogados Consultores. Para mí es un verdadero honor participar en este Manual de extinción del dominio, encargado por el Programa Internacional de Asistencia para Entrenamiento en Investigación Criminal (ICITAP, por sus siglas en inglés), del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.. Agradezco muy especialmente al Dr. Wilson Martínez y a ICITAP por su generosa invitación.

⁴⁶En últimas, se persigue proteger una puntual situación jurídica. Téngase claro lo siguiente: los derechos contingentes o meramente aparentes también pueden ser objeto de medida cautelar. Véase a: (Sarmiento, Medidas cautelares, 2005). En últimas, “las medidas cautelares constituyen un anticipo de lo que verosíblemente puede ser la decisión definitiva que se adopte en una sentencia judicial”. Corte Constitucional. Sentencia C-1025 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁷Véase a: (Castro, 2010). En estos términos se consagran dos tipos de cautelas sociales:

- CAUTELA PARCIAL
- CAUTELA TOTAL

En el primer caso, la medida cautelar no puede afectar a las otras participaciones sociales no intervenidas, ni tampoco se puede extender al patrimonio social. En una palabra, *el Administrador* se somete a las reglas, normas, dinámica y, en general, a la estructura social. En el segundo caso, el Administrador “captura” toda la sociedad. En estos términos, la cautela se traduce en un “*control total*”. En este caso, la cautela se extiende a los máximos órganos sociales –asamblea de accionistas o junta de accionistas– y al patrimonio social.

¿Cuándo procedería la una o la otra? La respuesta puntual de la ley en comento es la siguiente: la **extensión** de los títulos de participación afectados con la cautela (partes de interés, cuotas sociales o acciones). En efecto, cuando la medida cautelar afecta **más de la mitad** de los títulos de participación sociales, el Administrador asume el control social y patrimonial. A continuación nos adentraremos en estos dos escenarios.

Administración Social



I. LA CAUTELA PARCIAL

La sociedad puede ser concebida como una forma empresarial con la cual se concentran fuerzas individuales o grupales. Puede surgir de un contrato o, incluso, de un acto unilateral (v. gr., art. 1 de la Ley 1258 de 2008). Estos actos jurídicos pueden exigir escritura pública (art. 110 C. Co.⁴⁸) o un simple instrumento privado (capítulo VIII de la Ley 222 de 1995, art. 22 de la Ley 1014 de 2006⁴⁹ y art. 1 de la Ley 1258 de 2008)⁵⁰.

⁴⁸Según el art. 110 del C. Co., se deberán expresar, entre otros, los siguientes aspectos: nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes; clase o tipo de sociedad que se constituye y nombre de la misma; domicilio de la sociedad y de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución; objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, con una enunciación clara y completa de las actividades principales; capital social y forma de administrar los negocios sociales. Véase a: (Gil, 2008).

Una clasificación muy básica nos invita a aceptar la siguiente dinámica: las sociedades pueden clasificarse como sociedades de personas y de capitales. Respecto de las primeras, la causa económica relevante es la persona del socio: lo que este representa en sí mismo. En las segundas, la nota característica es el aporte del socio: lo que el socio tiene. Por lo demás, en las sociedades de capital el riesgo del socio se limita al monto del capital aportado. En efecto, antes de la aceptación de las noveles sociedades por acciones simplificadas –SAS– (Ley 1258 de 2008), la sociedad anónima se reconocía como la única forma asociativa que permitía limitar, de manera plena, la responsabilidad de los socios.

Características de algunas sociedades en Colombia

La sociedad de responsabilidad limitada está conformada por un número plural que puede ir de 2 a 25 socios, su naturaleza puede ser comercial o civil, su capacidad está limitada a un objeto social, se constituyen con escritura pública inscrita en el registro mercantil, la denominada “responsabilidad limitada” de los socios puede ser permeada en varios eventos. Por lo demás, tienen una duración limitada por el término estatutario establecido y, finalmente, el título de participación se reconoce como cuota social.

La sociedad anónima está conformada por un número plural mínimo de 5 accionistas, su naturaleza puede ser comercial o civil, su capacidad está limitada a un objeto social, se constituyen con escritura pública inscrita en el registro mercantil. La responsabilidad de los accionistas puede ser permeada en varios eventos, tienen una duración limitada por el término estatutario y el título de participación se reconoce como acción.

La Empresa Unipersonal está conformada por un titular, su naturaleza es comercial y su capacidad puede someterse a un objeto social indeterminado⁴⁹. Se constituyen con escrito privado inscrito en el registro mercantil. La responsabilidad de su titular se encuentra muy limitada. De igual manera, pueden someterse a plazos de duración indeterminados y el título de participación se reconoce como cuota.

La Sociedad por Acciones Simplificada –S.A.S.–, por su importancia, merece capítulo aparte⁵². Está conformada por un número cualquiera –singular o plural– de accionistas, su naturaleza es siempre comercial, su capacidad puede someterse a un objeto social indeterminado. Estas sociedades se constituyen con escrito privado inscrito en el registro mercantil. Un punto muy importante es el siguiente: la responsabilidad del accionista o accionistas se encuentra verdaderamente limitada hasta el monto del aporte respecto de, prácticamente, todas las obligaciones sociales⁵³. Así mismo, una “S.A.S.” puede someterse a términos de duración indeterminados y, finalmente, el título de participación se reconoce como acción⁵⁴.

⁴⁹El art. 22 de la Ley 1014 de 2006 permitió la creación de sociedades comerciales, “cualquiera que fuere su especie o tipo”, de la misma forma en que se crea una empresa unipersonal según lo señalado en la Ley 222 de 1995, siempre que contasen: (i) con una planta de personal inferior a 50 trabajadores o (ii) con activos totales inferiores a 500 salarios mínimos.

Valga aclarar lo siguiente: El Decreto 4463 de 2006 pretendió restringir esto a “sociedades unipersonales”. El Consejo de Estado anuló, sin embargo, los apartes que hacían referencia a “sociedad unipersonal”, por considerar que estaban “desbordando en forma palmaria lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006”, en cuyo texto, como ya se dijo, no se estableció esa nueva categoría, ni modificó de manera tácita el artículo 98 del Código de Comercio, según el cual “la pluralidad de socios o asociados es una condición sine qua non para la existencia del contrato de sociedad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de enero de 2011. M.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

⁵⁰Una vez constituida la sociedad, se da nacimiento a un nuevo sujeto de derecho: una persona jurídica.

A continuación hablaremos con más detalle de este tipo de medida cautelar que opera sobre los títulos de participación.

A. ¿QUÉ SIGNIFICA CAUTELA PARCIAL DE LA SOCIEDAD?

La “cautela parcial” se concentra en dos objetivos: permitirle al Administrador controlar los títulos de participación intervenidos y asumir la administración y gestión sociales.

1. CAUTELA DE LOS TÍTULOS DE PARTICIPACIÓN

De acuerdo con la forma societaria, las participaciones pueden denominarse partes de interés, cuotas sociales o acciones. Sobre estas participaciones se reconocen una especie sui generis de propiedad⁵⁵. Precisamente, sobre este derecho especial de dominio se aplicaría la medida cautelar.

¿Cómo se materializa la medida cautelar? En primer lugar, con el asiento registral de la cautela se suspende el poder de disposición sobre sus acciones, cuotas o partes de interés. De igual manera, a propósito del secuestro y toma de posesión de los títulos de participación, se autoriza al Administrador para que aprehenda físicamente documentos como los libros de contabilidad y estados financieros (art. 103 ídem).

Por lo demás, la cautela sobre los títulos de participación ofrece dos características: es rígida y restringida.

Primero, la cautela es rígida. No puede rebosar el objeto de la intervención: los títulos de participación. El Administrador está autorizado, en nombre del accionista o socio, a ejercer los derechos sociales correspondientes a las acciones, cuotas o partes de interés. Como lo ha asegurado la jurisprudencia: “mientras penda la medida cautelar en lo relacionado con los socios titulares del derecho de dominio sobre acciones, cuotas o partes de interés social de que se trate no pueden transitoriamente ejercer su actividad como tales”.

Por cierto, la medida se limita a la participación de un accionista o socio. No puede extenderse a las otras participaciones sociales no intervenidas, ni al patrimonio social.

⁵¹ Con ellas se supera la pretendida “especialidad” de las sociedades (que prohibía los actos ultra vires, por fuera del objeto social).

⁵² Su “ancestro” más directo puede encontrarse en la denominada Société par Actions Simplifiée (SAS), definida en los arts. L227-1 à L227-20 y L244-1 à L244-4 del Código de Comercio francés. Véase a: (Périn, 2008). También a: (Cozian, 2005) y a: (Delga, 1998).

Un “ascendiente” más remoto podría encontrarse en la Ley sobre Limited Liability Corporations de 1977 del Estado de Wyoming –EE. UU.–.

Véase a: (Clark, 1986).

⁵³ Los accionistas responden solidariamente “cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros” (art. 42 de la Ley 1258 de 2008). Hablamos de las hipótesis de “pierce the veil” o “levantar o traspasar el velo social”.

⁵⁴ En la normativa se proponen las siguientes clases de acciones: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual, y (iv) acciones de pago.

Véase a: (Reyes, La sociedad por acciones simplificada, 2009).

⁵⁵ Sobre las participaciones pueden también establecerse derechos reales de usufructo. Por ejemplo, respecto de las acciones de la sociedad anónima se precisa en la normativa que el usufructo confiere todos los derechos inherentes a la calidad de accionista (art. 412 C.Co.). Así mismo, la Ley 1676 establece garantías mobiliarias sobre participaciones sociales.

Como lo tiene expresado la Superintendencia de Sociedades, tales atribuciones de cautela se predicen del Administrador “sólo respecto de la participación que hubiere sido objeto de la medida”⁵⁶.

Segundo, la cautela es restringida: no puede desbordar los límites de las normas sociales. En este orden de ideas, el Administrador debe respetar las normas del derecho privado, incluidas, claro está, las instrucciones estatutarias. Sobre el particular, una nota muy especial ostenta la denominada Sociedad por Acciones Simplificadas: es una enorme apuesta a la autonomía de la voluntad⁵⁷. Así las cosas, el control de la participación también se debe someter a esas reglas sociales⁵⁸.

Por lo demás, se aclara que la cautela tampoco interrumpe ni suspende los procesos de intervención o de disolución y liquidación que, en el caso concreto, pueda estar adelantando la Superintendencia de Sociedades (art. 102 ídem).

2. CAUTELA DE LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN SOCIAL

Desde que se impone y materializa la medida cautelar, el Administrador asume las facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad, de acuerdo con las instrucciones del derecho privado, principalmente aquellas establecidas en el Código de Comercio y demás normas relacionadas.

Por ello se asegura en el CED, que el representante legal asume tal rol “en los términos del Código de Comercio y lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, 1116 de 2006 y demás normas que la modifiquen o replacen” (art. 102 ídem). Por lo demás, también se exige que el nombramiento de este representante legal deba registrarse en el registro mercantil correspondiente.

B. ¿QUÉ PERMITE LA CAUTELA PARCIAL?

Por un lado, la propiedad especial sobre los títulos de participación tiene notas destacadas: el socio o accionista puede ejercer tanto un verdadero *ius fruendi* respecto de las utilidades o frutos civiles, como un auténtico *ius disponendi* sobre su respectiva participación del capital social. Por otro lado, como se ha dicho, el Administrador también asume facultades de gestión y administración sociales⁵⁹.

⁵⁶Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-020501 del 2 de abril de 2012.

⁵⁷“(…) la sociedad por acciones simplificada, es un tipo societario en donde su estructura y organización interna da un margen alto en cuanto a la autonomía de la voluntad privada y por ende, sus accionistas bien pueden establecer dentro de sus estatutos, lineamientos que se salen de los cauces normales que gobiernan los diversos tipos societarios en nuestra legislación colombiana”. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-022088 del 4 de marzo de 2013. En efecto, el accionista o los accionistas “están facultados para delinear la sociedad que más les convenga a sus propósitos dentro de los límites contenidos en la propia ley”. Corte Constitucional. Sentencia No. C-014 del 20 enero 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

Así las cosas, reconocemos que la Ley 1258 de 2008 propone un gran número de reglas supletivas –que pueden ser derogadas por las normas estatutarias sociales– y una pequeña porción de normas imperativas.

⁵⁸Por ejemplo, si en los estatutos sociales se prevén restricciones o prohibiciones de enajenación, restricciones en las deliberaciones o en la percepción de dividendos, la cautela no podría permitirle al Administrador desconocer estas disposiciones.

⁵⁹Por lo demás, el Administrador “debe enterar previamente a la autoridad judicial respectiva sobre la pretensión de realizar actos de disposición, administración o gestión”. Corte Constitucional. Sentencia C-1025 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Desde luego, vale la pena formular desde ya una importante precisión: las actuaciones del Administrador no son ilimitadas. En efecto, el Administrador designado solamente podría disponer del patrimonio social y de los títulos de participación mismos, siempre que se verifique una condición sine qua non: que se le extienda expresa autorización de la autoridad judicial. Esta necesaria permisión ofrecida por la autoridad judicial pretende asegurar el feliz término de las decisiones definitivas que deban tomarse sobre la masa social.

1. CONTROL DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

La cautela de los títulos de participación, como acontece con otras medidas precautorias (v. gr., cualquier embargo o secuestro de inmuebles o muebles), ofrece al Administrador distintas facultades. Para nosotros, tales facultades podrían agruparse de la siguiente manera:

a) Control del goce de la participación

El ius fruendi de la participación social se concreta, principalmente, sobre los dividendos. Una tradicional definición de dividendo se podría resumir así: se reconoce como un beneficio pagable periódicamente sobre cada título de participación (derecho abstracto al dividendo), de acuerdo con lo ordenado por los órganos sociales (derecho concreto al dividendo)⁶⁰. En este orden de ideas, el Administrador también tiene que extender su cautela sobre estos rendimientos⁶¹, siempre dentro de los límites sociales⁶² (art. 100 ídem).

Por lo demás, aclaramos que el derecho al dividendo puede estar sometido a variables sociales. Por ejemplo, respecto de las sociedades por acciones, la normativa permite la emisión de acciones con dividendo preferencial, por oposición, digamos, a las acciones ordinarias (art. 61 de la Ley 222 de 1995).

b) Control sobre la enajenación de la participación

El poder de disposición jurídica puede ser visto como el conjunto de permisiones que se conceden al accionista o socio para que realice determinadas conductas relacionadas con la circulación de su derecho de propiedad sobre las acciones, partes de interés y cuotas.

Durante toda la medida cautelar, el titular social tiene suspendido su poder de disposición de las cuotas o acciones⁶³.

⁶⁰Véase a: (Roblot., 1986, p.140). También a: (Vivante, 1912)

⁶¹Desde luego, al igual que sucedería con los títulos de participación administrados, si la pretensión de extinción no prospera, el socio o accionista percibirá los frutos percibidos, "descontando desde luego lo que hubiere sido invertido en su conservación y los gastos en que para su explotación se hubiere incurrido". Corte Constitucional. Sentencia C-1025 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Esta fórmula está expresamente consagrada en los arts. 964 y ss. C.C.

⁶²El derecho al dividendo puede estar sometido a variables. Por ejemplo, en la normativa se permiten las acciones con dividendo preferencial (art. 61 de la Ley 222 de 1995).

⁶³Como lo tiene asegurado la jurisprudencia, "mientras tanto quienes aparezcan inscritos como socios, miembros de los órganos sociales y demás órganos de administración, representante legal o revisor fiscal, no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con aquellas, a menos que sean autorizados expresamente". Corte Constitucional. Sentencia C-1025 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Empero, podríamos preguntarnos lo siguiente: durante esta cautela, siempre que esté autorizado por la autoridad judicial, ¿el Administrador podría enajenar los títulos de participación?

El CED parece haber tomado partido por esta posibilidad. Dos normas parecen autorizarlo⁶⁴.

Por un lado, de manera general se establece en el art. 104 ídem que “cuando se decreten medidas cautelares sobre acciones, cuotas, partes o derechos sociales en personas jurídicas de derecho privado, el administrador ejercerá los derechos sociales que correspondan o que se deriven de ellas”. Precisamente, una de esas facultades es su enajenación⁶⁵.

Por otro lado, el art. 93 ídem permite la “enajenación temprana” de varios tipos de muebles. Entre este amplio grupo se destacan los denominados bienes fungibles o de género. Por tales reconocemos aquellos bienes que no se encuentran individualizados. Su determinación se realiza in genere. Por ello pueden ser reemplazados, indiferentemente, por otros similares que pertenecen al mismo género.

Estos bienes se toman en el comercio según sus características comunes, como cantidad, medida o peso, entre otras. El mundo moderno nos impone numerosos bienes fungibles, fabricados en serie por la industria, con un carácter eminentemente sustituible, al ser considerados en términos prácticos como idénticos⁶⁶. Precisamente, gran parte de los títulos de participación⁶⁷ podrían reconocerse como muebles “fungibles” (p. ej., gran parte de las acciones).

c) Control sobre los derechos administrativos de la participación

El Administrador, en nombre y representación del socio o accionista, debe ejercer diferentes derechos administrativos: asistir a y deliberar en los máximos órganos sociales (las juntas de socios o asambleas de accionistas), derecho a ser informado, derecho a impugnar los acuerdos sociales, etc. Naturalmente, tales medidas se extienden al Administrador únicamente respecto de la participación intervenida, siempre dentro de los límites de las normas sociales⁶⁸.

⁶⁴Desde luego, a través de las fusiones y escisiones, la cautela puede extenderse a otras formas sociales, en principio, no abrazadas por la medida.

⁶⁵Esta regla general tiene excepciones. En algunos casos sobre el titular se pueden imponer restricciones o prohibiciones de enajenación. Por ejemplo, respecto de las Sociedades por Acciones Simplificadas se establece lo siguiente: “[e]n los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años (art. 13 de la Ley 1258 de 2008)”.

En esta hipótesis, el Administrador no podría realizar enajenación alguna: tendría que someterse a la norma social.

⁶⁶En definitiva, las cosas fungibles se pueden definir de la siguiente manera: “Aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad” (art. 2324 del Código Civil de Argentina). El género fue definido por el biólogo Lamarck así: “Reunión de individuos relacionados a partir de características comunes y esenciales” (Lamarck., 1968).

⁶⁷Desde luego, esta enajenación tendría que someterse a las formas y límites impuestos por el art. 93 ídem.

⁶⁸Por ejemplo, recuérdese que algunas acciones no permiten derecho de voto. En este orden de ideas, el Administrador no podría ostentar esta prerrogativa. Sobre este aspecto véase a: Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-121751 de octubre 5 de 2009.

2. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE GESTIÓN DE LA SOCIEDAD

En el CED se estatuye que la representación de la persona jurídica es ejercida por el Administrador (la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. - SAE o quien esta designe). A su turno, este Administrador inicial puede confiar la representación legal de la sociedad a un tercero. Este sujeto, quienquiera que sea, como representante legal y depositario judicial, debe prohijar el desarrollo de la vocación económica de la sociedad.

Sobre el particular vale la pena tener en cuenta lo siguiente: “como administradores que son los representantes legales, deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, teniendo que cumplir los deberes que la Ley 222 de 1995 señala en el artículo 23. Estos principios imponen a los administradores una conducta transparente y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria, porque la ley exige un grado de gestión profesional, caracterizada por el compromiso en la solución de los problemas actuales y en el aprovechamiento de las oportunidades en curso, por el análisis de la información contable de la compañía y por el diagnóstico del futuro de los negocios sociales”⁶⁹.

Por lo demás, el representante legal de la sociedad intervenida asume todo el régimen de responsabilidad de los administradores consignado en los arts. 200 y ss. C.Co. Por ejemplo, debe responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a la sociedad, a los socios o a terceros.

II. LAS CAUTELAS TOTALES: CONTROL DE LA SOCIEDAD Y DE SU PATRIMONIO

El CED ofrece una instrucción capital en materia social. Establece de manera puntual que “[c]uando la medida cautelar recaiga sobre el 100% de las acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, o sobre un porcentaje de participación accionaria que confiera el control de la sociedad, ella se extenderá a todos los activos que conformen el patrimonio de la sociedad y a los ingresos y utilidades operacionales o ingresos netos de los establecimientos de comercio o unidades productivas que posea” (art. 100 ídem).

En estos términos, se propone, sin más, lo siguiente: en la hipótesis planteada, la cautela permite al Administrador “capturar” el control de la persona jurídica. Así mismo, el Administrador puede “intervenir” el patrimonio social, conformado por activos, utilidades operacionales, etc.

A. ¿QUÉ SIGNIFICA CAUTELA TOTAL?

Con la expresión “cautela total” queremos sugerir dos tipos de controles que ofrecen al Administrador: control social y patrimonial.

1. CONTROL SOCIAL

El Administrador, cuando ostenta la “cautela total”, tiene el control social. En estos términos, puede decidir el trasegar social conforme al respectivo objeto social. En efecto, toda la actividad social, definida a partir de las decisiones de los máximos órganos sociales, puede ser controlada por el Administrador: si un porcentaje mayoritario de la participación social se encuentra bajo cautela, las decisiones sociales serán tomadas derechamente por el Administrador (la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. - SAE o quien esta designe).

Desde luego, este control social será mucho más amplio en aquellas sociedades cuyo objeto sea indeterminado (p. ej., una S.A.S.)⁷⁰. Dicho en plata blanca, el Administrador podrá imponer en las decisiones sociales que se tomen en los máximos órganos, toda suerte de actividades, explotaciones, etc. Por lo demás, la cautela podría extenderse a otras sociedades, distintas en principio de la intervenida. Hablamos de las denominadas “situaciones de control” o, incluso, de los calificados “grupos empresariales”⁷¹.

2. CONTROL DEL PATRIMONIO SOCIAL

Con la expresión patrimonio hacemos referencia a una esfera jurídica de la persona, conformada por la totalidad de las situaciones y relaciones estimables en dinero. Su titular no tiene un derecho real o personal único; la persona tiene tantos derechos cuantas sean las relaciones comprendidas en el patrimonio. En principio, las personas naturales y jurídicas tienen un solo patrimonio, que se reconoce como Prenda general de los acreedores (art. 2488 C.C.).

Sin embargo, en algunas hipótesis se aceptan verdaderos patrimonios separados de aquel reconocido como general del sujeto de derecho. Piénsese, por ejemplo, en los bienes fideicomitidos de propiedad de las entidades fiduciarias (art. 1233 C.Co.) o en los bienes afectados con una garantía mobiliaria en los términos de la novel Ley 1676⁷².

⁷⁰Como se sabe, en el documento de constitución de la “S.A.S.” se deben consignar sus actividades principales “a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita” (art 5 de la Ley 1258 de 2008). Incluso, se establece que “[s]i nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita” (ejusdem).

Estas instrucciones legales tienen importantes “parecidos de familia” con algunas normas foráneas, que proponen superar la restricción de la operación social a objeto cerrado. Por ejemplo, en el Reino Unido, en los estatutos sociales se puede adoptar la siguiente fórmula del objeto social: “to carry on business as a general commercial Company” (∞ 3.A Companies Act de 1985).

⁷¹Las Leyes 222 de 1995 y 1116 de 2006 precisan los conceptos y consecuencias jurídicas de “situación de control” y de “grupo empresarial”. Hablamos, por ejemplo, de casos en los cuales la sociedad intervenida sea una matriz o controlante respecto de otras sociedades subordinadas o controladas (filiales o subsidiarias).

Véase a: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de septiembre de 2009. M.P. Martha Teresa Briceño.

También a: (Reyes, Derecho societario, 2006).

De alguna manera puede identificarse un remoto antecedente normativo de estas “interacciones sociales” en disposiciones foráneas, como el art. 133 del General Corporation Act of New Jersey de 1896. Este texto se puede consultar en: <https://archive.org/details/generalcorporati1910newj>

⁷²[...] la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente”. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Exp. 1909. M.P. Silvio Trejos Bueno.

En este orden de ideas, si la medida cautelar afecta más de la mitad de los títulos de participación de una sociedad, la cautela se extenderá al patrimonio o patrimonios de la respectiva sociedad. Empero, ¿qué compone el patrimonio o los patrimonios de una sociedad?

a) Cautela total sobre propiedades tradicionales: dominio sobre muebles e inmuebles sociales

La expresión derecho real designa, principalmente, un verdadero haz de poderes directos sobre un bien, para procurarse todos o parte de los beneficios, utilidades y servicios, estimables en dinero, que aquel puede proporcionar.

Naturalmente, el más destacado de los derechos reales es el dominio o propiedad. A continuación hablaremos del dominio social sobre inmuebles y muebles.

i) Cautela total sobre las propiedades inmobiliarias sociales

La sociedad puede ser propietaria de inmuebles. Así las cosas, la “cautela total” impondría también la intervención de sus propiedades inmobiliarias.

En primer lugar, hablamos de propiedades sociales sobre lotes, lotes construidos, fincas con desarrollos agropecuarios, etc. Recuérdese que el inmueble se reconoce como una entidad simple o compleja, que puede estar conformada por uno o varios elementos .

Desde luego, la cautela no podría extenderse a bienes cuyo derecho de propiedad no esté en el patrimonio de la sociedad. A manera de ejemplo podrían citarse los siguientes casos de entidades que están por fuera de la “cautela total”:

- muebles de un tercero que hayan sido arrendados a la sociedad.
- muebles de propiedad de un tercero que hayan sido dados en leasing a la sociedad.
- construcciones prefabricadas de un tercero, que no adhieran al suelo social.

⁷³El elemento indispensable se denomina inmueble por naturaleza o suelo (art. 656 C.C.). En caso de construcciones o plantaciones, ese mismo inmueble tendría un accesorio denominado inmueble por adhesión (arts. 656 y 657 C.C.). Incluso, el inmueble podría estar dotado de unidades de producción denominadas inmuebles por destinación (art. 658 C.C.).

Así las cosas, la cautela se aplicaría, según el caso, sobre un inmueble simple o singular (solamente conformado por suelo) o sobre un inmueble complejo (conformado por suelo, edificaciones, plantaciones e instrumentos de explotación). Véase a: (Ternera, 2013).

En segundo lugar, la sociedad puede ser propietaria de locales de centros comerciales, apartamentos de edificios y viviendas de conjuntos residenciales, todos ellos sometidos a propiedad horizontal (Ley 675 de 2001)⁷⁴.

ii) Cautela total sobre las propiedades mobiliarias sociales

Naturalmente, la sociedad también puede ser propietaria de muebles: entidades corporales que pueden transportarse de un lugar a otro, por sus propios medios, como los animales o semovientes, o por una fuerza externa, como en el caso de los bienes inanimados. Se trata de una muy extensa lista de entidades, dentro de las cuales se podrían mencionar los siguientes casos: máquinas de todo tipo, vehículos, títulos valores, barcos, aviones, semovientes, toda suerte de fungibles o “commodities”, etc.

Algunos muebles se someten a registro (p. ej., vehículos, barcos, aviones, títulos valores nominativos). Incluso, para efectos de constitución de una garantía mobiliaria (Ley 1676), también se estatuye un registro especial administrado por Confecámaras. Naturalmente, la “cautela total” deberá inscribirse en todos estos asientos registrales.

b) Cautela total sobre propiedades especiales: dominio sobre incorporeales

Por un lado, la “cautela total” también puede extenderse hasta los establecimientos de comercio de la sociedad⁷⁵. La normativa mercantil reconoce sobre un establecimiento comercio, además del dominio, los derechos reales de usufructo y prenda (arts. 515, 532 y 533 C.Co.). Es decir, la cautela también podría imponerse sobre estos derechos reales, siempre que estén en el patrimonio social.

Por otro lado, la cautela puede extenderse hasta los activos sociales denominados incorporeales industriales, tales como las marcas⁷⁶, nombres comerciales⁷⁷ y patentes⁷⁸. Desde luego, en el caso de las marcas y las patentes, que tienen forzoso registro, la cautela también necesitaría asiento registral. De la misma manera, la sociedad puede

⁷⁴Como se sabe, en este caso la dinámica inmobiliaria es diferente de la planteada: el dueño de la unidad individual construida (local, apartamento o casa) se convierte en codueño o copropietario del suelo. En estos términos, la “cautela total” únicamente afectaría la propiedad individual de la sociedad sobre el local, apartamento o casa y la cuota parte de la propiedad sobre el suelo que corresponda a la sociedad.

⁷⁵Como se sabe, el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa (art. 515 C.Co.). Se trata, entonces, de una universalidad de hecho, conformada por bienes incorporeales y, en determinados casos, también por corporales, todos agrupados con una finalidad: destinarse al desarrollo de actividades comerciales.

En los términos de la jurisprudencia, el establecimiento de comercio se reconoce como el “conjunto heterogéneo y organizado de bienes utilizados por el comerciante para desarrollar una actividad económica enderezada a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios que, dada su destinación, conforman una unidad que permite su negociación ‘en bloque’”. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 141 de 27 de julio de 2001. No publicada oficialmente. Este fallo fue citado por: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

puede ser propietaria de obras de ingenio . Así, por ejemplo, las creaciones de los empleados y contratistas de la sociedad intervenida (p. ej., un software), producidas a propósito de sus respectivos contratos con la sociedad, serían de propiedad social y, por ende, también se someterían a la “cautela total”.

c) Cautela total sobre créditos

En materia de derechos personales, el acreedor es el sujeto activo del vínculo jurídico, es quien puede exigir la prestación. El deudor es el sujeto pasivo del vínculo jurídico, a quien se le limita su libertad: está obligado a realizar la prestación. Naturalmente, la sociedad puede ocupar uno u otro rol respecto de un tercero. En el caso de reconocerse como acreedora, el crédito a favor de la sociedad puede someterse a la “cautela total”. Puede tratarse, por lo demás, de créditos contractuales, extracontractuales, dinerarios, etc.

B. ¿QUÉ PERMITE LA CAUTELA TOTAL?

Esta “cautela total” permite al Administrador (la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. - SAE o quien esta designe) realizar varias operaciones sobre el patrimonio social, siempre en nombre de la sociedad.

1. Enajenación de derechos patrimoniales

Se trata de la enajenación de cualquier derecho real o personal del patrimonio social. Desde luego, estas operaciones se entienden realizadas por la sociedad misma. Por ello, los recursos obtenidos con estas enajenaciones se entienden comprometidos en la operación social.

Piénsese, a manera de ejemplo, en:

La marca se califica como “un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, etc., que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o del servicio”.

CAN. Tribunal de Justicia Andino. Proceso 019-IP-2007. Interpretación prejudicial del 7 de marzo del 2007.

El nombre comercial se reconoce como un signo distintivo de un establecimiento mercantil (art. 515 C.Co.), de una actividad económica o de una empresa (art. 190 de la Decisión 486 de 2000).

Una invención patentable se nos presenta como un conjunto de medios, actos o trámites que conducen a un resultado concreto. Se trata de una creación humana que persigue proponer una regla para el obrar del hombre. La invención impone la creación de un producto o de un procedimiento que resuelve un problema humano. Véase a: (Metke, 2006).

La Ley 23 de 1982 establece una presunción legal de cesión de la propiedad cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios o laboral, elaboren una obra por cuenta y riesgo de una persona natural o jurídica, de acuerdo al plan previamente elaborado por esta última (arts. 20, 81 y 98 de la Ley 23 de 1982 y 28 de la Ley 1450 de 2011). Hablamos de manifestaciones originales, creativas, ingeniosas, que expresan una idea, tales como las creaciones literarias, artísticas, de sistemas, etc. Estos derechos de propiedad podrían estar en el patrimonio de la sociedad, a propósito de cesiones o transferencias del derecho de propiedad, desde el patrimonio de los autores hasta el patrimonio social. Sobre el particular, una nota muy destacada ocupa el trabajo por encargo (work made for hire).

- compraventas y tradiciones que el Administrador realice sobre el dominio de muebles, inmuebles o bienes incorpóreales sociales;
- donaciones y tradiciones que el Administrador realice a entidades públicas sobre el dominio de muebles, inmuebles o bienes incorpóreales sociales, y
- cesiones de contrato o cesiones de créditos sociales que el Administrador puede realizar en nombre de la sociedad.

2. Operaciones de mera tenencia con terceros

El CED menciona expresamente el contrato de arrendamiento del bien corporal social –mueble o inmueble– sometido a medida cautelar. En este caso, se prevé que incluso frente a la sentencia judicial definitiva que ordene la devolución del bien, el término del contrato de arrendamiento debe respetarse. En este caso, se ordena la cesión del contrato de arrendamiento a la persona a quien se ordenó la devolución (art. 95 ídem).

Se instituye, así mismo, una especie de contrato de comodato, denominado Destinación provisional. Este contrato puede establecerse a favor de personas públicas o de personas privadas sin ánimo de lucro (art. 96 ídem). También se consagra el denominado *depósito provisional*.

Esta operación opera tanto sobre los títulos de participación social como sobre cualquier bien que se encuentre en el patrimonio de la sociedad (p. ej., muebles, inmuebles, establecimientos de comercio, marcas, patentes, obras de ingenio, etc.). Con esta medida, el Administrador confía la administración a un profesional –persona natural o jurídica– que asegure el rendimiento del patrimonio social⁸⁰.

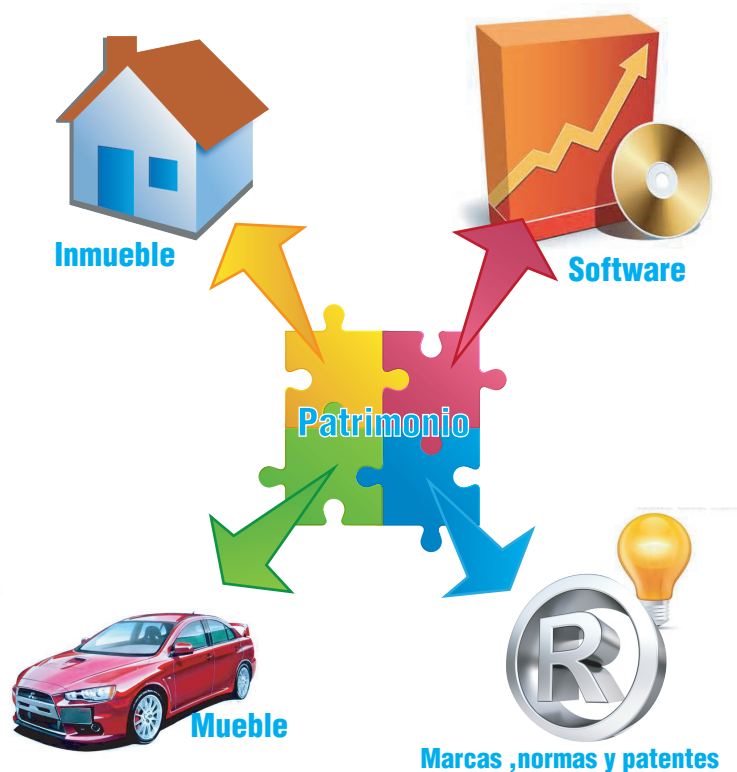
Por lo demás, estas disposiciones deben extenderse a otro tipo de contratos típicos o atípicos, que implican entregas no traslaticias de un bien social a un tercero, como el licenciamiento de software, el renting, etc. En efecto, el art. 94 ídem autoriza al Administrador a realizar “cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes y recursos”.

3. Disposición de la sustancia de los bienes sociales

Incluso durante la cautela, previa aprobación del juez o fiscal, el Administrador puede alterar y consumir la sustancia del bien social, a través de la denominada chatarrización o destrucción del mismo. Desde luego, una medida tan radical tendría que estar autorizada por especiales consideraciones económicas y ambientales.

En la primera parte de este trabajo nos ocupamos de la cautela estrictamente social: la medida cautelar solamente afecta los títulos de participación sociales y la gestión y

Se concibe como un contrato bilateral y oneroso, que genera obligaciones tanto para el administrador primigenio –el Frisco– como sobre el administrador derivado –el depositario provisional– (art. 99 ídem). Dentro de tales obligaciones pueden mencionarse las siguientes: pago de honorarios a favor del depositario provisional y aquellas contenidas en los artículos 193 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995



administración de la sociedad. Para más claridad cabría preguntarse lo siguiente: ¿la medida cautelar se extendería al patrimonio de la sociedad? De ninguna manera. La medida cautelar se concentra, se reitera, en los títulos de participación sociales.

No obstante, en el art. 100 de la Ley 1507 se prevé una disposición muy controversial: cuando la medida cautelar afecta más de la mitad de los títulos de participación sociales, de tal forma que se confiera el control social, la cautela se extiende a todo el patrimonio social (p. ej., activos, ingresos operacionales o netos, etc.). En este caso damos cuenta de una medida “cautelar total”. Además, con sus mayorías aseguradas en los órganos máximos sociales, también se asume un pleno control social.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).*
Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).
Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de agosto de 2003).
Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).
Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).
Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).
Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).
Diario Oficial núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial.

- Sentencia C-111 (Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).
- Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).
- Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.
- Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).
- Diccionario de la enciclopedia Larousse (1995).
- Tamayo, M. (2004). *El proceso de la investigación científica* (4a. ed.). Ciudad de México, México: Limusa.
- Estebanez, E. G. (2006). *New Atlantis*. Madrid, España: Akal, S.A.
- Bacon, F. (1620). *Novum organum scientiarum*.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliastar, R.L.
- Ley 1708 (enero de 2014). Bogotá, Colombia.
- CCP (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.
- CPP. Ley 906 (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. Trigésima cuarta edición. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ley 1708 (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.
- Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 250, numeral 8. Colombia.
- Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
- Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia, 2008).
- Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).
- Claría Olmedo, J. A. (1962). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- González Navarro, A. L. (2009). *Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional, 2009).
- Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional, 2011).
- Manual de procedimientos de Fiscalía (2009). *Manual de procedimientos de Fiscalía*. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.
- Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
- Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia, 2012).
- Decreto 016 (10 de enero de 2014).
- Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional, 2003).
- Corte Constitucional (2007). Sentencia 336.
- F.G.N. (2006). Resolución.
- 1737, D. (2010).
- Fiscal General de la Nación (2013). *Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio*.
- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*. Lima: Juristas Editores.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2003).
- Greenberg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena*. Washington D.C.: Banco Mundial.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*.
- Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, 2011).
- Pabón Parra, P. A. (2013). *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Avella Franco, P. O. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio*. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, D. C.: Ediciones El Profesional.
- Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2005).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá, D. C.: Editorial Scripto Ltda.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito*. Tegucigalpa: Poder judicial de Honduras.
- Roldán Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México, D. F.: Editorial Porrúa.
- Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio, 31 de marzo de 2009).
- Sentencia C 374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).
- Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia*

permanente y en la transicional. Bogotá: Agencia GIZ.

Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia*.

Sentencia C 591 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2005).

Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal* (sexta ed., Vol. Tomo I). Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN, EE. UU.: Palibrio.

Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.

Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.

Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas, 2002).

Ministerio de Justicia (1996). *Proyecto de Ley 016*.

Fiscalía General de la Nación (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*.

Sentencia T 429 (Corte Constitucional, 2011).

Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).

Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).

Arboleda Ripoll, F. (sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C 740 (Corte Constitucional, 2003).

Sentencia C 871 (Corte Constitucional, 2003).

Radicado No. 22451 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 18 de noviembre de 2004).

Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de octubre de 2004).

Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de mayo de 2009).

Corte Constitucional (2011). *Sentencia T 429*.

Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercería*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rad.110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio, 9 de marzo de 2011).

Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.

Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.

Roblot, G. R. (1986, p. 140). *Traité élémentaire de droit commercial*. París: LGDJ.

Vivante, C. (1912). *Le società commerciali*. Milán, p. 440: Casa Editrice Dott.

Périn, P. (2008). *La société par actions simplifiée*. París: Joly.

Cozian, M. (2005). *Droit de sociétés*. París: Lexis-nexis.

Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Boston: Brown & Company.

Delga, J. (1998). *Le droit de société*. París: Dalloz.

Ternera, F. (2013). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Reyes, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.

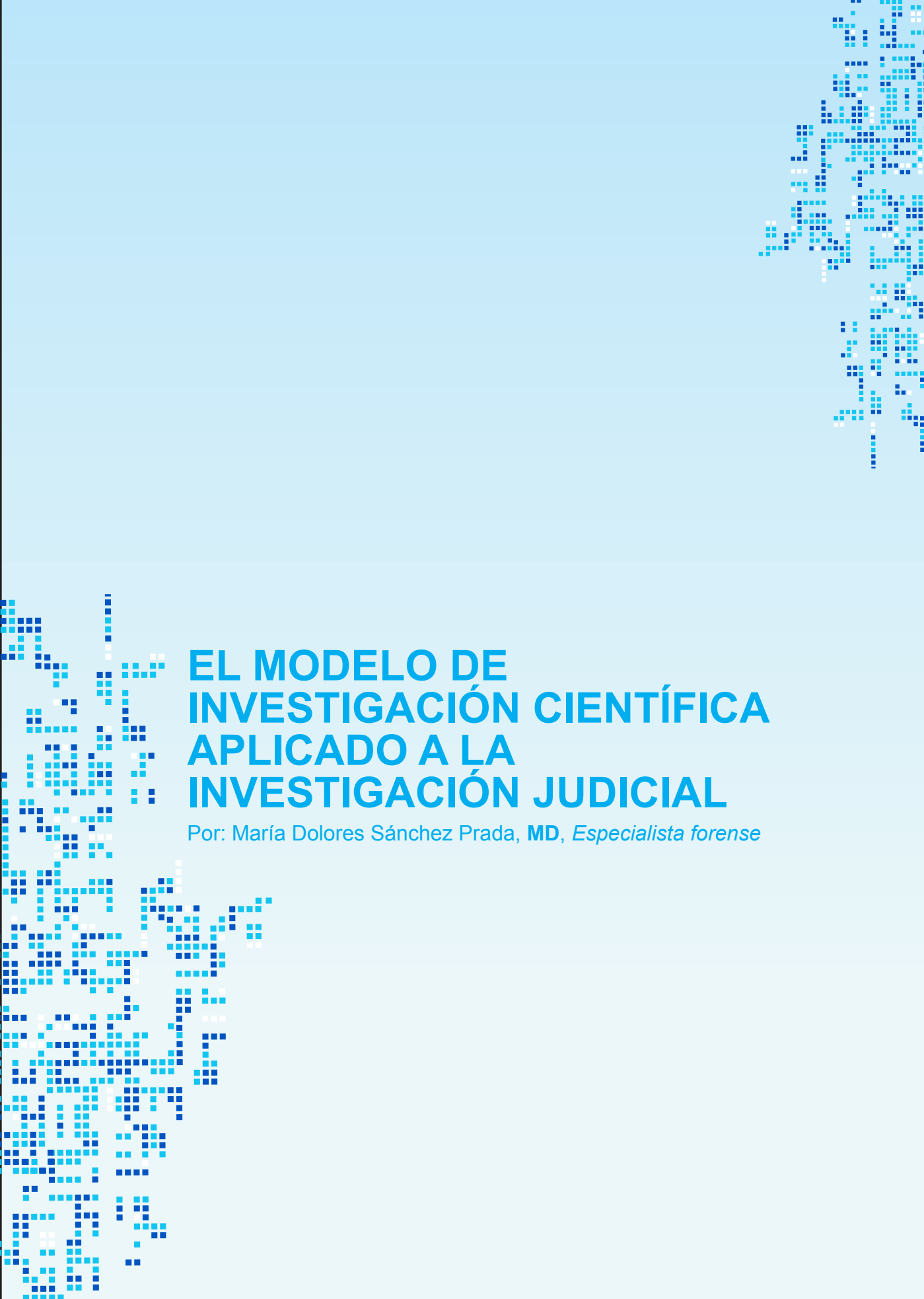
Reyes, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.

Metke, R. (2006). *Lecciones de propiedad industrial III*. Bogotá: Baker & McKenzie.

Lamarck, J. (1968). *Philosophie zoologique*. París: Bibliothèque 1018, Paris, 1968.

Castro, M. (2010). *Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Gil, J. (2008). *Estudio de derecho societario moderno y comparado*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.



EL MODELO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA APLICADO A LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL

Por: María Dolores Sánchez Prada, **MD**, *Especialista forense*

Por María Dolores Sánchez Prada, MD, especialista forense⁸¹

Esclarecer los hechos criminales y conocer la “verdad” de los sucesos delictivos continúa siendo el reto y meta principal de la investigación judicial. A lo largo de la historia, las pesquisas de cada época han reportado la relativa consecución de estos resultados aplicando métodos propios de cada periodo histórico. Así, desde los arcaicos Juicios de Dios en la Edad Media, pasando por la tortura como método aceptado en el proceso judicial del siglo XII, y transitando en la era moderna a través del testimonio o de las teorías de motivo y oportunidad, hasta hoy en pleno siglo XXI, el debate de cómo se debe desarrollar y que método utilizar para investigar un delito continúa vigente y en constante evolución.

Esta revisión conceptual se hace válida hoy en día, pues los resultados de la justicia que se obtienen a diario en Colombia siguen siendo insatisfactorios. La reciente encuesta realizada por la Cámara de Comercio de Bogotá⁸² encontró que la percepción que los ciudadanos tenemos respecto a la inseguridad y a la insatisfacción con los resultados de la justicia está aumentando. Las cifras de impunidad reportadas por investigadores reconocidos (Laserna y Moreno, 2009) continúan señalando la necesidad de replantear no solo las acciones y formas de hacer las cosas, sino que indican que debemos revisar cómo vemos y entendemos la investigación judicial. Quizás es necesario reflexionar no solo sobre la forma como concebimos el significado de la tarea —investigar—, sino además el cómo se hace, es decir, el método de investigación en sí.

Lo que se aprende de la experiencia, de compañeros de trabajo o en cursos informales, por lo general nos vende una imagen de la investigación como una serie de “diligencias” que se realizan para descubrir algo, y que la efectividad del investigador reside principalmente en su inteligencia, experiencia, “olfato” y/o “malicia indígena”, más que en el rigor de una formación profesional. Es por esto que muchas veces se cree que los métodos de investigación son actuaciones que simplemente se deben cumplir con recomendaciones y guías de policía judicial y con exigencias legales. Sin embargo, lo anterior es sin duda insuficiente. Es por ello que se hace primordial tratar el tema una vez más. Es necesario revisarlo desde el concepto, el orden, la lógica y la validez del conocimiento.

Teniendo en cuenta los anteriores puntos, se ha elegido como eje conductor para el desarrollo del presente documento el estudio de algunos de los principios y fundamentos aplicados a la “investigación científica”, teniendo como guía el texto titulado El proceso de investigación, del reconocido profesor Carlos Sabino (Sabino, 1992). Recomendando al lector interesado que se acerque al texto mencionado para que profundice la información, ya que en este capítulo solo se expondrá de manera abreviada

⁸¹La Dra. María Dolores Sánchez es una científica forense colombiana, con más de treinta años de experiencia en el tema. Fue subdirectora del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia y actualmente es consultora sénior del programa ICITAP en el mismo país. Es autora de varios textos forenses y de múltiples artículos de esta especialidad. Puede ser contactada en la siguiente dirección: mdsanchez77@hotmail.com.

⁸²Encuesta de Percepción y Victimización. Cámara de Comercio de Bogotá, sept. 2013. Web. 20 mar. 2014. http://camara.ccb.org.co/documentos/12890_encuestapercepcion1ersemestre2013.pdf.

Reflexiones para el investigador judicial

El punto de partida de esta presentación se asienta en dos conceptos. El primero es el significado que se atribuye en este escrito a la palabra “investigación”, y el segundo, el que se le da a la palabra “conocimiento”. Con base en esas dos comprensiones se invitará al lector a reflexionar sobre el modo, manera o método de cómo se adelanta la investigación judicial en Colombia, para terminar con la propuesta de buenas prácticas en la investigación.

¿Se ha preguntado el lector cuál es el significado que hasta hoy se le ha atribuido a la palabra “investigación”? Si su respuesta se inclinó hacia definirla como un conjunto de indagaciones y actividades orientadas a esclarecer un caso, es entonces buen momento para continuar esta lectura. Investigar significa “buscar conocimiento”⁸³ y es bajo este concepto que se desarrollará el presente escrito.

Generalmente el investigador está consciente de que él es un buscador. Sin embargo, lo que se mantiene dentro de una nebulosa es entender qué es lo que busca. Muchos responden a este interrogante en términos abstractos y con “frases de cajón”, convencidos de que buscan “la verdad”, sin comprender con claridad qué significa esa expresión y sin detenerse a reflexionar acerca de qué es lo que realmente persigue un investigador.

Si el investigador tiene claro que la razón de su búsqueda es obtener conocimiento acerca de un hecho de interés para la justicia, deberá aclarar ahora la pregunta sobre qué debe entender por la palabra “conocimiento”. Así que, con este propósito en mente, se solicita el permiso del lector pragmático, para tratar ese significado de manera suficiente para una primera comprensión, y para que sirva de base lógica para el desarrollo del tema, sin profundizar epistemológicamente sobre teorías filosóficas del concepto, puesto que ello es inalcanzable en el presente escrito.

Así las cosas, se propone al lector entender el término “conocimiento” como: “Un conjunto de información almacenada mediante la experiencia o el aprendizaje (a posteriori), o a través de la introspección (a priori)”⁸⁴.

Esta simple comprensión cambia de inmediato la manera como se ve el panorama general de la investigación. Obtener conocimiento es tarea más compleja y completa que hacer diligencias, notificaciones, o ejecutar órdenes de trabajo para adjuntar constancias al proceso.

Para esclarecer un poco más el concepto, quizás resulte valioso a la discusión aclarar, grosso modo, que existen dos clases de conocimiento: (i) El “conocimiento vulgar o empírico” y (ii) el “conocimiento crítico o científico”⁸⁵.

⁸³Real Academia Española (2001). *Investigación. En Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Recuperado el día 20 de marzo de 2014 de: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=7ok28mpSCDXX2SNekCzs>.

⁸⁴Definicion.de, *Definición de conocimiento: Qué es, Significado y Concepto*. Recuperado el día 20 de marzo de 2014 de: <http://definicion.de/conocimiento/>

⁸⁵Enciclopedia Gran Oméba. Tomo II. Editorial Bibliográfica Oméba. Págs. 412-417. Recuperado el día 20 de marzo de: <http://www.ingenieria.unam.mx/~guiaindustrial/solucion/info/3/2.htm>.

El primero corresponde al que se obtiene a través de la experiencia usando la senso-percepción. Esto es, la realización de hechos o actos de búsqueda cuyos resultados no requieren de una comprobación metodológica. Este tipo de conocimiento es llamado también conocimiento ingenuo, definido como: “Aquel que el hombre aprende del medio donde se desenvuelve, se transmite de generación en generación”. En otras palabras, el conocimiento vulgar es el entendimiento cotidiano que hacemos de la realidad que nos rodea.

Por otro lado, lo que se entiende como “conocimiento crítico o científico” es aquel que, si bien se obtiene de la experiencia y a través de nuestros sentidos, usa métodos con pretensión de validez, relaciona de manera sistemática todo lo conocido acerca del tema de búsqueda, aplica la reflexión, el razonamiento lógico y sobre el cual se prevén métodos de indagación de la realidad que pueden ser verificados por terceros. Resumiendo, el conocimiento crítico o científico es un “saber fundamentado, razonable, verificable, objetivo, ordenado y comunicable”.

Bajo esta perspectiva, se puede afirmar que si el conocimiento que obtiene un investigador judicial está basado solamente en su experiencia, en la percepción de sus sentidos y en su intuición, es decir, basado en su conocimiento vulgar, quizás no ofrezca la suficiente seguridad para fundamentar en él decisiones judiciales, pues el legislador colombiano exige que ese conocimiento sea verificable, objetivo y razonable. Es decir, la legislación colombiana exige que el conocimiento que el acusador lleva al juicio sea conocimiento crítico, con las calidades suficientes que permitan ejercer la contradicción.

Así pues, resulta útil revisar el procedimiento que la ciencia utiliza para obtener conocimiento válido, el cual no es otro que aquel conocido como “método científico”. Resulta razonable y oportuno para los intervinientes del proceso penal, revisar con cuidado este modelo, dado que contiene un inmenso potencial de aprendizajes útiles, los cuales además son fáciles de transferir a la cotidianidad de una investigación criminal, produciendo sin duda mejoras contundentes en los resultados obtenidos.

Quizás con lo dicho hasta el momento, se confirma que vale la pena ahondar un poco más en los desarrollos que la ciencia ha logrado acerca de los modelos de investigación científica. Esto últimos se han centrado en procurar ser implementados en el día a día de la investigación judicial, lo cual debería ser exigible para garantizar mayor confianza sobre la sapiencia en la que se basan los fallos judiciales actualmente.

El propósito de este escrito es pues, llamar la atención de investigadores, fiscales, defensores y jueces hacia las buenas prácticas aplicadas al proceso de investigación científica y así poder mostrar el amplio campo de aplicación y conducencia que estas tienen dentro del proceso penal colombiano, así como el impacto positivo que generan al momento de ser aplicadas en el día a día de la investigación judicial.

Investigación científica e investigación judicial

Para empezar debemos aclarar que se partirá del presupuesto de que no existen grandes diferencias entre estos dos tipos de investigación, pues como ya se aclaró, ambas indagaciones buscan encontrar conocimiento crítico. Tal como se argumentará

a lo largo de este escrito, se verá que muchos de los métodos, procedimientos, técnicas y herramientas que se usan en la ciencia, son aplicables y de necesario uso en la investigación de los delitos, y que conocerlas y entenderlas correctamente resulta indispensable para investigar y juzgar los hechos criminales. Es válido reiterar que el conocimiento crítico en cada área del saber se diferencia más que todo por las técnicas y herramientas que se utilizan, mas no por el rigor de verificación de los resultados. Por ejemplo, los investigadores sociales y los matemáticos usan herramientas distintas para llevar a cabo la investigación, pero en ambas áreas del conocimiento se requiere un nivel de comprobación suficiente para tomar decisiones transformadoras del entorno.

Tanto en la investigación científica como en la investigación criminal existen tres componentes indispensables para la obtención de conocimiento:

El investigador

Características que debe poseer el conocimiento obtenido para que sea aceptable
Modo como el investigador llega al conocimiento

Los anteriores componentes son los factores que se analizarán de manera sucinta en este capítulo, y los cuales se expondrán con el fin de sembrar inquietudes en los investigadores, fiscales, defensores y jueces para propiciar una cultura judicial que exija un mayor rigor en los estándares mínimos exigibles para contar con personas, métodos y procedimientos que garanticen que el conocimiento obtenido al final del proceso sea el más cercano a la realidad de un hecho.

El sujeto investigador

No tiene sentido hablar de una búsqueda de conocimiento sin antes reflexionar sobre la persona o personas que lo hacen. Estas en últimas se configuran como los actores fundamentales dentro del proceso y de ellas depende el resultado final de la búsqueda.

Dice el profesor Sabino: “Como toda actividad humana, la labor de los científicos e investigadores está naturalmente enmarcada por las necesidades y las ideas de su tiempo y de su sociedad. Los valores, las perspectivas culturales y el peso de la tradición juegan un papel sobre toda actividad que se emprenda”. Esto es lo que se conoce como “sesgo humano” o como prejuicio o predisposición cognitiva (Kahneman, 1972). Este natural sesgo se convierte en la lupa a través de la cual el investigador observa e interpreta cada hallazgo, y a través de la cual pueden distorsionarse tanto la percepción como la comprensión del fenómeno, e incluso llegar a conducir a una interpretación imprecisa o alejada de la realidad. En la investigación científica el ente evaluador —el juez— debe estar consciente que sus propias creencias, formación cultural y manera de ver la vida al momento de evaluar los hechos, y ser consciente de que estos pueden llegar a influir contundentemente en su tarea de verificar y validar el conocimiento que entregan las partes.

El método científico enseña y exige el uso de herramientas que pretenden proteger al investigador-observador y al juez-verificador de esta tendencia natural. Estas herramientas se denominan “características del pensamiento crítico”, y deben ser

incorporadas a la manera de pensar y de actuar de quien pretende buscar y entregar conocimiento crítico.

A lo largo del presente documento, solo serán objeto de revisión dos de los atributos principales que conforman el método científico: (i) la conceptualización y (ii) la objetividad. Hago la recomendación al lector de que profundice estos conceptos y los incorpore a su mente de tal forma que se conviertan en características naturales de la manera como el investigador y el fiscal se acerquen y aborden la investigación criminal y, de igual forma, de la manera como el juez valide y acepte como ciertas las afirmaciones que se le presenten.

La conceptualización

Una característica del conocimiento vulgar es que progresivamente se aparta del conocimiento crítico y desarrolla un lenguaje propio. El uso de lenguaje estandarizado es vital para asegurar que la interpretación de un mensaje sea la misma, sin importar quien lo manda y lo recibe. La “conceptualización” es la herramienta del método científico que estandariza palabras que, aunque puedan ser de uso cotidiano, tienen un significado claro y compartido por todos al momento de aplicarse al asunto científico.

La conceptualización consiste en “definir con la mayor precisión posible cada uno de los conceptos que se utilizan, desterrando ambigüedades del lenguaje corriente” (Sabino, 1992, p. 9). En otras palabras, la conceptualización consiste en darle un significado común a las expresiones relevantes de las afirmaciones que se hacen. Por consiguiente, quien se acerque a dicha afirmación, debe poder entender lo mismo que quien la pronuncia o escribe. Lo anterior se hace con el fin de evitar dar el mismo nombre a elementos que, aunque parezcan semejantes, son diferentes en su naturaleza.

La conceptualización es, entonces, el primer paso que lleva al orden en la búsqueda de conocimiento y quizás uno de los más complejos de llevar a cabo. Un ejemplo de lo anterior se podría plantear para cualquier profesión estructurada, en el cual los estudiantes deben cumplir con el requisito mínimo de saber lo que significa para su área cada una de las palabras relevantes, y así se asumen glosarios aprobados por las distintas disciplinas. Estos conceptos contenidos en los glosarios, aunque están sometidos a continua revisión, deben ser admitidos por los neófitos en la materia y de esta manera se inicia el estudio de ese conjunto de conocimientos organizado, sistemático, racional y verificable, denominado ciencia. El uso de este lenguaje lleva a un mismo entendimiento de un concepto para cada uno de los lectores que se acercan a esa ciencia determinada.

Cuando las expresiones no están significadas, como por ejemplo en el caso de los neologismos⁸⁹, y no existe una preocupación por conceptualizarlas, aparece una variedad de interpretaciones que solo invitan al desorden y a la creatividad personal, contribuyendo a la mala práctica, que en últimas vuelve compleja y confusa la búsqueda del conocimiento. Así las cosas, una primera recomendación que se hace desde la ciencia es aceptar la necesidad de conceptualizar con el mayor rigor posible los

⁸⁹Neologismo: vocablo, acepción o giro nuevo en una lengua. Fuente: Real Academia Española (2001). En *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Recuperado el día 20 de marzo de 2014 de: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=neologismo>.

elementos relevantes que componen el razonamiento de la cuestión, pues esta es una vía que impide que cada actor le asigne significados diferentes o personales a descripciones o relatos iguales.

En disciplinas tan jóvenes como la investigación judicial es frecuente el uso de expresiones cuyo significado no ha sido sometido a debate, sino que son el producto de la creatividad bien intencionada de alguien distinguido en el tema, quien le otorga un significado personal a un concepto general y por lo tanto sienta cátedra al respecto, con lo cual se aumenta la confusión sobre la materia. En el área de la investigación judicial existe una extensa lista con ejemplos de palabras que pueden significar cosas distintas dependiendo de la identidad del lector. Por ejemplo: ¿entrevista judicial?, ¿entrevista forense?, ¿elemento material probatorio?, ¿perfiles criminales?, ¿análisis criminal?, ¿inteligencia criminal?, y así se extiende una larga lista de términos cuyo significado puede variar ampliamente dependiendo de su uso y su contexto. Por lo anterior, y dado que esta es una situación real en el desarrollo de cualquier ciencia, se hace necesario el rigor de la conceptualización argumentada y debatida. Esta búsqueda de conceptos establecidos es la razón por la que se solicita al lector aceptar el significado atribuido en este escrito a las expresiones relevantes, ello con el fin de entender de manera homogénea la totalidad de este capítulo.

La objetividad

La objetividad significa “intentar obtener un conocimiento que concuerde con la realidad del objeto, que lo describa o explique tal cual es y no como nosotros desearíamos que fuese” (Sabino, 1992, p. 15). Dicho de otra manera, la objetividad se entiende como la capacidad del observador para diferenciar cuando una característica pertenece al objeto o cuando es un atributo que el observador asigna a lo observado.

Para comprender mejor el concepto se cita nuevamente al profesor Sabino, quien por medio de un ejemplo ilustrativo y pedagógico señala: “Si una persona sostiene: ‘hoy hace más calor que ayer’, y otra lo niega, no podemos decir, en principio, que ninguna de las dos afirmaciones sea falsa o verdadera. Probablemente ambas tengan razón en cuanto a que sienten más o menos calor que el día anterior, pero eso no significa que en realidad, objetivamente, la temperatura haya aumentado o decrecido. Se trata de afirmaciones no científicas, no verificables, y que por eso deben considerarse como subjetivas. Decir, en cambio, ahora la temperatura es de 24°C, es una afirmación de carácter científico, que puede ser verificada, y que en caso de que esto ocurra podemos considerar como objetiva”.

El ejemplo anterior señala que la objetividad es el enlace de la observación con la realidad del objeto y no con la del sujeto. Es decir, el observador siempre tiene una carga de prejuicios, intereses y hábitos mentales que sesgan su apreciación y pueden desviar el sentido de aquello que fue observado en primera instancia, y tiende a calificar su realidad como si fuera la del objeto, induciendo de esta manera al error. Todo este fenómeno ocurre en la mente no consciente de la persona y sucede de manera imperceptible, por lo cual es tarea del investigador vigilar que sus percepciones e interpretaciones estén siempre lo más cerca posible de la realidad del objeto o del hecho que se quiere conocer y no de la presunta realidad propia.

Una herramienta propuesta por la ciencia, con el fin de contrarrestar el error nacido en la percepción sesgada del investigador, es “la verificación”, concepto tan primordial para el adecuado entendimiento del problema que lo trataremos en detalle a continuación.

Características que debe poseer el conocimiento adquirido para que sea aceptable: el conocimiento debe ser verificable

Anteriormente se explicó que la investigación no es más que una búsqueda de conocimiento acerca de asuntos que versan sobre la realidad y cuyo entendimiento es fundamental. También se explicó que la manera como el sujeto obtiene el conocimiento depende de sus propias percepciones, emociones y sesgos naturales, por medio de los cuales se perciben hechos, fenómenos, explicaciones y descripciones. La presencia de estos en ocasiones puede llegar quizás a privar de veracidad lo observado. Sin embargo, el investigador científico –al igual que el judicial– no puede ni debe dar por ciertas estas proposiciones hasta tanto estas no sean verificadas en la práctica. Esto lleva a que hasta tanto no se haya comprobado que las características observadas pertenecen efectivamente a la cosa sujeta a análisis y no obedecen al gusto o la creencia del sujeto que observa, solo hasta este momento se puede considerar que el conocimiento vulgar se ha transformado en conocimiento crítico.

Afirma el profesor Sabino que: “Una proposición es verificable cuando es posible encontrar un conjunto de hechos, previamente delimitados, que sean capaces de determinar si es o no verdadera. Así, si sostenemos que el peso específico del mercurio es 13,6 veces mayor que el del agua, estamos en presencia de una proposición verificable, por cuanto es perfectamente factible, por medio de una sencilla operación, determinar que la afirmación se cumple. En cambio al decir “Dios creó al mundo” no estamos frente a una afirmación científica, por cuanto no es posible refutar o corroborar lo dicho mediante datos de la experiencia”.

En este sentido se constata que la verificación es un proceso que se lleva a cabo, en primer término, corroborando la percepción frente a la realidad del mismo observador, para luego dar paso a la corroboración ante la realidad de otro observador. Aplicada a la investigación judicial, la verificación es la buena práctica del investigador de preocuparse por repasar, confirmar o corroborar sus observaciones paso a paso antes de presentarlas al fiscal, quien desde luego debe repetir el ejercicio de comprobación de manera completa y oportuna, pues esta será la labor de la defensa al confrontar cada una de las afirmaciones frente al juez, quien es el verificador supremo.

Esta recomendación debe convertirse en hábito del buen investigador, quien conociendo la alta posibilidad de error que lo acompaña, debe tomar medidas de “autocuidado” y no revestir con atributos de veracidad aquella observación que se basó en su propio criterio o en su percepción particular.

Dada la necesidad de verificar las percepciones e interpretaciones humanas, la ciencia ha desarrollado dos herramientas principales, sin cuyo uso la afirmación científica no sería aceptable; ellas son: (i) la medición, y (ii) la evidencia física.

Algunas categorías de la ciencia exigen y persiguen las mediciones como medio predilecto de verificar. Sin embargo, en otras ciencias, como las ciencias humanas, donde las mediciones son asuntos mucho más complejos de establecer, se requiere de verificaciones a través de evidencia física. En la medicina y en la investigación judicial se suelen combinar ambas herramientas. Un ejemplo claro sobre el particular es el caso de los médicos. Estos objetivan la percepción de la taquicardia del paciente a través de una medición de su frecuencia cardíaca o también pueden obtener evidencia física de un tumor a través de su visualización y documentación a través de una tomografía. Igualmente el investigador judicial puede objetivar el tamaño de un cargamento de marihuana al pesarlo, pues cualquier otra persona con un entrenamiento similar podría repetir la medición y verificar la información. Del mismo modo, es posible objetivar el “desorden” de una escena de homicidio, documentándola fotográficamente, es decir, por medio del uso de la evidencia física documentada, pues es esta la manera correcta de comunicar a un tercero su interpretación de “escena desordenada”. Este procedimiento no solo garantiza el común entendimiento de la expresión, sino que permite la verificación de esa observación. La fotografía es un elemento material que refleja una realidad que se quiere señalar.

Se ha encontrado de este modo el significado natural de la expresión evidencia física, que no es otra cosa que el “elemento tangible a través del cual se objetiva y verifica una observación” (Mora y Sánchez, 2013, p. 86). En otras palabras, la evidencia física es el elemento que conecta a la persona con la realidad y que facilita la confrontación con otras percepciones.

Comprender el concepto anterior suministra una visión y entendimiento amplio no solo a quien encuentra conocimiento y lo verifica (investigador y fiscal), sino a quien lo controvierte (defensa) y a quien le otorga el valor final de credibilidad (juez).

Este es un buen momento para contrastar el correcto significado del concepto “evidencia física” con el que comúnmente se le da: huella, vestigio o rastro que queda en el lugar del crimen y que se usa para probar o improbar las afirmaciones que se hacen en el juicio. Definiciones como esta presentan el concepto de manera recortada y obsoleta, pues no están construidas sobre la esencia conceptual del término en sí, sino sobre el uso que se le atribuye al elemento.

En la ciencia, se entiende por “evidencia física” la cosa o elemento material que conecta con la realidad. Puede ser usado como una pista que orienta e ilumina el camino en la búsqueda de conocimiento o puede servir para co-relacionar personas, lugares y cosas entre sí o, en otras ocasiones, para verificar la certidumbre de un relato o para reconstruir escenarios del pasado o finalmente para probar una afirmación. Lamentablemente esta última utilidad de la evidencia es la más difundida, pues el sesgo de nuestra cultura judicial le impone a la evidencia física una similitud marcada con la prueba, amputándole el vasto campo de usos que realmente tiene, más hoy en día con el desarrollo de sistemas de información de evidencia física tales como AFIS, CODIS o IBIS, los cuales son indispensables para relacionar tempranamente hechos y personas. Así que el lector debe tener precaución de no confundir la “evidencia física” con un “elemento material probatorio” (EMP), dado que todo EMP es evidencia física, pero no toda evidencia física es EMP⁹⁰.

Esta conceptualización de la expresión “evidencia física” es un asunto reciente en la investigación judicial y el uso del término, de reciente aparición bibliográfica. Aparece finalizando la década de los 70 en los sistemas acusatorios de países desarrollados, y su relevancia ha sido progresiva, al punto que hasta los testimonios se acompañan de evidencia física. Esto se requiere con el fin de encontrar medios de conocimiento más seguros (Costandi, 2013).

Este punto hace una diferencia importante en el aún naciente sistema penal acusatorio colombiano, donde el testimonio continúa siendo el principal medio de conocimiento, no solo para la construcción de teorías del caso, sino como medio probatorio, tal como se observa en el cotidiano de los juicios orales.

Así las cosas, al reconocer que quien se acerca al conocimiento es un ser humano, y que por el hecho de serlo tenemos un sinnúmero de sesgos que influyen la manera como percibimos e interpretamos la realidad, debemos concluir que si queremos obtener un conocimiento que realmente proceda de la realidad o que al menos se acerque lo más posible, el acto de búsqueda de conocimiento debe estar acompañado de acciones orientadas a encontrar evidencia física.

Manera como se obtiene el conocimiento

Un primer interrogante por parte del juez debe ser sobre el “cómo” fue adquirido el conocimiento que se le pone de presente. Este punto es parte de la reflexión obligada para quien esté llamado a verificar o juzgar el conocimiento, para luego poder atribuirle validez, confiabilidad, y más aún en el caso específico de la investigación criminal, poder atribuirle la legalidad que requiere.

Resolver este interrogante es también asunto que debe interesar a todos los otros actores de la investigación judicial. Dado que se advierte que “el conocimiento llega a nosotros como un proceso, no como un acto único donde se pasa de una vez de la ignorancia a la verdad” (Sabino, 1992, p. 11), la pregunta de cómo se adquiere el conocimiento no tiene respuesta única, pues esta depende en gran medida de la clase de conocimiento que se pretenda obtener.

Así, la manera como busca el conocimiento un economista es distinta a como lo hace un químico, un historiador, un astrónomo o un investigador judicial. Aunque cada uno de ellos utiliza instrumentos, mediciones y tareas adecuadas a su especialidad, lo que todos ellos hacen en común es transitar por un camino lógico, racional, sistemático y ordenado, denominado “método científico”.

En este sentido, el profesor Sabino señala en su publicación que existen tres (3) componentes fundamentales que permiten reconocer el proceder científico:

⁹⁰Un análisis más profundo de la distinción entre evidencia física y elemento material probatorio se puede encontrar en el texto *Evidencia Física y Cadena de Custodia en el Sistema Penal Acusatorio*, por Ricardo Mora y María Dolores Sánchez (2013).

⁹¹“que consiste en dos proposiciones como premisas y otra como conclusión, procediendo esta última como inferencia ya de las otras dos. Inferir significa sacar consecuencias de un principio o supuesto, de modo tal que dichas conclusiones deban ser asumidas como válidas si el principio también lo es”.

Definicionabc.com, Definición de Inferencia. Recuperado el día 20 de marzo de 2014 de: <http://www.definicionabc.com/general/inferencia.php#ixzz2sfBXE3Fb>

Los datos siempre proceden de la realidad, la cual percibimos por nuestros sentidos
La verificación sistemática se realiza siempre a todo lo percibido
El uso constante de la inferencia o el razonamiento deductivo⁹¹

A la anterior enumeración se puede agregar que para aceptar que el conocimiento encontrado sea una verdad científica, este debe ser sometido a confrontación profunda por parte de pares científicos, iguales o más competentes que los investigadores mismos, sin descontar que la falibilidad sigue siendo posible. Es por esto que la ciencia siempre está sujeta a una continua revisión.

Lo mismo se puede afirmar de la investigación judicial. El conocimiento que un fiscal lleva ante un juez debe ser ordenado, lógico, racional y sistemático, basándose en datos obtenidos de la realidad. Este procedimiento lo debe hacer el acusador antes de llevarlo ante el juez, de esta forma se prepara para el ejercicio de contradicción de la defensa, ya que de esta confrontación brotan los elementos de convicción que darán confianza al juez para basar en ellos su fallo, tal y como ocurre en la ciencia.

Aceptado lo anterior, es instructivo profundizar en los pasos del método científico, ya que es un modelo que tiene amplia aplicabilidad en la investigación judicial. Haremos esto a continuación.

Del método científico

Aunque no es apropiado hablar del método científico como un camino lineal, cerrado, con pasos sucesivos de obligatorio cumplimiento, sí existe la posibilidad de distinguir en el mismo algunas grandes fases o momentos (Sabino, 1992, p. 24), que, desde un punto de vista abstracto, muestran las sucesivas acciones que va desarrollando el investigador mientras trabaja. Así, entonces, se enunciarán a continuación cada uno de estos momentos, sin pretender explicarlos en detalle, sino únicamente denominarlos para lograr el propósito de esta presentación, el cual es exhibir al lector la similitud de los momentos o etapas del método científico, frente a los momentos u órdenes emanados desde el actual Código de Procedimiento Penal colombiano (en adelante, el CPP).

Lo anterior debiera ser motivo de reflexión, pues si el equipo de investigación –fiscal, investigadores, criminalistas y forenses– comprendiera que el espíritu de la ley, que les impone actividades para esclarecer un caso, no es otro que la lógica, el orden, la razonabilidad y la sistematicidad propias del ya nombrado método científico, se impondrían dentro de su actuar profesional el mismo rigor y disciplina que se impone al investigador científico.

Veamos pues los momentos del método científico, para puntualizar luego en lo ordenado por el CPP:

Planteamiento del problema o proposición de una pregunta: Esta es la situación que justifica la necesidad de obtener un conocimiento que resuelva una situación dada, y es la razón por la cual se despliega la investigación como tal.

Observación del fenómeno: Es el punto en que el investigador se acerca al objeto

o hecho que estudia. Es el momento en que define la estrategia a seguir para obtener información que concuerde con la realidad del objeto, los procedimientos, los métodos de confrontación de la misma y la tecnología apropiada que faciliten las posteriores etapas de verificación.

Análisis e interpretación de los resultados: En este, se hace referencia al ordenamiento, clasificación, validación y selección de datos para inter-relacionarlos e interpretarlos a la luz de la realidad y del entorno en que se desarrolla la investigación. En este momento el investigador descarta información no válida y con frecuencia regresa al punto de búsqueda de datos adicionales o hechos que contribuyan al proceso de inferencia y razonamiento deductivo, que dan paso al momento siguiente.

Formulación de hipótesis: Este momento corresponde a la etapa en que, con base en los procesos anteriores, el investigador hace proposiciones aceptables, aún no comprobadas, pero que podrían responder a la pregunta que motivó la investigación. Este es un momento crítico del proceso, pues en este punto interfiere otro de los sesgos humanos, denominado el “sesgo de confirmación”, descrito desde 1920 por el filósofo Francis Bacon como: “Una vez que ha adoptado una opinión acerca de algo, la mente del ser humano, recoge cualquier caso que la confirme, y rechaza o ignora la demostración de casos contrarios, ya sean más numerosos y de más peso, con tal de que su parecer permanezca inalterado. (...) Para empeorar las cosas, no sólo buscamos pruebas de manera preferencial para confirmar nuestras ideas preconcebidas, sino que también interpretamos pruebas ambiguas a favor de nuestras ideas”⁹².

En términos más sencillos, se puede afirmar que la mente humana es capaz de probarse a sí misma la veracidad de su propia hipótesis, lo que inevitablemente configura un gran peligro en la búsqueda del conocimiento. Tal “enamoramiento” de carácter inconsciente puede distorsionar la interpretación y el juicio de valoración de la hipótesis.

Esta es razón suficiente para admitir como buena práctica la recomendación de proponer varias hipótesis que respondan de manera diferente a la pregunta que generó el proceso de búsqueda. La meta del investigador no es la de confirmar alguna de las hipótesis sino, al contrario, la de usar la evidencia física para refutar las diferentes hipótesis. Este ejercicio aplicado a cada una de las hipótesis contribuye a revelar la realidad de la afirmación y a luchar contra la emocionalidad que acompaña al creador o ponente de la hipótesis. Este mecanismo es una vía expedita para controlar el sesgo humano (Dror, 2009).

Presentación de la teoría: Luego de haber superado los anteriores momentos, el equipo de investigación debe elegir la afirmación que responde adecuadamente a la pregunta que dio inicio a la investigación. La escogencia de dicha afirmación se logra una vez que esta haya sido sometida al ejercicio de contradicción y confrontación ante la misma evidencia física, que de ahora y en adelante será la prueba que respalde la certidumbre de su afirmación. A la anterior presentación ordenada,

⁹² Historiasdelaciencia.com, Sesgo de Confirmación. Recuperado el día 20 de marzo de 2014 de: <http://www.historiasdelaciencia.com/?p=1519>.

sistemática, lógica y verificada del conocimiento encontrado se denomina “teoría”. Específicamente, la teoría es el conocimiento que se presenta ante los verificadores finales, quienes suelen ser equipos científicos reconocidos como pares científicos e idóneos en el tema. El veredicto de los pares científicos determina la validez de la teoría como científica, y en ocasiones el descubrimiento de este nuevo conocimiento llega a ocupar el estatus de ley científica, como, por ejemplo, la ley de la gravedad descrita por Isaac Newton.

El método científico y la Ley 906 de 2004 (CPP)

Teniendo en cuenta el modelo anterior, revisaremos ahora algunos de los artículos contenidos en la Ley 906 de 2004 (CPP), con el fin de estudiar hasta qué punto los métodos utilizados en la ciencia y los métodos utilizados en la ley tienen una inspiración idéntica, y que no es vano insistir en que muchas de las herramientas usadas en la primera tienen total aplicabilidad en la segunda.

Planteamiento del problema o proposición de una pregunta: Esta es la forma como se inicia la investigación penal. Ante una sospecha de la comisión de un crimen, en el cual se ordena a la Policía Judicial iniciar su actuación, el artículo 205 del CPP⁹³ expresa claramente que ante “denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales infiera la posible comisión de un delito”, se debe dar inicio a las acciones de búsqueda de conocimiento. En este sentido, la pregunta que se debe formular el investigador de manera preliminar es: ¿Qué pasó? El reto del investigador en este punto es encontrar evidencia que responda a la pregunta de manera integral, en términos de qué, quién, cómo, cuándo, dónde, por qué de la situación o del hecho. Así, se establece que el primer paso del método científico aplicado a ley penal tiene efectivamente una aplicación plena.

Observación del fenómeno: De la misma forma, el artículo 205 del CPP ordena realizar lo que en el método científico se denomina como “observación del fenómeno”, al advertir que: “se realizarán de inmediato todos los actos urgentes”, instando al investigador a que lleve a cabo todas las tareas de observación y de senso-percepción, a través de las cuales debe registrar la realidad circundante. Lo anterior se configura en inspecciones a lugares, personas y cosas. El investigador deberá también realizar entrevistas a víctimas, testigos y a cualquiera que pueda tener información útil, y ordenará que se practiquen con inmediatez otras observaciones, tales como necropsias y/o exámenes forenses.

⁹³ARTÍCULO 205. ACTIVIDAD DE POLICÍA JUDICIAL EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de Policía Judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia. Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañarán al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal. Sobre esos actos urgentes y sus resultados la Policía Judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación. En cualquier caso, las autoridades de Policía Judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.

El objetivo será buscar y preservar evidencia física, para que con todo ello el investigador tenga los elementos de conocimiento suficientes para acudir ante un fiscal para que inicie su labor de dirigir, coordinar y controlar la investigación.

Es fácil entender por qué las observaciones se deben iniciar en estos primeros momentos y se denominan “actos urgentes”, pues a medida que el tiempo transcurre, la realidad del entorno se modifica. El legislador continúa ordenando muchos otros actos de observación, tal como allanamientos, interceptaciones, seguimientos, etc., bajo la obligatoriedad de cumplir requisitos y respetar los rituales jurídicos que garantizan el respeto a los derechos ciudadanos.

Así que el investigador se encuentra ante múltiples escenarios de donde puede extraer conocimiento, y la decisión de obtenerlo, bien sea de manera vulgar o de manera científica, depende de su criterio, debe ser una decisión consciente e informada. Si opta por las buenas prácticas debe actuarlas tempranamente y aplicar lo aprendido acerca de la objetividad, de la verificación, de la medición, de la evidencia física y de autodisciplinar su actuación con el fin de evitar el error, el sesgo, el desorden y las interpretaciones subjetivas.

Para facilitar lo anterior es que la ciencia declara la necesidad de contar con procedimientos estandarizados, protocolos, guías y manuales de cada una de las tareas de observación-investigación. Elaborar, divulgar y aplicar estas buenas prácticas es indispensable para mantener la calidad básica de las acciones investigativas. Los protocolos para procesar la escena del crimen, para realizar la entrevista a víctimas, para realizar retratos hablados, para hacer reconocimientos fotográficos en fila de personas, para rastrear evidencia digital, son apenas algunos de los ejemplos que demuestran que sí es posible integrar el método científico a la cotidianeidad de la investigación judicial.

Se debe advertir que el solo hecho de seguir un protocolo no es suficiente para lograr la calidad esperada. Es necesario el entrenamiento adecuado y la formación aplicada a esta tarea. Es con educación que se retiran las vendas que enciegan al investigador. Es con entrenamiento que se generan las habilidades para detectar tempranamente la evidencia física y encontrarle todo su valor. Solo con capacitación se logrará que el trabajo investigativo esté basado en evidencia, dado que hoy por hoy todavía ella resulta tan esquiva en la rutina de la investigación.

No basta predicar que toda observación que se considere relevante debe acompañarse de evidencia física. Encontrar los elementos tangibles para objetivar y verificar las observaciones, en ocasiones no es tan fácil. No siempre los lugares y las personas vivas o muertas tienen los elementos visibles al observador; es por ello que el equipo de investigadores debe estar conformado por personas entrenadas y formadas en la búsqueda y hallazgo de evidencia. Se requiere formación diferente para un investigador que busca evidencia contable, o aquel que detecta evidencia digital, o aquellos que tienen que ver con la evidencia médica o con evidencia de impresión o con evidencia de otro tipo.

La evidencia física muchas veces es invisible a los ojos de quien no posee la información apropiada. Se puede afirmar que no ver la evidencia no significa que no hay evidencia.

No verla significa simplemente eso: “no la vi”. Pero es signo de ignorancia y efecto del sesgo humano transformar lo anterior a la afirmación “no había evidencia”. De hecho, el avance y modernidad de la ciencia forense se constata en el esfuerzo constante por desarrollar tecnología que haga más fácil convertir la evidencia invisible en evidencia visible, tal como ocurre con la evidencia llamada “transitoria” y “traza” (Mora & Sánchez, 2013, p. 105 y 117).

En resumen, los momentos más trascendentes del proceso de búsqueda de conocimiento son los que corresponden a la observación. Estos son los momentos de los que depende el éxito o fracaso de la investigación, aquí nace el dato, la información, la evidencia, que son los insumos que a través de los pasos siguientes se convertirán o no en conocimiento válido y verificable.

El artículo 205 del CPP señala que este primer momento de observaciones lo debe realizar la policía judicial una vez que infiera la posible comisión de un delito, sin requerir para ello aval de un fiscal. El código le ordena a la policía judicial que una vez que obtenga los resultados de esos “actos urgentes”, los presente al fiscal competente para que “asuma la dirección, coordinación y el control” de la investigación. Los denominan actos urgentes, pues bien es sabido que el paso del tiempo es el peor enemigo de la observación. Las modificaciones del entorno, bien sean naturales o intencionales, desvían la investigación e invitan al error. Por ello la Policía Judicial debe responder con inmediatez ante cualquier denuncia ciudadana, so pena de perder la evidencia.

Como ya se explicó, el método científico no es un proceso lineal ni secuencial. No se trata de agotar un paso para continuar el siguiente. Las diferentes etapas se interceptan entre sí y pueden desarrollarse con simultaneidad. Por ejemplo, cuando se realiza el análisis de los resultados de la primera observación es común que se regrese nuevamente a la realización de otras observaciones. Así que es totalmente consistente la orden del legislador de determinar que el fiscal asuma la dirección, coordinación y el control de la investigación una vez que cuente con la información básica, pues de ese momento en adelante será el fiscal el líder responsable del desarrollo lógico y ordenado de los pasos siguientes del método de búsqueda de conocimiento.

Análisis e Interpretación de los resultados: Este momento del método científico bien puede homologarse con lo ordenado en el artículo 207 del CPP⁹⁴. Esta etapa, de

⁹⁴ARTÍCULO 207. PROGRAMA METODOLÓGICO. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la Policía Judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo. Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la Policía Judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la Policía Judicial.

acuerdo con lo expuesto en el método científico, consiste en ordenar la información, clasificarla o categorizarla y en validarla, o sea, darle el valor verdadero a aquella información demostrable y ordenar labores que verifiquen aquella información que parece relevante, pero que aún no tiene base demostrativa. Lo anterior se puede reunir en una expresión: “Procesamiento de la información”. Con este insumo se procede a realizar los análisis pertinentes, de los cuales se derivan otras tareas de observación, quizás más complejas y más especializadas.

El mandato del artículo 207 ordena al fiscal que en “reunión de trabajo” y con su equipo de Policía Judicial, procese la información obtenida hasta el momento, y que programe las acciones pertinentes para obtener más información y más evidencia física. Este es el momento del análisis y las interpretaciones, lo cual producirá resultados satisfactorios si el insumo utilizado –información basada en evidencia– es completo, validado y confiable. La elaboración del “programa metodológico” no es asunto de un momento, este programa se va elaborando y modificando progresivamente en la medida en que el equipo de investigadores, criminalísticos y forenses, van encontrando más y más información y evidencia física, pues el ejercicio de análisis e interpretación también va produciendo resultados progresivos y cambiantes. Este es el comienzo entrelazado con el cuarto paso del método científico:

Formulación de las hipótesis: Se insiste nuevamente en comprender el desarrollo integral y sistemático del método científico aplicado a este momento de la investigación judicial. El artículo 207 menciona que en el “desarrollo del programa metodológico” se continúan realizando tareas investigativas que van aumentando la cantidad y calidad del conocimiento adquirido, hasta que el fiscal alcance un nivel de “inferencia razonable” acerca de la autoría del hecho, de tal manera que pueda imputar a un presunto responsable.

La inferencia razonable puede corresponderse con las hipótesis de investigación, y se obtiene después de haber analizado profundamente y en equipo la totalidad de la información validada. Después de haberla sometido a diferentes interpretaciones, de acuerdo con la evidencia recolectada.

La interpretación de la información es otro momento que exige gran cuidado y conocimiento sobre la manera como funciona la mente humana. La emocionalidad, el inconsciente y los sesgos propios afectan de manera notable los resultados de la interpretación. Todo lo descrito anteriormente respecto a la objetividad adquiere en esta etapa plena vigencia. Ser el creador de una hipótesis, saborear el gusto del triunfo al creer que se esclareció el caso gracias al trabajo propio, el cumplir con las metas y mediciones estadísticas propuestas por los jefes, y otros factores que nublan la visión de la realidad, impulsan a la autoconvicción sobre la certidumbre de la hipótesis enunciada.

Por ello, aplicar de rutina el método recomendado por la ciencia para la elección de la hipótesis, y explicado algunos párrafos antes, es de gran utilidad para el fiscal y su equipo. Usar la evidencia física ya no como elemento conector con la realidad, sino como el objeto físico que demuestra la falsedad de la hipótesis. Intentar demostrar ante sí mismo que la hipótesis es falsa⁹⁵ es la mejor técnica para prepararse a la contradicción que en juicio la defensa hará contra las afirmaciones de la fiscalía.

Este es el momento en que el fiscal detecta las imperfecciones, los errores y quizás dude de su hipótesis. Por ello, la recomendación es que no hay que enamorarse de su propia hipótesis, pues es capaz de enceguecerlo, sino que debe tener la mente abierta para considerar varias opciones.

Sin embargo, si al usar la evidencia para tratar de probar la falsedad de la hipótesis encuentra que le fue imposible lograrlo, entonces está ante una hipótesis que probablemente es cierta. Luego de este ejercicio estará preparado a recibir cualquier embate en el juicio. Este momento se enlaza con la última etapa del método científico, la cual es convertir la hipótesis de trabajo en la teoría científica, que en este caso se llama “teoría del caso”.

Presentación de la teoría: Es el paso que se corresponde con el artículo 336 del CPP⁹⁶, que da cierre a la investigación e inicia la etapa de juicio con la presentación de la acusación, para lo cual el fiscal requiere haber obtenido un nivel de conocimiento calificado como “probabilidad de verdad”, y se denomina “teoría del caso”.

Si se han seguido ordenada y lógicamente cada una de las etapas del método científico, si se ha guardado el rigor de la racionalidad, objetividad, conceptualización, sistematicidad y falibilidad, el fiscal está preparado para presentar y debatir ante el juez una teoría del caso sólida, creíble, demostrable, y la probará más allá de toda duda, pues, como es lógico suponer, estará basada en evidencia física, la cual puede ser vista, oída y quizás tocada por el juez de conocimiento.

Conclusión

Quedan pues planteadas las razones por las cuales es razonable plantear la propuesta de educar y profesionalizar a los investigadores judiciales bajo el paradigma del método científico. Enseñar herramientas que contribuyan a buscar y entender el conocimiento, diseñar y ajustar los protocolos de los diferentes actos de investigación y sobre todo inculcar en la mente del investigador el valor de la evidencia física, sin duda contribuirá en una mejoría notoria de los resultados investigativos.

La evidencia física tradicionalmente ha sido asociada con el uso probatorio. Sin embargo, ya se argumentó en este escrito que dependiendo del ciclo en que se encuentre la investigación, su uso va mutando desde el valor inicial que tiene para garantizar la objetividad de la observación y su conexión tangible con la realidad, hasta aquellos que ayudan a conducir las entrevistas, o como el elemento que guía la investigación, o que conecta personas, lugares y cosas, hasta usarla como elemento que ayuda a identificar fehacientemente a las personas, o que contribuye a respaldar y confrontar los testimonios, que facilita y da motivos para que los culpables acepten cargos, y que se convierte finalmente en ese elemento material que prueba y demuestra que la afirmación presentada ante el juez es cierta.

⁹⁵Karl Popper. *Racionalismo Crítico*. Recuperado el día 15 de febrero de 2014 de: <http://monografias.com/trabajos34/racionalismo-critico/racionalismo-critico.shtml>.

⁹⁶ARTÍCULO 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Es hora de pasar la página que señalaba que el único o mejor uso de la evidencia física era el probatorio. La ciencia nos ha demostrado que antes de ser usada como prueba, la evidencia proporciona conocimiento de gran calidad, el cual a veces es tan efectivo y aclara de tal manera los asuntos durante el proceso investigativo, que puede resultar redundante y a veces inútil en el juicio. Todas las pruebas pueden ser una evidencia, pero que no todas las evidencias pueden ser pruebas.

Referencias

Costandi, M. (2013). Corrupted Memory. *Nature* , 500, 268-270.

Dror, I. E. (2009). ¿Cómo puede ayudar a Francis Bacon la ciencia forense? Los cuatro ídolos de los prejuicios humanos. *Jurimetrics: La Revista de Derecho, Ciencia y Tecnología* (50), 93-110.

Kahneman, D. (1972). Subjective probability: A judgement of representativeness. *Cognitive Psychology* , 3 (3), 430-454.

Laserna, D., & Moreno, A. (2009). La Revolución a la Justicia. Novaleguevo [blog], feb. 19, 2009. Recuperado el día 20 marzo de 2014 de: http://novaleguevo.files.wordpress.com/2009/02/revolucion_a_la_justiciafinal.pdf.

Mora, R., & Sánchez, M. D. (2013). La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Bogotá, Colombia: Editorial Gráficos.

Sabino, C. (1992). El proceso de investigación. Bogotá: Editorial Panamericana.



INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE ACTIVOS

Por :Fernando Cañón Beltrán

Serafín Varela Martínez



por Fernando Cañón Beltrán⁹⁷ Y Serafín Varela Martínez ⁹⁸

1. Introducción

El objetivo fundamental de este acápite es tratar de delimitar la metodología que se plantea en la Ley 1708 de 2014, para la investigación judicial de la acción de extinción de dominio, teniendo como presupuesto básico la estructuración de la acción, o sea, los bienes como objeto material de esta acción, que para efectos y atendiendo la clasificación de los mismos, se les denomina de activos.

La investigación judicial de las conductas punibles en un Estado Social y Democrático de Derecho, posee un componente de gran importancia, como es la fundamentación científica del procedimiento investigativo que debe desarrollarse imperativamente en cada una de las fases de la investigación, con el fin de buscar la verdad en un esquema crítico y transparente, cerrando el camino al error judicial.

El desarrollo de los contenidos de este capítulo se hará mediante la delimitación conceptual de investigación científica, investigación judicial de activos, métodos de investigación, para cerrar con la interpretación de la metodología de la investigación judicial de activos que se plantea en la precitada Ley 1708 de 2014, como norma especializada para adelantar la acción de extinción de dominio de bienes obtenidos ilícitamente.

Que este escrito sea el comienzo de una serie de acciones que ayuden a fortalecer las competencias de las personas que actúan como parte o intervinientes en la investigación en el proceso de extinción del dominio, como elemento primordial para realizar los ajustes necesarios, que ayuden a dinamizar el tiempo que dura el proceso, con miras a lograr una oportuna y eficaz administración de justicia.

2. Definiciones

2.1. Investigación científica

⁹⁷Abogado titulado, docente universitario, formado en Derecho Penal. Ha desempeñado cargos de dirección y responsabilidad en los sectores público y privado. Miembro honorario de la Organización Internacional para la Prevención del Crimen (IIPC) y miembro fundador de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Penal y Ciencias Penales (APDP). Miembro y asesor en comités de discusión y redacción del código procesal penal colombiano, y protocolos en investigación criminal. Actualmente Asesor Legal en el Programa de Adiestramiento y Asistencia Internacional en Investigación Criminal (ICITAP), del Departamento de Justicia de EUA. Magíster en Derecho Procesal Penal en la Universidad Militar Nueva Granada, en Bogotá. Diplomado sobre Sistemas de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo, SARLAFT/Sena. Certificado por Florida International Bankers Association, FIBA AMLCA, y la Universidad Internacional de Florida, FIU.

⁹⁸Abogado titulado, formado en Derecho Penal. Magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada, docente universitario y Escuela de Investigación Criminal - ESINC de la Policía Nacional de Colombia. Miembro activo de la Asociación Internacional de Identificación - IAI. Especialista en Análisis y Procesamiento de la Escena del Crimen, Técnicas Avanzadas de Entrevistas, Agente Especial ® investigador de Policía Judicial. Dirección de Investigación Criminal - DIJIN, de la Policía Nacional de Colombia. Áreas especiales de investigación. Delitos de homicidios, secuestros y extorsiones. Consultor/Instructor del Programa ICITAP DOJ, del Departamento de Justicia de la Embajada de Estados Unidos en Colombia. seraphycus1232@gmail.com

Para comenzar a desarrollar la definición de investigación científica, dentro de un proceso lógico conceptual, debemos formular la siguiente pregunta: ¿qué es la investigación?; para resolver este cuestionamiento demos una mirada al Diccionario de la enciclopedia Larousse, que define investigación como “actividad encaminada al descubrimiento de nuevos conocimientos en el campo de las ciencias, las artes o las letras”. También define investigar como “hacer diligencias para descubrir una cosa, registrar, indagar”. De otra parte, en el capítulo anterior la doctora Sánchez, M., realiza una amplia conceptualización relacionada con la comprensión de investigar e investigación científica, concluyendo que investigar es “buscar conocimiento” e investigación científica es buscar conocimiento en materia científica e investigación judicial es buscar conocimiento en materia judicial.

Según estas dos definiciones, se deduce que en el marco de una comprensión lógica, la investigación es un proceso que se lleva a cabo en actividades secuenciales, que conduce al ser humano al descubrimiento de nuevo conocimiento, mediante la interpretación de los diferentes fenómenos que aparecen ante él. Este proceso de aprehensión del conocimiento se estructura de forma racional, comenzando con la indagación, observación, cuestionamientos y el examen de los hechos.

Ahora bien, ¿qué es la investigación científica?; como se dijo anteriormente, la investigación es una actividad o proceso que tiene como objetivo básico la búsqueda de conocimiento. La investigación científica tiene el mismo objetivo, pero se complementa con el hecho de que para cumplir con él, sigue un método de pensamiento crítico previamente diseñado, sistemático y organizado, que permite que el procedimiento pueda ser verificado (TAMAYO, 2004, p. 37).

En este orden de ideas, la investigación científica comprende la delimitación de problemas, la formulación de hipótesis o posibles respuestas a la pregunta problemática, la recolección de evidencia e información, análisis y evaluación de la información, las deducciones y sus alcances, y por último viene la formulación de las conclusiones, que dan origen a una teoría o respuesta final a la pregunta problema (TAMAYO, 2004, p. 38).

La metodología de la investigación científica se puede clasificar en dos grandes corrientes a través de su desarrollo histórico: el método lógico y el método empírico; el primero fue el utilizado por las ciencias tradicionales que se sustentaron en los procesos mentales de la inducción-deducción, análisis y síntesis, que terminan por basarse en la especulación abstracta; es decir, que el conocimiento se afianza en cuestionamientos de orden racional basados en ideas, pero distraído de las realidad, lo que llevó a un estancamiento en el conocimiento. “La filosofía se convirtió en una estatua a la que todos adoraban pero que no se movía” (ESTEBANEZ, 2006, p. 59).

El método empírico, que se basa en la experiencia, es decir, parte del presupuesto de que a través de los órganos de los sentidos interiorizamos permanentemente las realidades del entorno social y de la naturaleza, lo que de manera a priori y subjetiva nos ofrece un conocimiento de esa realidad, pero la que difícilmente podrá ser verificada a posteriori por otra persona, por falta de un procedimiento que se pueda rehacer, es el punto de partida de (Bacon, 1620), en su obra “Novum organum scientiarum”, para diseñar una metodología que diera sentido científico a las experiencias de las realidades sociales y de la naturaleza, que por la forma en que se presentan se quedan

en conocimiento vulgar y difícilmente se pueden recrear.

Bacon propone un proceso ajustado a la realidad, sistemático, para aprehender los fenómenos investigados, analizarlos en su entorno, partiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los afectan, para así poder dar una conclusión, que pudiera ser sometida al proceso de verificación, con el fin de ajustar objetivamente el conocimiento a las realidades naturales y sociales del mundo que nos rodea.

2.2. Investigación judicial de activos

En el acápite anterior se estableció el concepto de investigar y de investigación científica; ahora, con apoyo de cada una de esas definiciones, vamos a examinar el concepto de investigación judicial de activos, para intentar descubrir el objeto primario de este tipo de investigación especial en el contexto de lo que se entiende por investigar e investigación científica.

Al respeto haremos algunas precisiones con relación al concepto de judicial y de activos, para establecer la definición y alcance del concepto que da origen a este acápite. Comencemos por examinar el concepto de investigación judicial, del que en principio el diccionario lo define como “constituye la primera fase del procedimiento criminal y tiene por objeto recoger el material para determinar, por lo menos aproximadamente, si el hecho delictivo se ha cometido y quién sea su autor y cuál su culpabilidad” (OSSORIO, 1981, p. 389). Debemos decir que es un tipo específico de investigación, que por su naturaleza y descripción en los códigos de procedimiento, aplica el método de investigación científica. Es así que se entiende por investigación judicial el desarrollo de actividades tendientes a llevar a cabo los procedimientos establecidos, con el propósito de identificar, recolectar y preservar las evidencias e información que sirvan para determinar si la conducta constituye delito, y en caso afirmativo, identificar a quién o quiénes la cometieron, de manera expedita y urgente (CCP , 2004, Art. 205).

Según esas definiciones, podemos concluir que la investigación judicial es un proceso lógico de pasos y procedimientos concatenados que se encuentran establecidos en los códigos de procedimientos judiciales (penal, civil, comercial, administrativo, extinción de dominio y de policía), para investigar las conductas y hechos que afectan la convivencia social y las relaciones privadas de las personas, y entre estas y el Estado, con la finalidad de establecer la verdad real y objetiva en que se sucedieron y quién debe responder por los mismos.

El caso de la acción de extinción de dominio como procedimiento autónomo se encuentra reglado en la Ley 1708 de 2014, capítulo I, FASE INICIAL, en la que se le atribuye la competencia a la Fiscalía General de la Nación, para adelantar la acción de extinción de dominio, cuando llegue a su conocimiento información con fundamento serio y razonable que permita inferir la probable existencia de bienes cuyo origen o destinación se enmarque en una de las causales descritas en el artículo 16 de la precitada ley.

A partir de lo expuesto, podemos concluir que el objeto de la investigación judicial de activos se enmarca dentro de una determinada relación de derecho, entre el Estado y el afectado que surge del hecho, de la propiedad de bienes ilícitamente adquiridos o

que habiendo sido lícitamente obtenidos su destinación a actividades ilícitas o que se usen para dar apariencia de lícitos a bienes ilícitos, etc., los ubica como objeto de la acción de extinción de dominio, con el propósito de aplicar la precitada acción, sobre dichos bienes.

También, para dar consistencia jurídica a la relación de derecho que se discute en el proceso especial de extinción de dominio, se debe acatar estrictamente la metodología establecida en la Ley 1708 de 2014, para adelantar la investigación, aplicando los procedimientos y respetando los derechos de los afectados; es aquí donde el método de la investigación judicial de activos y el método de la investigación científica confluyen en la aplicación de principios homogéneos.

3. Relación entre la investigación científica y la investigación judicial de activos

Por regla general, la relación entre la investigación científica y la investigación judicial de activos se da en cada uno de los pasos que informan el método científico, cuyo punto de partida está en la realidad de su interpretación objetiva, sobre la que se desarrolla la investigación científica, de manera objetiva, tal como quedó explicado en los anteriores acápites de este documento. Ahora bien, la investigación judicial de activos es un procedimiento especial y específico, que de manera puntual se describe en la Ley 1708 de 2014, en donde se desarrollan los pasos generales y específicos del procedimiento especial con rigor científico, fundamento que se utilizará para hacer un análisis comparativo con los pasos generales del método científico.

Los pasos generales del método científico, tal como quedaron descritos en la parte II, capítulo uno (1), “Investigación científica”, desarrollado por la doctora Sánchez, M., se tomarán y se hará un análisis comparativo con el procedimiento de la Ley 1708 de 2014, con el fin de verificar la estrecha relación entre unos y otros.

3.1. Planteamiento del problema o proposición de una pregunta:

En el diseño metodológico de la investigación científica el planteamiento y delimitación del problema se debe realizar por medio de cuestionamientos a través de preguntas. La Ley 1708 de 2014, en el capítulo I, fase inicial, artículos 117 y 119, deber de denuncia de bienes ilícitos, establece los lineamientos generales para plantear el problema de investigación en materia de extinción de dominio, y el artículo 118 fija el propósito y los fines para establecer los límites de este paso de la investigación.

Por regla general, la información que llegue a conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, que le permita con fundamento serio y razonable inferir la existencia de bienes que se enmarquen dentro de las causales definidas en la presente ley para iniciar la acción de extinción de dominio, es la que le sirve para plantear los cuestionamientos que debe despejar en este tipo de investigación y lo debe hacer de oficio.

De otra parte, excepcionalmente, la recepción de denuncias a toda persona que posea información sobre la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio se constituye en el segundo factor que le permite desarrollar este primer paso de investigación frente a la metodología científica.

3.2. Observación del fenómeno:

La observación del fenómeno, que consiste en la aprehensión directa de la información en el lugar donde se encuentra, se realiza en el proceso de extinción de dominio a través de los actos de investigación reglados en los artículos 161, 162 y 200 de la precitada ley, por medio de labores de campo de verificación de inmuebles, documentos, etc.

3.3. Análisis e interpretación de los resultados:

El análisis e interpretación de resultados es un proceso mental que realiza el investigador con el fin de llegar a conclusiones que le permitan tomar decisiones en el desarrollo del proceso investigativo en el caso; en el artículo 123 de la conclusión de la fase inicial, el fiscal, a partir de la información recaudada y del análisis realizado a la misma, tiene la facultad de proferir resolución de archivo o resolución de fijación provisional de la pretensión, con lo que se sintetiza este paso de la investigación científica aplicado al proceso especial de extinción del dominio.

3.4. Formulación de las hipótesis:

Las hipótesis son las posibles respuestas que se dan a la pregunta problema en la investigación científica; en el caso del desarrollo del proceso especial de extinción del dominio, las hipótesis se formulan con base en la información que da origen a la actuación en la fase inicial, tal como quedó planteado en el acápite referente al planteamiento del problema o formulación de la pregunta.

También, una vez que se desarrolla la realización de actos de investigación, el fiscal, con base en la información recaudada y el análisis realizado a la misma, debe despejar las hipótesis para tomar una decisión acorde al planteamiento que se establece en el artículo 123, antes citado, o en su defecto, continuar con el desarrollo del procedimiento con la fijación provisional de la pretensión, como hipótesis positiva para continuar con la actuación garantizando el derecho de contradicción.

3.4.1. Presentación de la teoría:

La teoría es el resultado de la depuración de las hipótesis, basada en el desarrollo de los procedimientos ajustados a los requerimientos legales y científicos; es decir, una vez agotada la etapa establecida en el capítulo II, “fijación provisional de la pretensión”, ejercido el derecho de contradicción por la parte afecta, el Fiscal debe realizar un análisis crítico de la prueba recolectada, y con ello tendrá una teoría consistente y científicamente ajustada.

3.4.2. Verificación:

La verificación es un procedimiento permanente en cada uno de los pasos del método científico, por cuanto debemos tener presente que como seres humanos somos falibles y propensos a cometer errores; este paso, que se repite constantemente, busca minimizar los errores en el proceso científico.

En el proceso especial de extinción de dominio la verificación, como paso del procedimiento establecido en la Ley 1708 de 2014, se encuentra reglada en diferentes normas que obligan al fiscal a realizar controles de legalidad formal y material en la generalidad de los actos de investigación que adelanta la policía judicial; además, para la corrección de las actuaciones procesales que causen perjuicios a los sujetos procesales, el capítulo VI reglamenta el procedimiento para la declaratoria de las nulidades; también específicamente el fiscal debe velar por el respeto del debido proceso, contemplado en la constitución política.

Como conclusión, se puede deducir que la relación entre la investigación científica y la investigación judicial de activos es una sola, debido a que una característica del proceso de investigación científica es que su diseño es flexible, por lo que le imprime seguridad a su desarrollo, permitiendo el control sucesivo de los pasos anteriores, lo que genera la posibilidad de correcciones y ajustes antes de continuar con el paso siguiente; esa es la metodología que sigue la Ley 1708 de 2014, para establecer el procedimiento de la investigación judicial de activos (TAMAYO, 2004, p. 45).

4. Metodología de la investigación judicial de activos

En consecuencia, la metodología de la investigación judicial de activos se encuentra establecida en el marco de la Ley 1708 de 2014, tal como quedó especificado en el acápite de este escrito, que hace referencia a la relación entre este y el procedimiento científico; es decir, que la metodología de la investigación judicial de activos, tal como se encuentra concebida, se ajusta a los pasos generales del método científico, dejando para sí algunos aspectos propios que devienen de la autonomía y especialidad de la misma acción, entre los que en forma general podemos reseñar el control de legalidad formal y material, que por atribución de la ley realiza el mismo funcionario fiscal; siendo este un proceso de verificación permanente en la metodología científica, es menester que otro funcionario con igual o mejor experiencia lo realice.

4.1. Conclusión

En el transcurso de este escrito se abordaron conceptos y directrices sobre principios generales de la investigación científica, la investigación criminal y la investigación judicial de activos, en el contorno de la Ley 1708 de 2014, con el fin de establecer la relación entre estas, y delimitar la metodología de la investigación judicial de activos.

Por un lado se hizo un análisis comparativo de los diferentes conceptos, y se determinó que la investigación judicial de activos no difiere de la metodología de la investigación científica en cuanto a la necesidad de aplicar procedimientos que repercuten en su validez. Los procedimientos de validez científica en cada caso dependen de la especificidad de cada tema en particular. En cuanto a la investigación judicial de activos, los procedimientos se encuentran descritos en la Ley 1708 de 2014.

Como punto final, siguiendo la misma línea y analizando el tema hacia el objeto del presente trabajo, se hizo referencia a los pasos del método científico. Es así que se definieron y compararon con las normas de la Ley 1708 de 2014, donde pudimos demostrar que se ajustan al unísono, respetando la línea específica que sigue el proceso especial de extinción de dominio para formular su teoría.

Bibliografía

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).*
- Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).*
- Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de agosto de 2003).*
- Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).*
- Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).*
- Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).*
- Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).*
- Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).*
- Diario Oficial núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial.*
- Sentencia C-111 (Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).*
- Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).*
- Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.*
- Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).*
- Diccionario de la enciclopedia Larousse (1995).*
- Tamayo, M. (2004). El proceso de la investigación científica (4a. ed.). Ciudad de México, México: Limusa.*
- Estebanez, E. G. (2006). New Atlantis. Madrid, España: Akal, S.A.*
- Bacon, F. (1620). Novum organum scientiarum.*
- Ossorio, M. (1981). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliastar, R.L.*
- Ley 1708 (enero de 2014). Bogotá, Colombia.*
- CCP (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.*
- CPP. Ley 906 (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. Trigésima cuarta edición. Bogotá, Colombia: Leyer.*
- Ley 1708 (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.*
- Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 250, numeral 8. Colombia.*
- Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).*
- Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia, 2008).*
- Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).*
- Claría Olmedo, J. A. (1962). Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ediar.*
- González Navarro, A. L. (2009). Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio. Bogotá: Leyer.*
- Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional, 2009).*
- Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional, 2011).*
- Manual de procedimientos de Fiscalía (2009). Manual de procedimientos de Fiscalía. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.*
- Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).*
- Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia, 2012).*
- Decreto 016 (10 de enero de 2014).*
- Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional, 2003).*
- Corte Constitucional (2007). Sentencia 336.*
- F.G.N. (2006). Resolución.*
- 1737, D. (2010).*
- Fiscal General de la Nación (2013). Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio.*
- Henao Hidron, J. (2003). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, D. C.: Temis.*
- Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal. Lima: Juristas Editores.*
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2003).*
- Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). Recuperación de activos robados.*

- Guía práctica para la recuperación de activos sin condena. Washington D.C.: Banco Mundial.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*.
- Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, 2011).
- Pabón Parra, P. A. (2013). *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Avella Franco, P. O. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio*. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, D. C.: Ediciones El Profesional.
- Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2005).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá, D. C.: Editorial Scripto Ltda.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito. Tegucigalpa: Poder Judicial de Honduras*.
- Roldán Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México, D. F.: Editorial Porrúa.
- Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio, 31 de marzo de 2009).
- Sentencia C 374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).
- Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional*. Bogotá: Agencia GIZ.
- Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia*.
- Sentencia C 591 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2005).
- Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I)*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN, EE. UU.: Palibrio.
- Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.
- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas, 2002).
- Ministerio de Justicia (1996). *Proyecto de Ley 016*.
- Fiscalía General de la Nación (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*.
- Sentencia T 429 (Corte Constitucional, 2011).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Arboleda Ripoll, F. (sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional, 2003).
- Sentencia C 871 (Corte Constitucional, 2003).
- Radicado No. 22451 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 18 de noviembre de 2004).
- Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de octubre de 2004).
- Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de mayo de 2009).
- Corte Constitucional (2011). *Sentencia T 429*.
- Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio, 9 de marzo de 2011).
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Roblot, G. R. (1986, p. 140). *Traité élémentaire de droit commercial*. París: LGDJ.
- Vivante, C. (1912). *Le società commerciali*. Milán, p. 440: Casa Editrice Dott.
- Périn, P. (2008). *La société par actions simplifiée*. París: Joly.

- Cozian, M. (2005). *Droit de sociétés*. París: Lexis-nexis.
- Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Boston: Brown & Company.
- Delga, J. (1998). *Le droit de société*. París: Dalloz.
- Tenera, F. (2013). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Reyes, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.
- Reyes, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.
- Metke, R. (2006). *Lecciones de propiedad industrial III*. Bogotá: Baker & McKenzie.
- Lamarck, J. (1968). *Philosophie zoologique*. París: Bibliothèque 1018, París, 1968.
- Castro, M. (2010). *Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gil, J. (2008). *Estudio de derecho societario moderno y comparado*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Alsina, H. (1958). *Las nulidades en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América E.J.E.A.
- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio (Vol. II)*. Bogotá: Dike.
- Sentencias, C-374, C-409, C-539 (Corte Constitucional, 1997).
- Nulidades procesales (1985). Buenos Aires: Astrea.
- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal (Vol. II)*. Bogotá: Dike.
- Rodríguez, L. A. (1987). *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Universidad.
- Sentencia tutela 69892 (Corte Suprema de Justicia, 28 de octubre de 2013).
- Auto 29332 (31 de marzo de 2008).
- Sentencia 24143 (29 de julio de 2008).
- Auto 24108 (30 de mayo de 2007).
- Sentencia 37695 (Corte Suprema de Justicia, 17 de noviembre de 2011).
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 30 de enero de 1990).
- Tratado de derecho procesal penal (1949). Ediciones de Cultura Jurídica.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 7 de julio de 1987).
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, julio de 1989).
- El proceso penal (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 12 de julio de 1989).
- Bernal, J. Y. (2002). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Novoa Velásquez, N. A. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba*. Bogotá: Dike.

Referencias

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).
- Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, 25 de febrero de 2009).
- Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 28 de agosto de 2003).
- Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de diciembre de 2002).
- Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de noviembre de 2002).
- Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
- Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 28 de agosto de 1997).
- Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de octubre de 1997).
- Diario Oficial núm 45046 (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial.
- Sentencia C-111 (Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 9 de febrero de 2000).
- Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011).
- Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial.
- Diario Oficial núm 42945 (23 de diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).
- Diccionario de la enciclopedia Larousse (1995).
- Tamayo, M. (2004). *El proceso de la investigación científica (4a. ed.)*. Ciudad de México, México: Limusa.
- Estebanez, E. G. (2006). *New Atlantis*. Madrid, España: Akal, S.A.
- Bacon, F. (1620). *Novum organum scientiarum*.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliastás, R.L.
- Ley 1708 (enero de 2014). Bogotá, Colombia.
- CCP (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.

CPP. Ley 906 (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. Trigésima cuarta edición. Bogotá, Colombia: Leyer.

Ley 1708 (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.

Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 250, numeral 8. Colombia.

Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).

Claria Olmedo, J. A. (1962). Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ediar.

González Navarro, A. L. (2009). Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio.

Bogotá: Leyer.

Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional, 2009).

Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional, 2011).

Manual de procedimientos de Fiscalía (2009). Manual de procedimientos de Fiscalía. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.

Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Decreto 016 (10 de enero de 2014).

Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional, 2003).

Corte Constitucional (2007). Sentencia 336.

F.G.N. (2006). Resolución.

1737, D. (2010).

Fiscal General de la Nación (2013). Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio.

Henao Hidron, J. (2003). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, D. C.: Temis.

Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal. Lima: Juristas Editores.

Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2003).

Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). Recuperación de activos robados.

Guía práctica para la recuperación de activos sin condena. Washington D.C.: Banco Mundial.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). Ley Modelo de Extinción de Dominio.

Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, 2011).

Pabón Parra, P. A. (2013). Nuevo régimen de extinción de dominio. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Avella Franco, P. O. (2007). Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.

Parra Quijano, J. (2007). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, D. C.: Ediciones El Profesional.

Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2005).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). Planeación de la investigación y plan metodológico. Bogotá, D. C.: Editorial Scripto Ltda.

Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito. Tegucigalpa: Poder Judicial de Honduras.

Roldán Álvarez, M. (2008). Manual para la investigación de la corrupción. Managua: Usaid Nicaragua.

Brucet Anaya, L. A. (2007). El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México). México, D. F.: Editorial Porrúa.

Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio, 31 de marzo de 2009).

Sentencia C 374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).

Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional. Bogotá: Agencia GIZ.

Rojas Gómez, M. E. (2002). Teoría del Proceso. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia.

Sentencia C 591 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2005).

Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I). Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Bustamante Bustamante, N. (2012). Locuciones latinas en materia jurídica. Bloomington, IN, EE. UU.: Palibrio.

Cano Recinos, V. H. (2011). Extinción de Dominio. Guatemala: Magna Terra Editores.

- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas, 2002).
- Ministerio de Justicia (1996). *Proyecto de Ley 016*.
- Fiscalía General de la Nación (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*.
- Sentencia T 429 (Corte Constitucional, 2011).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional, 1996).
- Arboleda Ripoll, F. (sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional, 2003).
- Sentencia C 871 (Corte Constitucional, 2003).
- Radicado No. 22451 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 18 de noviembre de 2004).
- Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de octubre de 2004).
- Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de mayo de 2009).
- Corte Constitucional (2011). Sentencia T 429.
- Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercería*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio, 9 de marzo de 2011).
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Roblot, G. R. (1986, p. 140). *Traité élémentaire de droit commercial*. París: LGDJ.
- Vivante, C. (1912). *Le società commerciali*. Milán, p. 440: Casa Editrice Dott.
- Périn, P. (2008). *La société par actions simplifiée*. París: Joly.
- Cozian, M. (2005). *Droit de sociétés*. París: Lexis-nexis.
- Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Boston: Brown & Company.
- Delga, J. (1998). *Le droit de société*. París: Dalloz.
- Temera, F. (2013). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Reyes, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.
- Reyes, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.
- Metke, R. (2006). *Lecciones de propiedad industrial III*. Bogotá: Baker & McKenzie.
- Lamarck, J. (1968). *Philosophie zoologique*. París: Bibliothèque 1018, París, 1968.
- Castro, M. (2010). *Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gil, J. (2008). *Estudio de derecho societario moderno y comparado*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Alsina, H. (1958). *Las nulidades en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América E.J.E.A.
- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio (Vol. II)*. Bogotá: Dike.
- Sentencias, C-374, C-409, C-539 (Corte Constitucional, 1997).
- Nulidades procesales* (1985). Buenos Aires: Astrea.
- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal (Vol. II)*. Bogotá: Dike.
- Rodríguez, L. A. (1987). *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Universidad.
- Sentencia tutela 69892 (Corte Suprema de Justicia, 28 de octubre de 2013).
- Auto 29332 (31 de marzo de 2008).
- Sentencia 24143 (29 de julio de 2008).
- Auto 24108 (30 de mayo de 2007).
- Sentencia 37695 (Corte Suprema de Justicia, 17 de noviembre de 2011).
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 30 de enero de 1990).
- Tratado de derecho procesal penal* (1949). Ediciones de Cultura Jurídica.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 7 de julio de 1987).
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, julio de 1989).
- El proceso penal* (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia, 12 de julio de 1989).
- Bernal, J. Y. (2002). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Novoa Velásquez, N. A. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba*. Bogotá: Dike.



TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DE LA LEY 1708 DE 2014

Por :Fernando Cañón Beltrán
Serafín Varela Martínez

Fernando Cañón Beltrán⁹⁹ y Serafín Varela Martínez¹⁰⁰

1. Introducción

Con el CPP, Ley 906, 2004, se afirmaron las responsabilidades en materia de policía judicial; con la nueva normatividad en materia de extinción de dominio (Ley 1708, 2014), esas responsabilidades cambiaron en la medida en que hay permanencia de prueba y el proceso es escrito (Ley 1708, 2014, art. 43). El cambio fundamental en las actuaciones de policía judicial, en esta norma especial en materia de extinción de dominio, está en las instituciones jurídicas antes mencionadas y el control judicial, el cual por regla general corresponde realizarlo al fiscal del caso y levantar un acta de esta actuación; de otra parte, está el control de legalidad rogado (Ley 1708, 2014, art. 115), con el cual se busca suplir el recurso de apelación que por la competencia y funciones judiciales otorgadas al fiscal, en esta ley estarían inmersas las decisiones que adopte en el desarrollo del procedimiento en la fase inicial (Ley 1708, 2014, art. 29).

Si bien es cierto, en la acción de extinción de dominio, desde la promulgación de la Ley 333 de 1996, el proceso ha sido escrito, tradición que siguió con la expedición de la Ley 793 de 2002, y sus diferentes modificaciones; además, que en la remisión normativa para llenar los vacíos legales se debía aplicar la Ley 600 de 2000 y luego el procedimiento civil. Con la expedición del Código de Procedimiento de Extinción de Dominio se continúa con la tradición escrita en este tema especial y, por lo tanto, no deja de representar un cambio radical con relación al sistema oral, que de manera progresiva se ha ido implementando en los sistemas procesales en el país; es decir, que se regresa a la tradición jurídica nacional, al mantener un proceso escrito, donde el fiscal cumple funciones judiciales, entre las que se destacan ejercer el control de legalidad formal y material de las actuaciones de investigación en la etapa inicial del procedimiento, y la permanencia de prueba hasta la fase final del proceso (Ley 1708, 2014, art. 150).

Además, se establecen nuevas instituciones procesales y se modifican sustancialmente las facultades de los funcionarios de la Policía Judicial, por lo que es importante que estos identifiquen claramente cuál es la naturaleza de su actividad y el alcance de

Abogado titulado, docente universitario, formado en Derecho Penal. Ha desempeñado cargos de dirección y responsabilidad en los sectores público y privado. Miembro honorario de la Organización Internacional para la Prevención del Crimen (IIPC) y miembro fundador de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Penal y Ciencias Penales (APDP). Miembro y asesor en comités de discusión y redacción del código procesal penal colombiano, y protocolos en investigación criminal. Actualmente Asesor Legal en el Programa de Adiestramiento y Asistencia Internacional en Investigación Criminal (ICITAP), del Departamento de Justicia de EUA. Magíster en Derecho Procesal Penal en la Universidad Militar Nueva Granada, en Bogotá. Diplomado sobre Sistemas de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo, SARLAFT/Sena. Certificado por Florida International Bankers Association, FIBA AMLCA, y la Universidad Internacional de Florida, FIU.

Abogado titulado, formado en Derecho Penal. Magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada, docente universitario y Escuela de Investigación Criminal - ESINC de la Policía Nacional de Colombia. Miembro activo de la Asociación Internacional de Identificación - IAI. Especialista en Análisis y Procesamiento de la Escena del Crimen, Técnicas Avanzadas de Entrevistas, Agente Especial ® investigador de Policía Judicial. Dirección de Investigación Criminal - DIJIN, de la Policía Nacional de Colombia. Áreas especiales de investigación. Delitos de homicidios, secuestros y extorsiones. Consultor/Instructor del Programa ICITAP DOJ, del Departamento de Justicia de la Embajada de Estados Unidos en Colombia. seraphycus1232@gmail.com

sus atribuciones en la investigación de la acción de extinción de dominio, a fin de poder ejercer una cuidadosa y eficiente labor en sus tareas investigativas en este tema especializado (Ley 1708, 2014, arts. 158 y 160).

Dado que algunas de estas instituciones ya se encontraban previstas en la Ley 1453 de 2011, en su art. 78, que modificó la Ley 1395 de 2010 y que adicionó el artículo 12 de la Ley 793 de 2002, con el artículo 12A, en el que se hace alusión a que: “Durante la fase inicial y de investigación con el propósito de recaudar pruebas que fundamenten el trámite de extinción, el fiscal podrá utilizar las siguientes técnicas de investigación...”, la incorporación nuevamente de estas instituciones jurídicas, agregando otras, como el agente encubierto, las entregas vigiladas, entre otras, no deja de generar, sin lugar a dudas, un modelo especial de investigación especializada para la acción de extinción de dominio, en la fase inicial y la fase de juicio, en la medida en que la primera fase es encomendada a la fiscalía, quien debe dirigir las labores investigativas que realiza la Policía Judicial, donde la ritualidad de los procedimientos es fundamental cumplirlos a cabalidad, teniendo en cuenta que estos son escritos y deben dejarse las constancias y anotaciones pertinentes que afirmen el cumplimiento de la ritualidad propia del debido proceso, para que la permanencia de pruebas no se vea afectada en la fase del juicio y comprometa el éxito de la investigación (Ley 1708, 2014, art. 116).

Por estas razones se ha elaborado la presente guía, con la finalidad de explicar el alcance del capítulo II de la Ley 1708, 2014, que tiene por título “técnicas de investigación”, y se abordan los temas de los actos de investigación, marco constitucional y legal de los actos de investigación, y de manera específica se tratará sobre las técnicas de investigación, de las cuales puede hacer uso el Fiscal General o sus delegados durante la fase inicial, descritas en el artículo 162 (Ley 1708, 2014), entre las que se encuentran las siguientes: el allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, búsqueda selectiva en bases de datos, la recuperación de información dejada al navegar por internet, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, agentes encubiertos, tratamiento de informantes y por último la infiltración y análisis de las organizaciones criminales. También se hará un acercamiento en el marco de la presente norma especial en materia de extinción de dominio, sobre la distinción de los actos de investigación que por su naturaleza jurídica no requieren órdenes ni autorización judicial para su realización, y las que implican limitación razonable de derechos fundamentales y, por lo tanto, deben contar con autorización judicial para su realización.

2.Marco constitucional y legal de los actos de investigación

Ciñéndose al marco normativo de la Constitución Nacional (Artículo 250 Numeral 8), que a la letra dice: “Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”, se observa que la Ley 1708, 2014), reafirma en el Fiscal General de la Nación o su delegado la función de investigación, con fundamento en la cual dirigirán las actividades de investigación requeridas dentro del proceso de extinción de dominio, en los siguientes términos: (Artículo 158, inciso 1) “DE LA FUNCIÓN DE INVESTIGACIÓN: El Fiscal General de la Nación o su delegado dirigirán las actividades de investigación

requeridas dentro del proceso de extinción de dominio y podrá adelantar por sí mismo o a través de orden emitida a los servidores que cumplan funciones de policía judicial, todos los actos de investigación que considere necesarios y conducentes para cumplir los fines constitucionales y legales de la acción de extinción de dominio”; en la lectura comparativa de las dos normas, se destaca que en la técnica legislativa de redacción de la Ley 1708 de 2014, artículo 158, se omitió el verbo “coordinar”, que aparece como segundo verbo de acción, unido por la conjunción “y” al verbo “dirigir”, en el texto constitucional antes citado (Constitución Nacional de Colombia, artículo 250, numeral 8).

Haciendo un análisis exegético de las normas, teniendo como base la jerarquía normativa del sistema jurídico colombiano, donde la Constitución Nacional es norma de normas, es decir, que toda ley, decreto o reglamento expedida por el legislador debe respetar los principios y reglas de orden constitucional, conceptuamos que tal omisión no afecta el artículo analizado, por cuanto el que puede lo más, de hecho puede lo menos, y la función de coordinación se encuentra inmersa en la de dirección de la investigación que realiza el Fiscal General de la Nación o su delegado en el proceso de extinción de dominio.

De otra parte, con la expedición del Código de Extinción de Dominio (Ley 1708, 2014) se cambió la estructura de la actividad investigativa planteada en el CPP, Ley 906, 2004), que debe adecuarse a los nuevos roles de la fiscalía, la defensa, los intervinientes y el juez en el proceso de extinción de dominio; al respecto, la Corte Constitucional a dicho: “Mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraría las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas” (Sentencia C-144, 2010). En efecto, estos elementos de la actividad investigativa, que surgen de la estructura misma del nuevo proceso de extinción de dominio, se pueden entender así:

2.1. Los actos de investigación tienen como finalidad en la fase pre-procesal recaudar las pruebas, ajustando los procedimientos a los lineamientos del debido proceso (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 29), para ajustar a los lineamientos constitucionales y legales el principio de permanencia de prueba, por cuanto estos serán utilizados en la fase de juzgamiento como prueba para que el juez verifique las pretensiones de las partes y los intervinientes, y el juez emita la sentencia que de acuerdo con lo probado le corresponda (Ley 1708, 2014, art. 150).

2.2. La Ley 1708, 2014, art. 159, establece los lineamientos de planeación, dirección y coordinación de los actos de investigación que cumple la Policía Judicial en los siguientes términos: “Corresponde al Fiscal General de la Nación o a su delegado, la dirección y coordinación técnica, funcional, operativa y jurídica de los actos de investigación que cumple la policía judicial, los cuales serán el producto de una planeación previa y coordinada entre el fiscal y el investigador, para el cumplimiento de los fines que le son propios de la fase inicial”. Esta disposición se armoniza con el artículo 162 (Ley 1708, 2014) y con la Constitución Política de Colombia, 1991, art. 250), donde se prevé que aquellas actuaciones de investigación que afecten derechos fundamentales requieren orden del fiscal de extinción de dominio.

2.3. Otro aspecto interesante de este Código de Extinción de Dominio es la forma como delimita la responsabilidad de los afectados que se opongan a la acción de extinción de dominio, con relación a la carga de prueba. Los afectados que se opongan a la pretensión de la fiscalía tienen la obligación de probar que los recursos con que adquirieron el bien objeto de extinción de dominio son de lícita procedencia, y a la fiscalía le corresponde aportar pruebas que desvirtúen la pretensión del afectado, es decir, que no hay buena fe y menos exenta de culpa: “La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario” (Sentencia C-1194, 2008), con que adquirió el bien objeto de la acción de extinción en el precitado proceso (Ley 1708, 2014, art. 152).

2.4. En forma sucinta en este acápite, se tratará lo relacionado con la naturaleza jurídica de orden constitucional, de la Acción de Extinción del Dominio, la cual se encuentra ubicada (Constitución Nacional de Colombia, art. 34, inciso 2). La extinción de dominio es una institución autónoma, de carácter patrimonial, que tiene juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales (Sentencia C-374, 1997).

En ese orden de ideas, las técnicas de investigación que vamos a desarrollar en este capítulo en forma específica, son las que se encuentran descritas en el artículo 162 (Ley 1708, 2014), comprendiendo que la fiscalía y la Policía Judicial son por parte del Estado quienes adelantan el proceso de extinción de dominio.

Por lo tanto, como lo hemos analizado hasta ahora, todos sus actos se encuentran sometidos al imperio de la constitución y la ley, siendo de obligatorio cumplimiento las reglas y principios que establece la Constitución Política de Colombia, 1991, y que desarrolla la Ley 1708, 2014, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano.

Se debe tener especial cuidado con el respeto del bloque de constitucionalidad; esto implica que si bien el nuevo ordenamiento en materia de extinción de dominio retoma principios tan contradictorios en el campo de la administración de justicia, como es el principio de permanencia de prueba, se deben respetar los derechos fundamentales de los asociados, aplicando estrictamente las reglas que limitan los actos de investigación, frente a cada actuación específica. “La jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que en la ordenación de procedimientos, el legislador goza de un amplio poder de configuración normativa, que para el caso de lo previsto en el artículo 150-2 de la Constitución, permite autónomamente determinar la estructura del procedimiento judicial a emplear en los diferentes casos y frente a los distintos sujetos, sometido sí al estricto cumplimiento de la preceptiva constitucional” (Sentencia C-144, 2010).

Por lo tanto, en adelante me ocuparé de analizar por separado cada acto de investigación, de los que la Ley 1708, 2014, en el artículo 162, denomina “TÉCNICAS

DE INVESTIGACIÓN”, con el fin de determinar su límite y alcance, cuando el fiscal decida hacer uso de ellos.

3. Allanamiento y registros

Por regla general, el domicilio y las propiedades son inviolables, y tanto autoridades y particulares deben respetarlo (Constitución Nacional de Colombia, art. 15); el acto de allanamiento y registro limita el derecho a la intimidad; por esta razón la doctrina lo define como “un acto de coersión real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quien está protegido por esa garantía, cumplido por una autoridad judicial con fines procesales y legitimado solamente cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley” (Claria Olmedo, 1962) citado por (Gonzalez Navarro, 2009, p. 299).

No obstante, la ley prevé los procedimientos que debe seguir la autoridad competente para realizar la diligencia de allanamiento, con el propósito de asegurar elementos materiales de prueba y evidencia física o información que sirva al esclarecimiento de los hechos que se investigan, procurando la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas, con el fin de cumplir de manera integral con los postulados de la justicia. *“La Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador al establecer restricciones a la libertad individual, es una competencia limitada y ha de ser ejercida conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que tales limitaciones no resulten arbitrarias, dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, por lo que la Corte ha dicho que limitaciones deben ser adecuadas para lograr el fin perseguido, necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos gravoso en términos de afectación de otros principios constitucionales, y por último, deben ser proporcionales stricto sensu, esto es, que no se afecten excesivamente valores y principios que tengan un mayor peso que el fin constitucional que se pretende alcanzar (Sentencia C-806, 2009).*

Esta diligencia en el marco de la ley (Ley 1708, 2014), se encuentra reglada en el artículo 163, donde se establece en el primer inciso que *“aquellas técnicas de investigación que impliquen limitación razonable de los derechos fundamentales, requerirán orden motivada del fiscal, quien después de su cumplimiento o ejecución deberá constatar su legalidad formal y material, y de encontrarla ajustada a derecho dejará constancia de ello, o de lo contrario, dispondrá su exclusión o la repetición de la actuación”*. El acto de investigación de allanamiento y registro, por su naturaleza limita el derecho a la intimidad, razón por la cual para su realización requiere que se cumplan, de acuerdo con lo reglado en la norma antes transcrita, los siguientes requisitos:

- Orden motivada del fiscal: significa esto que la orden debe estar sustentada en medio probatorio que tenga el motivo fundado, que sirva para sustentar la necesidad de la diligencia de allanamiento.
- Control de legalidad formal y material realizado por el mismo fiscal que expidió la orden: se colige de este requisito, que el fiscal no debe dar una orden de allanamiento y registro sin hacer el juicio de proporcionalidad, de necesidad, razonabilidad e idoneidad

de lo que se ordena, pues son estos elementos los que debe analizar al momento de hacer el control de legalidad formal; seguidamente, debe realizar el control material de la diligencia, donde evaluará el resultado y el respeto de los procedimientos protocolizados que debe cumplir la Policía Judicial en la materialización de la diligencia, tales como respetar los derechos de las personas que atiendan la diligencia, realizar el acta donde deben describir minuciosamente todas las actividades realizadas y los resultados de las mismas, tomar fotografías o video, siguiendo el protocolo establecido para la inspección a lugares, y realizar el croquis para objetivamente ubicar con medidas el lugar de los hallazgos.

La diligencia de allanamiento y registro al igual que la orden de captura deben ser actuaciones excepcionales y no llevarlas a convertirse en la regla general de una actividad que solo busca dar resultados, más conocidos en el ámbito institucional como positivos, en detrimento de los derechos fundamentales y por supuesto de la misma investigación.

Los requisitos formales que debe cumplir la orden de registro y allanamiento, se encuentran en el artículo 164 de la Ley 1708, 2014, donde se establecen de forma puntual los siguientes:

- Que haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentran elementos probatorios necesarios para el éxito del proceso de extinción de dominio. Es importante aclarar que los serios motivos que dan origen a la orden de allanamiento y registro deben tener respaldo probatorio, en alguno de los siguientes elementos: 1) En informe de policía judicial: donde el funcionario plasma las labores investigativas, a partir de las cuales se deduzca la necesidad de llevarlo a cabo. 2) Declaración jurada de testigo: debe tomarse por el fiscal, con el fin de realizar interrogatorio que le permita apreciar mejor la credibilidad del testigo. 3) Elementos materiales probatorios y evidencia física que establezca con veracidad la vinculación del bien objeto del registro con el proceso de extinción de dominio.

- Una providencia motivada expedida por el funcionario judicial (fiscal) competente. Es decir, que el funcionario judicial debe contar con serios motivos sustentados en elementos o información que le brinden convicción para expedir la orden.

- Seguidamente una orden escrita emitida por el Fiscal General o su delegado, que debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) motivos razonablemente fundados; 2) la identificación del bien objeto de la diligencia; 3) la descripción exacta del lugar o lugares por registrar; 4) el grupo de Policía Judicial responsable de la diligencia, y 5) el término para su cumplimiento, que no podrá ser superior a quince (15) días.

Sobre estos aspectos el fiscal, en cumplimiento de las funciones judiciales que le otorga la presente ley, debe ejercer el control de legalidad formal de la actuación. En caso de que la parte afectada decida acudir al control de legalidad rogado ante el juez de extinción de dominio, en la fase inicial del procedimiento, serán estos mismos requisitos los que evalúe el juez de extinción de dominio en el campo del control de legalidad formal.

Seguidamente encontramos el artículo 165 de la Ley 1708, 2014, en el cual se establecen los requisitos para la práctica del allanamiento y registro, de donde se pueden extraer los siguientes: 1) Podrá asistir el fiscal y el representante del ministerio

público. Obsérvese que la presencia del fiscal y el ministerio público es potestativa, es decir, que su asistencia a la diligencia no es obligatoria, pues la ley le ofrece la posibilidad de no asistir a la misma; en tal caso, debe el fiscal, dentro de los tres días siguientes a la presentación del informe de la diligencia, realizar control de legalidad formal y material de lo actuado, con lo que vuelve y se reafirma la regla del control de legalidad establecida en el artículo 163 ibídem. 2) Se debe procurar la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el procedimiento. Recordemos que de acuerdo con el lineamiento establecido en la Constitución Nacional, referente a la protección de los derechos fundamentales, son las autoridades las primeras comprometidas con su garantía y protección, no importa el origen de la actuación que legalmente permita su limitación, siempre hay otros derechos que se deben proteger y respetar. 3) Se debe levantar un acta donde se resuma la diligencia y el cumplimiento de la orden. 4) El fiscal deberá realizar control formal y material de lo actuado. Sobre este requisito ya se hicieron algunas precisiones en el numeral uno, pero en aras de aclarar este punto, se deben hacer las siguientes acotaciones: el control de legalidad está supeditado a que el fiscal y el ministerio público no asistan a la diligencia. Si asisten a la diligencia y lideran el procedimiento, el control de legalidad lo debe ejercer el fiscal y el ministerio público en el lugar donde se practique la diligencia; para ello, deben procurar garantizar la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas.

El segundo inciso del precitado artículo 165 prevé la circunstancia de encontrar elementos que constituyan conducta delictiva en flagrancia, en el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro, ordenada en el marco del proceso de extinción de dominio, delimitando esa situación de la siguiente manera: 1) se debe dejar constancia de ello en el acta; 2) se debe informar de inmediato a las autoridades de policía judicial competentes para adelantar los actos urgentes y actuaciones que resulten pertinentes.

De estos requisitos surgen varios interrogantes, pues debemos recordar que este tipo de diligencias, en muchos de los casos, se surten en sitios de difícil acceso y se tornan en situaciones especiales, de imposibilidad para llamar a una nueva unidad de policía judicial para que realice los actos urgentes, que bien puede agotar el grupo de policía judicial que fue comisionado para realizar la diligencia, pues debemos recordar que la Policía Judicial no se encuentra afectada por el factor de competencia, como sí ocurre con los jueces, cuya competencia se delimita por los factores funcional y territorial en forma general.

Por esta razón y para evitar posibles traumatismos para el futuro de las investigaciones penales que se deban seguir, al presentarse una circunstancia especial de esta naturaleza, proponemos que para realizar la diligencia de allanamiento, se organicen dos grupos de policía judicial que asistan a la misma, con el fin de que el segundo grupo se haga cargo inmediatamente se presente la circunstancia de flagrancia y avoque el conocimiento de los actos urgentes (CPP, Ley 906, 2004, art. 205) a que haya lugar; esto evitaría demoras injustificadas y se daría aplicación a los principios de eficiencia y eficacia con que se debe actuar en las investigaciones penales, para la preservación y protección de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que apoyen el esclarecimiento de los hechos y una pronta y efectiva administración de justicia (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 228).

La última situación que prevé la Ley 1708, 2014, con relación al tema de allanamientos, la encontramos en el artículo 166, “ALLANAMIENTOS ESPECIALES”, donde se establecen los procedimientos de orden internacional, constitucional y legal que se deben seguir cuando el allanamiento y registro se va a realizar en un bien inmueble o nave que gozan de inmunidad diplomática (Sentencia C-788, 2011): *“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmunidad se deriva de una regla de derecho internacional público, reconocido por la costumbre y varios instrumentos internacionales, en virtud del cual ‘los agentes y bienes de Estados extranjeros deben ser inmunes frente a la actuación coercitiva de las autoridades públicas de los Estados huéspedes’. En este sentido, la Corte ha sostenido que el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser entendido en concordancia con tres elementos: (i) el artículo 9 de la Constitución Política según el cual, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia; (ii) la soberanía, independencia e igualdad de los Estados; y (iii) en el caso de los organismos y agencias internacionales, la necesidad de que los mismos gocen de independencia para el cumplimiento de su mandato. Así, en criterio de la jurisprudencia, los privilegios e inmunidades de los Estados y las agencias internacionales huéspedes en Colombia, ‘queda[n] supeditado[s] a que, efectivamente, propendan por la defensa de la independencia, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate’ ”.* Donde se coligen los siguientes requisitos: 1) Se debe pedir la venia al agente diplomático, mediante oficio en el cual rogará que conteste dentro de las 24 horas siguientes. 2) El oficio se debe remitir por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. 3) Si se trata de la residencia u oficina de un cónsul, se dará aviso al mismo, y en su defecto, a la persona a cuyo cargo estuviere el inmueble objeto de registro. Pues bien, a juicio del análisis de toda la sección, una vez obtenida la autorización diplomática para realizar el allanamiento y registro, la ejecución de la orden se debe ceñir al cumplimiento de los requisitos de orden formal y material, comentados en este acápite de este escrito.

Como conclusión de la dinámica propia de la diligencia de registro y allanamiento, reglada en la Ley 1708, 2014, en el proceso de extinción de dominio, podemos establecer lo siguiente: 1) La providencia motivada la expide la Fiscalía General de la Nación o su delegado, en cumplimiento de las funciones judiciales que le otorga el Código de Extinción de Dominio en la fase inicial del proceso. 2) La orden a la Policía Judicial la expide la Fiscalía General de la Nación o su delegado, con el fin de que cumpla con la diligencia de allanamiento y registro. 3) El control de legalidad formal y material de la orden y la actuación la realiza el fiscal que expide la orden, cuando no asiste a la diligencia. 4) Los afectados pueden hacer uso del control de legalidad rogado (Ley 1708, 2014, art. 111), en cuyo caso, lo realiza el juez de extinción de dominio. 5) Los procedimientos de ejecución de la orden en forma general, siguen los mismos lineamientos de la Ley 906 de 2004, en el entendido, que el grupo de policía judicial comisionado para realizarlo, debe aplicar los protocolos estandarizados (Manual de procedimientos Fiscalía, 2009) para cumplir con esta labor.

4. Interceptación de comunicaciones

Este acto de investigación se desarrolla mediante acciones de orden técnico, que buscan captar información que se recibe por medio de comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético (Sentencia C-570,

2010): “El espectro electromagnético ha sido definido como una franja de espacio alrededor de la Tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales, radicando su importancia en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia, que permite a su vez la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones...”, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso (Ley 1708, 2014, art. 167).

La interceptación de comunicaciones debe ser realizada por las entidades encargadas de la operación técnica, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la orden. La decisión de interceptar las comunicaciones debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías (Ley 1708, 2014, inciso 2). Con relación a este punto se debe llamar la atención, en el entendido de que la estructura administrativa de la fiscalía acaba de ser modificada, siendo necesario establecer cuál de las recién creadas gerencias homologa las funciones de la antigua Dirección Nacional de Fiscalías, para cumplir con la remisión de la decisión a la gerencia correspondiente (Decreto 016, 2014). Hasta el momento de finalizar el presente escrito, no había pronunciamiento interno de la fiscalía al respecto.

Por tratarse de una actuación que afecta en forma directa el derecho a la intimidad de los asociados, se impone en todos los casos y circunstancias que medie el proceso de extinción de dominio, el deber de fundamentar la orden por escrito y la obligación a las personas que participen en la diligencia de interceptación de comunicación de guardar la debida reserva (Ley 1708, 2014, inciso 3).

De otra parte, se impone la obligación perentoria, tanto a la fiscalía, como a la Policía Judicial y a cualquier persona que participe en la actuación, en forma expresa, que por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones de los abogados que ejerzan la representación judicial de los sujetos procesales (Ley 1708, 2014, inciso 4); con esta norma se busca proteger el derecho fundamental de la inviolabilidad del secreto profesional, el cual tiene íntima relación con el derecho a la intimidad de las personas (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 15); al respecto, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera: “El secreto profesional tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto: ‘Se reserva para la privacidad o exclusividad, con un doble fin: primero, para no dejar indefensa a la persona, al despojarla de la introspección necesaria para vivir dignamente, con su privacidad natural. Y segundo, por la honra, buen nombre y buena fama del depositante del secreto, que deben quedar incólumes. Se habla de reserva, lo cual indica que el conocimiento se guarda para algo específico, que debe ser utilizado en la confidencialidad y exclusividad propias del oficio. Se viola el secreto cuando se divulga, no necesariamente cuando se revela ante quienes también deben, jurídicamente hablando, compartir la reserva” (Sentencia C-301, 2012).

Asimismo, se faculta al fiscal para que disponga de la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiera realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación, las que se deben trasladar al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario (Ley 1708, 2014, incisos 5 y 6).

La identificación de una persona que deja su registro de voz en una conversación telefónica o cualquier otro medio técnico, se puede realizar por medio de la consulta de los datos de los propietarios de las líneas telefónicas, información que se debe encontrar registrada en las bases de datos de los operadores del sistema nacional de comunicaciones, entre otras.

Un aspecto que no se encuentra reglado en el presente Código Especial de Extinción de Dominio, es el tema de la vigencia de la orden, pero suple este asunto, con la remisión normativa del artículo 26, numeral 2 de la Ley 1708 de 2014, para que en las técnicas de indagación e investigación, se aplique el procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, exceptuando lo relativo a los controles judiciales por parte del juez de control de garantías o de la Dirección Nacional de Fiscalías.

En ese orden de ideas, la vigencia máxima de la orden de interceptación será de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, si subsisten los motivos que la originaron (CPP, Ley 906, 2004, art. 235).

La facultad que se atribuye al fiscal relacionada con expedir orden de interceptación de comunicaciones, sin que tenga que someterla a control de legalidad ante juez de control de garantías, tiene su sustento en el procedimiento especial que desarrolla el nuevo Código de Extinción de Dominio, en el que, como ya se explicó al comienzo de este escrito, goza de unos atributos especiales, relacionados con la autonomía de la acción, las funciones judiciales que detenta el fiscal y la intemporalidad de la acción.

5. Búsqueda selectiva en bases de datos

La Corte Constitucional en un novedoso pronunciamiento jurisprudencial, ubicó esta actuación dentro de aquellas que requieren orden judicial previa cuando se trata de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, bajo la comprensión de que esta diligencia se ubica dentro del ámbito de operatividad del derecho fundamental al habeas data, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sent. 336 de 2007).

Bajo estas consideraciones se analizará el alcance del artículo 170 de la Ley 1708 de 2014, el cual, en forma general, determina la competencia de la fiscalía para ordenar a la Policía Judicial, en el desarrollo de las actividades investigativas, que realice búsqueda o comparaciones de datos contenidos en bases mecánicas, magnéticas u otras similares.

En el marco de la ley de extinción de dominio en la fase inicial del procedimiento, el fiscal cumple funciones judiciales atendiendo la naturaleza jurídica de este proceso. Por lo tanto, no surge ninguna limitación de orden legal o constitucional que impida al fiscal la producción de dicha orden, puesto que el lineamiento especial de este proceso le otorga la materialización de una de las funciones que tiene la fiscalía, por estar adscrita a la rama judicial, cual es la de cumplir funciones judiciales.

Así las cosas, el fiscal de extinción de dominio debe ser respetuoso de las garantías constitucionales y legales de los afectados con este procedimiento, para lo cual debe

realizarlo en los términos que le impone este código y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, exceptuando el control de legalidad del juez de control de garantías, por cuanto es una función que el Código de Extinción de Dominio le otorga al fiscal, quien debe ejercer el control de legalidad formal y material, sobre la ejecución de la actuación.

6. Recuperación de información dejada al navegar por internet

El fiscal, siempre que tenga motivos razonablemente fundados para inferir que a través de internet u otros medios tecnológicos, similares o equivalentes, se ha transmitido información útil para el proceso de extinción de dominio, puede ordenar la recuperación de la información transmitida, con el fin de que sirva de prueba en dicho proceso.

Para el cumplimiento del fin descrito en el párrafo anterior, el fiscal puede ordenar la aprehensión del computador, computadores, servidores, disquetes, discos compactos, unidades de almacenamiento masivo, memorias extraíbles y demás medios de almacenamiento físico, que pueda haber utilizado el o los afectados con la acción de extinción de dominio.

Los equipos o elementos aprehendidos se someterán al análisis de expertos en informática forense para que descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen. El tiempo con que cuentan estos expertos, se limitará exclusivamente al necesario para la captura de la información, e inmediatamente se deben devolver los equipos incautados (Ley 1708, 2014, art. 171).

En el desarrollo de esta actuación se ve afectado el derecho fundamental de la intimidad y, por tanto, el fiscal en aplicación de los principios especiales contemplados en este código, debe ejercer el control de legalidad formal y material sobre la ejecución y el resultado de la orden. De otra parte y aplicando la remisión normativa (Ley 1708, 2014, art. 26), se aplica el procedimiento del CPP, Ley 906, 2004, art. 236.

Lo anterior sin detrimento del derecho que le asiste a los afectados para presentar control de legalidad rogado ante el juez de extinción de dominio.

7. Vigilancia y seguimiento de personas

Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, previa orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá disponer que la Policía Judicial adelante el seguimiento pasivo de una persona por un tiempo determinado, siempre que existan motivos razonablemente fundados, para inferir que ella puede conducirlo a conseguir información útil para el proceso de extinción de dominio. Si en el lapso de un (1) año no se tuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse si surgieren nuevos motivos (Ley 1708, 2014, art. 169, inciso 1). En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar

todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante para el trámite de la extinción de dominio, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad de terceros (Ley 1708, 2014, art. 169, inciso 2).

El seguimiento y vigilancia de personas se sintetiza en la acción de mantener bajo observación a la persona o personas que se presume son titulares de derechos sobre los bienes objeto del procedimiento de extinción de dominio, con el fin de obtener información útil para el proceso de extinción de dominio.

Para ordenar la vigilancia y seguimiento de personas en el proceso de extinción de dominio, el Fiscal General de la Nación o su delegado deben contar con motivos razonablemente fundados para inferir que la persona puede conducirlos a conseguir información útil para dicho proceso. Como se ha explicado en otros acápite de este escrito, los motivos razonablemente fundados deben estar sustentados objetivamente en información recibida de fuente confiable, elemento material probatorio o evidencia física, que permitan inferir que la ejecución de esta actuación producirá información útil para los fines del proceso de extinción de dominio.

También se observa que en la expedición de la orden, se debe limitar el tiempo a un (1) año para la ejecución del seguimiento y vigilancia; si en el lapso de un año no se tuvieron resultados, la orden se debe cancelar, lo que no es óbice para que si aparecen nuevos motivos, el fiscal la vuelva a expedir.

Recordemos que este tipo de actuaciones son limitativas del derecho a la intimidad, y como tal, el fiscal que expida la orden debe realizar el control de legalidad formal y material de las labores desarrolladas en la ejecución de la misma. Como de acuerdo con el mandato legal, esas actividades deben quedar registradas en cualquier medio que la técnica aconseje, y en particular se hace referencia a las fotografías y videos, serán estos documentos los que analizará el fiscal para realizar dicho control de legalidad.

De otra parte, se recuerda que si los afectados con el procedimiento lo consideran necesario, pueden acudir ante el juez de extinción de dominio, haciendo uso del control de legalidad rogado que establece la presente ley.

Por lo demás, siguiendo el mandato de la Ley 1708, 2014, art. 26, el procedimiento se debe ajustar a los lineamientos establecidos en el CPP, Ley 906, 2004, art. 239, exceptuando el control de legalidad ante el juez de control de garantías.

8. Vigilancia de cosas

Esta actuación se relaciona con la actividad de mantener bajo observación por un lapso de tiempo (máximo un año) lugares o cosas, entendidos estos como bienes muebles o inmuebles, encaminada a la obtención de información útil para el proceso de extinción de dominio (Ley 1708, 2014, p. art. 168). Se le permite a la Policía Judicial en la ejecución de la orden, emplear cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad de algún ciudadano.

De la misma forma que para el seguimiento y vigilancia de personas, se recalca aquí el valor del derecho a la intimidad, tal como lo contempla la norma estudiada, en el

entendido de que el respeto de este derecho se constituye en una limitante para la ejecución de esta actividad.

Por lo antes expuesto, la Policía Judicial debe ser muy cuidadosa al momento de escoger los medios técnicos idóneos para la ejecución de esta actividad, puesto que no resultaría compatible con el respeto de la dignidad humana, la utilización de medios técnicos para la vigilancia de cosas que invadan la órbita de la expectativa razonable de intimidad de algún ciudadano.

Así las cosas, se deduce que para respetar debidamente el derecho a la intimidad, la vigilancia de cosas debe darse en el ámbito de lo público, y excepcionalmente en los espacios privados donde no sea exigible, por renuncia del mismo ciudadano a la expectativa razonable de intimidad.

El control de legalidad formal y material, tal como se ha venido explicando en el devenir del presente escrito, lo debe realizar el fiscal que expidió la orden; para ello, también le asiste al ciudadano que sea afectado con la actuación el derecho de interponer el control de legalidad rogado ante el juez de extinción de dominio.

Por lo demás, se sigue el mandato de la Ley 1708, 2014, art. 26; el procedimiento se debe ajustar a los lineamientos establecidos en el CPP, Ley 906, 2004, art. 340, exceptuando el control de legalidad ante el juez de control de garantías.

9. Entregas vigiladas

En lo relativo a este tema, se deben hacer las siguientes salvedades: La Ley 1708 de 2014, en el capítulo II, Técnicas de investigación, no establece el procedimiento para ejecutar esta técnica de investigación; no obstante lo anterior, en el artículo 26 de la precitada ley se reglamenta lo atinente a la remisión normativa, y en el numeral dos (2) se describen las técnicas especiales de investigación, *tales como interceptación de comunicaciones, los allanamientos y registros, la búsqueda selectiva en bases de datos, las entregas vigiladas, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, la recuperación de información dejada al navegar por internet y las operaciones encubiertas*, que para el efecto y desarrollo del Código de Extinción de Dominio, se aplicarán los procedimientos previstos en el CPP, Ley 906, 2004, y excepto en lo relativo a los controles judiciales por parte del juez de garantías o de la Dirección Nacional de Fiscalías, así como todo aquello que no sea compatible con el procedimiento previsto en este código.

Las entregas vigiladas son una técnica de investigación que se menciona en el numeral dos (2) antes citado, y como no aparece reglamentado en la Ley 1708, 2014, el procedimiento para aplicarla, se debe seguir el procedimiento que se encuentra reglamentado para las entregas vigiladas en el CPP, Ley 906, 2004, art. 243, exceptuando lo relativo al control de legalidad, el cual por ser el Código de Extinción de Dominio un procedimiento especial, en el que la fiscalía detenta las funciones judiciales que le otorga la constitución y la ley, ejerce el control de legalidad de manera autónoma, en cuya aplicación debe verificar la legalidad formal y material de las actuaciones ordenadas y ejecutadas por la Policía Judicial.

De este modo, las entregas vigiladas, como técnica que permite que bienes de origen ilícito o sospechoso o sus sustitutos pasen a través, se introduzcan o salgan del territorio de uno o más países o se trasladen o transfieran dentro del territorio nacional, con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes, con el propósito de identificar a las personas afectadas con la acción de extinción de dominio dentro o fuera del país, tienen plena aplicación en este procedimiento especial de extinción de dominio (Gonzalez Navarro, 2009, p. 516).

Es decir, que cuando haya motivos razonablemente fundados, basados en los medios cognocitivos previstos en la ley de extinción de dominio, a partir de los cuales se pueda inferir que el afectado con la acción, dirige o de cualquier forma interviene o haya informe de agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, el fiscal podrá ordenar la realización de entrega vigilada de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra o alquiler o simple tenencia se encuentre dentro de los bienes objeto de extinción de dominio. Se entiende como entrega vigilada el dejar que los bienes muebles se transporten en el territorio nacional o salgan de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de Policía Judicial especialmente entrenados y adiestrados (Ley 906, 2004, art. 243).

No obstante lo anterior, la ley de extinción de dominio debería reglamentar este procedimiento, con el fin de establecer cuáles bienes, en el marco de este proceso especial, serían objeto de entregas vigiladas. Esta técnica de investigación sería aplicable respecto de remesas de dinero y documentos o títulos valores de dudosa procedencia, para identificar a todas las personas, naturales o jurídicas, que intervengan en las operaciones, con el fin de afectarlos en el proceso de extinción de dominio.

Esta técnica de investigación tuvo su origen en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en la que en su artículo 11, numeral 1, se lee: “Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas” (González N., 2009, pág. 517).

El Fiscal General de la Nación estableció los parámetros sobre los cuales se deben realizar las diligencias de entrega vigilada o controlada, sus alcances, límites, intervinientes, controles y obtención de autorizaciones, así como también la manera en que se deberá ejercer la vigilancia o control de la remesa ilícita, dentro del marco del debido proceso, el respeto a los derechos fundamentales, los principios y normas rectoras del Código de Procedimiento Penal, y el cumplimiento de los fines de la investigación.

Entrega vigilada: Por entrega vigilada se entiende la técnica especial de investigación mediante la cual las autoridades permiten el tránsito de una remesa ilícita de un sitio a otro, al interior del país, o su salida o ingreso, siempre y cuando sobre la misma se ejerza un control y vigilancia permanente, con el fin de obtener medios de prueba o evidencia física o información para los fines de la investigación judicial en materia penal o en el proceso especial de extinción de dominio, entre otros.

Para los efectos de esta reglamentación, los términos entrega vigilada y entrega controlada tendrán un mismo significado y podrán ser utilizados indistintamente. Las operaciones propias de este procedimiento se adelantarán de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno, en consonancia con los instrumentos internacionales vigentes para Colombia.

Remesa ilícita: Se entenderá por tal el objeto sobre el cual recae la conducta delictiva investigada, cuyo transporte lo realicen personas que lo lleven consigo o se envíe como carga (F.G.N., Resolución 0-2450, 2006).

En cuanto la aplicación de esta técnica de investigación especial de entrega vigilada o controlada, en el marco del proceso de extinción de dominio, el Fiscal General de la Nación debe actualizar la resolución antes citada, debido a la naturaleza de la acción de extinción de dominio y la ritualidad del procedimiento que reglamenta la Ley 1708, 2014, especialmente en lo que tiene que ver con la permanencia de prueba, control de legalidad y la ritualidad del expediente escrito.

10. Agentes encubiertos

El Fiscal General de la Nación o su delegado podrán ordenar la actuación de agentes encubiertos, en el marco del proceso de extinción de dominio, cuando: 1) Tengan motivos razonablemente fundados para inferir que los bienes objeto del proceso de extinción de dominio pertenecen o están relacionados con alguna organización criminal. 2) Siempre que esta actuación resulte indispensable para el éxito del proceso.

De otra parte, pueden ser agentes encubiertos uno o varios funcionarios de la Policía Judicial, o incluso particulares pueden actuar en esta condición y realizar: 1) Actos extrapenales con trascendencia jurídica. 2) Intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones de la organización criminal. 3) Si fuere necesario, adelantar transacciones con los miembros de la organización criminal.

Si el agente encubierto advierte que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, está en la obligación de informarlo al fiscal para que disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la Policía Judicial, con la finalidad de que se recoja la información y los elementos materiales probatorios hallados.

También el Fiscal General de la Nación o su delegado podrán disponer que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza de los miembros de la organización criminal, para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios.

La actuación del agente encubierto no puede extenderse por un periodo superior a un (1) año, prorrogable por un año más si hay debida justificación. Una vez vencido el plazo señalado y no se hubiere obtenido ningún resultado, se debe cancelar la orden.

Si la orden para utilizar agentes encubiertos la expide un fiscal delegado, se debe solicitar la autorización previa de la Dirección Nacional de Fiscalías. La estructura administrativa de la Fiscalía General de la Nación fue modificada (Decreto 016, 2014);

en ese orden de ideas, es importante establecer, de acuerdo con la nueva estructura, cuál será la gerencia que asume las funciones que venía cumpliendo la Dirección Nacional de Fiscalías, en el entendido de que esta desapareció en la actual estructura orgánica del ente investigador y hasta ahora no hay norma que redefina esa función.

La legalidad formal y material de la actuación de los agentes encubiertos, en el marco del proceso especial de extinción de dominio, debe ser adelantada por el Fiscal General de la Nación o su delegado, dentro de los tres días siguientes a la terminación de la operación encubierta (Ley 1708, 2014).

Por lo demás, se sigue el mandato de la Ley 1708, 2014, art. 26; el procedimiento se debe ajustar a los lineamientos establecidos en el CPP, Ley 906, 2004, art. 340, exceptuando el control de legalidad ante el juez de control de garantías.

La preocupación que genera en el contexto internacional la existencia de grupos u organizaciones criminales de carácter internacional, llevó a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a emitir la Convención contra el crimen transnacional organizado, del 15 de noviembre de 2000, la cual entró en vigor en el año 2003, y en su artículo 20, con el título de técnicas especiales de investigación, se establece la posibilidad de que los Estados recurran, para “combatir eficazmente la delincuencia organizada”, al uso de operaciones encubiertas, quedando supeditada a que “lo permitan los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico” del respectivo Estado.

En Colombia estas técnicas de investigación son novedosas, por cuanto las mismas se comenzaron a usar con reglamentación jurídica, a partir de la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002, que modifica la Constitución Política, dando origen al nuevo ordenamiento penal (CPP, Ley 906, 2004) y la consecuente reglamentación, que ha expedido la Fiscalía General de la Nación como ente rector de la investigación en el país.

11. Informantes

La fase inicial del proceso de extinción de dominio la debe adelantar en forma oficiosa la Fiscalía General de la Nación, por información que llegue a su conocimiento, la cual debe ser evaluada con objetividad, para determinar que el fundamento sea serio y razonable, de tal forma que permita inferir la probable existencia de bienes cuyo origen o destinación se enmarque en las causales previstas en la ley, para adelantar la acción de extinción de dominio (Ley 1708, 2014, art. 117).

La información para dar inicio a la fase inicial del proceso de extinción de dominio le llega a la fiscalía, a través de denuncia, que por deber constitucional y legal todo ciudadano está obligado a presentar, cuando tenga conocimiento de la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio; asimismo, los servidores públicos están obligados a denunciar la existencia de bienes en las condiciones antes descritas, pues el incumplimiento de este deber se convierte en falta grave, que se deberá investigar y sancionar siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley 734 de 2002, código único disciplinario (Ley 1708, art. 119).

De otra parte, se establece un régimen de recompensa en favor de los particulares

que reporten de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuyan a la obtención de evidencia para la declaratoria de extinción de dominio, o que las aporten, evento en el cual el particular podrá recibir hasta el 5% del producto que el Estado obtenga por el remate de dichos bienes (Ley 1708, art. 120).

Al efecto, debe connotarse que las normas analizadas en los acápites anteriores tienen como finalidad la obtención y manejo de información que sirva para iniciar el proceso de extinción de dominio, por lo que a los particulares que denuncien la existencia de bienes ilícitos se les debe tratar como informantes, con el fin, en primer lugar, de evaluar la información, y en segundo lugar, brindarles la protección que por la peligrosidad de las organizaciones criminales afectadas en el proceso de extinción de dominio, puedan poner en riesgo su integridad personal.

Sobre este punto, se debe llamar la atención a la fiscalía y a la Policía Judicial especializada en el proceso de extinción de dominio, para que las fuentes humanas de información se manejen de acuerdo con las técnicas de protección de testigos implementadas por la Fiscalía General de la Nación (Decreto 1737 de 2010).

Los informantes son personas que por su rol en la sociedad, actividad profesional, capacidad de relacionarse con otras personas, adquieren conocimientos e información, que en el desarrollo de las investigaciones son útiles al investigador, lo que los convierte en informantes esporádicos o permanentes, que brindan acceso a datos, personas y escenarios donde se llevan a cabo actividades al margen de la ley.

En ese orden de ideas, el informante es una fuente especial de obtención de información, que como tal, se debe tratar con procedimientos especiales de protección, manejo y evaluación, tanto de la fuente (persona) y los datos que transmite. El respeto a la dignidad humana, la protección de la vida del informante y su entorno familiar son esenciales para el tratamiento de este tipo de fuente de información.

En conclusión, el manejo de informantes se debe realizar siguiendo la metodología de la técnica de entrevistas, con el fin de evaluar objetivamente el comportamiento verbal y no verbal del informante entrevistado, para clasificar la información y el informante de acuerdo con la credibilidad que brinde el proceso de obtención de información, siguiendo dicha técnica.

12. Análisis e infiltración de organizaciones criminales

Es una actuación que adopta el Fiscal General de la Nación o su delegado cuando tienen motivos razonablemente fundados para inferir que los bienes objeto del proceso de extinción de dominio pertenecen o están relacionados con alguna organización criminal (Ley 1708, 2014, art. 172). Ejecuta el análisis de la organización criminal la Policía Judicial, bajo órdenes de la fiscalía, con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma.

Hecho el trabajo de análisis, la Fiscalía ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren, con el fin de

obtener información útil para la investigación de extinción de dominio que se adelanta.

La operación de agente encubierto se debe adelantar de conformidad con el artículo 173 de Ley 1708 de 2014, en el cual se desarrollan las reglas bajo las cuales se hace uso de los agentes encubiertos, actuación especial que fue analizada en el presente escrito.

El inciso final del artículo 172 de la Ley 1708 de 2014 establece que las actuaciones previstas en el precitado artículo se sujetarán a los presupuestos y limitaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Esta norma ratifica el cumplimiento y aplicación del bloque de constitucionalidad, previsto en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, sobre el que la Corte Constitucional a dicho lo siguiente: “La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta ‘por... normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu” (Corte Constitucional, 2003).

Por lo demás, se sigue el mandato de la Ley 1708, 2014, art. 26); el procedimiento se debe ajustar a los lineamientos establecidos en el CPP, Ley 906, 2004, art. 241, exceptuando el control de legalidad ante el juez de control de garantías.

13. Conclusión

En el marco del proceso especial de la acción de extinción de dominio, establecido en la Ley 1708 de 2014, que entra en vigencia a partir del 20 de julio del presente año, el manejo de la prueba se lleva a cabo por medio de procedimientos rigurosos desde el comienzo de la investigación, siendo especialmente exigente con el respeto del debido proceso, con el fin de dar piso jurídico al principio de permanencia de la prueba.

Asimismo, las técnicas especiales de investigación que hasta el momento se han analizado en el presente escrito; es necesario recordar que a distintos estadios la comunidad internacional ha generado tratados y convenios en los que se reconocen a todas las personas derechos fundamentales, entre los que encontramos cuando menos los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, que añaden derechos y garantías de clara incidencia en los procesos.

En la misma línea, y guiando el tema hacia el eje central de este capítulo, la naturaleza de las técnicas especiales de investigación que se llevan a cabo por medio de agente encubierto o infiltrado, la entrega vigilada, el agente encubierto o la vigilancia electrónica son procedimientos de investigación que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que desarrolla la criminalidad organizada (Gonzalez Navarro, 2009, p. 513).

La legitimación de este tipo de procedimientos de investigación especiales se promueve a partir de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000. Esta convención le dio el carácter de técnicas especiales de investigación a los siguientes procedimientos: la entrega vigilada, el uso de agentes encubiertos y la vigilancia electrónica.

La convención establece los principios que rigen el procedimiento para la investigación del agente infiltrado, así: 1) Necesidad, es decir, que solo son válidas las actuaciones necesarias para llevar a buen fin la investigación. 2) Proporcionalidad, es decir, que los comportamientos ilícitos del agente infiltrado deben ser menores que los beneficios que se logren para la investigación que se adelanta. 3) Interdicción de la provocación delictiva: el agente se infiltra para desarticular una organización delictiva preexistente; por tal razón, en el curso de su investigación no puede inducir, provocar o facilitar la comisión de ningún delito.

Es así que los investigadores que obren en estas calidades, en cumplimiento de una orden del fiscal director de la investigación, en el marco del proceso de extinción de dominio, deben ajustar su comportamiento al respeto de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta el principio de ponderación para determinar la necesidad de prueba y la interdicción de estos.

Para finalizar, atendiendo la remisión normativa de la Ley 1708, 2014, art. 26, se establece que el procedimiento para las técnicas de indagación e investigación y los actos especiales de investigación se deben ajustar a los lineamientos establecidos en el CPP, Ley 906, 2004, exceptuando el control de legalidad ante el juez de control de garantías.

Se exceptúa el control de legalidad ante el juez de control de garantías, por cuanto esa función, en aplicación de las funciones judiciales que la ley le asigna al fiscal, es de su competencia realizar dicho control de legalidad formal y material, motivo por el cual se deduce que el proceso de extinción de dominio es especial y único en esa materia.

Bibliografía

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).*
Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería, 25 de Febrero de 2009).
Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de Agosto de 2003).
Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de Diciembre de 2002).
Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de Noviembre de 2002).
Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 28 de Agosto de 1997).
Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 23 de Octubre de 1997).
Diario Oficial núm 45046. (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial .
Sentencia C-111 (Corte Constitucional. M.P. Álvaro Tafur Gálvis. 9 de Febrero de 2000).
Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 2011).
Diario Oficial núm 42945. (23 de Diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial .
Diario Oficial núm 42945. (23 de Diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).
Diccionario de la enciclopedia Larrouse. (1995).
TAMAYO, M. (2004). EL PROCESO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTIFICA (4a. ed.). Ciudad de Mexico, Mexico: Limusa.

- ESTEBANEZ, E. G. (2006). *New Atlantis*. Madrid, España: Akal, S.A.,.
- BACON, F. (1620). *Novum organum scientiarum*.
- OSSORIO, M. (1981). *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES*. BUENOS AIRES, ARGENTINA: HELIASTAS.R.L.
- Ley 1708. (Enero de 2014). Bogotá, Colombia.
- CCP. (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.
- CPP. Ley 906. (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. TRIGÉSIMA CUARTA EDICIÓN. BOGOTÁ, Colombia: Leyer.
- Ley 1708. (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 250 Número 8. Colombia.
- Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia 2010).
- Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia 2008).
- Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).
- Claría Olmedo, J. A. (1962). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Gonzalez Navarro, A. L. (2009). *Los actos de Investigación En El proceso Penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional 2009).
- Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional 2011).
- Manual de procedimientos Fiscalía. (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía*. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.
- Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia 2010).
- Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia 2012).
- Decreto 016. (10 de enero de 2014).
- Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional 2003).
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia 336.
- F.G.N. (2006). Resolución.
- 1737, D. (2010).
- Fiscal General de la Nación. (2013). *Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio*.
- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá D.C.: Temis.
- Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*. Lima: Juristas Editores.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Cordoba Triviño 2003).
- Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados*. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena. Washington D.C.: Banco Mundial.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*.
- Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub 2011).
- Pabon Parra, P. A. (2013). *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Avella Franco, P. O. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C.: Ediciones el Profesional.
- Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltran Sierra 2005).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá D.C.: Editorial Scripto Ltda.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito*. Tegucigalpa: Poder judicial de Honduras.
- Roldan Alvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio 31 de marzo de 2009).
- Sentencia C 374 (Corte Constitucional MP. José Gregorio Hernandez Galindo 1997).
- Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sanchez Perez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional*. Bogotá: Agencia GIZ.
- Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cumbre Judicial Iberoamérica. (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamerica, Brasilia*.
- Sentencia C 591 (Corte Constitucional MP Clara Inés Vargas Hernandez 2005).
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I)*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de

Colombia.

Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN EEUU: Palibrio.

Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.

Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá D.C.: Temis.

Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas 2002).

Ministerio de Justicia. (1996). *Proyecto de Ley 016*.

Fiscalía General de la Nación. (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 or medio del cual se exide el Código de Extinción de Dominio*.

Sentencia T 429 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C 680 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia C 680 (Corte Constitucional 1996).

Arboleda Ripoll, F. (Sin año). *La revisón. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C 740 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C 871 (Corte Constitucional 2003).

Radicado No. 22451. (Corte Suprema Dde Justicia. Sala de Casación Penal 18 de Noviembre de 2004).

Radicado No.19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal 6 de octubre de 2004).

Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicvia. Sala de Casación Penal 6 de mayo de 2009).

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T 429.

Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercería*. Bogotá: Universida Externado de Colombia.

Rad.110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio. 9 de Marzo de 2011).

Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.

Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.

Roblot., G. R. (1986, p.140). *Traité élémentaire de droit commercial*. París: LGDJ.

Vivante, C. (1912). *Le società commerciali*. Milán, p.440: Casa Editrice Dott.

Périn, P. (2008). *la société par actions simplifiée*. París: Joly.

Cozian, M. (2005). *Droit de sociétés*. París: Lexis-nexis.

Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Boston: Brown & company.

Delga, J. (1998). *Le droit de société*. París: Dalloz.

Ternera, F. (2013). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Reyes, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.

Reyes, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.

Metke, R. (2006). *Lecciones de propiedad industrial III*. Bogotá: Baker & McKenzie.

Lamarck, J. (1968). *Philosophie zoologique*. . París: Bibliothèque 1018, Paris, 1968.

Castro, M. (2010). *Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad de Los Andes.

Gil, J. (2008). *Estudio de derecho societario moderno y comparado*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Alsina, H. (1958). *Las nulidades en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América E.J.E.A.

Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio (Vol. II)*. Bogotá: Dike.

Sentencias, C-374, C-409, C-539 (Corte Constitucional 1997).

Nulidades procesales. (1985). Buenos Aires: Astrea.

Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal (Vol. II)*. Bogotá: Dike.

Rodríguez, L. A. (1987). *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Universidad.

Sentencia tutela, 69892 (Corte Suprema de Justicia 28 de Octubre de 2013).

Auto, 29332 (31 de Marzo de 2008).

Sentencia, 24143 (29 de Julio de 2008).

Auto, 24108 (30 de Mayo de 2007).

Sentencia, 37695 (Corte Suprema de Justicia 17 de Noviembre de 2011).

Carneluttu, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.

Sentencia (Corte Suprema de Justicia 30 de Enero de 1990).

Tratado de derecho procesal penal. (1949). Ediciones de Cultura Jurídica.

Sentencia (Corte Suprema de Justicia 7 de Julio de 1987).

Sentencia (Corte Suprema de Justicia Julio de 1989).

El proceso penal. (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia (Corte Suprema de Justicia 12 de Julio de 1989).

Bernal, J. y. (2002). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Novoa Velásquez, N. A. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba*. Bogotá: Dike.

Referencias

- Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).
- Sentencia C-133 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería, 25 de Febrero de 2009).
- Sentencia C-740 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdova Triviño, 28 de Agosto de 2003).
- Sentencia C-1074 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de Diciembre de 2002).
- Sentencia C-1007 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 18 de Noviembre de 2002).
- Sentencia del 23 de junio de 1958 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil).
- Sentencia C-409 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 28 de Agosto de 1997).
- Sentencia C-539 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 23 de Octubre de 1997).
- Diario Oficial núm 45046. (27 de diciembre de 2002). Ley 793. Diario Oficial .
- Sentencia C-111 (Corte Constitucional. M.P. Álvaro Tafur Gálvis. 9 de Febrero de 2000).
- Sentencia C-540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 2011).
- Diario Oficial núm 42945. (23 de Diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial .
- Diario Oficial núm 42945. (23 de Diciembre de 1996). Ley 333. Diario Oficial (42945).
- Diccionario de la enciclopedia Larrouse. (1995).
- TAMAYO, M. (2004). EL PROCESO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTIFICA (4a. ed.). Ciudad de Mexico, Mexico: Limusa.
- ESTEBANEZ, E. G. (2006). New Atlantis. Madrid, España: Akal, S.A.,.
- BACON, F. (1620). Novum organum scientiarum.
- OSSORIO, M. (1981). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. BUENOS AIRES, ARGENTINA: HELIASTAS.R.L.
- Ley 1708. (Enero de 2014). Bogotá , Colombia .
- CCP. . (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal .
- CPP. Ley 906. (2004). Código de Procedimiento Penal Anotado. TRIGÉSIMA CUARTA EDICIÓN. BOGOTÁ, Colombia: Leyer.
- Ley 1708. (2014). Código de Extinción de Dominio. Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 250 Númeral 8. Colombia.
- Sentencia C-144, C-144 (Corte Constitucional de Colombia 2010).
- Sentencia C-1194, C-1194 (Corte Constitucional de Colombia 2008).
- Sentencia C-374, C-374 (13 de agosto de 1997).
- Claría Olmedo, J. A. (1962). Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ediar.
- Gonzalez Navarro, A. L. (2009). Los actos de Investigación En El proceso Penal acusatorio. Bogota: Leyer.
- Sentencia C-806, C-806 (Corte Constitucional 2009).
- Sentencia C-788, C-788 (Corte Constitucional 2011).
- Manual de procedimientos Fiscalía. (2009). Manual de Procedimientos de Fiscalía. Bogotá, Colombia: ISBN 958-97542-5-2.
- Sentencia C-570, C-570 (Corte Constitucional de Colombia 2010).
- Sentencia C-301 (Corte Constitucional de Colombia 2012).
- Decreto 016. (10 de enero de 2014).
- Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional 2003).
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia 336.
- F.G.N. (2006). Resolución .
- 1737, D. (2010).
- Fiscal General de la Nación. (2013). Exposición de motivos proyecto de Código de Extinción de Dominio.
- Henao Hidron, J. (2003). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá D.C.: Temis.
- Delgado Tovar, W. J., & Galvez Villegas, T. A. (2006). La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal. Lima: Juristas Editores.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Cordoba Triviño 2003).
- Greenbeg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena. Washington D.C.: Banco Mundial.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2011). Ley Modelo de Extinción de Dominio.
- Sentencia C 540 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub 2011).
- Pabon Parra, P. A. (2013). Nuevo régimen de extinción de dominio. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Avella Franco, P. O. (2007). Programa Metodológico en el Sistema Acusatorio. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación.
- Parra Quijano, J. (2007). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá D.C.: Ediciones el Profesional.

- Sentencia C 149 (Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra 2005).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Bogotá D.C.: Editorial Scripto Ltda.
- Calix Ponce, S. C., Obando Motiño, G. A., Zabala Brizuela, J. F., & Rodríguez Lazo, H. M. (2013). *Manual de privación definitiva del dominio. La investigación de los bienes de origen ilícito. Tegucigalpa: Poder judicial de Honduras.*
- Roldán Álvarez, M. (2008). *Manual para la investigación de la corrupción*. Managua: Usaid Nicaragua.
- Brucet Anaya, L. A. (2007). *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 11001-07-04-011-2008-00037-01 (Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión en Extinción de Dominio 31 de marzo de 2009).
- Sentencia C 374 (Corte Constitucional MP. José Gregorio Hernández Galindo 1997).
- Donado Sierra, L., Galindo Gamba, F., Ferreira García, N. P., & Sánchez Pérez, L. (2011). *La Extinción de Dominio: una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanente y en la transicional*. Bogotá: Agencia GIZ.
- Rojas Gómez, M. E. (2002). *Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cumbre Judicial Iberoamérica. (2008). *Reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Documentos integrados informe XIV Cumbre Judicial de Iberoamérica, Brasilia.*
- Sentencia C 591 (Corte Constitucional MP Clara Inés Vargas Hernández 2005).
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynet, E. (2013). *El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales y teoría penal (sexta ed., Vol. Tomo I)*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Bloomington, IN EEUU: Palibrio.
- Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra Editores.
- Henao Hidron, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá D.C.: Temis.
- Sentencia C 1007 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas 2002).
- Ministerio de Justicia. (1996). *Proyecto de Ley 016*.
- Fiscalía General de la Nación. (2013). *Exposición de motivos del proyecto de ley No. 263 de 2013 por medio del cual se exige el Código de Extinción de Dominio*.
- Sentencia T 429 (Corte Constitucional 2011).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia C 680 (Corte Constitucional 1996).
- Arboleda Ripoll, F. (Sin año). *La revisión. El concepto, naturaleza y fin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C 740 (Corte Constitucional 2003).
- Sentencia C 871 (Corte Constitucional 2003).
- Radicado No. 22451. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal 18 de Noviembre de 2004).
- Radicado No. 19850 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal 6 de octubre de 2004).
- Radicado No. 31247 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal 6 de mayo de 2009).
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T 429*.
- Pardo Ardila, J. E. (2013). *La extinción de dominio, partes y tercera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED) (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Extinción de Dominio. 9 de Marzo de 2011).
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Sarmiento, E. G. (2005). *Medidas cautelares*. Bogotá: Temis.
- Roblot, G. R. (1986, p.140). *Traité élémentaire de droit commercial*. París: LGDJ.
- Vivante, C. (1912). *Le società commerciali*. Milán, p.440: Casa Editrice Dott.
- Périn, P. (2008). *la société par actions simplifiée*. París: Joly.
- Cozian, M. (2005). *Droit de sociétés*. París: Lexis-nexis.
- Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Boston: Brown & company.
- Delga, J. (1998). *Le droit de société*. París: Dalloz.
- Terrera, F. (2013). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Reyes, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.
- Reyes, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.
- Metke, R. (2006). *Lecciones de propiedad industrial III*. Bogotá: Baker & McKenzie.
- Lamarck, J. (1968). *Philosophie zoologique*. París: Bibliothèque 1018, París, 1968.
- Castro, M. (2010). *Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Gil, J. (2008). *Estudio de derecho societario moderno y comparado*. Bogotá: Cámara de

Comercio de Bogotá.

Alsina, H. (1958). Las nulidades en el proceso civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América E.J.E.A.

Novoa, V. N. (2011). Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba.

Sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio (Vol. II). Bogotá: Dike.

Sentencias, C-374, C-409, C-539 (Corte Constitucional 1997).

Nulidades procesales. (1985). Buenos Aires: Astrea.

Novoa, V. N. (2011). Nulidades en el procedimiento penal (Vol. II). Bogotá: Dike.

Rodríguez, L. A. (1987). Nulidades procesales. Buenos Aires: Universidad.

Sentencia tutela, 69892 (Corte Suprema de Justicia 28 de Octubre de 2013).

Auto, 29332 (31 de Marzo de 2008).

Sentencia, 24143 (29 de Julio de 2008).

Auto, 24108 (30 de Mayo de 2007).

Sentencia, 37695 (Corte Suprema de Justicia 17 de Noviembre de 2011).

Carnelutti, F. (1950). Lecciones sobre el proceso penal. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.

Sentencia (Corte Suprema de Justicia 30 de Enero de 1990).

Tratado de derecho procesal penal. (1949). Ediciones de Cultura Jurídica.

Sentencia (Corte Suprema de Justicia 7 de Julio de 1987).

Sentencia (Corte Suprema de Justicia Julio de 1989).

El proceso penal. (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia (Corte Suprema de Justicia 12 de Julio de 1989).

Bernal, J. y. (2002). El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Novoa Velásquez, N. A. (2011). Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba. Bogotá: Dike.



RÉGIMEN PROBATORIO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Por Jairo Acosta Aristizábal

1. PRINCIPIOS PROBATORIOS

La acción de extinción de dominio, de estirpe constitucional, se erige como un instrumento vital en la reivindicación de la función social propiedad y del amparo de su adquisición con justo título y con arreglo a las leyes civiles; se trata de una herramienta judicial de carácter autónomo, basada en el principio que afirma que los derechos solo pueden surgir de hechos lícitos, y por consiguiente el delito no los puede originar.

Esta es la razón para que la persona que adquiera un bien mediante el ejercicio de actividades ilícitas no tenga en realidad derecho alguno sobre ese bien, aunque así se perciba en apariencia. Es por ello que el proceso pone a disposición del órgano de persecución un escenario en el que se puede, sin afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos, identificar y recuperar tales bienes.

No obstante, tal como lo motivó el Proyecto de Ley de Extinción de Dominio¹⁰¹, dichas propiedades son regularmente protegidas y se fortalecen a través de destinaciones ilícitas, del ocultamiento, del testaferrato, los prestanombres, subordinados u otros similares, prácticas que han hecho cada vez más difícil la labor de su rescate.

Dada esta problemática, su persecución demanda una infraestructura tecnificada, fuerte y responsable, capaz de identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio; de buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales que se invoquen; de identificar los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal y determinar el lugar donde podrán ser notificados; de acreditar, además, el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales, y buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa.

Es este el conjunto de hechos que debe ser probado en el proceso (objeto de prueba), pues forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las causales de extinción de dominio y puntualmente las descritas en el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio, conjunto normativo que, precisamente atendiendo la independencia y autonomía de la acción, se ocupó de recoger positivamente los principios y reglas probatorias inherentes a la misma, destinando en el articulado un título de pruebas, el cual incluye un capítulo específicamente denominado reglas generales.

Lo que en realidad allí se termina regulando y lo que le da sentido al proceso de extinción de dominio, es la actividad cognoscitiva reconstructiva para determinar si en un caso particular y concreto se dan o no las causales tipificadas, para así declararlo en la sentencia e imponer sus consecuencias o abstenerse de hacerlo según el caso, decisión que es ley para las partes y obliga al Estado a desplegar todos los medios para hacerla cumplir.

Las reglas o los principios generales de la prueba hacen parte del debido proceso (Art. 5º, L. 1708/14), buscan evitar errores generados en las actividades probatorias por

¹⁰¹Proyecto de ley por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Fiscalía General de la Nación. Art. 41.

distorsiones en el proceso del conocimiento, equivocaciones respecto de lo que significa la carga de la prueba, su regulación legal o la aplicación de los sustitutos de la misma cuando de verificar el presupuesto o la hipótesis del derecho se trata¹⁰².

En este mismo sentido, el debido proceso en esta acción supone de cara a las pruebas su necesidad y legalidad, el derecho a conocerlas, presentarlas, valorarlas y controvertirlas, atendiendo en todo caso, como finalidad del procedimiento, la búsqueda de la efectividad y prevalencia del derecho sustancial (Art. 23º, L. 1708/14).

1.1. Necesidad de la prueba

En vista de que el proceso tiene su fundamento en verificar si procede o no la extinción de dominio, resulta imprescindible para evitar la arbitrariedad, arribar a una decisión mediante una actividad probatoria que comprenda toda su estructura y funcionamiento. Al juez le está prohibido basarse en su conocimiento privado o en su propia experiencia para dictar sentencia, y todo aquello que no esté en el proceso, recaudado por los medios probatorios, no existirá para el fallador.

El Código de Extinción de Dominio señala, acerca de la prueba para decidir de fondo o para emitir cualquier providencia¹⁰³, la necesidad de que se funde en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación (Art. 148, L. 1708/14).

Comprende el término providencias aquellas decisiones que se emitan en la actuación de extinción de dominio, esto es, las sentencias y los autos emitidos por los jueces y los requerimientos y resoluciones de parte de los fiscales delegados.

En cuanto a la legalidad de las pruebas, el principio supone, en términos estrictos, la relación entre el modelo de estado, el proceso y el régimen probatorio, dada la tensión frecuente que se presenta entre el poder y el ejercicio de los derechos, la cual en un modelo social, constitucional, democrático y de derecho supone tanto la razonabilidad en la práctica de pruebas como el reconocimiento de los derechos fundamentales como parámetros de legitimidad del poder político¹⁰⁴.

Comprende además tal concepto, una serie de condiciones que puedan garantizar tanto la validez como los efectos jurídicos de la prueba. Al margen del objeto de la prueba, ya señalado, es menester describir el conjunto de condiciones para que el medio del conocimiento sea producido y obtenido válidamente para garantizar que se allegue al proceso en adecuadas condiciones, con la potencialidad de producir efectos legales, procesales y sustanciales.

¹⁰²Arenas Salazar, Jorge. *Pruebas Penales*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1996. Pág. 39.

¹⁰³Artículo 48. *Clasificación*. Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán sentencias, autos, requerimientos y resoluciones:

1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, en primera o segunda instancia, o la acción de revisión.
2. Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
3. Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitan el entorpecimiento de la misma.
4. Requerimiento, si se trata del acto de parte que contiene la pretensión de la fiscalía dentro del proceso y se somete a conocimiento y decisión del juez.
5. Resoluciones, si las profiere el fiscal.

¹⁰⁴Urbano Martínez, José Joaquín. *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en Reflexiones sobre el sistema procesal penal*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004.

Tales condiciones tienen que ver con las fases de producción de la prueba y con los requisitos extrínsecos e intrínsecos que se deben verificar; todo se inicia por la localización, la producción u obtención de la evidencia necesaria para orientar los actos propios de la averiguación o investigación. De allí se sigue su aseguramiento y su proposición o presentación para soportar medidas cautelares o la fijación provisional de la pretensión, y luego los actos de requerimiento al juez, la validación del acopio vigente, otras solicitudes probatorias, su admisión u ordenación, y, finalmente, su recepción y práctica.

Así, cuando se describen las etapas del procedimiento de extinción de dominio, y en ellas se establece una etapa preprocesal, de la fijación de las pretensiones (Art. 116, L. 1708/14), en cuyo desarrollo la Fiscalía lleva a cabo la investigación y la recolección de pruebas, fija provisionalmente la pretensión y requiere al juez la extinción de dominio o su improcedencia, tal complejo supone el desarrollo de un programa metodológico que permita identificar y clasificar las evidencias que soportan el objeto de la prueba, asegurarlas legalmente de tal manera que se impida su transformación o supresión, llevarlas a la actuación en el menor tiempo posible atendiendo plazos razonables en las experticias a las cuales suelen someterse para validar su vocación demostrativa.

En este mismo periplo, después de comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión, la Fiscalía recibe las pruebas de refutación que se quieran hacer valer, las cuales tras su recepción o práctica se someterán a los mismos rigores que suponen los principios de legalidad y fiabilidad del método cognoscitivo para mejor proveer.

De allí que un error en la identificación o ubicación del bien, o acaso una decisión judicial definitiva basada en los mismos hechos o causales, la noticia de la pérdida o destrucción del bien perseguido, el procedimiento diligente y prudente, exento de toda culpa del titular del derecho, deducidos de las pruebas aportadas en las oposiciones, servirán para inclinar la decisión a favor de la improcedencia o la transformación de la pretensión de extinción de dominio.

En términos de oportunidad, la averiguación o investigación probatoria tiene como límite, después de la fijación provisional de la pretensión para la fiscalía, los diez días de traslado a los sujetos procesales e intervinientes (Art. 129, L. 1708/14), y treinta días más prorrogables por el mismo término (Art. 131, L. 1708/14), siempre que los actos de investigación o de contradicción así lo demanden.

Los sujetos e intervinientes tendrán una nueva oportunidad para aportar y solicitar pruebas en el marco del acto de requerimiento de extinción de dominio presentado por

¹⁰⁵ Artículo 116. Etapas. El procedimiento constará de dos etapas:

1. Una etapa inicial o preprocesal preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Esta etapa comprende tres fases:

a) La fase inicial propiamente dicha, en la cual la Fiscalía General de la Nación lleva a cabo la investigación y la recolección de las pruebas.

b) La fijación provisional de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación.

c) El requerimiento al juez para que declare bien sea la extinción de dominio, o la improcedencia de esta.

2. Una etapa de juzgamiento a cargo del juez, que se iniciará con la presentación de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación, a través de un requerimiento al juez de extinción de dominio. Durante esta última etapa los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos que establece el presente código. (Subrayas propias.)

¹⁰⁶ Art. 159. C. de E. D., Planeación y dirección de la investigación.

la fiscalía, en la fase inicial del juicio, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que avoca conocimiento (Art. 141, L. 1708/14). Comoquiera que los medios de convicción allegados por la Fiscalía General de la Nación durante la fase inicial tienen pleno valor probatorio en el proceso de extinción de dominio (Art. 150, L. 1708/14), en aplicación del principio de permanencia de la prueba, estas no se vuelven a practicar durante la etapa del juicio, pero sí pueden ser impugnadas o refutadas a través de otros medios de convicción.

La impugnación o refutación en sentido amplio hace relación a la validación del hecho del objeto de la prueba y la refutación en sentido estricto a la confrontación del órgano de la prueba mediante la evidencia extrínseca o independiente.

Así, puede atacarse la validez de un documento tachándolo de falso por sus rasgos, por una enmendadura o supresión o mediante la presentación del documento original con el reconocimiento de su autor. Podría así mismo solicitarse en el juicio un testimonio que permita confrontar una falsa denuncia de bienes ilícitos señalados y entregados con fines de extinción de dominio por un combatiente desmovilizado, prueba que será valorada tras su práctica y al final del debate probatorio a la luz de su propia credibilidad y confrontada con los demás elementos de convicción allegados.

Cinco días después de los traslados del auto que avoca conocimiento, el juez tiene la oportunidad para decretar las pruebas que resulten necesarias, conducentes, pertinentes y que hayan sido solicitadas oportunamente. Ordenará tener como tales, las aportadas por las partes y que cumplan los mismos requisitos, siempre y cuando hayan sido legalmente obtenidas por ellas. Pero además, podrá el juez ordenar de oficio, motivadamente, las que estime pertinentes, conducentes y necesarias.

Están allí en juego algunos requisitos extrínsecos relacionados con el medio de prueba en particular y el efecto jurídico que producen en la actuación; la conducencia es el medio escogido, es decir, que legalmente sirva para demostrar o establecer el hecho que se va a probar con él. Supone en consecuencia que no exista ley que prohíba el empleo del medio para probar un hecho determinado. Tal es el caso de la venta de un bien inmueble que no es susceptible de ser probada por un documento privado o de confianza, pues la ley exige escritura pública, así como tampoco puede demostrarse el vínculo matrimonial a través de testigos o fotografías, pues es menester el acta que protocoliza y formaliza la unión. El registro civil de matrimonio es la única prueba legal de la existencia de una unión conyugal, sea civil o religiosa.

La pertinencia o relevancia de los hechos es la relación o adecuación que debe existir entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y aquellos que son objeto del proceso de extinción de dominio. No se deben admitir en consecuencia ni practicar las pruebas que no conduzcan a establecer los hechos que no persigan identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio; acreditar los presupuestos de la causal o causales que se invoquen; identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal y determinar el lugar donde podrán ser notificados; o que no permitan acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales o aquellas que no permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa.

En tal sentido una sentencia en la que se precluya una investigación a un afectado por muerte o prescripción de la acción penal e incluso una que lo absuelva por duda

de una actividad ilícita no resulta por sí misma pertinente o relevante para infirmar los presupuestos de una causal o causales, sin perjuicio de que puedan trasladarse del proceso piezas probatorias que sí puedan relacionarse con el objeto del proceso de extinción de dominio.

La utilidad de la prueba se refiere al efecto jurídico que la evidencia sea capaz de producir en la decisión, razón por la cual las pruebas señaladas, las inconducentes o impertinentes terminan también siendo inútiles.

Son inútiles las pruebas cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso o cuando trata de desvirtuar un hecho que ha sido materia de juzgamiento, es inútil cuando sobra, o lo son las superfluas, redundantes o corroborantes si no se precisan como absolutamente necesarias¹⁰⁷.

Tal es el caso en el proceso de extinción de dominio de aquellas pruebas que pretenden desvirtuar la ilicitud que ha sido declarada en un proceso penal y que hace tránsito a cosa juzgada cuando esta es la que soporta la causal invocada. O la solicitud de un número elevado de testigos con el propósito de acreditar un mismo hecho o de demostrar la existencia de una norma nacional o de un hecho notorio, tal como la existencia del Palacio de Nariño en Bogotá o de un reconocido escenario deportivo.

Se verifican en este principio de necesidad, además, algunos requisitos extrínsecos de la prueba imprescindibles para su admisibilidad y práctica, y que tienen que ver con el cumplimiento de las formalidades de producción, dentro de los cuales volvemos a señalar la oportunidad, las formalidades procesales previstas para la práctica de los medios pruebas, en particular por el legislador, y la legitimación que deben tener quienes las proponen. También cuentan las competencias de los funcionarios o sus comisionados para practicar las pruebas.

En materia de medidas cautelares, por ejemplo, si bien las mismas al ser proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no podrán ser susceptibles de los recursos de reposición ni apelación, sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y de Derecho, podrán someterlas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

En ella el control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente sólo declarará la ilegalidad de la misma, entre otras razones, cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas o cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio, caso en el cual se estaría defraudando la oportunidad procesal para llevar tal estándar de convicción al proceso (Art. 112, L. 1708/14).

En cuanto a las formalidades procesales previstas por el legislador para la práctica de los medios pruebas, en particular tenemos el tratamiento del menor de doce años en el testimonio, a quien no se le recibirá juramento y deberá ser asistido por su representante

¹⁰⁷Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Ed. Librería Jurídica El Profesional. Bogotá. 1986.

legal o por un pariente mayor de edad¹⁰⁸ (Art. 174, L. 1708/14), el deber del funcionario a concurrir para la práctica de la prueba al lugar en el que se encuentre el testigo impedido para concurrir (Art. 178, L. 1708/14), el testimonio por certificación jurada a ciertos aforados (Art. 179, L. 1708/14) y a los agentes diplomáticos (Art. 180, L. 1708/14). El aporte y reconocimiento de la prueba documental (Arts. 191 y 192, L. 1708/14). Los requisitos y reglas adicionales de la pericia (Arts. 197 y 198, L. 1708/14). Los requisitos y las operaciones técnicas de la inspección judicial (Arts. 201 y 202, L. 1708/14). Esta última diligencia registra la particularidad de poderse acompañar con la designación de un perito para que emita un concepto técnico en desarrollo de la misma y en el curso de la misma ordenar las operaciones técnicas o científicas necesarias y pertinentes para el cumplimiento del proceso de extinción de dominio.

Así, si en desarrollo de una tal diligencia se deba constar, por ejemplo, la clase o calidad de un ganado vacuno o de caballos de crianza, la naturaleza de un sembrado o de unas mejoras, el material o autenticidad de frescos dibujados en muros o superficies fijas o las coordenadas específicas de un predio que no tiene nomenclatura alguna, habrá entonces de servirse de un perito o técnico en la materia que despeje las inquietudes formuladas al respecto.

En cuanto a la legitimidad del proponente de las pruebas, establece el Código de Extinción de Dominio que son sujetos procesales la Fiscalía General de la Nación y los afectados e intervinientes el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y del Derecho. En tal sentido, el régimen probatorio gravitará alrededor de sus intereses y roles, desde el momento a partir del cual se vinculan a la actuación, razón por la que será el juez quien determine sobre lo que es objeto de discusión si quienes actúan son sujetos procesales o partes, ya sea por ostentar la titularidad de un derecho afectado en el trámite (afectados) o en virtud de la ley (Ministerio Público y Ministerio de Justicia y del Derecho).

La Fiscalía General de la Nación en la fase inicial e instrucción es juez, y en la etapa de la causa es parte, generando para cada uno de ellos una serie de facultades y deberes procesales en el marco del procedimiento establecido en la ley. Es la Fiscalía General de la Nación, según el artículo 251 de la Carta, parte de la rama judicial. No obstante, sus funciones no se agotan en el ejercicio de la acción penal, pues tienen una cobertura mucho más amplia que se relaciona, por ejemplo, con la política criminal del Estado y aun con la preservación del orden público.

Y si esto es así, es evidente que la atribución legal de competencias a la Fiscalía General será legítima, tanto si se trata de tareas directamente relacionadas con la investigación de conductas punibles, como si se trata de competencias relacionadas con las restantes funciones atribuidas por el constituyente.

De acuerdo con esto, la atribución de competencia a la Fiscalía General de la Nación para que conozca oficiosamente de la acción de extinción de dominio (Art. 29, L. 1708/14), si bien no cuenta con una norma constitucional expresa, sí se circunscribe en el marco de las funciones que la Carta le atribuye, pues es evidente que tal acción guarda relación con la política criminal del Estado. Como se sabe, la política criminal no se agota en la política penal, pues comprende un espectro estructural y funcional que desborda el marco del sistema penal, ya que vincula a todas las ramas del poder

¹⁰⁸ Sentencia T-078/10.

público y a la sociedad en que tal poder se ejerce¹⁰⁹.

Para el afectado (Art. 30, L. 1708/14), la relación termina siendo procesal más que sustancial, pues su legitimidad para actuar y por tanto para alegar y solicitar pruebas deriva del hecho de alegar en el proceso ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción de extinción de dominio, desde la pretensión de un derecho real o personal o de crédito que pueda verse expuesto con la misma; o quien respecto de los títulos valores se considera afectado al aducir ser tenedor legítimo de los bienes o beneficiario con derecho cierto, o quien alegue ser titular de algún derecho real de parte o la totalidad de los derechos de participación de capital social en una sociedad.

En cuanto al Ministerio de Justicia y del Derecho (Art. 32, L. 1708/14), y su legitimidad para solicitar pruebas, ha de decirse que en el proceso de extinción de dominio actúa como interviniente, por tanto no se le impone un deber específico de intervención. Su función tiene un origen legal y se legitima en razón de las funciones que esa entidad administrativa cumple en defensa del interés jurídico de la Nación y representación del ente responsable de la administración de los bienes afectados en el curso del procedimiento. Sin embargo, el ejercicio de esa facultad de intervención no depende de su exclusiva voluntad, sino de la existencia de un interés jurídico para actuar, interés que no basta con afirmarlo sino que, en cada caso, debe ser demostrado. Así, solo habrá lugar a su intervención después de demostrar el interés jurídico que le asiste.

Además, no puede perderse de vista que en el ámbito funcional su papel está estrechamente relacionado únicamente con una de las fuentes constitucionales de la extinción de dominio, esto es, las conductas que causan grave deterioro a la moral social y específicamente con las que atentan contra la salud pública, pues de ellas hacen parte los delitos de narcotráfico y conexos. El desarrollo legal de las conductas de enriquecimiento ilícito y de las cometidas en perjuicio del Tesoro Público, en cambio, escapa a la órbita funcional de esa entidad. Por lo tanto, su intervención debe circunscribirse únicamente a ese marco.

De acuerdo con lo expuesto, si bien el legislador se halla habilitado para reconocerse a la referida entidad, la facultad de intervenir como parte en el proceso de extinción de dominio, para evitar que el ejercicio de esa facultad desborde la índole constitucional de la acción que a través de él se ejerce, su intervención solo tendrá lugar en los procesos en que demuestre su interés y en relación en bienes cuyo origen se vincule a actividades de narcotráfico y conexos¹¹⁰.

No obstante, en lo que respecta a la administración de bienes, el Ministro de Justicia y del Derecho, a partir del Decreto 3183 del 2 de septiembre de 2011, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de la Dirección Nacional de Estupeficientes, trasladó la función de administración del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –Frisco– al Ministerio de Justicia y del Derecho. Luego la actividad probatoria del Ministerio de Justicia es limitada solo frente a intereses de afectados, pues por regla general es quien a través del Fondo para la Rehabilitación,

¹⁰⁹Corte Constitucional. Sentencia C 740 de 2003. Op. cit. Declarada cosa juzgada constitucional en la Sentencia C 540 de 2011.

¹¹⁰Corte Constitucional. Sentencia C 740 de 2003. Op. cit.

Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –Frisco– recibe en administración los bienes afectados en este proceso.

En cuanto al Ministerio Público y su facultad para solicitar o allegar pruebas (Art. 31, L. 1708/14), como interviniente está legitimado para actuar desde la fijación provisional de la pretensión, empero, esto no obsta para que en el marco de la función que ejerce desde la Constitución Política pueda intervenir desde la fase inicial, así la ley no lo hubiera indicado expresamente, pues ninguna de las etapas del proceso le está vedada. Cuenta entonces con la facultad de aportar y solicitar pruebas a los fiscales y los jueces al interior del proceso, en el marco de unos principios de objetividad e imparcialidad. Pero representa además el Ministerio Público, a la luz del artículo 31 de la Ley 1708/14, los derechos de los afectados determinados que no comparecieron al proceso y de los indeterminados, personas estas que pueden resultar afectadas en la iniciación y culminación del trámite extintivo y que no concurren porque se desconoce el lugar en el cual pueden ser notificadas de la fijación provisional de la pretensión o porque son de aquellas sobre las cuales no se tiene noticia en el trámite extintivo.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, si la función primordial del curador, en el proceso de extinción de dominio o en cualquier otro, es velar por la protección del debido proceso de las personas ausentes, en específico el de defensa, cuando estas puedan resultar afectadas con las resultas de aquel, ello compete al Ministerio Público en esta clase de procesos. Este aspecto ha sido abordado por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“...Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem (en este caso el Ministerio Público), tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome”¹¹¹.

También puede terminar representando el Ministerio Público a un sujeto colectivo afectado, a un número plural de sujetos indeterminados que puedan ver expuesta su propiedad, como en el caso de los territorios indígenas o raizales reconocidos o bienes de propiedad o destinados a comunidades afectadas con el ejercicio de las actividades ilícitas subyacentes.

Ahora bien, cuando el Ministerio Público termina representando una parte en el proceso, en este caso los afectados ausentes o los indeterminados, diluye un poco su rol, pues además de las facultades que le son propias, también tiene las mismas facultades y obligaciones de quienes representa.

1.2. LA CONSERVACIÓN O PERMANENCIA DE LA PRUEBA (mediación e inmediatez)

¹¹¹Corte Constitucional. Sentencia T 088 de 2006. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

La naturaleza del proceso de extinción de dominio supone una dinámica mediante la cual la persecución de los bienes clasificados en las causales legalmente determinadas deba partir de una labor de indagación e investigación que le permitan a la fiscalía desde la fase inicial o preprocesal preparatoria, identificar, localizar y ubicar los bienes comprometidos, buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales que se invoquen, identificar los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal y determinar el lugar donde podrán ser notificados, acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales y buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa, presupuestos estos que deben encontrarse definidos en la fijación provisional de su pretensión.

Dicha fijación se erige además como un requisito regular para poder ordenar medidas cautelares y tiene como propósito de importancia el permitir y garantizar el derecho de contradicción desde la investigación¹¹². De allí se sigue el acto de requerimiento al juez, que además de motivado debe encontrarse soportado en las pruebas en las que se funda la pretensión, las cuales no pueden ser otras, a la luz del artículo 1321 de la Ley de E.D., que las declaraciones, las confesiones, los documentos y demás elementos materiales de prueba o evidencias físicas, así como los dictámenes periciales e inspecciones obtenidos por la Fiscalía General de la Nación durante la fase inicial.

Obedece este esquema a la tradición republicana, tributaria del Código de Napoleón, que resulta compatible con la naturaleza real, autónoma e independiente de la acción de extinción de dominio, pues se le exige en todas las fases procesales al persecutor de los bienes la demostración fáctica de una de las hipótesis descritas en las causales de procedibilidad de la extinción. El criterio de permanencia de la prueba en este evento resulta ajustado a la Constitución, pues queda en manos de un fiscal que dispone de funciones jurisdiccionales, haciendo en este caso el típico papel de un instructor.

Pero además, porque funcionalmente en dichas pesquisas tiene deberes de equilibrio, pues debe buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa. Ahora, si para poder penetrar estructuras criminales complejas ha de echar mano de técnicas especiales de investigación (Art. 162, L. 1708/14), se tiene previsto un control de legalidad en la etapa inicial o en la etapa del juicio al momento de decidir sobre la admisibilidad de la prueba (Art. 163, L. 1708/14), de suerte tal que no evade la permanencia de la prueba los controles que supone la legalidad de su obtención.

Sobre esta base, las pruebas y los medios de convicción arrimados al proceso en la fase inicial o preprocesal adquieren connotaciones de permanencia desde un principio y por tanto resultan vinculantes para el juez de la causa, quien debe proceder a valorarlas antes de emitir sentencia. Esta valoración, por supuesto, es distinta de la que en su momento y con otros fines hiciera el fiscal, por lo que el juez puede apartarse integralmente de su criterio.

De otro lado, responde este criterio a la posibilidad e incluso la necesidad de conservar en este proceso el procedimiento escrito, tal y como se fundamentó en la presentación del proyecto de ley donde se dijo:

“ ...

¹¹² Art. 126 de la Ley de E.D., 1708 de 2014.

1.2.1. Conservación del procedimiento escrito.

El procedimiento propuesto en el proyecto continúa siendo escrito. Si bien es cierto que la tendencia en el derecho colombiano es la oralidad en los procedimientos, las discusiones sostenidas en la Comisión Redactora llevaron a la conclusión de que las características del proceso de extinción de dominio hace muy difícil e inconveniente, por ahora, cambiar su naturaleza escrita. El principal argumento para llegar a esta conclusión consiste, en que dentro de los procesos de extinción de dominio deben vincularse a todos los posibles afectados, entendiendo por tales a las personas que tienen algún derecho real sobre los bienes objeto de extinción. Esto significa que dentro de un proceso de extinción tienen derecho a actuar no sólo el propietario, sino también los titulares de otros derechos reales sobre los bienes, tales como el acreedor hipotecario, el prendario, el titular del derecho de usufructo, el poseedor, etc.

Como consecuencia de lo anterior, los procesos de extinción de dominio, a diferencia de otros procedimientos, se caracterizan por la concurrencia de un gran número de sujetos procesales, todos ellos en situaciones diferentes y con intereses distintos. Esta característica es un problema para el adecuado desarrollo de los procesos de extinción de dominio, por varias razones:

- a. De un lado, porque se requerirían salas de audiencias especialmente adecuadas para albergar un gran número de sujetos procesales, de las cuales no se dispone por el momento;
- b. En segundo lugar, porque la labor de los jueces de extinción de dominio sería más difícil, puesto que tendrían que manejar audiencias con gran número de sujetos procesales, todos ellos en condiciones distintas, con argumentos diferentes y con intereses disímiles. A la sazón, téngase en cuenta que dentro del proceso de extinción de dominio pueden presentarse decenas de oposiciones, cada una por razones distintas. Esto eleva considerablemente la dificultad que tendría la labor del juez en un procedimiento oral. A juicio de la Comisión Redactora, la naturaleza escrita del procedimiento facilita la tarea del juez y reduce la probabilidad de error judicial, puesto que le permite al funcionario concentrarse en el estudio cuidadoso e independiente de cada oposición, sin la presión de tener que estar atento a las exposiciones orales de los sujetos para que no se le escape detalle alguno.
- c. Y finalmente, porque en los procesos de extinción de dominio la prueba es fundamentalmente documental, lo que reduciría los procesos orales a la lectura pública de una extensa lista de documentos, lo cual carece de sentido común y no deviene lógico”.

En estos casos la naturaleza del proceso admite e invita a que se conjuguen tanto la inmediación como la mediación probatoria en el proceso de extinción de dominio, pues la naturaleza y complejidad del proceso también permite y demanda que el juez delegue la investigación, la recolección de la prueba a otros funcionarios judiciales, sin perder la responsabilidad de valorar la prueba en la elaboración de sus decisiones. Se trata de reglas técnicas que obedecen a distintas necesidades, dentro de las cuales en el proceso de extinción de dominio cabría destacar que la mediación o conservación

de la prueba derivan, tanto la naturaleza compleja de las causales de extinción, como la necesaria concurrencia de intereses que puede suscitar el reconocimiento a la propiedad, acompañadas frecuentemente de acciones simuladas difícilmente desentrañables a la simple luz de los testigos y la prueba documental y por tanto, de paciente reconstrucción pues su dinámica supone explícitos propósitos de negación de la verdad.

La intermediación que en principio debe proporcionar seguridad y confiabilidad en el levantamiento del acervo probatorio por ser recaudada técnicamente por el Juez quien a su vez la valora, en el puntual caso de la extinción de dominio haría imposible su evacuación y práctica solo en fase del juicio, no habría en momento alguno número suficiente de jueces para practicar tantas pruebas, caso este en el cual los ritos procesales deben ceder ante la necesidad de celeridad en la administración de justicia real y eficiente¹¹³.

La misma Corte Constitucional ha concebido la mediación e intermediación como reglas técnicas y no como principios, señalando la conveniencia de esta última solo en algunos casos. Así, al referirse en la sentencia T-106/2000 a la intermediación y correlación con el principio de la autonomía de la administración de justicia, aludió a la competencia del juez de tutela para cuestionar la valoración que hiciera un fiscal de conocimiento de unas pruebas que recolectó, señalando que de no tratarse de una vía de hecho intervenir en tal valoración supondría una afectación al principio de autonomía funcional consagrado en el artículo 228 de la C.P.:

1.3. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PROBATORIA

El principio de libertad probatoria deriva a su vez del principio de verdad material, que constituye uno de los fines del proceso. Según este, todo se puede probar por cualquier medio, siempre que no sea ilegal. Ello por cuanto en la estructura de un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad real es un objetivo que no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal, de manera que no se trata de una verdad a ultranza, sino obtenida por vías legítimas, sometida a limitaciones y por ello, se dice que lo que se alcanza en un proceso garantista es una verdad eminentemente formalizada o forense; dicho principio surge como contrapartida al principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo.

A tal propósito se pronunció la Corte Constitucional en torno a la libertad probatoria en la Sentencia T-594 de 2009: “Para la Sala es importante aclarar dos aspectos trascendentales para el caso sometido a examen. Por una parte, en el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley. Específicamente, la condición de servidor público que se debe acreditar en los delitos

¹¹³ *Giacometto Ferrer, Ana. Teoría General de la Prueba. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2003.*

de sujeto activo calificado, como es el caso del tipo penal de cohecho impropio, no exige por expresa consagración legal un determinado medio probatorio, lo que conlleva a que el juez pueda formar su opinión recurriendo a diversos elementos de juicio”.

Durante el trámite de extinción de dominio los intervinientes podrán sustentar sus pretensiones a través de cualquier medio de prueba, así no se encuentre expresamente enlistado en el Código de Extinción de Dominio, siempre y cuando resulte objetivamente confiable. Se trata de una garantía en el ejercicio de la contradicción, pero también del principio de igualdad pues no limita a ninguno su expresión.

En lo que atañe a los límites que la libertad probatoria puede sufrir, se debe analizar normativa sustancial que adopte el sistema de legalidad de la prueba, particularmente el artículo 29 de la C.P., que desconoce la prueba obtenida con violación al debido proceso. O en aquellos casos en los cuales se exige determinado medio probatorio esencial, como, por ejemplo, el instrumento público en determinados casos como formalidad solemne o, por ejemplo, la prohibición de probar un matrimonio o la paternidad mediante prueba testimonial.

La doctrina es coincidente en afirmar que este principio significa libertad en cuanto al objeto de la prueba y a los medios de prueba. Afirma Devis Echandía: “Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajusta a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquéllas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resultan inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo”.

Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en algunos códigos de procedimiento, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica. Limitar la actividad probatoria en forma caprichosa por el juez o con una absurda regulación previa de la ley, sería atentar contra los derechos de las partes, la debida defensa, la contradicción efectiva y la igualdad de oportunidades¹¹⁴.

1.4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROBATORIA

Todo régimen probatorio y toda práctica probatoria judicial tienen un marco de referencia de naturaleza imperativa en la Constitución y en la ley. De allí la prohibición de pruebas ilícitas y la regulación de sus consecuencias (Art. 29 de la C.N.).

El principio de legalidad de la prueba supone la aptitud que la ley le reconoce a la prueba para producir convicción sin importar el sistema valorativo aplicable, de allí que la misma

¹¹⁴Devis Echandía, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General de la Prueba*. Tomo V. Ed. Temis. Bogotá. 1967.

Carta Política haya introducido en nuestro sistema la prohibición de utilizar pruebas que, en el momento de su obtención, hubieran vulnerado derechos fundamentales¹¹⁵.

Lo que está en juego en estos eventos es la tensión entre dos intereses: de una parte, el interés público en descubrir la verdad en el proceso y, de otra, el interés en tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales, o sea, el interés en el reconocimiento de plena eficacia de los derechos fundamentales, no solo como derechos subjetivos individuales de los ciudadanos, sino sobre todo, como garantías objetivas del propio sistema democrático.

Conviene precisar también que, aunque esta prohibición es de carácter general y aplicable a todo tipo de procesos y órdenes jurisdiccionales, esta norma, de proyección general, no está referida exclusivamente al supuesto de la prueba ilícita, esto es, obtenida con violación de los derechos fundamentales, pues pueden darse supuestos en que, sin afectar dichos derechos, una prueba pueda estar prohibida por la ley.

Por otra parte, realiza la doctrina la distinción entre los derechos fundamentales sustantivos (v. gr., inviolabilidad del domicilio) y los derechos fundamentales procesales que se contienen en el debido proceso (tutela judicial efectiva, derecho a la prueba). En definitiva, uno es el derecho fundamental (sustantivo) violado en la obtención de la prueba que, por esta razón, deviene ilícita, sin perjuicio de que el infractor sea persona pública (la policía) o privada (un particular), y otro el derecho o derechos que se vulneran si tal prueba se admite en el proceso, en cuyo caso la infracción es de origen judicial.

La recepción procesal de la prueba así obtenida implica un desconocimiento de las garantías propias del proceso y la desigualdad (procesal) de las partes en el juicio, por lo que nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido.

El Código de Extinción de Dominio no solo se refiere a la legalidad de las pruebas en la regla general de la necesidad de la prueba (Art. 148, L. 1708 de 2014. L.E.D.), cuando señala que toda providencia emitida dentro del mismo solo puede fundarse en pruebas legales y regularmente allegada a la actuación, sino que al ocuparse del ingreso de las pruebas al proceso señala (Art. 154, L. 1708 de 2014. L.E.D.) sobre el rechazo de las pruebas que se inadmitirán las que hayan sido obtenidas en forma ilícita y las legalmente prohibidas.

Toma así partido la norma por la teoría de la inadmisibilidad de la prueba ilícita que en otras latitudes es admitida en aras de hacer prevalecer la verdad para poder llegar a la justicia y que generalmente no sanciona la prueba sino a quien violó derechos fundamentales al obtenerla. En nuestro ámbito no se permite fundar una decisión judicial o construir la verdad judicial en desmedro de derechos fundamentales o del debido proceso, caso en el cual tanto la prueba como sus efectos reflejos o derivados corren la misma suerte.

La prueba consecuencia, o efecto de una ilícita, así sea lícita en sí misma, carece de valor probatorio por llevar consigo el germen de la ilicitud que le fue transmitido, viciándola en toda su integridad. Es esta la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, según la cual no hay que darle valor probatorio a una prueba lícita obtenida de una prueba ilícita, pues si sus fundamentos están viciados, su producto

¹¹⁵“Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso”.

también debe estarlo y por ello no puede el juez tenerla en cuenta. El principio de exclusión de la prueba ilícita consagra su inadmisión, lo que implica que las evidencias obtenidas en tal sentido deben ser expulsadas del proceso con todas sus consecuencias trascendentes, mediatas o inmediatas.

La protección constitucional del inciso final del artículo 29 de la Constitución ha sido denominado doctrinal y jurisprudencialmente como la Regla Constitucional de Exclusión; para la Corte Constitucional, los elementos de exclusión son básicamente dos: Las fuentes jurídicas de exclusión y la sanción. En primer lugar, cuando habla de fuentes jurídicas de exclusión se está refiriendo a la razón por la cual se aplica la sanción. Es decir, la fuente de exclusión activa el segundo elemento de la regla: la sanción.

Según la Corte, existen dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violentando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías de las partes¹¹⁶. Entonces, podría hablarse de una relación según la cual la prueba ilícita es el género y la inconstitucional la especie.

La prueba puede ser prohibida por hallarse expresamente excluida en una persona como en el caso de no advertir a un afectado acerca del derecho a la no autoincriminación, o cuando está vetada expresamente como en el caso de la correspondencia sostenida entre el afectado y su defensor, o si es obtenida sin el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley como cuando para la inspección judicial se demanda a una hora y fecha fijados con anterioridad en la etapa del juicio o cuando es ilícita en sentido estricto como cuando se obtiene la confesión o el testimonio a través de la tortura o de un trato cruel.

Así en un proceso de extinción de dominio, si para localizar un bien de procedencia ilícita se presiona o tortura a un testigo o se coacciona a un heredero para obtener la información pretendida, será este medio de convicción inconstitucional, así una diligencia posterior arroje la existencia del bien y su ubicación. Ahora si lo que se pretende es demostrar la existencia del bien a través de una prueba inconducente la consecuencia será el rechazo o su insuficiente capacidad demostrativa.

La sanción como elemento de la regla de exclusión comporta la nulidad de la prueba ilícita y sus derivadas, sin que los efectos trasciendan el procedimiento u otras pruebas, salvo el hipotético caso de que se trate de la única prueba o la prueba más importante para decidir.

1.5. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA (carga dinámica de la prueba)

Este principio, también llamado de la autorresponsabilidad de las partes, supone la identificación del interés jurídico para probar, y radica en las partes el deber de soportar las consecuencias derivadas de su inactividad demostrativa derivada de su negligencia, error o intencionalidad.

¹¹⁶Sentencia SU-159 de 2002.

Los hechos que hacen parte del objeto de prueba deben aparecer demostrados en las distintas fases del proceso en tanto tengan vocación para producir **efectos** jurídicos; se evidencia al momento de proferir resolución de fijación provisional de la pretensión puesto que allí se pueden imponer las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo de los bienes (embargo, secuestro, toma de posesión de bienes), y en los actos de fijación provisional y definitiva de la pretensión de la fiscalía frente a los bienes objeto de trámite por ser este el requerimiento al juez para que declare probadas las causales invocadas.

Sobre esta base en el proceso de extinción de dominio por regla general corresponde a la Fiscalía General de la Nación la carga de identificar, ubicar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestren la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio. Están exentos de prueba los hechos confesados por las partes, los hechos notorios, las presunciones legales, así como las leyes del Estado vigentes en el territorio.

Los hechos notorios son entendidos como aquellos conocidos por personas de mediana cultura, dentro de un ámbito social determinado en el tiempo en el que se produce la decisión y que por supuesto es conocido por el juez.

Las presunciones legales son afirmaciones de certeza que la ley establece, a partir de experiencias generales que identifican lo que normalmente sucede en el devenir de los acontecimientos, donde a una determinada causa le sucede una lógica consecuencia. Si se las considera verdaderas, sin prueba en contrario, se denominan presunciones *iuris et de iure*, y si admiten prueba en contrario se las llama *iuris tantum*. El que tiene a su favor la presunción *iuris tantum* solo deberá probar los presupuestos en que se basa la presunción, y si alguien quiere desvirtuarla será esta persona quien deberá probar que la presunción *iuris tantum* no se ajusta a la realidad.

Frente a estas presunciones la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia C-388/00, así:

“...Las presunciones legales (*presunciones iuris tantum*) no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes. En efecto, al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos. Ahora bien, a diferencia de las llamadas presunciones de derecho (*iuris et de iure* o auténticas ficciones jurídicas), las presunciones legales admiten prueba en contrario.

... La consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, las más de las veces, el sujeto beneficiado debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia –al menos procesal– del hecho presumido. La demostración de los hechos antecedentes no es, usualmente, un asunto complicado. En consecuencia, puede afirmarse que una determinada presunción legal beneficia a una de las partes del proceso, pues la libera de la carga de demostrar el hecho que se presume y que resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial.

No obstante, al beneficiar a una de las partes, la ley que establece la presunción termina por afectar a la parte contraria, que resulta finalmente compelida a demostrar la inexistencia del hecho presumido, bien directamente, ora desvirtuando los llamados hechos antecedentes. Por esta razón, un sector de la doctrina ha entendido que las presunciones tienen el efecto procesal de invertir la carga de la prueba.

En las condiciones anotadas, es pertinente preguntarse si la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso –en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia– de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción.

...Como lo ha aceptado esta Corporación, la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso. En efecto, nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones.

En otras palabras, la razonable correspondencia entre la experiencia –reiterada y aceptada–, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta.

Ahora bien, resulta evidente que el legislador no puede establecer presunciones que no obedezcan a las leyes de la lógica o de la experiencia, o que no persigan un fin constitucionalmente valioso. Ciertamente, cuando las presunciones aparejan la imposición de una carga adicional para una de las partes del proceso, es necesario que las mismas respondan, razonablemente, a los datos empíricos existentes y que persigan un objetivo que justifique la imposición de la mencionada carga. De otra manera, se estaría creando una regla procesal inequitativa que violaría la justicia que debe existir entre las partes y, en consecuencia, el derecho al debido proceso del sujeto afectado.

En suma, para que una presunción legal resulte constitucional es necesario que la misma aparezca como razonable –es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia–, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin. ...”.

De enorme importancia resultan entonces en el proceso de extinción de dominio el reconocimiento de tales presunciones, pues al admitir prueba en contrario, será aquel

sujeto procesal a quien afecta la presunción legal quien tendrá la carga de ofrecer prueba en contrario. Tal es el caso de la presunción de la buena fe (Art. 83 de la C.P.), de la propiedad (Art. 762 del C.C.), la presunción de la renta, del domicilio legal (Arts. 80 y 82 del C.C.), la muerte presunta (Art. 97 del C.C.), de capacidad de las personas (Art. 1503 del C.C.), de la imputación del pago a los intereses (Art. 1653 del C.C.), de la pérdida de la cosa que se debe (Art. 1730 del C.C.), del haber de la sociedad conyugal (Art. 1795 del C.C.), la retractación en la compraventa (Art. 1861 del C.C.), el derecho a la retención del arrendatario (Art. 2000 del C.C.), el precio en los contratos para la confección de una obra (Art. 2054 del C.C.), del pago de lo no debido (Art. 2316 del C.C.), de la responsabilidad extracontractual de los padres, tutores, directores de colegios o escuela, artesanos o empresarios (Arts. 2346 y 2347 del C.C.), la responsabilidad de los dueños de los edificios por los daños que ocasione su ruina (Art. 2350 del C.C.) o los dueños de los animales que ocasionen daños (Art. 2353 del C.C.), de la responsabilidad por actividades peligrosas (Art. 2356 del C.C.), entre otras presunciones.

En materia comercial vale la pena mencionar la presunción de comerciante (Arts. 11 al 13 del C.Co.), de la competencia desleal (Art. 77 del C.Co.) de las sociedades comerciales en cuanto a las facultades de los administradores de las sucursales (Art. 114 del C.Co.), la presunción de las actas de las juntas de socios o de la asamblea (Art. 189 del C.Co.), las facultades de los representantes o administradores (Art. 196 del C.Co.), de las sociedades en comandita, de las atribuciones de la junta directiva, de los bienes que forman parte de un establecimiento de comercio, de la fecha y lugar de creación de los títulos valores, su emisión, su alteración, la del tenedor del título, la fecha de su endoso, los efectos de la factura cambiaria (Arts. 677 y s.s. del C.Co.). Interesan también a este proceso la presunción del pago (Art. del C.Co.), la del plazo para probar las cosas vendidas, del precio, la presunción de la garantía de los contratos de transporte, depósito, fiducia, mandato de la quiebra, entre muchos otros.

En este proceso, el titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio. Así, el juez ha de llegar a la convicción de los hechos fundamento de las pretensiones a partir de la responsabilidad de probar de las partes; inicialmente de la fiscalía y de los afectados en sus oposiciones y cualquier duda que suponga su decisión habrá de ser resuelta a partir de la carga de la prueba para decidir en contra de la parte que debió probar y no lo hizo.

Pero además en esta materia, el proceso de extinción supone una realidad producto de la evolución jurídica, de las necesidades, científicas, tecnológicas, sociales, políticas y culturales que demandan en una materia como esta la aplicación de la carga dinámica de la prueba y el decreto oficioso de pruebas por parte del juez.

Han surgido así excepciones a la distribución de la carga de la prueba a partir de la verificación de situaciones excepcionales en las cuales el acceso a los medios de prueba queda en manos de las partes o de sus particulares condiciones, dando pie a una redistribución de la carga de la prueba deducida de consagraciones legales y jurisprudenciales y que buscan tanto proteger a la parte más débil de la relación como la de imponer probar a quien le quede más fácil.

En cuanto a la protección del más débil de la relación procesal se ha ocupado la doctrina especialmente de los trabajadores en lo que respecta a la demostración de daños por riesgos laborales, en lo atinente a los pasajeros frente a fallas en el transporte y cuando se trata de identificar daños en desarrollo de actividades peligrosas.

Puntualmente en el aspecto que se refiere a la imposición de probar a quien quede más fácil se han relacionado dos casuísticas: La responsabilidad médica y la responsabilidad profesional en general y la atinente a quien demanda la simulación de un acto o de un contrato, hipótesis muy frecuente en la dinámica demostrativa de la extinción de dominio por ser una constante la persecución de bienes con vínculos ilícitos.

La falta de necesidad de vender o de comprar, la ausencia de oferta de un bien, el desconocimiento del bien o de las características del bien adquirido o dado en venta, la falsa tradición de un bien, la ausencia de medios del adquirente o la de ingreso por el precio del vendedor, la ausencia de productos financieros involucrados o traslados en efectivo, el desconocimiento del origen de los fondos para la adquisición o de la obtención del bien, el precio desmedido o irrisorio del bien, la ausencia de reparo a vicios ocultos o redhibitorios evidenciables en el objeto, resultan hechos indicadores importantes de una simulación que ubica al afectado en la obligación de probar lo contrario por ser a él a quien le queda más fácil, por tener consigo los pormenores de la transacción, dar las explicaciones a todas estas expresiones atípicas de la transacción si de lo que se trata es de un acto jurídico ajeno a la causal de extinción por la cual se le persigue.

Entonces la noción de la carga dinámica de la prueba consiste en radicar la cargas de probar los hechos en cabeza de quien encuentre mejores condiciones para aportar la prueba al proceso, de conformidad con sus condiciones intelectuales, profesionales, sociales, económicas, las cuales lo hacen ver en una situación de ventaja probatoria ante la contraparte, o sencillamente porque le queda más fácil probar, es decir, responde a la pregunta ¿a quién le queda más fácil probar?¹¹⁷.

De manera puntual frente a esta acción y la carga dinámica de la prueba sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-740-03:

“Por otra parte, cuando el Estado ejerce la acción de extinción de dominio, en manera alguna se exonera del deber de practicar las pruebas orientadas a acreditar las causales que dan lugar a ella. Por el contrario, sigue vigente el deber de cumplir una intensa actividad probatoria pues sólo con base en pruebas legalmente practicadas puede inferir que el dominio que se ejerce sobre determinados bienes no encuentra una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas.

Es decir, el Estado debe acreditar que comparando un patrimonio inicial y otro final, existe un incremento en principio injustificado. Luego, una vez iniciada la acción, la persona afectada tiene el derecho de oponerse a la pretensión estatal y, para que esa oposición prospere, debe desvirtuar la fundada inferencia estatal, valiéndose para ello de los elementos de juicio idóneos para imputar el dominio ejercido sobre tales bienes al ejercicio de actividades lícitas.

¹¹⁷ *Giacometto Ferrer, Ana. Ob. cit.*

Nótese cómo no es que el Estado, en un acto autoritario, se exonere del deber de practicar prueba alguna y que, sin más, traslade al afectado el deber de acreditar la lícita procedencia de sus bienes. Por el contrario, aquél se encuentra en el deber ineludible de practicar las pruebas necesarias para concluir que el dominio ejercido sobre los bienes no tiene una explicación razonable derivada del ejercicio de actividades lícitas. Satisfecha esta exigencia, el afectado, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa, puede oponerse a esa pretensión y allegar los elementos probatorios que desvirtúen esa fundada inferencia estatal. De no hacerlo, las pruebas practicadas por el Estado, a través de sus funcionarios, bien pueden generar la extinción de dominio, acreditando, desde luego, la causal a la que se imputa su ilícita adquisición.

De acuerdo con esto, lejos de presumirse la ilícita procedencia de los bienes objeto de la acción, hay lugar a una distribución de la carga probatoria entre el Estado y quien aparece como titular de los bienes, pues este puede oponerse a aquella”.

El artículo 142 del Código de Extinción de Dominio prevé, luego de los traslados a las partes en el juicio, un pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas y allegadas, pero además la posibilidad de ordenar, de oficio, motivadamente, la práctica de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y necesarias.

Obra allí el juez como un actor social que tiene el deber de ayudar a esclarecer los hechos, no solo para mejor proveer sino también para superar en algunos casos la negligencia probatoria.



LA AUDITORÍA FORENSE

Por Luis Eduardo Daza Giraldo

1. Definición

Una primera definición, sencilla y general, es aquella que considera la auditoría forense como el proceso de recolectar, analizar y divulgar evidencias con las técnicas de la auditoría para la investigación de ciertos delitos “financieros” o denominados de “cuello blanco” (CHAVARRÍA, 2002).

Según Cano y Lugo (CANO, 2005), en su libro “Auditoría forense en la investigación criminal del lavado de dinero y activos” definen la auditoría forense como una auditoría especializada en descubrir, divulgar y atestar sobre fraudes y delitos en el desarrollo de las funciones públicas y privadas. En términos contables, la auditoría forense es la ciencia que permite reunir y presentar información financiera, contable, legal, administrativa e impositiva, para que sea aceptada por una corte o un juez en contra de los perpetradores de un crimen económico.

Por su parte, la Asociación de Examinadores de Fraude (ACFE, por sus siglas en inglés) define la contabilidad forense o auditoría forense como el uso de las habilidades profesionales en temas relacionados con potenciales o actuales litigios civiles o penales, aplicado, pero no limitado, a los principios contables y de auditoría de general aceptación; la determinación de la pérdida de beneficios, ingresos, activos o daños; la evaluación del control interno; fraude, y cualquier otro asunto relacionado con conocimientos contables en el sistema jurídico (ACFE, 2014).

En efecto, la auditoría forense es un tipo de auditoría especializada. La auditoría forense es diferente de la auditoría financiera.

La auditoría financiera tiene como propósito verificar que los estados financieros e información financiera de una empresa o entidad se ajustan a unas normas o principios contables o internacionales para reflejar razonablemente la situación financiera, de resultados y de manejo de recursos.

La auditoría forense tiene como propósito descubrir o documentar fraudes y delitos, denominados financieros o de cuello blanco, en el desarrollo de las funciones públicas y privadas de las empresas. Es una aplicación de la inteligencia financiera¹¹⁸ y es un tipo de auditoría especializada.

2. Objeto de la auditoría forense

La auditoría forense analiza documentos, hechos o situaciones financieras para identificar posibles responsables o involucrados y determinar si se cometió un fraude o delito y si existen evidencias suficientes para un proceso penal (o decisiones administrativas), a través de procedimientos técnico-científicos.

¹¹⁸ La inteligencia financiera es el proceso que se realiza para obtener, analizar y divulgar información financiera, administrativa o de otro tipo, como de agencias de aplicación de la ley, con el fin de identificar bienes, personas y/o actividades relacionadas, directa o indirectamente, con actividades ilícitas. El producto de la inteligencia financiera sirve como un criterio técnico-científico orientador para las investigaciones judiciales, procesos administrativos o sanciones disciplinarias.

Adicionalmente, las técnicas de investigación judicial son similares a las técnicas de auditoría forense. Las técnicas más importantes, para los dos propósitos, son: las entrevistas financieras y la recolección de documentos físicos y digitales, que posteriormente pueden convertirse en evidencias y/o pruebas (pruebas documentales y testimoniales). El resultado del análisis de dicha información o evidencias se plasma en un informe escrito, que sirve para tomar decisiones judiciales o administrativas, según sea el caso. Los elementos probatorios deben ser sometidos a un riguroso proceso de recolección y custodia, que garantice su autenticidad y conservación.

La diferencia entre la técnica investigativa judicial y la técnica de auditoría forense radica en los protocolos técnicos y normas legales que definen el procedimiento para su recolección, conservación, custodia, validación y presentación; en todo caso, deben seguir un rigor técnico-científico que garantice su integridad, autenticidad, validez y veracidad.

Otra finalidad de la auditoría forense, a través de los servicios financieros forenses (WELLS KRANACHER RILEY, 2011) que ofrecen algunas firmas o profesionales expertos, es la aplicación de los principios y teorías financieras a hechos o hipótesis que se tratan en una disputa legal a través de: a) servicios de asesoría en litigios como un experto o consultor financiero forense (perito), y b) servicios de investigación en los que prevalece la experiencia y habilidad financiera forense y pueden o no rendir testimonio en un despacho o corte judicial. Estos servicios financieros forenses de profesionales expertos pueden ser para atestiguar o para asesorar judicialmente temas relacionados con fraude laboral, corrupción, fraude corporativo, fraude de estados financieros o ciberdelito¹¹⁹.

3. Metodología de la auditoría forense

Como se mencionó anteriormente, la auditoría forense se encarga, fundamentalmente, de documentar o detectar fraudes o posibles delitos “financieros” o “de cuello blanco”.

Cuando se trata de documentar el fraude o delito, lo más importante es conocer el detalle de los hechos, personas involucradas, fechas, transacciones, modalidad, instrumentos financieros, modo de descubrimiento y demás aspectos pertinentes. Por lo general, en estos los servicios financieros forenses son contratados para establecer el monto estimado de las pérdidas, si existen o no otros casos asociados y si las evidencias son útiles para un eventual proceso judicial.

Cuando se trata de detectar el fraude o posible delito, lo primordial es establecer una hipótesis clara del caso para realizar una planeación adecuada, que permita establecer un alcance, fuentes de información, posibles testimonios y documentos requeridos.

Tanto para documentar como para descubrir fraudes o posibles delitos es necesario

¹¹⁹El ciberdelito o cibercrimen se entiende como todos los actos ilícitos o con intención de cometer un delito en el ciberespacio (red, nube o internet) contra personas, negocios o instituciones oficiales, a través de una computadora o dispositivo electrónico como herramienta o como objetivo, o ambas. El ciberdelito puede ser financiero (cometido por los crackers) o para acceder a sistemas o redes sin autorización (cometido por los hackers).

seguir unas etapas que permitan establecer un equipo de trabajo, con un líder o supervisor, planear, definir un alcance, hacer un análisis preliminar, seleccionar las fuentes de información, analizar, elaborar un informe, hacer recomendaciones y cerrar el proceso.

4. Etapas de la auditoría forense

Una vez que se ha determinado quién supervisará el proceso y se ha reunido el equipo adecuado, se define el alcance de la auditoría forense.

El alcance debe ser el adecuado para garantizar su éxito, no puede ser tan limitado que comprometa el eventual resultado de evidencias, pero tampoco puede ser tan amplio que resulte imposible o excesivamente costoso y demorado su cumplimiento. El alcance de la auditoría forense se debe plasmar en un documento, en el que se reafirme su carácter de confidencial y el propósito de confirmar las irregularidades o posibles conductas inapropiadas. Sin embargo, a medida que avance el proceso de auditoría forense se puede reconsiderar el alcance, según los hallazgos y las circunstancias.

Lo más importante desde el inicio del procedimiento utilizado durante la auditoría forense son las medidas para preservar las evidencias. Estos procedimientos definen la conformación de las evidencias y se desarrollan en las siguientes fases (SACCANI, 2012): análisis preliminar, recolección de evidencias, análisis de la información, elaboración del informe, remediación y cierre.

Fase 1: Análisis preliminar

En esta etapa se analiza la documentación inicial relevante conocida por el equipo de investigación, para determinar con precisión los procedimientos adecuados de recolección. Se debe evaluar la conveniencia, pertinencia y utilidad de cada documento (físico o electrónico) o testimonio para los fines de la auditoría forense. Será determinante la selección de personas, documentos, procesos, áreas y fuentes de información a ser consultadas, recolectadas y analizadas.

Fase 2: Recolección de evidencias

Esta fase se desarrolla a través de varias actividades, que generalmente se realizan en forma simultánea. Se trata de aplicar procedimientos que permitan la realización de entrevistas, la obtención de evidencia digital, la realización de consultas de información pública o restringida y la recolección y aseguramiento de evidencias (documentales y testimoniales).

La toma de entrevistas forenses busca obtener de empleados o personas algún conocimiento directo o indirecto sobre los hechos u operaciones investigadas. Esta labor debe realizarse por profesionales expertos o auditores forenses que cuenten con las habilidades y experiencia necesaria para obtener lo mejor del entrevistado.

La obtención y revisión de la evidencia digital requiere de conocimientos y software especializados. La revisión de la información digital es la más importante, aunque puede

ser la que más tiempo requiera, para determinar los escenarios, flujos de información, relaciones, patrones, accesos, consultas, tiempos y demás, que pueden orientar la identificación de hallazgos relevantes. El principal objetivo en esta fase es asegurar la custodia de la información obtenida o recuperada, con procedimientos que mantengan la confidencialidad –técnicas de cifrado– y la integridad –técnicas de “hashing”– de todos los datos.

Para preservar la evidencia digital se deben consultar datos, documentos y correos electrónicos, que pueden encontrarse en discos duros de computadoras, servidores, medios de almacenamiento históricos (backup), medios de almacenamiento portátil (USB y otros dispositivos) y/o discos virtuales (cloud computing). En esta fase se deben considerar los procedimientos necesarios para preservar la información hallada y aquella que hubiera podido ser borrada; procedimientos para obtener copia de los correos del servidor corporativo y recuperación de datos de las copias de backups periódicos, según el alcance; procedimientos para obtener copias de los archivos almacenados en carpetas compartidas o personales, así como de correos electrónicos; procedimientos para recuperar información que hubiera sido borrada de las diferentes fuentes, y por último, cruzar la información recuperada, datos, archivos y correos electrónicos con algunas palabras clave definidas por el equipo forense y relacionadas con los hechos investigados.

Finalmente, las consultas de información en fuentes públicas o restringidas deben ser definidas por el equipo forense para verificar o confirmar algunos aspectos relevantes de la auditoría. El propósito de esta fase es revisar algunos antecedentes personales, patrimoniales o comerciales y confirmar algunas de las hipótesis sobre los hechos investigados. También permite descubrir cualquier potencial conflicto de interés con la empresa o funcionarios, determinar bienes o características financieras relevantes (endeudamiento, inversiones, etc.), identificar vínculos personales o familiares desconocidos y verificar su situación patrimonial, judicial o su reputación comercial.

Fase 3: Análisis de la información

La primera actividad, en esta fase de análisis, es la revisión de los documentos físicos y digitales, para identificar las posibles evidencias que confirman o desvirtúan las hipótesis del posible fraude o delitos.

La siguiente actividad de análisis es la revisión forense del sistema contable de la empresa o de la información financiera de las personas involucradas, con el fin de identificar los registros y documentos potencialmente vinculados con las hipótesis de la investigación del fraude o delitos. Es conveniente que este procedimiento de revisión documental se pueda complementar con entrevistas a las personas y funcionarios que sean pertinentes.

El procedimiento más relevante para las hipótesis de fraude o delitos financieros es el análisis financiero forense, centrado en la contabilidad forense, los registros financieros, la documentación bancaria, los extractos y documentos financieros de pago, el origen y recepción de fondos, las transferencias y uso de fondos, el manejo del dinero en efectivo, las variaciones patrimoniales, el análisis de regalos, donaciones o herencias y la determinación del patrimonio o fondos de origen desconocido.

Una actividad simultánea que se puede realizar es el análisis proactivo de los datos a través de la tecnología forense. Luego de verificar la integridad de los datos y normalizar su estructura, se deben ejecutar una serie de pruebas (comúnmente llamadas rutinas) a los registros y archivos maestros de clientes, proveedores, empleados, compras, ventas u otra información relevante, según las hipótesis de la investigación. El propósito de este análisis tecnológico forense es identificar inconsistencias en los datos o señales de alerta, que posteriormente deben ser analizados con mayor profundidad.

Los dos tipos de análisis forense proactivo de datos más comunes son: el de registros manuales y el de archivos maestros.

El análisis de registros manuales se realiza para detectar anomalías, patrones y tendencias que confirmen las hipótesis del fraude o delitos financieros, tales como combinación de registros contables inusuales, registros en un periodo que son revertidos en otro subsiguiente, registros inusuales en periodos cercanos al cierre o posteriores al mismo, registros inusuales en provisiones o cuentas similares, registros en horarios o días inusuales y registros efectuados por usuarios inusuales.

El análisis de archivos maestros consiste en cotejar los datos de los proveedores, clientes, empleados, compras, ventas u otros relevantes con otras fuentes o bases de datos (internas o externas), con el fin de identificar anomalías o registros inusuales, tales como posibles irregularidades tributarias, actividad transaccional inusual, relaciones desconocidas entre contrapartes, registros incompletos o inválidos en datos clave (monetarios) y registros duplicados.

Fase 4: Elaboración del informe

El avance y resultado final de la auditoría forense se debe plasmar en informes periódicos y en un informe final.

Los informes periódicos se deben considerar en la planeación y deben hacer constar sobre el avance, en cada periodo, de la obtención y análisis de información, así como de los hallazgos que confirman o desvirtúan las hipótesis del fraude o delitos financieros. Estos informes resultan muy importantes para ajustar los procedimientos y reorientarlos en la medida de las necesidades o hallazgos de la investigación.

El informe final de la auditoría forense proporciona elementos de juicio e información para la toma de decisiones administrativas o sobre el inicio de un proceso judicial, y señala transacciones, bienes (activos), hechos, personas o entidades involucradas en posibles fraudes o delitos financieros. Por lo tanto, el informe de auditoría forense sólo tiene el propósito de informar el resultado de unos procedimientos realizados para confirmar o desvirtuar una hipótesis de fraude financiero.

El informe final debe ser no solo correcto en lo técnico (claro, sencillo, verificable, exacto, objetivo, oportuno y preciso), sino en su lectura y presentación debe ser armónico, agradable y estético. Aunque el contenido y hallazgos financieros relevantes deben estar documentados, el lenguaje del informe final debe ser sencillo, claro y fácil de entender.

Los informes técnicos deben tener una estructura interna y externa (orden, lenguaje, temas, subtemas, oraciones completas y coherentes, relaciones lógicas), así como una coherencia y cohesión en sus capítulos o apartes (SALAZAR, 2011). El informe de auditoría forense no se escribe para impresionar o persuadir a los lectores, debe ser objetivo y basado en hechos.

En conclusión, el informe final de auditoría forense debería contener, por lo menos, las siguientes partes: objetivo y alcance, resumen ejecutivo de hallazgos, glosario, cuerpo del informe, conclusiones, recomendaciones, anexo (evidencias) y referencias y bibliografía.

Fase 5: Remediación

Con base en las vulnerabilidades identificadas durante el desarrollo de la auditoría forense, se debe proponer un plan de remediación para implementar o reforzar los controles de la empresa o ajustar los procesos o procedimientos que lo requieran. Generalmente este plan de remediación se incluye como sugerencias en el informe final.

Fase 6: Cierre

Cuando se cumple el objetivo, y los hallazgos de la auditoría forense permiten confirmar las hipótesis sobre los hechos, relaciones, transacciones, personas involucradas o bienes asociados a un fraude o delitos financieros, se debe cerrar formalmente la investigación. Las decisiones administrativas o judiciales que se puedan tomar a partir del informe final, con el que se da por terminada la auditoría forense, podrían ampliar el alcance o las actividades a seguir.

Sin embargo, hay situaciones en las que la búsqueda y análisis de la información no permite llegar a conclusiones específicas sobre la comisión del fraude o posibles delitos. En este caso, es preciso que un supervisor de alto nivel evalúe si vale la pena seguir adelante o, por el contrario, tomar la decisión de cerrar la auditoría forense. En la práctica, esta situación ocurre cuando se siguen los procedimientos planeados pero la información no es relevante, al contrario, se torna superficial y sin un valor agregado frente a la expectativa de alguna irregularidad.

Recolección de información

Las dos principales fuentes de información para documentar o detectar un fraude o posible delito son los testimonios y los documentos. Por lo tanto, resulta de vital importancia para el auditor forense o investigador financiero forense desarrollar métodos y técnicas adecuadas para realizar entrevistas financieras, así como para obtener documentos físicos y digitales.

Entrevista financiera

La entrevista financiera forense se utiliza para obtener información crítica de los posibles testigos y sospechosos. Esta entrevista forense es el mecanismo para

adelantar investigaciones internas o “declaraciones amistosas”, que no tienen el rigor de una entrevista judicial o un interrogatorio; sin embargo, deben ser realizadas por profesionales expertos, que tengan la habilidad para conducirlas y que respeten las garantías y derechos de los entrevistados.

Para la entrevista financiera es importante tener en cuenta la comunicación digital y analógica de la persona entrevistada. La comunicación digital es lo que se dice y la comunicación analógica es la no verbal o los gestos y comportamiento.

El entrevistador forense debe planear cada entrevista, según la persona, cargo, hechos, etc., con una guía de preguntas relevantes sobre los temas que quiere indagar. Preferiblemente, la entrevista se debe hacer por un entrevistador y un asistente que tome notas complementarias, se debe registrar mediante algún dispositivo electrónico (archivos de audio o video), se debe realizar en un lugar adecuado y con el tiempo suficiente para agotar todos los interrogantes.

Las preguntas usadas para una entrevista financiera pueden ser: a) Abiertas; es decir, aquellas que deben ser respondidas con información, no con un simple “sí” o “no”. Por ejemplo: ¿Cuáles son sus bienes en el país y en el extranjero? b) Cerradas; es decir, aquellas que usualmente la respuesta es “sí” o “no” o algún dato concreto, como una fecha, un nombre o un monto. Por ejemplo: ¿Cuándo compró la finca y por qué valor? c) De opinión o consultivas; es decir, aquellas que expresan la percepción del entrevistado. Por ejemplo: ¿Cómo cree usted que se hubiera podido evitar el registro fraudulento de esa propiedad? d) De carnada; es decir, aquellas preguntas hipotéticas para plantear una situación al entrevistado y valorar su honestidad o sinceridad. Por ejemplo: Si hiciéramos una revisión a sus correos electrónicos, ¿podríamos encontrar algún dato relacionado con esa persona? e) De verificación y exploración; es decir, aquellas que permiten confirmar algo al entrevistado o suministrar datos adicionales. Por ejemplo: ¿Por qué dice eso?, ¿cómo sabe que fue así? f) De cierre; es decir, aquellas que se hacen para dar una segunda oportunidad al entrevistado para recordar hechos o situaciones que no surgieron en la primera ocasión. Por ejemplo: Además de las propiedades que ya nos enumeró, ¿hay algo más que debamos conocer?

Preferiblemente, en la entrevista financiera no se deben hacer preguntas guiadas (se incluye una afirmación), complejas y compuestas (dos o más preguntas al mismo tiempo) y negativas (incluyen una negación).

Los pasos sugeridos para realizar una entrevista financiera forense son: prólogo o introducción (bienvenida y explicación), evaluación de la reacción inicial (amistoso u hostil), escucha activa (parafraseo), desarrollo del cuestionario o guion (secuencia lógica) y cierre (¿algo más?).

Documentos físicos y digitales

En términos generales, las mejores pruebas de los fraudes o delitos financieros son los documentos. Estos pueden ser físicos o digitales, según la fuente y naturaleza de los mismos o la forma de conservación y archivo. Es lo que se conoce como evidencia o prueba documental.

Los documentos físicos o evidencia física se refieren a contratos, recibos, facturas, pedidos, cotizaciones, cheques, consignaciones, notas contables, correspondencia, manuales y demás constancias en papel.

A su vez, los documentos digitales o evidencia digital se refieren a archivos, registros, correos electrónicos, mensajes, fotografías y demás información digital o electrónica. En los dos casos, los documentos físicos y digitales se deben identificar y resguardar apropiadamente para minimizar el riesgo de que se dañen o contaminen.

Es recomendable tomar copias o imágenes de los documentos para conservar los originales y asegurarlos mediante una adecuada cadena de custodia. Las copias o imágenes sirven para los análisis o pruebas que se requieran por parte de los analistas o investigadores forenses.

Como la evidencia documental es la más adecuada para probar los fraudes o posibles delitos financieros, es conveniente advertir que una de las primeras labores del auditor forense o investigador forense es identificar las fuentes de información relevantes. Estas fuentes de información pueden ser de acceso público o de acceso restringido. También se debe considerar la respuesta o consulta que se recibirá de cada fuente de información, para decidir el tratamiento que se debe dar a los documentos físicos o digitales que se obtengan.

Las fuentes de información

Las fuentes de información se pueden clasificar de acuerdo con el tipo de acceso (directo o indirecto), con la naturaleza de la fuente (pública o privada), con el tiempo de respuesta (inmediata o mediata), con la disponibilidad (libre –gratuita o paga– o restringida) y con el tipo de información (personal, comercial, tributaria, patrimonial, etc.).

En el caso colombiano, un ejemplo de clasificación de fuentes de información para identificar bienes podría ser el siguiente: extractos y documentos financieros de inversiones en el país (directa); propiedades registradas en escrituras públicas de una determinada notaría (indirecta); vehículos registrados ante el Registro Único Nacional de Tránsito - RUNT (pública); acciones o participación en sociedades (privada); bienes rurales registrados en el IGAC - Instituto Geográfico Agustín Codazzi (inmediata); cuentas e inversiones registradas en el exterior (mediata); establecimientos de comercio registrados (libre gratuita); fideicomisos de inversión (restringida); reporte de cuentas, certificados y deudas de las centrales de riesgo (personal); patentes registradas (comercial); ingresos y patrimonio declarado a la DIAN (tributaria).

La CICAD de la OEA sugiere la siguiente clasificación de fuentes de información para la investigación del lavado de activos, uno de los principales “delitos de cuello blanco”: patrimonial, personal, judicial, comercial, policial, corporativa y normativa¹²⁰.

¹²⁰ Ver. http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/Intercambio%20Fuentes%20de%20Informacion_Esp.doc [consultado el 25/02/2014].

5. Evidencia electrónica y digital

Cada vez con más frecuencia encontramos en la vida personal y en los negocios la influencia del avance tecnológico. Los dispositivos de almacenamiento electrónico de datos ya no son exclusivos de los discos duros, hoy los encontramos en un teléfono celular, en unidades portátiles (USB), en consolas de televisores, videojuegos, cámaras, reproductores de música o video y en muchos otros aparatos electrónicos.

También el intercambio de datos ha evolucionado y ya no se necesitan las conexiones físicas (redes) para realizarlo; los avances en las comunicaciones inalámbricas nos permiten enviar y recibir llamadas, textos, archivos de audio o video, navegar por la internet, consultar las redes sociales, hacer compras, realizar pagos, descargar música y un sinnúmero de posibilidades.

Por lo anterior, la información personal e institucional se utiliza con mayor frecuencia en casos civiles o penales y se convierte en la evidencia a debatir sobre algunos hechos de los que dan cuenta. En consecuencia, los profesionales especializados en la tecnología forense son cada vez más solicitados para examinar dispositivos, redes y comunicaciones en busca de tales evidencias.

La tecnología forense se enfoca en tres etapas básicas: la recolección de la evidencia, su análisis y el reporte de los hallazgos. Es una parte de la auditoría forense y de las investigaciones forenses, que complementa la labor de detección o documentación de fraudes o delitos cuando se presentan elementos tecnológicos involucrados en los hechos o con personas que pueden ser testigos o sospechosos.

La etapa de recolección de la evidencia implica una identificación y selección crítica de los elementos que serán objeto de cadena de custodia para tomar las imágenes o copias requeridas para su análisis, con el programa forense (software) adecuado. Esta etapa puede durar mucho tiempo, lo importante es seguir los procedimientos técnicos idóneos para no tener dificultades futuras.

La etapa de análisis de las evidencias puede ser la que más tiempo tome, porque implica procesar la información cruda y aplicar mecanismos de extracción y filtrado hasta lograr resultados válidos que representen hallazgos, según la teoría del caso.

La etapa de reporte o elaboración del informe de hallazgos debe ser ordenada y objetiva. En lo posible, debe ser escrita en un lenguaje sencillo, de tal manera que los términos técnicos, informáticos y la experiencia del profesional no afecten su comprensión. El informe debe ser una opinión técnica que señale claramente los hallazgos y la conclusión del experto.

Según el Manual de Manejo de Evidencias Digitales y Entornos Informáticos, elaborado por Santiago Acurio Del Pino y publicado en la OEA, los elementos materiales o componentes físicos y de almacenamiento de un sistema informático (hardware) son los que conforman la evidencia electrónica, mientras que la información contenida en estos (datos, programas, mensajes) sería la evidencia digital¹²².

¹²¹ Ver http://www.oas.org/juridico/english/cyb_pan_manual.pdf [consultado el 25/02/2014].

¹²² En términos muy sencillos, la evidencia digital es información binaria (ceros y unos), que se almacena e interpreta a través de computadoras o dispositivos electrónicos.

En las investigaciones, por supuesto también en la auditoría forense, aparecen las evidencias electrónicas, lo que se conoce como eDiscovery o Electronic Discovery. Esta nueva área de la tecnología consiste en el intercambio de datos entre las partes de un proceso penal o civil en el que deciden el tipo de información que será producida o retenida.

Aunque la evolución de la tecnología forense ha desarrollado varias áreas como memory forensics¹²³, mobile forensics¹²⁴ y network forensics¹²⁵, el objetivo primordial se mantiene: la evidencia digital o electrónica debe ser identificada y autenticada para que pueda ser tenida en cuenta como una prueba válida en un proceso judicial.

La evidencia digital (WELLS KRANACHER RILEY, 2011) es fundamental para la labor de recuperar, clasificar y analizar datos en forma electrónica por parte del auditor forense.

En términos prácticos, lo primero que se debe garantizar a través de un procedimiento técnico-científico son las características únicas de la evidencia digital obtenida, tanto desde su recolección hasta la presentación como prueba en un estrado judicial, con un adecuado control de la cadena de custodia. Este método se conoce como huella digital o hash¹²⁶ o hashing¹²⁷.

El carácter técnico del método de identificación forense (hash) para la evidencia digital garantiza que otros puedan aplicar el mismo procedimiento, repetir el examen, evaluar los hallazgos y obtener siempre el mismo resultado. Por lo tanto, es vital que el profesional experto forense o el auditor forense o el investigador forense documente adecuadamente el procedimiento realizado en cada caso.

Se deben aplicar correctamente los procedimientos y protocolos técnicos con las evidencias digitales, para evitar que se pierdan o no sean tenidas en cuenta como pruebas por errores tan comunes como: fallas en la cadena de custodia por identificación incorrecta de dispositivos, contaminación de la evidencia por manipulación o borrado de archivos, destrucción por procesos erróneos, manipulación inadecuada de hardware o software al momento de la recolección, almacenamiento inadecuado por condiciones ambientales o presencia de campos magnéticos, reconocimiento deficiente de las partes o piezas de hardware y los dispositivos de almacenamiento de datos.

¹²³El análisis forense de memoria consiste en examinar el volcado de memoria de las computadoras para revisar con mayor precisión el almacenamiento de datos.

¹²⁴ El análisis forense de dispositivos móviles se realiza para obtener evidencia digital o recuperar datos. Estos dispositivos pueden ser teléfonos celulares o teléfonos inteligentes, tabletas y otros, como PDAs y GPS.

¹²⁵El análisis forense de redes tiene que ver con la supervisión y análisis del tráfico de la información volátil o dinámica para obtener evidencia digital o detectar intrusos.

¹²⁶El hash o huella digital es un algoritmo o método para generar una clave o llave, que representa de manera casi unívoca un documento, archivo, registro, etc. Es como el número de identificación universal de un archivo.

¹²⁷La propiedad fundamental del hashing es que si dos resultados son diferentes al aplicar la misma función, las dos entradas que generaron dichos resultados también son diferentes. Es decir, que si dos resultados de hash son diferentes al aplicarlo a un aparente mismo archivo, es porque se trata de dos archivos diferentes; uno de ellos ha sido alterado o modificado en su contenido.

6. Análisis financiero y patrimonial

Uno de los casos más emblemáticos sobre maniobras fraudulentas y delitos de cuello blanco fue el fraude y escándalo de la compañía estadounidense Enron (THIBODEAU y FREIER, 2009), que pasó de ser la séptima compañía más grande en el año 2000, según la lista de Fortune 500, con un patrimonio de \$65 mil millones de dólares e ingresos por ventas de \$100 mil millones, a estar en bancarrota al año siguiente, con pérdidas de miles de millones de dólares de sus accionistas y de los fondos de ahorro para retiro. Enron, en su informe anual del año 2000, se enorgullecía de haber “transformado los activos basados en tubería y ser una empresa de generación de energía a una empresa de marketing y logística cuyo mayor activo era su enfoque de negocio bien definido y su gente innovadora”. Los ingresos de Enron aumentaron más del 750% entre 1996 y 2000, y 65% por año, algo que no tenía precedentes en la industria. Las manipulaciones contables para ocultar pérdidas y mantener la cotización de la acción en la bolsa, vender acciones sobrevaluadas, así como la destrucción de pruebas, la corrupción con dineros para campañas políticas y la ausencia de control oportuno fueron las principales características de este caso.

La mayoría de los fraudes o delitos de cuello blanco o delitos financieros, como el caso Enron, mencionado anteriormente, están relacionados con la información financiera de los negocios o de sus propietarios. Para detectarlos y evidenciarlos se debe hacer análisis de documentos bancarios, de transacciones financieras, de balances y estados financieros, de movimientos de fondos, de origen y destino del dinero; se deben identificar instrumentos financieros, como cheques, consignaciones, transferencias; se deben ubicar bienes muebles e inmuebles, propiedades o participaciones en empresas, activos tangibles e intangibles.

En los casos de corrupción, adicionalmente, es necesario establecer relaciones directas o indirectas entre personas y empresas, origen y destino de fondos, regalos, donaciones y otras operaciones complejas de pedidos o contratos.

Una de las principales fuentes de información financiera es la de los registros y documentos bancarios. Los documentos relacionados con productos ofrecidos por las entidades financieras, los extractos bancarios, los registros de vinculación o apertura de cuentas, los cheques, las transferencias, las consignaciones, los registros de firmas o personas autorizadas, los consumos de las tarjetas de crédito, los préstamos y demás información, proporcionan unos buenos elementos de análisis para documentar el fraude o posible delito o para establecer el perfil financiero de la persona o empresa involucrada.

Para el análisis financiero forense, lo más importante es analizar los ingresos y el patrimonio de una persona o empresa, con el fin de identificar posibles “ingresos ocultos” o “patrimonio oculto”, que no tengan una justificación razonable o clara. Para este fin, se puede utilizar el método directo o varios métodos indirectos.

Método directo

El método directo consiste en demostrar el patrimonio o establecer el perfil financiero de

una empresa o persona, a partir de documentos e información específica relacionada con los bienes (o activos) e ingresos y gastos de fondos durante un periodo de tiempo o una fecha establecida.

Este método directo es el más indicado y utilizado en las investigaciones de fraude, lavado de activos y corrupción, siempre y cuando la información esté disponible. Según este método, se pueden demostrar los activos, ingresos y pagos que están relacionados con una determinada actividad económica legal y, por consiguiente, aquellas “operaciones ocultas” o bienes de un origen desconocido o ilícito.

Para que el método directo sea útil en la elaboración de perfiles financieros, se debe aplicar para varios años (por lo menos tres), con el fin de examinar la consistencia del incremento patrimonial o de ingresos. Además, el auditor forense o investigador debe entender claramente el entorno del negocio o actividad, asegurarse de que todas las operaciones y contratos se encuentran registrados, verificar que todas las transacciones y movimientos financieros tienen un adecuado documento soporte y usar una técnica adecuada para detectar posibles conductas irregulares o de ocultamiento.

En cuanto a los activos, se debe contar con los documentos e información específica (directa) que permita establecer claramente su origen, fecha, monto, características de adquisición, forma de pago, ubicación, estado, forma de registro contable, entre otras.

Los pasivos o deudas deben corresponder a obligaciones que efectivamente hayan sido adquiridas y reconocidas entre las partes, de tal manera que se pueda comprobar su monto original, fecha, motivo u origen, características de amortización o pago, eventuales garantías, constancias de pagos parciales y servicio de la deuda, entre otras.

Los ingresos deben estar totalmente justificados y documentados, según su origen. Generalmente, se presentan ingresos ordinarios y extraordinarios que reflejan la actividad económica, comercial o laboral de la empresa o persona analizada. Para el caso de los ingresos ordinarios se debe contar con los documentos e información precisa que identifique claramente los montos, fechas, conceptos, origen (local o extranjero), ordenante o pagador y forma de pago. En el caso de los ingresos extraordinarios, adicionalmente, se debe prestar especial atención a documentar los casos de donaciones, regalos, ganancias extras por venta de bienes o activos, premios por loterías o juegos de azar, regalías y demás ingresos que no correspondan a la actividad principal.

Finalmente, los pagos y gastos deben reflejar de manera clara la correspondencia con los ingresos obtenidos o con la disminución de las obligaciones, a través de información que permita identificar los montos, fechas de pago, formas de pago, conceptos justificados, documentos soporte y demás características que justifiquen los pagos ordinarios y extraordinarios del negocio o persona analizada.

Método indirecto del valor neto o valor patrimonial

Los métodos indirectos se utilizan cuando no se puede evidenciar de manera directa la situación patrimonial o de ingresos de una empresa o persona. Este método de valor

neto o valor patrimonial se utiliza, principalmente, para identificar bienes o ingresos no justificados. También es una manera de complementar el método directo con algunas cifras que no pudieron ser identificadas, verificadas o justificadas adecuadamente.

El método del valor neto o valor patrimonial consiste en analizar varios años o periodos e identificar el incremento del patrimonio. El valor neto es la diferencia entre activos y pasivos, solo que para este método se considera el incremento de los ingresos obtenidos y la disminución de los pagos y gastos. En otras palabras, se compara el valor neto al inicio y al final de un periodo, pero se considera el incremento de los ingresos y la disminución de los gastos. Al final, el incremento del patrimonio más los gastos se comparan con las fuentes conocidas de ingresos lícitos para establecer ingresos de fuentes desconocidas.

Este método, al igual que el directo, requiere un análisis preliminar de cada rubro de los activos, pasivos, ingresos y gastos, con el fin de verificar su veracidad, exactitud y razonabilidad de los montos.

Este método del valor neto tiene dos variantes: el método de los activos o el método de los gastos. El método de los activos generalmente se utiliza cuando los fondos se invierten y el valor neto aumenta año tras año. El método de los gastos se aplica usualmente cuando no hay incrementos patrimoniales relevantes y, a cambio, los fondos se destinan al consumo.

Una manera fácil de desarrollar el método indirecto del valor neto es a través de la siguiente fórmula:

→	ACTIVOS
-	PASIVOS
=	VALOR NETO O PATRIMONIO NETO
-	VALOR NETO DEL PERIODO ANTERIOR
=	INGRESO / REDUCCION DEL VALOR NETO
+	GASTOS
-	INGRESOS DE FUENTES CONOCIDAS
=	INGRESOS NO JUSTIFICADOS

Fuente: Sacconi, Raúl. Tratado de Auditoría Forense. 2012

Método indirecto de los depósitos bancarios

El método de los depósitos bancarios para probar la existencia de ingresos injustificados consiste en comparar el dinero recibido con el gastado. Este método es similar a los anteriores (directo e indirecto del valor neto), porque busca identificar el destino de los fondos obtenidos.

Este método está basado en la teoría de la existencia de unos fondos iniciales que se pueden aumentar o disminuir con el resultado de una actividad económica cualquiera. Los nuevos fondos solo se pueden destinar al ahorro (depósitos o inversiones) o al gasto.

Este método es muy utilizado cuando no existen registros contables disponibles o se usan muchas transacciones bancarias y financieras por parte de las personas o empresas analizadas.

Lo primero que se debe hacer bajo este método es un inventario de fondos a una fecha determinada, con base en extractos bancarios u otras fuentes confiables. Esto incluye la existencia de dinero en efectivo y otras formas de dinero disponible. Si en las cuentas bancarias o productos financieros aparecen otras personas o empresas como titulares o autorizados, se deben incluir en el análisis.

Luego se determinan los ingresos netos de cada fuente y por cada concepto. Es importante identificar ingresos de fondos que provienen de fuentes diferentes a la actividad principal y conocida; por ejemplo, préstamos de familiares o amigos, donaciones, herencias, venta de activos, etc. También es necesario restar las transferencias de fondos entre cuentas, devoluciones de cheques u otras transacciones que afecten el cálculo del valor neto de los ingresos.

Enseguida se analizan todos los gastos, es decir, el uso de los fondos obtenidos durante un periodo o acumulados. Es decir, todas las compras y pagos realizados por la adquisición de bienes y servicios, por la cancelación o pagos de deudas, por los consumos y demás gastos incurridos durante el periodo analizado.

Finalmente, después de calcular los depósitos netos, sumar los gastos y restar los ingresos de fuentes conocidas, se establecen los ingresos injustificados o de fuente desconocida. Una manera sencilla de ver su cálculo es la siguiente:

→	DINERO Y FONDOS ACTUALES
-	TRANSFERENCIAS ENTRE CUENTAS
=	DINERO Y FONDOS NETOS
-	GASTOS DEL PERIODO
=	DINERO Y FONDOS DISPONIBLES
-	INGRESOS DE FUENTES CONOCIDAS
=	INGRESOS NO JUSTIFICADOS

Fuente: Sacconi, Raúl. Tratado de Auditoría Forense. 2012.

Para todos los métodos de análisis, lo importante es descubrir los activos que provienen de un origen ilícito (fraude, corrupción u otro delito), los cuales por lo general están representados en propiedades, productos financieros de inversión o participaciones de capital a través de terceras personas, familiares, testaferros o prestanombres, mientras el verdadero titular mantiene el control, uso y goce de dichos bienes.

Por lo anterior, se deben tener en cuenta las señales de alerta que resulten del análisis patrimonial, bajo cualquiera de los métodos expuestos, con el fin de identificar ingresos extraordinarios, consignaciones por montos inusuales, pagos no habituales, consumos exagerados, bienes que se venden o desaparecen sorpresivamente, obligaciones que nunca se amortizan, préstamos no bancarios recurrentes, pagos de bienes o servicios no recibidos, pagos a personas o empresas inexistentes y muchas otras situaciones que requieren un análisis forense detallado.

7. El informe de auditoría forense

La elaboración del informe de resultados de una auditoría forense es muy importante, porque describe los hallazgos que sirven para tomar decisiones administrativas e incluso en el ámbito jurídico y penal. Por lo tanto, su contenido debe satisfacer las necesidades de los diferentes lectores, desde un ejecutivo de la empresa, un auditor, un abogado, un investigador criminalístico, un fiscal, hasta un juez o autoridad judicial.

El informe de auditoría forense debe ser no solo correcto en lo técnico, sino preciso y ameno en su presentación y lectura. En el ámbito judicial, debe señalar evidencias claras que demuestren los hechos, vínculos, operaciones, personas o empresas vinculadas y bienes o activos identificados. Es decir, los informes forenses deben tener coherencia y cohesión. La coherencia está relacionada con la organización de la información para transmitir el mensaje. La cohesión se refiere a la consistencia gramatical y semántica del texto.

El objetivo del informe de auditoría forense debe estar en concordancia con el desarrollo de la recolección y análisis de la información para detectar o documentar el fraude o delito. Algunos objetivos del informe forense pueden ser: informar, describir, explicar, instruir, evaluar y recomendar. El objetivo debe ser acordado y aprobado antes de comenzar a escribir el informe de auditoría forense.

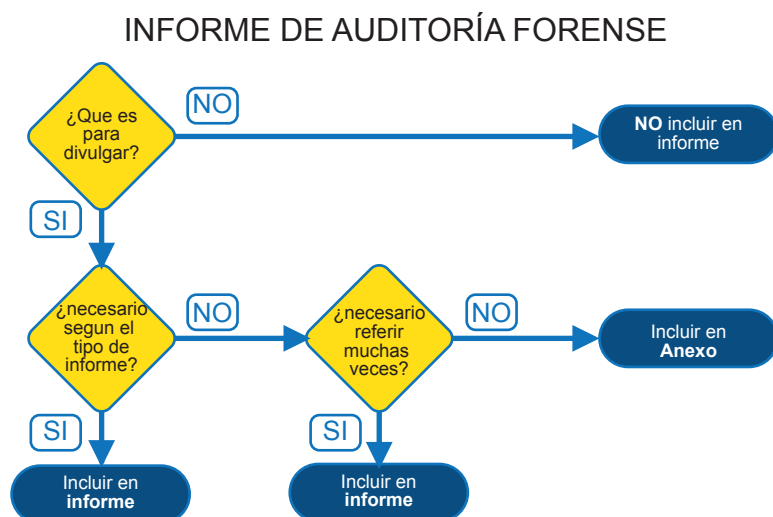
Para la elaboración y presentación adecuada del informe forense es conveniente seguir los siguientes pasos:

- a) Preparar y planear la elaboración. Después de la recolección y análisis de la información, se deben tener en cuenta aspectos como revisar y ajustar el objetivo, evaluar a quién va dirigido, decidir qué información se incluirá, preparar la estructura del informe y poner a prueba el esqueleto del informe.
- b) Manejo de la información y hallazgos. El resultado final depende de la cantidad y calidad de la información recolectada y de su análisis. Por consiguiente, se debe decidir sobre la inclusión en el informe de las fuentes relevantes de información, procedimientos utilizados para obtener la información, entrevistas y evidencias testimoniales obtenidas, hipótesis del caso, análisis de la información, evaluación de los resultados y hallazgos relevantes.
- c) Evaluación de los resultados. Lo más importante es confirmar la confiabilidad de los resultados y la importancia que tienen. En consecuencia, se deben considerar la precisión, objetividad, integridad y convicción de los resultados. La precisión de la información implica su exactitud, actualización y capacidad de ser comprobada. La objetividad implica información libre de supuestos o apreciaciones, debe reflejar correctamente las declaraciones o datos de los documentos. La integridad se refiere a que la información no está incompleta o no se muestra parcialmente. La convicción implica que la información obtenida refleja hechos o hallazgos que se pueden verificar tantas veces como sea necesario por terceros independientes, mediante procedimientos técnicos. Se debe decidir sobre los hallazgos relevantes que harán parte del informe forense.

d) Redacción y revisión. La elaboración y revisión del informe forense es la parte de mayor cuidado, porque refleja todo el trabajo anterior. Antes de escribir se debe verificar que los pasos anteriores se cumplieron, que se verificó el objetivo y lectores, la recolección de la información y su análisis, así como la evaluación de los resultados y priorización de los hallazgos. Se debe elaborar un primer borrador, según el esqueleto que se proyectó, para luego ser revisado por un tercero o colega. Con la revisión es importante evaluar la fortaleza del informe, su estructura lógica y clara, la presentación de los hallazgos y conclusiones, la exactitud de las cifras o datos, la conveniencia o no de usar anexos o cuadros complementarios y los aspectos formales de gramática, ortografía y puntuación. Al final, el informe debe acompañarse de anexos, recomendaciones y fuentes bibliográficas si es necesario. Los anexos documentales y digitales deben tener un rigor técnico de recolección y manejo, porque generalmente son las evidencias que eventualmente se convertirán en pruebas en un proceso judicial.

Tal vez lo más difícil de la elaboración del informe de auditoría forense, después de recolectar y analizar toda la información obtenida, es decidir qué se debe incluir, qué se debe incluir como un anexo o dentro del texto y definitivamente qué no se debe incluir. Por ello, es conveniente seguir una metodología para decidir si la información se incluye o no en el informe, a través de las siguientes tres preguntas clave: ¿es necesario divulgar esta información?, ¿es necesaria esta información según la estructura del informe?, ¿es necesario hacer referencia a esta información muchas veces? Según cada respuesta, la información se incluirá en el texto del informe, se incluirá como información complementaria en un anexo o no se incluirá en el informe.

Esta sencilla metodología para decidir sobre qué incluir o no en el informe de auditoría forense se puede graficar de la siguiente manera:



Fuente: Bowden, john. Escribiendo informes. Ed. how to book Ltd. Oxfor, UK. 2008

No pueden faltar en un informe de auditoría forense los antecedentes u origen, un resumen ejecutivo, el alcance, el enfoque (tipo de trabajo forense y procedimientos utilizados), los hallazgos, el impacto (estimación de daños) y las recomendaciones.

A manera de ejemplo, el siguiente puede ser el contenido de un informe de auditoría forense (BOWDEN, 2008):

TEMA	DESARROLLO
Introduccion	Portada
	Carta De Presentacion
	Tabla De Contenido
	Glosario
	Resumen Ejecutivo
Nudo	Desarrollo De La Auditoría Forences
Desenlace	Conclusiones
	Recomendaciones
	Anexos (Evidencias)
	Referencias Y Bibliografia

Fuente: Bowden, John. Escribiendo Informes. 2008.

De acuerdo con las recomendaciones de la ACFE sobre los informes forenses, el auditor o investigador forense debe preparar su elaboración; debe cumplir con la exactitud de todos los elementos incluidos; debe incluir información pertinente en un lenguaje claro, sin confundir al lector y basado en hechos; debe ser imparcial y relevante, es decir, evitar cualquier tipo de sesgo o parcialidad y con información que ayude a confirmar o probar la hipótesis; debe ser oportuno en la medida que ayude a preservar las evidencias, recuperar activos o confirmar testimonios aportados; debe incluir conclusiones y recomendaciones; las primeras provienen de la observación de las evidencias y las opiniones deben ser estrictamente técnicas sobre controles o mejores prácticas que se deben fortalecer o implementar; el manejo y custodia de las evidencias debe ser un aspecto primordial para confirmar lo expuesto en el informe.

Las causas del fraude han tenido una evolución histórica geométrica (PETRUCELLI, 2012), pasamos del triángulo al diamante y llegamos al pentágono del fraude:

Del triángulo (Presión, Racionalización y Oportunidad) al diamante del fraude (Presión, Racionalización, Competencia y Situación), hasta llegar al pentágono del fraude (Presión, Racionalización, Competencia, Situación y Arrogancia).

BIBLIOGRAFÍA

ACFE (21 de 02 de 2014). Association of Certified Fraud Examiners. Obtenido de acfe.com: <http://www.acfe.com/>

Bowden, J. Freier, D. – *Auditing and accounting cases : investigating issues of fraud and professional ethics. Escribiendo Informes - cómo preparar, redactar y presentar informes realmente eficaces.* Oxford, Reino Unido: How to Books Ltd.

Cano M.y Lugo D.(2005). *Auditoría forense en la investigación criminal del lavado de dinero y activos.* Bogotá, Colombia: ECOE.

Chavarría, J. (2002). *Auditoría Forense.* San José de Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Petrucelli, J. R. (2012). *Detecting Fraud in Organizations.* New Jersey, USA: John Wiley & Sons, Inc.

Saccani, R. R. (2012). *Tratado de Auditoría Forense.* Buenos Aires, Argentina: KPMG LA LEY.

Salazar, W. Á. (2011). *Alta Redacción.* Bogotá, D. C., Colombia: NET Educativa.

Thibodeau, J. y (2009). *Auditing and Accounting Cases.* New York, USA: Mc Graw Hill.

Wells Kranacher Riley (2011). *Forensic Accounting and Fraud Examination.* USA: John Wiley & Sons, Inc.



EL ESTUDIO DE TÍTULOS

Por Juan Enrique Medina Pabón



La propiedad y los derechos reales

Un **derecho real** es la facultad jurídica que tiene un sujeto de obtener beneficio de un **bien material**, por contar con el respaldo del sistema de organización socio-política que sustrae a toda otra persona de obtener ese beneficio y, por ende, todos quedan con la carga jurídica de respetar la ventaja del titular del derecho¹²⁹. Se dice, entonces, que el derecho real es **oponible** a todos —son derechos **absolutos**—, porque la ventaja jurídica presupone que todos deben respetarla, salvo aquellos que tienen algún beneficio especial respecto de ese bien o que pueden obtener que se les traspase o elimine ese derecho, según la ley o dispuesto por el mismo titular de la propiedad¹³⁰.

Como complemento necesario para obtener la ventaja, los derechos reales confieren a su titular el **derecho de persecución**, que permite a su titular solicitar medidas judiciales ante cualquiera que haya impedido el goce del derecho real, reclamando así su restitución y un **derecho de preferencia**, concebido como la posibilidad de servirse del objeto por sobre todos los que podrían beneficiarse del bien¹³¹.

El derecho real por excelencia es la **propiedad o dominio** de un derecho subjetivo compuesto, en el que se reconocen tres tipos primarios de beneficio, consistentes en:

Un derecho **de uso** (*ius utendi*), o sea la facultad de utilizar el bien para aquello a que está destinado ordinariamente, según su naturaleza y la atribución social y cultural, sin ocasionar un deterioro o menoscabo mayor, por lo que conserva su integridad a pesar del previsible desgaste que pueda sufrir por la continua utilización.

Un derecho **de fruto** (*ius fruendi*), que presupone poder apropiarse de los elementos de riqueza que produce, sea como consecuencia de la reproducción biológica —frutos naturales— o por la concesión de las ventajas a terceros a cambio de una suma de dinero o de frutos naturales —frutos civiles—.

Un derecho de **disposición** (*ius disponendi o abutendi*), es decir, la facultad de deshacerse del derecho de dominio sobre el bien, sea por destrucción o consunción del objeto o por transferencia de la propiedad a otra persona.

Para el ejercicio directo de los beneficios que proporciona el uso, fruto y disposición, el titular jurídico cuenta además con la potestad para decidir en qué condiciones quiere tener su bien, administrándolo como mejor le parezca, siempre que no lo haga contra la ley o contra derecho ajeno.

La **administración** se desarrolla en diversos grados, que se clasifican, *grosso modo*, en de simple **conservación**, que la administración se restringe al mantenimiento del bien en una situación adecuada para el servicio que este presta; **administración ordinaria**, que se extiende a la percepción y enajenación de frutos y productos, hasta la

¹²⁹La definición del artículo 665 del Código Civil no es bien aceptada por la doctrina actual, en consideración a que menciona la existencia de un vínculo jurídico entre la persona y la cosa, lo cual no es posible, porque la cosa como tal no puede hacer parte de las relaciones jurídicas que siempre se dan entre sujetos, y la cosa es apenas el objeto del derecho.

¹³⁰POLANCO M., Luis Jahir. *Bienes*, Universidad Libre, Cali, 2013, núm. 2, pp. 24-25.

¹³¹ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo Y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Los bienes y los derechos reales*. Imprenta Universal, Santiago, 1987, Tomo I, No. 63, p. 51.

administración íntegra, que presupone hasta la modificación del destino del objeto, su cambio de naturaleza, la destrucción o enajenación.

Un propietario pleno, por principio, goza de todos los derechos derivados del dominio y de las máximas facultades de administración, mientras que quienes lo representan o los otros terceros a los que el dueño o la ley les concede algunas ventajas parciales o temporales sobre el bien, tienen facultades recortadas en el disfrute y administración, según el tipo de derecho que se les reconozca. Cuando un dueño no tiene las facultades de goce, toma el nombre de nudo propietario [Art. 824 C. C.].

Del título y el modo en la generación y transferencia de los derechos reales

En Colombia se sigue la fórmula romana de distinguir entre la fuente jurídica de los derechos subjetivos, que denominamos el **título**, y acto mismo de transferencia del dominio o de la constitución de otros derechos reales sobre los bienes, o **modo de adquisición** del derecho real¹³².

El título por lo general es un contrato cuyos efectos son precisamente generar la obligación de transferir el dominio, mediante la respectiva entrega real o simbólica del objeto que se transfiere. También son títulos para obtención del dominio, la ley, el acto administrativo o la providencia judicial de asignación o transferencia del derecho y el testamento.

Modos de obtener el dominio

Para obtener el dominio se exige el cumplimiento de ciertos requisitos, establecidos en la ley, que han sido agrupados según las calidades de los bienes, la condición en que se encuentran y la voluntad de los sujetos. Se reconocen como modos de obtener el dominio por autorización directa de la ley¹³³ (modos originarios): la **ocupación**, por la cual una persona se apodera de un bien que no pertenece a nadie y es susceptible de ser apropiado (bienes nullius y bienes derelictos) con la intención de hacerse dueño; también está la **accesión**, que consiste en que el propietario de una cosa que se considera principal, se hace dueño de aquellas cosas que se le agregan o adjuntan de manera inseparable formando una unidad física o jurídica.

La ocupación de bienes inmuebles entre nosotros es un imposible jurídico, porque aquellos inmuebles que nunca han sido de nadie **—baldíos—** son de propiedad de la Nación [Art. 675 C. C.], y los que alguna vez tuvieron dueño pero este abandonó su derecho **—vacantes** [Art. 706 C. C.]—, una vez declarados como tales pasan a ser propiedad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [Art. 39 L. 7ª/79], y a través de este se integrarán al Fondo Nacional Agrario, del modo que lo dispone el numeral 8º del artículo 16 de la Ley 160 de 1994 cuando se trata de bienes rurales, y en materia de bienes urbanos terminarán en manos de los bancos de tierras, conforme al artículo

¹³²RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano (Tomo II)*, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1990, pp. 165-168.

¹³³También se denominan modos originarios, porque el derecho no proviene de otro sujeto. ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los bienes y su dominio*, Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 124.

71 de la Ley 9ª de 1989. En cuanto a la accesión de inmueble a inmueble¹³⁴ o de mueble a inmueble, la incorporación es natural y directa, luego el derecho de dominio del propietario de la tierra se extiende directamente a esos bienes¹³⁵. Al ser escasos los modos originarios de obtener el dominio privado sobre inmuebles, no tendremos mayor oportunidad de comentarlos.

La forma más corriente de obtener el dominio es mediante la transferencia de la propiedad del dueño a otro sujeto, es decir, mediante la enajenación voluntaria del bien o **tradición**, que, si bien en la mayoría de los bienes se produce por medio de la entrega directa y material, también puede hacerse mediante algunas modalidades que hacen presuponer la intención misma de la transferencia del dominio (tradiciones fictas [Arts. 754 y 755 C. C.]).

Respecto de los inmuebles, la tradición se produce con la inscripción de la condición de nuevo propietario en el registro correspondiente [Art. 756 C. C.].

Otra forma derivada de obtener el dominio es mediante la transferencia a los sucesores hereditarios, cuando ocurre la muerte del dueño, o sea cuando se defiere la **sucesión por muerte**.

Esta traslación del dominio puede ser a título de **herencia** (testada o intestada) o **legado** [Art. 1008 C. C.]; sin embargo, como el heredero o legatario solamente se determina luego de un proceso judicial o notarial en el que se asignan los bienes, solo se determinará su condición de heredero un tiempo después de la muerte y tratándose de inmuebles, una vez se haya otorgado la posesión efectiva de los bienes de la sucesión (relictos) y este decreto se haya inscrito en el registro respectivo [Art. 757 C. C.], pero producido este registro, la condición de dueño se retrotrae al momento del deceso del causante o de cuius.

El dominio también se obtiene por la **declaración de pertenencia**, que es un acto procesal (sentencia) mediante el cual se declara que un poseedor ha mantenido en su poder el bien sin oposición del propietario, por el tiempo establecido en las leyes para la prescripción adquisitiva del dominio, y en consecuencia pasa a ser dueño. Si la pertenencia se refiere a inmuebles es necesaria la inscripción de la sentencia en el registro, pero efectuado el registro sus efectos se retrotraen a la fecha en que la sentencia de pertenencia adquirió firmeza jurídica¹³⁶.

Aunque el Código Civil no lo menciona directamente, el dominio puede obtenerse por la adjudicación que haga la autoridad administrativa de bienes baldíos y otros inmuebles

¹³⁴ Hay quienes consideran que con la vigencia del Código de Recursos Naturales, la accesión de inmueble a inmueble por aluvión, isla o cauce abandonado, al ser declarado el suelo de las aguas como bien de uso público [Art. 83 Dec. 2811/74], desapareció de nuestro Derecho: OCHOA CARVAJAL, Raúl H. Bienes, Editorial Temis, Bogotá, 2011, pp. 88-89. También la Corte Constitucional en sentencia C-940/08.

¹³⁵ En el sistema de Registro de Instrumentos Públicos se ha asignado un código en la matrícula inmobiliaria para la denuncia de la accesión de inmueble a inmueble y la declaración de construcción, pero es claro que estas declaraciones no tienen otro objeto que servir de principio de prueba, pero no son constitutivas de los derechos reales, y por eso, con declaración o sin ella, el dueño del suelo es dueño de lo que accede a su predio.

¹³⁶ En realidad la declaración de pertenencia se retrotrae hasta el momento en que el prescribiente obtuvo la posesión, porque jurídicamente no obtiene la propiedad del antiguo dueño, aunque nuestra Corte Suprema sostiene lo contrario. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile (edición facsimilar), Santiago, 1979, Vol. VIII, Tomo XVIII, pp. 32 a 34.

del programa de “reforma agraria” a particulares o por decisión del juez que declara vacantes los inmuebles abandonados, haciendo dueño al ICBF o los organismos a los que la ley les confiere dichos bienes.

Derechos de terceros sobre los bienes de propiedad ajena

Sin perjuicio de que el derecho real de dominio se tome como absoluto, perpetuo y oponible a todos, este derecho tiene un considerable número de limitaciones, que, en últimas, se convierten en sacrificio de las ventajas para el titular que se trasladan a otro particular o al Estado.

Limitaciones al derecho de dominio

Muchas de las limitaciones pueden provenir directamente de la ley y, en general, están tan ligadas al bien, que terminan siendo parte integral de su utilidad natural o jurídica, por lo que no requieren actos formales o publicidad alguna para su existencia. La doctrina prefiere llamarlos **derechos de vecindad**, y entre estos se encuentran la destinación de riberas y zonas adyacentes a cuerpos de agua a actividades de navegación [Art. 8898 C. C.], los derechos de deslinde, amojonamiento y cerramiento [Arts. 900; 902 C. C.], distancias a las que se puede sembrar [Art. 998 C. C.], el ingreso a predios ajenos para actividades accidentales, como recolección de cosechas, búsqueda de objetos perdidos y tesoros [Arts. 702; 1000 C. C.], descarga de aguas lluvias o excedentes de las aguas propias [Art. 999 C. C.], etc. Estas limitaciones recaen sobre todos los inmuebles, y por ser parte de los “usos y costumbres” del predio no tienen mayor relevancia para un estudio de títulos.

En cuanto a las limitaciones impuestas por el dueño, la ley civil se refiere expresamente a los derechos reales de **uso y habitación, usufructo y servidumbre predial** [Art. 793 C. C.]. Estos derechos, por tener el carácter de reales, son oponibles a todos, y por eso su titular está facultado para reclamar directamente ante cualquiera que interfiera su ventaja, incluido el propietario del bien, mediante las acciones de policía o judiciales pertinentes.

El **derecho de uso o habitación** consiste en conceder a una persona distinta del dueño de un bien los derechos de servirse del bien (o habitarlo) permitiéndole la obtención limitada de apropiarse de unos pocos productos o frutos naturales¹³⁷, siempre que sean indispensables para el bienestar del beneficiario [Art. 870 C. C.]. El usuario es quien detenta el bien y lo administra, limitándose en estas materias a lo que corresponda a sus ventajas [Arts. 875 y 877 C. C.]. El nudo propietario conserva las demás facultades de dueño, incluyendo la apropiación de los frutos y la administración de aquellos elementos o lugares que no correspondan directamente al derecho de uso que recae sobre el bien.

El derecho de **usufructo**, como su nombre lo indica, permite que un sujeto determinado goce de los derechos de uso y de fruto sobre un bien que pertenece a otro [Art. 823 C. C.]. El usufructuario puede utilizar el bien y apropiarse de lo que produzca. El nudo

¹³⁷No existe la posibilidad de obtener frutos civiles sobre el derecho de uso, porque se trata de un derecho personalísimo [Art. 878 C. C.], cuyas ventajas no se pueden transferir a terceros para recibir algo a cambio.

propietario sobre un bien en usufructo, no tiene más derecho que el de disposición por enajenación, mas no por destrucción.

Como los derechos de uso y de usufructo implican que el dueño pierde ventajas, que se trasladan a otro, la doctrina considera que en estos casos la propiedad se ha fraccionado, y por eso se habla de **propiedad desmembrada** cuando sobre un determinado bien recaen los derechos de usufructo o de uso o habitación.

La **servidumbre predial** o simplemente servidumbre es el derecho que tiene el propietario de un inmueble de servirse de manera temporal o permanente del inmueble de otra persona, en provecho propio [Art. 879 C. C.], para transitar por él [Art. 905 C. C.], conducir aguas [Art. 919 C. C.], llevar ganado a abreviar [Art. 116 C. R. N.], etc. Dentro de las servidumbres se encuentran algunas de carácter especial, correspondiente a la infraestructura de los servicios públicos [Art. 57 L. 142/94], actividades de explotación minera [Arts. 15, 166, 171 C. Min.] o de hidrocarburos [Art. 9° Dec. 1056/53].

La hipoteca es el gravamen que recae sobre un inmueble que ha sido destinado a respaldar el cumplimiento preferencial de una obligación [Arts. 2432 a 2457 C. C.], de modo que si el deudor no cumple, queda facultado el acreedor a solicitar al juez el remate de los bienes en pública subasta (salvo unas pocas excepciones) y con su producido pagarse el valor de la deuda y las indemnizaciones [Art. 2448 C. C.]. La hipoteca, como todo derecho real, da derecho de persecución [Art. 2448 C. C.], y por eso el bien gravado puede ser transferido libremente a terceros, sin que por ello se afecte el derecho del acreedor hipotecario de obtener el remate del bien, y también da la preferencia de obtener el pago antes que otros acreedores del hipotecante [Art. 2499 C. C.].

Transferencias del dominio sin el consentimiento del propietario

El derecho de propiedad se entiende **perpetuo**, y por eso se conserva en el tiempo de manera indefinida y se traspasa de unos a otros de manera continua, hasta la destrucción final del bien, con lo que se extingue el derecho, pero esa regla tiene notables excepciones.

El Código Civil solamente contemplaba tres casos en que el derecho de propiedad plena o desmembrada pasa a terceros, sin que medie voluntad del dueño de hacer la tradición o se trate de la sucesión por causa de muerte: La propiedad fiduciaria, la enajenación forzada del bien que sirve de garantía real y la expropiación.

La **propiedad fiduciaria o fideicomiso** consiste en una declaración de voluntad del propietario (llamado fideicomitente) que transfiere a otro el derecho de dominio (el fiduciario), con la carga de pasar a otro (fideicomisario o beneficiario) cuando ocurra una condición [Art. 794 C. C.]. El fiduciario pasa a ser dueño en toda la extensión de la palabra, e incluso tiene la vocación de ser propietario definitivo (si no ocurre el hecho incierto de que pende su propiedad), pero perderá esa condición cuando acaezca u ocurra la condición y, por ende, el dominio pasará al fideicomisario. La propiedad fiduciaria sobre inmuebles solo nace a partir de la inscripción del título en la respectiva oficina de registro [Art. 796 C. C.].

También se transfiere la propiedad sin el consentimiento del dueño, cuando se hace efectiva la garantía hipotecaria y así, si el deudor no cumple su obligación, el bien se remata. En estos casos el juez hace las veces de representante del propietario en la enajenación¹³⁸ [Inc. 3° Art. 741 C. C.].

La **expropiación**, esto es, transferir el dominio a un tercero, contra la voluntad del dueño (en especial al Estado), fue reconocida por el Derecho privado como excepcional y solo para algunos casos en que no era posible otra solución, como los eventos de apropiación de la pared medianera [Art. 912 C. C.] o para protección de la salud o calidad de vida de los ciudadanos.

La expropiación pasa a tener primordial interés con la adopción de las tesis sociales de finales del siglo XIX y principios del XX, para dar alcance real al principio de “el interés colectivo prima sobre el particular” y como complemento de la teoría de la función social de la propiedad, que entra como disposición constitucional desde 1936.

En la actual Constitución se dispone:

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio [Inc. 4°, Art. 58 C. N.].

Aparecen luego un sinnúmero de leyes que prevén la expropiación para la construcción de infraestructura de transportes [Art. 16 L. 1ª/91; Art. 58 L. 388/97; Arts. 19 y 20 L. 1682/13], desarrollo de programas de dotación de tierras a campesinos [Art. 33 L. 160/94] o vivienda [Art. 10 L. 9ª/89], explotaciones mineras [Arts. 13 y 186 C. Min.] y de hidrocarburos, servicios públicos domiciliarios [Art. 4° Dec. 1056/53], zonas de especial interés ecológico [Arts. 69 y 70 Dec. 2811/74] o de interés cultural [Art. 22 L. 397/97], etc. En todos estos casos la expropiación va precedida de una etapa de negociación directa que permita la transferencia a la entidad estatal del bien, toda vez que el precio a pagar será el valor comercial, fijado por peritos.

Extinción del dominio

El Derecho también reconoce la posibilidad de dar por terminado el derecho de dominio privado sobre un bien. Incluimos en esta clase la declaración de pertenencia (por prescripción adquisitiva) y la figura de la extinción del dominio propiamente dicha.

Sobre la “pertenencia” como modo de adquirir el dominio por prescripción, ya hicimos la mención necesaria, por lo que solo nos limitamos a hacer notar que si bien alguna parte de la doctrina lo discute¹³⁹, cuando se produce la declaración de pertenencia, el

¹³⁸El juez se limita entonces a hacer efectivo, en nombre del ejecutado, el acuerdo primario entre el deudor y su acreedor para solventar la obligación. TERNERA BARRIOS, Francisco. Bienes (2ª Ed.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, p. 407.

¹³⁹Ver sentencia de casación civil de la Corte Suprema de Justicia del 1° de septiembre de 1995. Expediente 4219 (Magistrado Ponente: Dr. Héctor Marín Naranjo).

dominio del prescribiente se considera nuevo y no una transferencia del dominio que detentaba el anterior dueño¹⁴⁰, porque quien adquiere por prescripción no recibe el bien en las condiciones jurídicas que tenía el dueño que pierde su derecho, con excepción de algunos derechos que se incorporan al bien y no pueden independizarse.

La extinción de dominio, que también se sustenta en la “función social de la propiedad”, venía siendo aplicada como mecanismo para eliminar el derecho de propiedad sobre aquellos bienes que su propietario no utilizaba en debida forma, de tal manera que perdía su derecho, como en el caso de los terrenos que no se explotaban en debida forma [Art. 6° L. 200/36, sustituido por el Art. 52 L.160/94], las minas [Art. 3° L. 20/69] o las aguas de propiedad privada [Art. 82 C. R. N.].

Con la Constitución de 1991, la extinción de dominio se aplicó a toda la riqueza que obtuviera un sujeto con la comisión de delitos particularmente graves, y su régimen completo se encuentra hoy en el Código de Extinción de Dominio, contenido en la Ley 1708 de 2014.

Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

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.

¹⁴⁰Nótese la diferencia con la expropiación, porque en esta lo único que se hace es una “enajenación forzada” del derecho de cada cual, por eso en una expropiación sobre un bien sobre el que existan varios derechos (nuda propiedad, usufructo, propiedad fiduciaria) es necesario expropiar el de cada uno de ellos; en la pertenencia, una vez declarada esta, los derechos reales accesorios al dominio, que estén en cabeza de terceros, también se extinguen.

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.

Parágrafo. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley [Art. 16 L. 1708/14].

Limitaciones o prohibiciones de enajenación

Pocos casos existen en nuestro Derecho sobre impedimentos para enajenar bienes propios, y cuando hay lugar a ello, se prefiere que no duren mucho, ya que, como lo decía expresamente la Constitución de 1886 [Art. 37], en Colombia no hay bienes (privados) inenajenables, ni obligaciones irredimibles.

Se pueden señalar como limitaciones a la libre enajenación:

El **pacto de indivisión** en la comunidad o copropiedad, que de conformidad con el artículo 1374 del Código Civil, puede acordarse entre los comuneros mantener el bien sin división sin exceder de 5 años. Este pacto conlleva la no enajenación, porque los comuneros no solo no pueden dividir materialmente el bien común, sino que no pueden venderlo para repartirse los recursos (otra forma de división).

También adquieren el carácter de inenajenables los bienes ligados a la protección de la vivienda familiar, es decir, la construcción sometida a **patrimonio de familia inembargable** [L. 70/31; L. 495/99], el inmueble destinado a **vivienda familiar** [Art. 7°, L. 258/96] y el inmueble de vivienda de la madre **cabeza de familia** [L. 861/03], extendida también al padre monoparental por la Corte Constitucional [Sent. C-722/04], y mientras tengan esta condición no pueden transferirse.

Los baldíos y otros bienes adjudicados en los programas de dotación de tierras a las comunidades campesinas que no pueden enajenarse¹⁴¹ sino pasado el tiempo que establezca la Ley 160 de 1994 [Arts. 25, 39, 46 y 72]. En los predios rurales no destinados a vivienda el juez puede exigir que se mantenga indiviso un predio que haga parte de una sucesión y deba repartirse entre los herederos, cuando resulte alguno con una superficie inferior a una Unidad Agrícola Familiar –UAF– [Art. 46 L. 160/94].

Son indivisibles e inenajenables los bienes comunes de los inmuebles sometidos al sistema de propiedad horizontal [Art. 19 L. 675/01].

Por otra parte, el juez en los casos establecidos en la ley podrá volverlos inenajenables, al decretar su embargo. Cuando se trate de inmuebles, el embargo se perfecciona mediante la inscripción de la medida en el registro inmobiliario [N° 1°, Art. 593 C. G. P.].

¹⁴¹ La ley se refiere a enajenaciones voluntarias, por lo que sobre estos bienes puede recaer la expropiación, o la extinción del dominio cuando sea del caso.

Por otra parte, el juez en los casos establecidos en la ley podrá volverlos inenajenables, al decretar su embargo. Cuando se trate de inmuebles, el embargo se perfecciona mediante la inscripción de la medida en el registro inmobiliario [N° 1°, Art. 593 C. G. P.].

La Fiscalía, en desarrollo de los artículos 88 y 89 de la Ley 1708 de 2014, puede decretar la inenajenabilidad temporal de los bienes susceptibles de extinción de dominio o “suspensión del poder dispositivo”, que en nuestro criterio y en atención a los objetivos de la norma, cobija las transferencias por causa de muerte y la expropiación del bien, e incluye además todo acto de constitución de derechos reales principales o accesorios.

Así mismo, puede decretar el embargo sobre estos bienes.

Actos jurídicos sobre inmuebles

Aun cuando en nuestro sistema jurídico en la mayoría de los actos de Derecho privado rige el principio de la plena eficacia con el simple consentimiento, cuando los contratos recaen o producen efectos directa o indirectamente sobre bienes inmuebles son solemnes, luego para que sean eficaces deben cumplir una serie de requisitos, en especial que consten por escritura pública, testamento u otro instrumento que exija la ley.

Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad [Art. 12 Dec. 960/70].

Como desde siempre los bienes inmuebles se han considerado representativos de la riqueza y están en el **comercio**, vale decir que tienen vocación de pasar de un patrimonio a otro, ya mediante actos de voluntad o por disposición legal, ha sido necesario en prácticamente todas las legislaciones crear un sistema de información que permita conocer precisamente en qué condiciones se encuentra un determinado inmueble, que ha sido llamado el registro del conservador, como lo hace el Código Civil chileno, o como lo llama la ley colombiana, **Registro de Instrumentos Públicos**.

El acto más corriente que puede recaer sobre los inmuebles es la enajenación, por lo que la ley decidió que la tradición de estos bienes solo se produce cuando se efectúe el correspondiente registro del acto formal en que se pacte la transferencia del dominio y, por extensión, cualquier otro acto que recaiga sobre estos bienes. Al efecto, el Código Civil dispone:

Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca [Art. 756 C. C.].

Cualquier otro acto de constitución de derechos reales o limitaciones al dominio, administración o enajenación que recaiga sobre inmuebles será también objeto del registro [Art. 4° L. 1570/12].

La posesión de bienes, una situación fáctica con alcances jurídicos

El dominio faculta al dueño para el goce de las ventajas que el bien le proporciona o que lo hagan otros sujetos debidamente autorizados por el dueño; pero también existe la posibilidad de que alguien se beneficie de un bien considerándose dueño del mismo, pero sin serlo jurídicamente, ya porque no obtuvo el dominio en la forma prescrita por las leyes para generar el derecho (fallas en el título o en el modo) o porque derivó la condición de dueño de alguien que no tenía esa calidad (simple tenedor u ocupante), e incluso porque de mala fe y a sabiendas quisieron apropiarse de las cosas ajenas. Este fenómeno es **la posesión**, que se define como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él” [Art. 762 C. C.].

Sin tomar en consideración si el poseedor obró de buena o de mala fe, la ley toma esa situación como aceptable y defendible; sin perjuicio de admitir que el propietario exija que se le reconozca su dominio y se le restituya la posibilidad disfrutar de sus ventajas derivadas del dominio, ejercitando la acción de **reivindicación** ante la jurisdicción [Art. 946 C. C.]. También se utilizan los recursos judiciales para obtener el goce directo de todo otro derecho real.

Pero, claro, si el dueño no actúa para reclamar que se le restituya su propiedad, se le mantiene como tenedor y se respeta su condición de poseedor por terceros o las autoridades, con lo cual la situación fáctica adquiere una particular protección, haciendo oponible el ejercicio mismo de las ventajas derivadas de la cosa, ante todos; salvo, obviamente, el dueño, que goza de una preferencia frente al poseedor. Recuérdese, eso sí, que el dueño no puede obrar directamente contra el poseedor con uso de la fuerza o actuación engañosa o subrepticia para reclamar su derecho, sino exclusivamente mediante el concurso de las autoridades.

El sistema de registro de instrumentos públicos y su función

Indicábamos que a la sociedad le interesa saber de manera lo más precisa posible quiénes son los dueños de los inmuebles y en qué condiciones jurídicas se encuentran. Para el efecto se ha establecido el sistema de Registro de Instrumentos Públicos para dar eficacia a los actos jurídicos relacionados con tales bienes y dar publicidad a todos los actos que los afecten.

El Registro de Instrumentos Públicos estaba regulado en los últimos artículos del Código Civil [Arts. 2546 a 2636, derogados], que ordenaba anotar en diversos libros los actos relacionados con los inmuebles y según el tipo de acto o decisión judicial que recaía sobre estos.

Quien deseara conocer la información jurídica relevante sobre un determinado inmueble solicitaba al funcionario de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos un certificado “acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles en el lugar y respecto de los cuales quieran los interesados saber tal situación, esto es, quién sea el propietario del inmueble o inmuebles; la libertad o gravámenes y limitaciones al dominio que pesen sobre los inmuebles y otras constancias que haya en las inscripciones” [Art. 2640 C. C., derogado], que se acostumbró a llamar certificado de **tradición y libertad**. Para expedir este certificado el funcionario de la Oficina de Registro tenía que buscar

en los distintos libros y entregaba al solicitante un recuento de lo que había sucedido con el inmueble en el curso de los años, y como era una dispendiosa tarea se limitaba exclusivamente a lo ocurrido durante el tiempo que, de conformidad con la ley, operaba la prescripción adquisitiva o extintiva extraordinaria.

Las normas del código fueron reformándose y complementándose a través de los años y se crearon nuevos libros, en los que se anotaban algunas actuaciones especiales¹⁴², y aunque bien intencionadas en sus objetivos, estas disposiciones en realidad introducían desorden y dificultaban ciertamente el acceso a ciertos datos relevantes, al depender de la calidad de las anotaciones e índices, la conservación de los libros y la habilidad del funcionario para buscar qué actos habían recaído sobre un determinado inmueble.

En el año 1970 se expidió una completa regulación sobre el registro, contenida en el Decreto extraordinario 1250 de 1970, reformado y ajustado a través de los años. Esta norma recogía y procuraba hacer operativo el sistema establecido desde 1932 [L. 40/32 derogada], en el que, en vez de tener una lista aislada de los actos y hechos que afectaban un determinado inmueble en diversos libros, proponía que el predio fuera el centro mismo de la información, de modo que cada uno tuviera una completa historia de lo acaecido con él en el campo jurídico. Ahora los interesados, con solo indagar por el inmueble, obtendrían todos los datos de interés sobre el mismo. Cada predio fue distinguido con un número particular y diferenciador de los demás inmuebles –**la matrícula inmobiliaria**– y se le abrió un folio informativo (o más), en el cual se relacionaban los principales actos que afectaban el bien de una manera consecutiva en el tiempo, convirtiendo en la práctica el folio de matrícula inmobiliaria y el certificado de libertad en un mismo elemento informativo.

Posteriormente se cambió el formato al sistema actual, con anotaciones sucesivas y la información manejada por medios digitales y computadores [Dec. 1711/84].

Hoy el régimen de registro de instrumentos públicos se encuentra en la Ley 1570 de 2012. Con esta reciente reforma se trata además de circunscribir el sistema a la propiedad inmueble, tanto que ya se puede hablar con mayor propiedad del “registro inmobiliario”.

Objetivos. El registro de la propiedad inmueble tiene como objetivos básicos los siguientes:

- a) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil;
- b) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces;

¹⁴²El código prescribía tres libros. Uno para transferencias de dominio, constitución de derechos reales principales y sus modificaciones y la administración; otro para inscribir las hipotecas, y el último para inscribir los demás actos que afectaran un inmueble que no fueran de aquellos que se anotaban en los libros anteriores. La Ley 57 de 1887 agregó los de “causas mortuorias”, “autos de embargo”, “demandas civiles” [Art. 36 L. 57/1887, derogado], y más adelante se crearon el de “registro de instrumentos privados” [Art. 1° L. 39/1890, derogado], de “prendas sin tenencia” [Art. 9° L. 24/21, derogado].

c) Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción [Art. 2° L. 1570/12].

(...)

Actos, títulos y documentos sujetos al registro. Están sujetos a registro:

a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles;

b) Las escrituras públicas, providencias judiciales, arbitrales o administrativas que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones y la caducidad administrativa en los casos de ley;

c) Los testamentos abiertos y cerrados, así como su revocatoria o reforma de conformidad con la ley.

Parágrafo 1°. Las actas de conciliación en las que se acuerde enajenar, limitar, gravar o desafectar derechos reales sobre inmuebles se cumplirá y perfeccionará por escritura pública debidamente registrada conforme a la solemnidad consagrada en el Código Civil. Escritura Pública que será suscrita por el Conciliador y las partes conciliadoras y en la que se protocolizará la respectiva acta y los comprobantes fiscales para efecto del cobro de los derechos notariales y registrales.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional reglamentará el Registro Central de Testamentos cuyo procedimiento e inscripciones corresponde a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos [Art. 4° L. 1570/12].

En el documento de matrícula inmobiliaria de cada inmueble aparecen las diversas actuaciones que se han realizado sobre el mismo, agrupadas según el tipo de actuación.

Matrícula inmobiliaria. Es un folio destinado a la inscripción de los actos, contratos y providencias relacionados en el artículo 4°, referente a un bien raíz, el cual se distinguirá con un código alfanumérico o complejo numeral indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando.

Además, señalará, con cifras distintivas, la oficina de registro, el departamento y el municipio, corregimiento o vereda de la ubicación del bien inmueble y el número único de identificación predial en los municipios que lo tengan o la cédula catastral en aquellos municipios donde no se haya implementado ese identificador.

Indicará también, si el inmueble es urbano o rural, designándolo por su número, nombre o dirección, respectivamente y describiéndolo por sus linderos, perímetro, cabida, datos del acto administrativo y plano donde estén contenidos los linderos, su actualización o modificación y demás elementos de identificación que puedan obtenerse.

En la matrícula inmobiliaria constará la naturaleza jurídica de cada uno de los actos sometidos a registro, así: tradición, gravámenes, limitaciones y afectaciones, medidas cautelares, tenencia, falsa tradición, cancelaciones y otros.

Parágrafo 1°. Solo se podrá omitir la transcripción de los linderos en el folio de matrícula inmobiliaria, para las unidades privadas derivadas de la inscripción del régimen de propiedad horizontal.

Parágrafo 2°. *La inscripción de falsa tradición sólo procederá en los casos contemplados en el Código Civil y las leyes que así lo dispongan.*

Parágrafo 3°. *Para efectos de la calificación de los documentos, téngase en cuenta la siguiente descripción por naturaleza jurídica de los actos sujetos a registro:*

01 Tradición: para inscribir los títulos que conlleven modos de adquisición, precisando el acto, contrato o providencia.

02 Gravámenes: para inscribir gravámenes: hipotecas, actos de movilización, decretos que concedan el beneficio de separación, valorizaciones, liquidación del efecto de plusvalía.

03 Limitaciones y afectaciones: para la anotación de las limitaciones y afectaciones del dominio: *usufructo, uso y habitación, servidumbres, condiciones, relaciones de vecindad, condominio, propiedad horizontal, patrimonio de familia inembargable, afectación a vivienda familiar, declaratorias de inminencia de desplazamiento o desplazamiento forzado.*

04 Medidas cautelares: *para la anotación de medidas cautelares: embargos, demandas civiles, prohibiciones, valorizaciones que afecten la enajenabilidad, prohibiciones judiciales y administrativas.*

05 Tenencia: *para inscribir títulos de tenencia constituidos por escritura pública o decisión judicial: arrendamientos, comodatos, anticresis, leasing, derechos de retención.*

06 Falsa tradición: *para la inscripción de títulos que conlleven la llamada falsa tradición, tales como la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio, de conformidad con el parágrafo 2° de este artículo.*

07/08 Cancelaciones: *para la inscripción de títulos, documentos o actos que conlleven la cancelación de las inscripciones contempladas en el literal b) del artículo 4° de esta ley.*

09 Otros: *para todos aquellos actos jurídicos que no se encuentran en la anterior codificación y que requieren de publicidad por afectar el derecho real de dominio.*

Parágrafo 4°. *Toda escritura pública, providencia judicial o acto administrativo deberá llevar anexo el formato de calificación debidamente diligenciado bajo la*

responsabilidad de quien emite el documento o título de conformidad con los actos o negocios jurídicos sujetos a registro. Corresponderá a la Superintendencia de Notariado y Registro asignar y definir los códigos de las operaciones registrales [Art. 8° L. 1570/12].

La Superintendencia de Notariado y Registro reglamenta la nomenclatura de los actos que deben inscribirse, con lo cual facilita las consultas y guía a los interesados en la interpretación del alcance de las diversas actuaciones¹⁴³.

Paralelamente al sistema de registro de instrumentos públicos, existe mecanismo de inventario de los inmuebles de un determinado municipio o **catastro** con información de sus condiciones, ubicación, valor y propietario, para fines de organización de la administración local¹⁴⁴, especialmente en lo que se refiere a los impuestos que deben pagar los titulares de aquellos bienes al municipio (impuestos catastrales, de valorización o de plusvalía). El catastro, aunque tiene como fin primordial el aspecto tributario, se complementa con otras informaciones sobre la situación del bien que sirven para la planeación correcta de una serie de actividades de las autoridades locales [L. 65/39; L. 14/83].

La información sobre los actos que recaen sobre los inmuebles debe ser completa y estar a la mano de los interesados, sea el Estado o los particulares, por lo que se hizo necesario procurar la integración y comprobación de los dos sistemas de publicidad respecto de las condiciones físicas, jurídicas y patrimoniales de los inmuebles, y por eso desde 1971 se consagra como obligatoria la integración en el sistema y la transferencia de los datos de uno a otro sistema, que se ratifica en la nueva ley de registro.

Información registro-catastro. *Las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos estarán obligadas a suministrar a las autoridades catastrales competentes, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes a través de medios técnicos o electrónicos que ofrezcan seguridad y agilidad, los documentos o títulos relativos a las mutaciones y/o modificaciones de la descripción física de los bienes inmuebles, de las cuales toman nota las autoridades catastrales para efectos de las facultades a ellas asignadas.*

Parágrafo. *Las autoridades catastrales competentes solo efectuarán la modificación y/o adecuación de la información jurídica catastral de los inmuebles, con base en los documentos o títulos que reciban de las Oficinas de Registro [Art. 65 L. 1570/12].*
(...)

Números catastrales. *Las autoridades catastrales informarán a las de registro la asignación de los números catastrales correspondientes a los predios que generan una nueva ficha predial. Asimismo, cuando exista, enviarán el plano del respectivo inmueble con destino al archivo del registro.*

¹⁴³En la página WEB de la Superintendencia (www.supernotariado.gov.co) se puede consultar el documento que integra esta labor, denominado Glosario de Codificación.

¹⁴⁴La resolución 70 de 2011 del IGAC define así el catastro: "(...) es el inventario o censo, debidamente actualizado y clasificado, de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado y a los particulares, con el objeto de lograr su correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica" [Art. 1°].

Si el certificado catastral contiene los linderos del inmueble objeto de transferencia, constitución o limitación del derecho real de dominio, estos se identificarán en la escritura en la forma señalada en aquel. En caso de que los linderos descritos en la escritura no coincidan con los del certificado catastral expedido para tal fin de conformidad con la normatividad que lo regule o reglamente, el Registrador de Instrumentos Públicos, no la inscribirá.

En adelante en todos los folios de matrícula deberán consignarse los datos relativos a la descripción, cabida y linderos del predio de que se trate, los cuales se transcribirán en su totalidad a excepción de los inmuebles derivados del régimen de propiedad horizontal donde bastará la cita de la escritura pública que los contenga [Art. 66 L. 1570/12].

Las oficinas de registro - competencia territorial

Para efectos del registro, el territorio nacional se divide en cinco regiones registrales (Caribe, Pacífica, Orinoquia, Central y Andina [Art. 73 L. 1570/12]) y en cada una habrá las oficinas que determine la Superintendencia de Notariado y Registro. Según la ubicación del inmueble le corresponderá una oficina de registro.

En aquellos casos en que el predio de que se trate se encuentre ubicado en dos o más círculos registrales, será competente para abrir y mantener el folio de matrícula que lo identifique, la oficina de registro donde se encuentre localizada la mayor parte del terreno y cuando el área del inmueble se encuentre en proporciones iguales, será el titular del derecho de dominio quien decida la Oficina de Registro, que mantendrá la matrícula inmobiliaria [Par. Art. 49 L. 1570/12].

El certificado de registro inmobiliario

La información sobre la situación jurídica del inmueble se puede solicitar al Registrador de Instrumentos Públicos, que entrega un documento o certificado. No se requiere demostrar legitimación alguna o interés para obtener estos certificados.

Contenido y formalidades. Las Oficinas de Registro expedirán certificados sobre la situación jurídica de los bienes inmuebles sometidos a registro, mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones contenidas en el folio de matrícula inmobiliaria.

La solicitud de expedición del certificado deberá indicar el número de la matrícula inmobiliaria o los datos de registro del predio.

La certificación se efectuará reproduciendo totalmente la información contenida en el folio de matrícula por cualquier medio manual, magnético u otro de reconocido valor técnico. Los certificados serán firmados por el Registrador o su delegado, en forma manual, mecánica o por cualquier otro medio electrónico de reconocida validez y en ellos se indicará el número de turno, fecha y hora de su radicación, la cual será la misma de su expedición, de todo lo cual se dejará constancia en el respectivo folio de matrícula.

Parágrafo. En los eventos en que la matrícula inmobiliaria se encuentre sometida a un trámite de actuación administrativa o judicial o de cualquiera otra índole, se expedirá el certificado de tradición y libertad, con la correspondiente nota de esta situación [Art. 67 L. 1579/12].

Tal como anotamos en el recuento histórico de la normatividad del registro, inicialmente se inscribían los actos que afectaban los inmuebles en libros y luego en las matrículas inmobiliarias documentales, para terminar en los modernos sistemas de información digital, autorizados por Decreto Ley 1711 de 1984, que toman indistintamente el nombre de certificado de tradición y libertad o matrícula inmobiliaria¹⁴⁵ [Arts. 41, 61, 64, L. 1570/12]. Aunque lo lógico era que a medida que se implantaba uno de los sistemas, toda la información pasara a este y se abandonara el anterior sistema, en la práctica y por razones de costos, eso no se hizo en todas partes; lo que lleva a que hoy se encuentren inmuebles que tengan su registro en los métodos anteriores, pero ahora sí la ley es perentoria en exigir que se transfiera toda la información a un solo método y otorgó a las autoridades de registro un plazo perentorio.

Unificación del sistema y los medios utilizados en el Registro de Instrumentos Públicos. *La información de la historia jurídica de los inmuebles que se encuentran en los libros múltiples o sistema personal, en el folio de matrícula inmobiliaria documental, en medio magnético y en el sistema de información registral; los índices de propietarios y de inmuebles y los antecedentes registrales deben ser unificados utilizando medios magnéticos y digitales mediante el empleo de nuevas tecnologías y procedimientos de reconocido valor técnico para el manejo de la información que garantice la seguridad, celeridad y eficacia en el proceso de registro, en todo el territorio nacional a través de una base de datos centralizada, para ofrecer en línea los servicios que corresponde al registro de la propiedad inmueble.*

Parágrafo 1°. *La Superintendencia de Notariado y Registro podrá diseñar otros sistemas distintos a los enunciados de acuerdo al desarrollo tecnológico, cuando por razones del servicio se requiera.*

Parágrafo 2°. *A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Superintendencia de Notariado y Registro tiene un término de cinco (5) años para la sistematización o digitalización de la información contenida en los libros del Antiguo Sistema de Registro [Art. 6° L. 1570/12].*

Mientras esta norma se cumple habrá que reconocer y estudiar los certificados de tradición y libertad que se encuentren disponibles para el respectivo predio.

Los certificados abarcan en general un plazo de 20 años¹⁴⁶, pero el registrador, previa solicitud de interesado, podrá expedirlos cobijando informaciones por tiempos mayores.

¹⁴⁵El profesor Velásquez le da la denominación de “folio real” y lo equipara con “...la radiografía del inmueble sin la cual es imposible detectar sus enfermedades”. VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes (11ª Ed.), Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2008, p. 366.

¹⁴⁶El período que abarcaba el certificado siempre fue coincidente con el establecido para las prescripciones extraordinarias y por eso era de 30 años hasta 1936 y luego de 20 años [L. 50/36], pero ahora esa prescripción está en 10 años [L. 791/02], por lo que, en teoría, debería haberse reducido su término.

Certificados especiales. *Las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos expedirán, a solicitud del interesado, los certificados para aportar a procesos de prescripción adquisitiva del dominio, o clarificación de títulos u otros similares, así como los de ampliación de la historia registral por un período superior a los veinte (20) años, para lo cual contarán con un término máximo de quince (15) días [Art. 63 L. 1570/12].*

Estudio de títulos y sus objetivos

Un estudio de títulos es un procedimiento que tiene por objeto verificar la situación jurídica actual de un bien inmueble u otro bien cuya tradición sea objeto de registro, en todos los aspectos que puedan incidir en la certeza de los derechos que recaen sobre el bien.

Aunque el folio de matrícula inmobiliaria proporciona información primaria sobre la situación de un bien, no permite conocer realmente la situación de la propiedad y los derechos reales gravámenes, por lo que el estudio de títulos presupone la consulta directa de los instrumentos que sirven de base para las anotaciones (escrituras, sentencias, testamentos, actos administrativos, declaraciones). Por lo general, esta información se encuentra en escrituras públicas, porque el grueso de las decisiones sobre los inmuebles va a constar en estas, sea porque el acto jurídico debe ser elevado a escritura pública, o porque el documento privado o público se protocoliza para efectos de su publicidad.

Aspectos particulares de un estudio de títulos

Lo indicado hasta ahora permite reconocer cuáles son los elementos esenciales de la actividad, como: la **identificación** precisa del bien o por lo menos la mención de las fallas que presente en materia de alinderación y descripción; la **tradición** del mismo, con la indicación de los propietarios y los títulos que posean y su condición –titulares plenos, parciales, en comunidad–; las **limitaciones** al dominio o sus desmembraciones –derechos de uso, usufructo, propiedades fiduciarias, servidumbres, censos–; **los gravámenes** que soporta –hipotecas, patrimonio de familia, afectación a vivienda familiar–, la **tenencia real** del predio –arrendamientos, comodatos, aparcerías, anticresis, posesiones conocidas, mejoras introducidas por terceros que ocasionen derecho de retención–, las **acciones judiciales** en curso o potenciales –nulidades, condiciones resolutorias, acciones rescisorias, lesiones enormes no caducadas, tomas de posesión de la administración–, la **comercialidad del bien** –embargos y secuestros, bienes de uso público–, así como cualesquiera otra informaciones que a juicio del profesional sean relevantes para permitir una acertada toma de decisiones en materia de adquisición del predio y reconocimiento de los derechos de terceros respecto del bien.

El bien inmueble, una unidad jurídica

Composición del inmueble: Un inmueble está compuesto por una superficie de terreno y todos los elementos que permanentemente adhieren a él (construcciones, plantaciones [Art. 656 C. C.]), así

BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil, Tomo I*, Editorial Nascimento, Santiago, 1930, núm. 290, pp. 260-361. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, N° 218, p. 433.

como los bienes destinados al uso, servicio o beneficio del inmueble (se encuentren en él o no), siempre que quien los destina sea el dueño del inmueble [Art. 658 C. C.]. Esta unidad geofísica entonces se determina por las líneas que señalan los extremos de la superficie (linderos), de modo que toda el área comprendida entre esas líneas constituye el inmueble con todos los objetos adheridos o destinados.

En esta época existe un tipo de inmueble que no se extiende al suelo (pero se soporta en él), y son las construcciones sometidas al régimen de propiedad horizontal o de conjunto urbano, en las cuales el bien privado es apenas una zona delimitada de construcción y otros espacios de disfrute exclusivo del propietario, mientras que el resto del inmueble pertenece a una persona jurídica diferente [Arts. 32 y ss. L. 675/01].

Determinación del bien (alinderación y bienes incluidos o excluidos): Pero en cualquiera de los casos, el inmueble está señalado por las líneas externas a una superficie, que se trazan entre puntos ubicables ya en el terreno o en la edificación.

Cuando esos puntos y las líneas que los unen son accidentes topográficos (puntos o linderos arcifinios), se estará a lo que la naturaleza muestre. Son ejemplos de puntos y linderos arcifinios: “en el norte desde el punto donde nace la quebrada Aguaclara, y se desplaza por la cuchilla (o el divorcio de aguas) del monte El Mirador hasta encontrar el lugar donde cruza la vía que conduce al municipio de La Estancia. Por el este, siguiendo la margen derecha de la quebrada Aguaclara hasta el lugar donde desemboca en el río Negro”. En estos casos no es raro que no se mencionen medidas de longitud, porque ellas se pueden establecer sobre el terreno.

Pero también es común el establecimiento de hitos o puntos artificiales (mojones) y líneas habitualmente rectas que los unen. Por ejemplo: “Norte: En línea recta desde el punto A, señalado en el plano y ubicado en la puerta de entrada del inmueble, hasta el punto B, en una extensión de tantos metros”.

La alinderación la hacen los interesados, por lo que muchas veces han utilizado sistemas que dejan demasiadas dudas (“en el sur, con la finca del señor Pérez, hasta la palma de moriche que queda enfrente al establo y de allí, torciendo hacia la derecha, setenta varas castellanas y ocho pies, hasta llegar al bebedero en el potrero de los caballos...”) y se prestaban para conflictos, especialmente cuando los accidentes desaparecían o se hacía incierto el titular del bien.

Para tratar de hacer más precisa la determinación del inmueble, la ley ordenó que en todas las escrituras se utilizaran sistemas que permitieran hacer una identificación real de los contenidos. Por una parte, todos los linderos deben tener su extensión lineal y una superficiaria expresada en unidades del sistema métrico decimal.

Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieran; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados; y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal [Art. 31 Dec. 960/70].

Por otra parte, se exige utilizar los sistemas de agrimensura moderna, en la determinación de los puntos y líneas, según las reglas de esa ciencia, que permitan

ubicar cada inmueble en un mapa del país, de modo que cada punto sea señalado con el sistema cartográfico mundial (latitud y longitud, tomando como ejes primarios el Ecuador y el meridiano de Greenwich)¹⁴⁸.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto-Ley 960 de 1970, para efectos de identificar los inmuebles por sus linderos, se podrá acudir al plano definitivo expedido por la autoridad catastral correspondiente resultante de los procesos de formación, actualización y conservación catastral, el cual se protocolizará con la escritura pública respectiva.

En este evento no será necesario transcribir textualmente los linderos literales del inmueble.

Parágrafo 1°. Sin perjuicio de los demás requisitos legales, si se opta por este sistema, en la escritura pública se deberá consignar el número de plano, la nomenclatura cuando fuere el caso, el paraje o localidad donde está ubicado, el área del terreno y el número catastral o predial.

Parágrafo 2°. Tratándose de inmuebles sobre los cuales se constituya régimen de propiedad horizontal, los mismos se regirán por lo dispuesto en los artículos 4° literal b) y 5° numeral 5° del Decreto 1365 de 1986, reglamentario de las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985 [Art. 1° Dec. 2157/95, modificado].

Todo inmueble debe individualizarse mediante la indicación de los linderos en todos los actos formales que se refieran a ellos, sea de constitución de derechos o de su transferencia, con excepción de los inmuebles sometidos a propiedad horizontal o en conjuntos inmobiliarios cerrados, en que bastará la mención de la escritura contentiva de la constitución y los estatutos del inmueble sometido a este régimen [Par. 2°, Art. 5° L. 675/01; Arts. 8° y 66 L. 1570/12].

El Instituto Geográfico Agustín Codazzi utiliza un sistema de georreferenciación llamado "MAGNA" (Marco Geocéntrico Nacional de Referencia), que sigue los patrones internacionales en la materia del "SIRGAS" (Sistema de Referencia Geocéntrico para las Américas) [Art. 1° Res. IGAC 068/05].

Identificación: Cada inmueble, como unidad, va a tener además una identidad individual, según el tipo de bien y su situación, que permita saber de cuál se trata. A los inmuebles se les han asignado diversos medios de identificación, según sus propósitos administrativos. Por un lado, como lo hicimos notar arriba, tendrán un número catastral asignado por las autoridades de hacienda de cada localidad, siguiendo los patrones y reglas propios de esa actividad. Además, cuentan con la matrícula inmobiliaria asignada por el sistema de registro de instrumentos públicos y finalmente una numeración – **nomenclatura**– o denominación, según el caso.

En los municipios y distritos del país la identificación del predio es la **nomenclatura urbana**, quizá la más sofisticada y precisa de todas, consistente en una numeración,

¹⁴⁸El Instituto Geográfico Agustín Codazzi utiliza un sistema de georreferenciación llamado "MAGNA" (Marco Geocéntrico Nacional de Referencia), que sigue los patrones internacionales en la materia del "SIRGAS" (Sistema de Referencia Geocéntrico para las Américas) [Art. 1° Res. IGAC 068/05].

compuesta por diversas palabras, dígitos y letras, y dividida en dos partes: la primera corresponde a la denominación de la vía a la que accede directa o indirectamente el bien (calle, carrera, avenida, transversal, diagonal, etc.), con la mención que la distingue de las demás con un nombre (Boyacá, Caracas, Perimetral, Circunvalar, etc.) o, como es más corriente en nuestro medio, con un número consecutivo y que aumenta a medida que se aleja del llamado **eje vial**, fijado en cada municipio¹⁴⁹ (23, 48A, 12 sur, 3ª oeste). La segunda parte o placa está compuesta por una sección con la palabra número o su apócope (Nº) y luego la designación numérica de la vía que corresponde a la intersección o cruce anterior, es decir, donde una vía atraviesa aquella que sirve de salida al inmueble, según la secuencia numérica de las vías (número 12, número 32A, número 72 Bis Este), para terminar con un número, separado del anterior por un guion, que corresponde a la distancia en metros desde la intersección anterior hasta el sitio donde se encuentra la salida del inmueble, con la particularidad de que si el número es impar, la entrada del inmueble se encuentra a la izquierda de la vía, y si es par, el inmueble tiene su puerta a la derecha de la vía (-80; -41). Si el inmueble está fraccionado jurídicamente, por estar sometido a un sistema de propiedad horizontal o en conjunto cerrado [L. 675/01], además tendrá la denominación que se le asigne en el respectivo reglamento (local 3-28, casa 11 de la manzana 7, apartamento 1502).

En cuanto a los inmuebles rurales, se acostumbra que lleven la denominación que le pone el dueño según su criterio y ese será el que aparezca anotado en los diversos registros y su ubicación esté ligada a la vía a la que tiene acceso (finca El Tejar, kilómetro 12 de la carretera de Guadual a la Serranilla).

Índices. Los índices se conformarán con la información sobre los inmuebles matriculados y los titulares del derecho inscrito, el cual se llevará en forma sistematizada.

Los índices de consulta de inmuebles rurales y urbanos deberán permitir la búsqueda por cada uno de los municipios, veredas o corregimientos que compongan el círculo registral, por cédula catastral, nombre, carrera, calle, avenida, diagonales y transversales, en el orden de la nomenclatura de cada una de tales vías, cuando se trate de bienes inmuebles (sic, léase urbanos).

Los índices de los titulares de derecho sobre bienes raíces inscritos en el registro se llevarán en forma sistematizada, y deberán permitir la búsqueda por nombre o documento de identidad o NIT.

Parágrafo 1º. La base de datos de las Oficinas de Registro no podrá ser alimentada con números diferentes a los que correspondan a los documentos de identidad de las personas naturales o jurídicas.

Parágrafo 2º. La información necesaria para la búsqueda de las consultas debe encontrarse debidamente consignada en el folio de matrícula correspondiente, cuyo número debe incluirse en los índices de inmuebles y de los titulares [Art. 6º L. 1579/12].

¹⁴⁹El eje vial es un sitio donde se cruzan la calle primera con la carrera primera de cada población (no se usa la calle o carrera "cero"). Las carreras se desplazan en un sentido geográfico determinado según la orientación de la población, mientras que las calles van perpendiculares a estas para formar las manzanas o cuadras.

¹⁵⁰Una vía "corre" desde el eje vial hacia los extramuros de las poblaciones, de modo que quien quiera saber cuál es la "margen" derecha o izquierda de la vía, le basta pararse de espaldas al eje vial y mirando hacia donde aumentan los números de la calles o carreras, y así el lado izquierdo de la vía será la zona que queda a su mano izquierda, y viceversa.

La propiedad y sus transferencias

La persona natural o jurídica actualmente propietaria y los diversos individuos de que deriva el dominio. La primera actuación del estudio es determinar quién es el propietario (o propietarios) actual(es) del inmueble, buscando la última transferencia del dominio. Tanto el folio de matrícula inmobiliaria documental como el digital presentan al final de cada anotación, a continuación de los nombres de los sujetos que participan en un contrato o a los que se refiere una providencia, una señal "(X)" para indicar el sujeto que actúa como propietario. Es necesario identificar cuál fue el acto que le permitió obtener el dominio, recorriendo las anotaciones de la última hacia la primera, hasta encontrar la anotación que se refiere a aquel acto mediante el cual el actual propietario obtuvo el dominio.

Título antecedente. Para que pueda ser inscrito en registro cualquier título, se deberá indicar la procedencia inmediata del dominio o del derecho real respectivo, mediante la cita del título antecedente, la matrícula inmobiliaria o los datos de su registro, si al inmueble no se le ha asignado matrícula por encontrarse inscrito en los libros del antiguo sistema. Sin este requisito no procederá la inscripción, a menos que ante el Registrador se demuestre la procedencia con el respectivo título inscrito [Art. 29 L. 1579/12].

Propiedades compartidas. Dos o más personas pueden ser copropietarias de un bien, y esta propiedad se someterá a las reglas de la **comunidad** contenidas en los artículos 2322 a 2340 y en los artículos 16 a 27 de la Ley 95 de 1890. En una comunidad los comuneros pasan a ser titulares jurídicos de un derecho de cuota o participación equivalente a la parte que les haya correspondido, expresado en fracciones de un todo (un cuarto, la mitad), en porcentajes (el 10%,) o unidades de un número redondo (10 de las 50 unidades en que se divide el predio), pero no tienen el dominio sobre una parte física del bien, así sea divisible, y por eso se utiliza el dicho de los juristas del renacimiento de *toto in tota, toto in qualibet partem*, con el cual se indica que la comunidad recae sobre todo y cada una de sus partes, en proporción a la cuota de cada cual.

La comunidad tiene una provisionalidad, porque esta forma de propiedad lleva a limitar el disfrute del bien y por eso cada comunero puede pedir la división del bien en cualquier momento en que lo estime conveniente [Art. 406 C. G. P.], a menos que se pacte una indivisión entre las partes por el tiempo máximo que permite la ley [Art. 1374 C. C.].

El título que soporta el modo. Debe establecerse igualmente el título que sirvió de sustento jurídico al modo de adquisición, que a grandes rasgos puede ser un contrato de compraventa, permuta, donación, dación en pago, transacción, laudo, la inscripción del acto judicial o notarial de la partición o liquidación sucesoral, una sentencia de pertenencia, la partición de una comunidad, sociedad conyugal o sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la declaración de construcción de un inmueble sometido a propiedad horizontal (o de sujeción de una edificación ya construida a dicho sistema).

El valor del bien. La misma anotación tendrá un aparte que informa el valor del bien. Las partes pueden determinar el valor de las transacciones que les parezca

conveniente, pero si se trata de un acto oneroso, esa transacción no podrá ser inferior al avalúo catastral, fijado por la autoridad. Cuando el acto es gratuito, se pone el valor del avalúo para efectos del pago de los derechos notariales y de registro, así como de los impuestos respectivos.

El precio o la estimación del valor de los bienes o derechos objeto de las declaraciones se expresarán en moneda colombiana, y si el acto o contrato estuviere referido a monedas extranjeras, se establecerá su equivalencia en moneda nacional según las normas vigentes sobre el particular [Art. 34 D. 960/70].

La cadena de transferencias o tradición. Cuando el inmueble ha llegado al propietario por tradición, sucesión, partición de comunidades, adjudicación en sociedades conyugales o patrimoniales, es obligatorio que se mencione el título y el modo de adquisición del bien.

Será necesario indicar (en la escritura pública) precisamente el título de adquisición del declarante que dispone del inmueble o que lo grava o afecta, con los datos de su registro. Si el disponente careciere de título inscrito, así lo expresará indicando la fuente de donde pretende derivar su derecho [Art. 32 Dec. 960/70].

La cadena de tradiciones aparece en el certificado inmobiliario como mínimo por 20 años, aunque pueden solicitarse certificados que informen tradiciones por más tiempo o incluso que para hacer verificaciones sea imprescindible remontarse a épocas anteriores de las que aparecen en el certificado o matrícula inmobiliaria ¹⁵¹.

Establecido el último propietario, se ubicarán los demás que hicieron transferencia de unos a otros, por lo que en el estudio se indicarán las transferencias del propietario más reciente al más antiguo, aunque, por supuesto, no es obligatorio y puede hacerse al contrario. Las tradiciones entonces serían más o menos así: Fulano obtuvo el dominio por compra a Zutano, mediante escritura pública número *** de tal fecha, inscrita en el registro tal día. Zutano obtuvo dominio en la sucesión de Perencejo, cuya partición fue elevada a escritura pública número *** de fecha ***, registrada el ***, etc.

La propiedad puede tener su origen en un acto administrativo, dentro de los cuales se destacan las adjudicaciones de baldíos y tierras a los pequeños agricultores (UAF) de que trata la ley agraria [Arts. 38, 65 L. 160/94], la expropiación para obras públicas y otros programas gubernamentales, transferencia de activos en liquidación de entidades públicas [Art. 73 L. 633/00], así como de infraestructura de servicios públicos [Art. 19 L. 1682/13; Art. 58 L. 388/97; Art. 56 L. 142/94]. También se origina la propiedad en la decisión jurisdiccional de pertenencia, que serán los correspondientes títulos, y por eso será necesario estudiarlos.

“Libertad” del bien

El propósito final del estudio de títulos tiene el objetivo de establecer de la manera

¹⁵¹ Los derechos reales fruto de la desmembración de la propiedad, la misma propiedad fiduciaria, las servidumbres y otros derechos pueden pasar del tiempo de prescripción, y por eso la necesidad de contar con información por un tiempo mayor.

más acertada posible en qué estado se encuentra jurídicamente, y tuvo su origen precisamente en el interés de quienes estaban interesados en adquirir un inmueble con la certidumbre de que provenía de su propietario y que no tenía fallas relevantes en el título o en el modo que impidieran la adquisición, o fueran susceptibles de ser anulados, o por cualquier otra causa se pudiera retirar la eficacia jurídica de la propiedad del actual dueño, o soportase gravámenes que afectasen su disfrute, toda vez que como en Derecho “nadie transfiere más derecho que el que tiene”, quien adquiera un inmueble lo recibe con sus fallas, limitaciones, condiciones o usos.

En toda enajenación de un inmueble por acto entre vivos, por acto gratuito u oneroso, se debe dejar constancia de la situación del bien¹⁵².

El disponente está en el deber de manifestar la existencia de gravámenes, derechos de usufructo, uso y habitación, servidumbres, limitaciones o condiciones y embargos o litigios pendientes, y en general, toda situación que pueda afectar al inmueble objeto de su declaración o los derechos constituidos sobre él, y si lo posee materialmente [Art. 33 Dec. 960/70].

Si bien la información que aparece en el folio de matrícula inmobiliaria contiene muchas informaciones de interés sobre la situación jurídica del bien, hay que tener en cuenta que esta es sintética y no es determinante por ella misma de derechos, cargas o ventajas; luego la única forma de determinar cuál es la verdadera situación del predio, es mediante la consulta y verificación del contenido de cada título (de ahí el nombre de esta actividad) y tener el cuidado de identificar las situaciones que pueden afectar la titularidad del bien o generar derechos a terceros.

En seguida se hará una sucinta relación de las principales situaciones que pueden aparecer al revisar los títulos, sin dejar de tener en cuenta que prácticamente todos los conceptos sobre legitimidad, eficacia de los actos o titularidad de los derechos subjetivos pueden incidir en una u otra forma en el respectivo estudio.

Situaciones ligadas a la eficacia del título

Para que un acto produzca sus efectos jurídicos es necesario que cumpla con una serie de requisitos, sea del sujeto que emite el acto o relacionados con el objeto sobre el que recae la voluntad (capacidad; consentimiento libre y espontáneo; objeto lícito, posible determinado; causa jurídica y forma). Por otra parte, es posible que los interesados acuerden mecanismos para retirar la eficacia del acto. Haremos mención a las principales situaciones que dan lugar a la ineficacia y las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan, y aunque algunas son detectables en los documentos que dan origen al registro y sirven de título de los derechos reales, otras no constan en el título mismo y, por supuesto, no deben aparecer en el estudio de títulos, así la persona que lo realiza tenga conocimiento privado sobre estas situaciones.

Ineficacia o inexistencia del acto. La teoría del acto jurídico reconoce que si una manifestación de voluntad no cumple los requisitos esenciales que le son propios, no

¹⁵²Estas declaraciones las hacía el enajenante a título oneroso, con el objeto de exonerarse de responsabilidad ante el adquirente por las fallas que pudiera presentar el bien, pero las normas de notariado las volvieron obligatorias en todas las enajenaciones, así en los actos gratuitos no exista responsabilidad por evicción o vicios redhibitorios.

produce ningún efecto jurídico o deriva en otro acto [Art. 1501 C. C.; Arts. 897 y 898 C. de Co.].

En general, son elementos esenciales de un acto las partes, por lo que si una de ellas no actúa en realidad (se trata de una persona fallecida que obra por un representante o por alguien que intenta suplantarla o que no es quien manifiesta ser) o una de las partes no manifiesta su voluntad (no comparece al acto, o manifiesta no aceptar la declaración). También lo es el objeto y por eso si el acto carece de objeto (la declaración recae sobre un bien o un derecho inexistente como el inmueble permanentemente inundado) o éste es indeterminado cuantitativa o cualitativamente (10 hectáreas de tierra o un monte), o se trata de un bien común (la atmósfera misma, o el agua del mar). Igualmente es requisito esencial la forma ad substantiam actus (el bien adjudicado en la liquidación de una sociedad conyugal derivada de un matrimonio, celebrado por un ritual no aceptado por el gobierno colombiano [Art. 115 C. C.; Art. 1° L. 25/92], de la adjudicación de legado hecho en un testamento hológrafo no elevado a escritura pública).

Un acto inexistente no nace a la vida jurídica, y su ineficacia no requiere declaración judicial, aunque en algunos casos es imprescindible que el juez participe, no para declarar la inexistencia, sino para constatar las circunstancias en que se produjo y ordenar las restituciones o eventuales indemnizaciones.

Nulidad absoluta del acto. Es absolutamente nulo el acto producido o en el que participa un incapaz absoluto (impúber o persona con discapacidad mental absoluta), o tiene objeto ilícito o causa ilícita o presenta fallas en los requisitos de forma para la validez de la manifestación [Incs. 1° y 2°, Art. 1741 C. C.]. También producen nulidad absoluta algunas de las incapacidades especiales del sujeto o prohibiciones (el funcionario público que contrata transgrediendo las inhabilidades o incompatibilidades [Art. 8° L. 80/93.] o el padre que celebra la venta con su hijo de familia [Art. 1852 C. C.]).

La nulidad absoluta en nuestro sistema jurídico nunca opera de “pleno Derecho”, por lo que requiere declaración judicial, de modo que se presume su validez putativa mientras el juez no se ha pronunciado sobre los vicios que tiene el acto. Esta nulidad puede ser declarada de oficio por el juez y alegada por las partes, los terceros que demuestren un interés y el ministerio público en defensa de la ley o la moralidad [Art. 1742 C. C.].

Nulidad relativa del acto. Toda otra falla que presente el acto jurídico dará lugar a una nulidad relativa [Inc. 3°, Art. 1741 C. C.]. Dan lugar a la nulidad relativa los vicios del consentimiento del acto, la incapacidad relativa del sujeto y las incapacidades especiales cuyo objeto es la protección de los individuos mismos y no el orden público o la estabilidad social.

Las nulidades relativas no son declarables de oficio y solamente pueden ser alegadas (pedida su nulidad) por los sujetos en favor de los cuales se han establecido (el que sufrió el vicio del consentimiento, o el incapaz relativo) o sus representantes legales [Art. 1743 C. C.].

Rescisión por lesión enorme. El acto jurídico de compraventa o permuta y en general los actos jurídicos conmutativos de enajenación de inmuebles pueden ser rescindidos cuando se presenta una lesión enorme, es decir, que el valor de las prestaciones difiere considerablemente. Hay tal lesión cuando el adquirente obtiene el bien por un precio

superior al doble del valor real del bien o el vendedor recibe un precio menor de la mitad del valor de su finca [Art. 1947 C. C.].

Resolución del contrato y pacto comisorio. Un contrato bilateral y oneroso genera obligaciones para ambas partes que tienen interés en que se cumplan, de modo que la ley establece que el contratante que cumple o está dispuesto a hacerlo, además de contar con la posibilidad de exigir ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones a su favor, también puede dar por resuelto el contrato y extinguir las obligaciones en ambos casos con pago de indemnizaciones. Si algunas de las obligaciones ya se han cumplido en todo o en parte, la resolución hace nacer una acción de restitución de lo ejecutado. En los contratos bilaterales esta **condición resolutoria** se sobreentiende [Art. 1546 C. C.]. Con el **pacto comisorio**, las partes acuerdan expresamente dar por terminado el contrato con el incumplimiento, pero nuestra ley aclara que esto no exime al contratante cumplido de la opción de mantener el contrato o resolverlo, que le concede el artículo del Código Civil [Art. 1936 C. C.]. Por el **pacto comisorio calificado**, las partes estipulan que si no se cumple, ahora sí, no se deshace el acuerdo y queda resuelto el contrato. El contratista incumplido con todo tiene un último plazo de 24 horas, luego de ser notificado de la demanda, para ejecutar sus prestaciones, evitando de este modo que se resuelva el contrato [Art. 1937 C. C.]¹⁵⁴.

Propiedad fiduciaria. Al ocurrir el hecho incierto, positivo o negativo, previsto para el traspaso de la propiedad al fideicomisario, el fiduciario pierde el dominio. El fideicomisario, ahora dueño, simplemente reivindica su bien.

No debe confundirse esta propiedad fiduciaria o fideicomiso civil con la **fiducia mercantil**, un contrato comercial que ha generado una serie de errores interpretativos, que incluso han llegado al sistema de registro¹⁵⁵, pero en cuanto al estudio de títulos mismo no genera mayores problemas, porque en esta clase de negocio fiduciario la propiedad del bien se transfiere a la sociedad fiduciaria [Art. 1226 C. de Co.], y esa sociedad pasa a ser dueña como cualquiera (así diga que los bienes son de propiedad del patrimonio autónomo¹⁵⁶), y al término del contrato fiduciario, el bien debe ser nuevamente enajenado,

¹⁵⁴El inciso 2° del artículo 1882 del Código Civil dispone: “Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales” (destaco), que a buena parte de la doctrina le parece que este desistimiento constituye una figura particular diferente de la resolución y no requiere proceso para su ejercicio porque la ley no lo exige. No comulgo con esa teoría, porque la ley habla de aplicar las reglas generales y estas son las que se mencionan aquí; pero en todo caso, si el desistimiento existe, para que operara en inmuebles sería necesario que se tomara nota de este en la escritura de compraventa [Art. 1766 C. C.] y se hiciera el correspondiente registro [Art. 4° L. 1579/12]. Ver: RODRÍGUEZ FONSECA, Jaime. *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, Editorial Lerner, Bogotá, 1960, p. 743.

¹⁵⁵El principal error es considerar que el dueño o titular del bien o bienes fideicomitados es el patrimonio autónomo, el cual no puede ni podrá ser titular jurídico de derechos subjetivos por carecer de personería, pero en las anotaciones del registro de instrumentos públicos aparece como dueño el patrimonio autónomo.

¹⁵⁶Un patrimonio autónomo es una sección patrimonial que tiene la particularidad de responder y respaldar ciertos pasivos de su titular, pero no todos; de modo que introduce una excepción a la prenda común o general, pero el patrimonio autónomo no es dueño por no ser sujeto de Derecho. La sociedad fiduciaria entonces tiene su propio patrimonio y otras tantas secciones patrimoniales como negocios fiduciarios maneja. Ver: MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Aproximación al Derecho y Derecho de personas* (3ª Ed.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, N° 432, pp. 710 y 711.

PRESUNCIONES DE DESPOJO EN RELACIÓN CON LOS PREDIOS INSCRITOS EN EL REGISTRO DE TIERRAS DESPOJADAS

En relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas forzosamente se tendrán en cuenta las siguientes presunciones:

1. **Presunciones de derecho en relación con ciertos contratos.** Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados durante el período previsto en el artículo 75, entre la víctima de este, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes conviva, sus causahabientes con las personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley cualquiera que sea su denominación, o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros. La ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en este numeral genera la inexistencia del acto o negocio de que se trate y la nulidad absoluta de todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o una parte del bien.
2. **Presunciones legales en relación con ciertos contratos.** Salvo prueba en contrario, para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que en los siguientes negocios jurídicos hay ausencia de consentimiento o de causa lícita, en los contratos de compraventa y demás actos jurídicos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión o la ocupación sobre inmuebles siempre y cuando no se encuentre que la situación está prevista en el numeral anterior, en los siguientes casos:
 - a. En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono, o en aquellos inmuebles en donde se haya solicitado las medidas de protección individuales y colectivas relacionadas en la Ley 387 de 1997, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente, o aquellos mediante el cual haya sido desplazado la víctima de despojo, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes convivía o sus causahabientes.
 - b. Sobre inmuebles colindantes de aquellos en los que, con posterioridad o en forma concomitante a las amenazas, se cometieron los hechos de violencia o el despojo se hubiera producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; sobre inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

- c. Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros.
- d. En los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción.
- e. Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en alguno de los literales del presente artículo, el acto o negocio de que se trate será reputado inexistente y todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.
- f. Frente a propiedad adjudicada de conformidad con la Ley 135 de 1961 y el Decreto 561 de 1989, a empresas comunitarias, asociaciones o cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa.

3. **Presunciones legales sobre ciertos actos administrativos. Cuando la parte opositora¹⁵⁸** hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume legalmente que tales actos son nulos. Por lo tanto, el juez o Magistrado podrá decretar la nulidad de tales actos. La nulidad de dichos actos produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo.

4. Presunción del debido proceso en decisiones judiciales. Cuando el solicitante hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate, si el respectivo proceso judicial fue iniciado entre la época de las amenazas o hechos de violencia que originaron el desplazamiento y la de la sentencia que da por terminado el proceso de que trata esta ley.

Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que los hechos de violencia le impidieron al despojado ejercer su derecho fundamental de defensa dentro del proceso a través del cual se legalizó una situación contraria a su derecho. Como consecuencia de lo anterior, el juez o Magistrado podrá revocar las decisiones judiciales a través de las cuales se vulneraron los derechos de la víctima y a ordenar los ajustes tendientes a implementar y hacer eficaz la decisión favorable a la víctima del despojo.

¹⁵⁸La palabra opositora fue declarada inexecutable por sentencia C-715/12 de la Corte Constitucional.

5. Presunción de inexistencia de la posesión. Cuando se hubiera iniciado una posesión sobre el bien objeto de restitución, durante el período previsto en el artículo 75 y la sentencia que pone fin al proceso de que trata la presente ley, se presumirá que dicha posesión nunca ocurrió [Art. 77 L. 1448/11].

(...)

Inversión de la carga de la prueba. Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio [Art. 78 L. 1448/11].

La restitución de tierras procede por solicitud del despojado, su cónyuge o compañero permanente, sus herederos [Art. 81 L. 1448/11] y una vez se abre el proceso se inscribe esta demanda en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, lo que tiene como consecuencia que el bien quede sustraído de comercio y que todo acto que afecte el bien realizado con posterioridad al despojo sea susceptible de ser declarado ineficaz por el respectivo juez a efecto de hacer efectiva la reparación [Arts. 86 y 91 L. 1448/11].

Limitaciones al dominio

Los principales derechos reales que pueden generarse en favor de terceros son, como anotamos al principio, los de **uso y habitación, usufructo**, que cuando recaen sobre inmuebles solo pueden constituirse mediante el registro del documento en el que consta, en la Oficina de Instrumentos Públicos.

Las **servidumbres** también se constituyen y transfieren por los mismos títulos que el derecho de dominio [Art. 760 C. C.] y tienen que inscribirse en el registro para su eficacia; con todo, es de recordar que cuando se hace una partición de un predio, todas las porciones del mismo que prestan alguna utilidad a otras secciones, quedan con esa servidumbre (del padre de familia [Art. 938 C. C.]) y estas casi nunca se registran, aunque posiblemente consten en los títulos de adquisición.

También son limitaciones al dominio la afectación de inmuebles a vivienda familiar, es decir, el patrimonio de familia inembargable, el inmueble familiar de los cónyuges o el del padre o madre cabeza de familia, que ya mencionamos.

Gravámenes reales

Como principal gravamen real para inmuebles está la **hipoteca**. El sistema registral tiene un amplio catálogo de hipotecas según el constituyente o el acreedor, pero todas están sometidas al mismo régimen [Arts. 2430 y ss. C. C.].

Un gravamen que se encuentra prácticamente desaparecido de nuestro Derecho es el **censo**, regulado por los artículos 101 a 135 de la Ley 153 de 1887. Por el censo se grava un predio o finca al pago de una renta periódica a favor de un beneficiario o censualista.

Otros gravámenes y limitaciones del ejercicio de los derechos reales

En esta época recaen sobre los inmuebles un buen número de condicionamientos de utilización de los bienes, algunos de los cuales apenas originan obligaciones reales o propter rem¹⁵⁹, pero otros son verdaderos gravámenes a favor de la sociedad o de terceros.

Se reconocen aquellos que implican incorporar el predio a un sistema del que no pueden desligarse, como son las agrupaciones inmobiliarias cerradas y sistemas de propiedad horizontal [L. 675/01] y los predios ubicados en los distritos de adecuación de tierras [Art. 5° L. 41/94], que por el simple hecho de estar ligados a esos sistemas de propiedad quedan sometidos a las disposiciones de los respectivos reglamentos.

Por razón de las disposiciones medioambientales aparecen una serie de gravámenes y limitaciones al ejercicio del derecho de dominio, entre las cuales destacamos los predios que pertenecen a las áreas de reserva forestal [Art. 206 C. R. N.], en las categorías de zona protectora, zona productora y zona protectora productora [Art. 205 C. R. N.], áreas de manejo especial ambiental [Art. 208 C. R. N.].

Todo bien declarado de interés cultural, por su condición histórica, arquitectónica, arqueológica, según lo disponga el ministerio, tendrá las limitaciones referidas a la conservación que establece la ley y el Ministerio de Cultura [Art. 11 L. 397/97].

Algunos de los bienes pueden resultar afectados por ser de interés para el desarrollo de una obra pública. Para evitar que un predio pueda ser objeto de especulación cuando se programa una obra de infraestructura, se determina cuáles predios serán objeto de negociación (o de expropiación), y para dar aviso a los particulares sobre esta situación se inscribe en el respectivo folio la afectación, es decir, su destinación a ser convertidos en parte de la obra pública [Art. 37 L. 9ª/89; Inc. 3°, Art. 20 L. 1682/13]; esta afectación se da desde la oferta de compra por parte de la entidad que adelanta programas de reforma urbana [Art. 13 L. 9ª/89].

También se inscriben en los folios de matrícula inmobiliaria los gravámenes reales de carácter contributivo, como el de valorización o la participación en la plusvalía, y por eso las resoluciones que decretan estos cobros, se inscriben en el folio de cada predio [Arts. 74 a 90 L. 388/97].

Finalmente, es de anotar que de conformidad con el párrafo del artículo 5° de la Ley 258 de 1996, la vivienda de interés social construida en predio ajeno puede ser afectada a vivienda familiar o a un patrimonio de familia inembargable, lo que si bien no impide al dueño el ejercicio de los derechos, constituye un gravamen especial sobre el inmueble, porque no puede ser perseguido hasta cuando se cancele la afectación.

Limitaciones a la comercialidad de los bienes

La principal limitación a la libre enajenación es el embargo, medida que saca del

¹⁵⁹ Algunas de las obligaciones propter rem dan lugar a verdaderas limitaciones a la libre enajenación, cuando la ley exige el paz y salvo para poder transferirlos, como sucede con los inmuebles en propiedad horizontal, impuestos prediales, tasas de valorización o plusvalía.

comercio los bienes, de modo que su enajenación pasa a constituir objeto ilícito [Art. 1521 C. C.]. El embargo de inmuebles se perfecciona con el registro [N° 1°, Art. 593 C. G. P., Art. 88 L. 1708/14], lo que hace que en ocasiones también se dé el secuestro para evitar que el dueño realice la administración de los bienes. La medida del secuestro inmobiliario también se registra, pero solo como forma de publicidad.

A partir de la expedición del Código de Procedimiento Civil, recogido luego por el Código General del Proceso, los bienes litigiosos no salen de comercio, pero se ordena la inscripción de la demanda en la que pueden terminar afectados los inmuebles o derechos reales, a fin de que el eventual adquirente sepa su condición de litigiosos y por eso quede sometido al resultado del proceso [Art. 591 C. G. P.].

Las facultades de enajenación también quedan limitadas con la orden de suspensión del poder dispositivo, decretadas por el fiscal en procesos de extinción de dominio [No 1°, Art. 88 L. 1708/14]. En nuestro criterio, esta limitación, por razón de su finalidad, se extiende aun a las enajenaciones que se produzcan por ministerio de la ley (sucesiones o expropiaciones) y a la constitución de otros derechos reales, como sucede en otros casos en que el juez ordena al Registrador abstenerse de anotar cualquier acto que afecte la situación del inmueble, hasta que él lo autorice.

Respecto de algunas actividades sometidas al control y vigilancia de la autoridad (entidades del sector financiero y cooperativas [Arts. 113 a 116 E. O. S. F. modificados por la L. 510/99], empresas de la salud [No. 25, Art. 6° Dec. 1018/07]) pueden ser objeto de la toma de posesión, para la administración o la liquidación, por el ente vigilante que a partir de ese momento asume la administración íntegra de los bienes, desplazando al titular jurídico.

El Código de Extinción de Dominio establece como medida cautelar la toma de posesión de los bienes que pueden llegar a ser objeto de la extinción [No 3°, Art. 88 L. 1708/14], en la que el Estado por intermedio del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –FRISCO– (por su nombre tenemos que asimilarla a la toma de posesión de los bienes de las entidades intervenidas que hacen algunas superintendencias) para esta medida cautelar se aplica el procedimiento operativo utilizado por las superintendencias cuando intervienen entidades vigiladas en el caso de liquidación forzosa a manera de ejemplo. Una vez inscrita la toma de posesión el FRISCO asume la administración de los bienes con una amplísima capacidad [Arts. 92 a 105 L. 1708/14] y, en consecuencia, solo podrán registrarse los actos que el Fondo disponga.

Entre otras restricciones a la libre enajenación, ya mencionadas, están las relativas a las normas de protección de la vivienda, así como aquellas de restricción de la enajenación de los bienes comunes y las indivisiones pactadas o establecidas en la ley.

Contratos de tenencia registrados

La mayoría de los contratos que dan origen a la tenencia de bienes por parte de terceros son consensuales y no requieren de formas o publicidad para su eficacia; con todo, los contratos que se registran tienen la ventaja de hacerse oponibles a terceros o simplemente facilitar la prueba, como pasa con el contrato de arrendamiento que

tiene que ser respetado por el adquirente o el acreedor hipotecario del bien arrendado, cuando consta por escritura pública debidamente registrada [Art. 2020 C. C.].

La ley de registro también menciona los contratos de **comodato** o préstamo de uso [Art. 2200 C. C.], **anticresis**, es decir, ese contrato por el cual un deudor entrega un inmueble a su acreedor para que lo administre ordinariamente y con los frutos que obtenga se pague la deuda [Art. 2558 C. C.], y **leasing** o arrendamiento financiero, en que la entidad de financiamiento comercial entrega el bien en arrendamiento, facultando al arrendatario o locatario para adquirirlo al término del contrato por un valor fijado o de rescate [Art. 24 E. O. S. F.]. En todos estos contratos la inscripción cumple una finalidad de publicidad, mas no de oponibilidad, al no existir una regla parecida a la del contrato de arrendamiento.

El **derecho de retención** sólo se da en los casos en que el dueño ejerce sus derechos de persecución y preferencia (reivindicación), de modo que el fiduciario, usufructuario, usuario, poseedor o tenedor, que están obligados a restituir, pueden negarse a hacerlo mientras no se les cancele el precio de las mejoras y las indemnizaciones a que tienen derecho frente al dueño [Arts. 739, 815, 859, 970, 1929, 1958, 1995, 2216 C. C.].

La posesión ante el registro de propiedad inmobiliaria

El artículo 785 del Código Civil establece que “si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ellas, sino por este medio”, lo que en últimas llevaría a que solamente podría adquirirse la posesión de inmuebles con la inscripción del acto que origina o transfiere la posesión. Sin embargo, en materia de inmuebles nunca se creó un libro de registro de posesiones para estos efectos y no se podía utilizar el mismo libro de las enajenaciones de propiedad, por ser este específico para el dominio.

Algunos consideraron que mientras no se pudiera hacer el registro, no existiría la posesión de los inmuebles, porque no se cumplía el modo, pero esa posición empezó a ser contradicha por la realidad, especialmente en nuestro territorio, donde muchos campesinos ocuparon terrenos de propiedad particular y luego de pasado el tiempo de prescripción extraordinaria pretendían que se les declarara la pertenencia, posición que aunque en su momento fue discutida terminó siendo aceptada por la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁰. La posesión de inmuebles sin cumplir el registro es aceptada por la jurisprudencia y da lugar a la prescripción.

Pero las reglas del Código Civil nunca cambiaron, y por eso mucha gente que adquiría posesiones fácticas sobre inmuebles y luego vendían o donaban esa posesión mediante acto formal y pretendían el registro, y algunos registradores aceptaban esas declaraciones como fuente del registro, lo que sin duda era un error, pero se generalizó y por eso cuando se expidió el Decreto Ley 1260 de 1970 apareció en nuestro Derecho la extraña figura de “**la falsa tradición**”, que se ha venido ejemplarizando desde esa época como “(...) la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derecho

¹⁶⁰ Desde finales del siglo XIX la Corte Suprema venía dictando sentencias en las que se vislumbraba que en nuestro medio no existía la posesión inscrita, y se citan las providencias de 10 de mayo de 1889, 24 de julio de 1937 y 27 de abril de 1955, todas las cuales apuntan a considerar la posesión de inmuebles como una situación de hecho. Ver: VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derechos Reales* (10ª Ed.), Editorial Temis, Bogotá, 1996, p. 330.

incompleto o sin antecedente propio...” [Fine, Art. 7° Dec. 1260/70, sustituido por el Art. 8° L. 1570/12]. Por supuesto, el Derecho no conoce falsas tradiciones¹⁶¹, y aunque la doctrina acepta las tradiciones —entregas— “a non domino”, estas pueden ser tanto para conferir la tenencia, como la entrega del bien de un poseedor a un individuo que pretende seguir como poseedor, pero como la posesión se adquiere por tenencia más animus, la inscripción de la falsa tradición a la que estamos haciendo referencia no hace poseedores, a menos que se reciba y se mantenga la tenencia y, por supuesto, el ánimo de señor y dueño. La compra de cosa ajena no hace “falsas tradiciones” (así se inscriba), porque el que adquiere un bien de alguien que no es el dueño y lo recibe a sabiendas de que quien se lo entrega no tiene la propiedad, simplemente recibe la tenencia y no se hace poseedor, a menos que pueda **intervertir** posteriormente el título [Art. 791 C. C.], y si no lo sabe y obra de buena fe, puede hacerse poseedor por la tenencia con ánimo de señor y dueño, pero sólo pasa a tener derecho real sobre el bien con la adquisición que haga el vendedor [Art. 752 C. C.] o por prescripción adquisitiva.

También se anota en el registro la **compra de mejoras**, una figura que ya no es extraña, sino simplemente imposible, consistente en que el sujeto que pretende hacerse con la posesión de un bien, celebra con el cedente de la posesión un contrato en el que le “compra” las mejoras que introdujo en el predio y con ello, cuando recibe la tenencia del bien queda como poseedor y se hace titular del derecho de retención para el evento de que el dueño que intente la reivindicación, pueda retener el bien hasta que se le cancele el valor de las mejoras. Decimos que jurídicamente es imposible, porque nadie puede vender algo de lo que no es dueño, y las mejoras que introduce el poseedor pasan, por vía de accesión, a ser de propiedad del dueño del terreno, pero eso no ha impedido que se utilice como mecanismo para representar la transferencia de la posesión en nuestro medio y que existan leyes que le den reconocimiento .

En resumen, estas anotaciones no hacen poseedor a nadie, aunque sirven de elemento de juicio en un proceso de pertenencia, siempre que además se pueda probar la tenencia material del bien por el poseedor o por alguien que lo represente o reciba de él otros derechos.

Pero la ley, decíamos, le protege y reconoce la posesión, lo que lleva a que cuando exista posesión, sea o no anotada, se permita al último poseedor sumar las posesiones de sus antecesores y contar ese tiempo para efectos del término de prescripción adquisitiva. Por eso, si un poseedor muere, sus herederos que reciban la tenencia y se hagan poseedores, pueden sumar el tiempo de su propia tenencia a la del de cuius, o el cesionario, comprador o donatario de la posesión puede hacer lo propio con el tiempo de todos los poseedores antecedentes, aunque la tomarán con las características que las tuvieron los antecesores [Art. 778 C. C.].

El poseedor regular que ha perdido la posesión puede ejercitar una acción reivindicatoria de carácter especial (acción publiciana) cuando se halla “en el caso de poderla ganar por prescripción”, pero no podrá intentarla contra el verdadero dueño u otro poseedor de mejor derecho [Art. 951 C. C.].

¹⁶¹ Nótese que lo falso no es la tradición (entrega jurídica), porque esa es verdadera. Lo que puede tener alguna falsedad es el título, ya por suplantación del verdadero dueño o porque la declaración que hace el contratante no es real.

El artículo 6° de la Ley 41 de 1993 permite la compra o expropiación de mejoras para proyectos de adecuación de tierras. De igual manera, el numeral 10° del artículo 12 de la Ley 160 permite la expropiación o compra de mejoras en programas de reforma agraria.

Del saneamiento de los títulos

Un estudio de títulos puede arrojar como resultado que el inmueble no presenta problemas jurídicos y, por ende, puede ser objeto de negociación, expropiación o extinción de dominio, si se cumplen los demás requisitos legales o contractuales a que haya lugar. Pero también puede poner de presente vicios que pueden afectar la propiedad, o la existencia de derechos reales a favor de terceros, y será necesario dejar las constancias de estos hechos.

Algunas de las situaciones pueden subsanarse antes de continuar con el proceso de adquisición, expropiación o extinción de dominio, a que se requiere el estudio de títulos.

Caducidad de acciones. Aquellas fallas que autorizan a una de las partes para iniciar un proceso tendiente a obtener la declaración de ineficacia (nulidad o rescisión del acto) se sanean definitivamente pasado el tiempo establecido por la ley para adelantar las respectivas acciones. Así, la nulidad relativa tiene 4 años para ser demandada, 4 años que empiezan a contarse desde el momento en que se adquirió la capacidad, cesó la fuerza o se celebró el acto viciado por error o por dolo [Art. 1750 C. C.]. También tienen caducidad de 4 años la rescisión por lesión enorme [Art. 1954 C. C.] y el pacto de retroventa [Art. 1943 C. C.]. En los demás casos la caducidad de las acciones será del plazo máximo previsto para la prescripción, que hoy es de 10 años [Art. 2536 C. C., redacción del Art. 8° L. 791/02].

Saneamiento por ratificación. Hacer “rato” un acto es darle validez. Todas las nulidades relativas y las absolutas, excepto las provenientes de objeto o causa ilícitos son saneables por ratificación, es decir, por la convalidación que se haga del acto, por la persona capaz o por su representante, o simplemente por la renuncia a alegar la nulidad, la rescisión [Arts. 1742 y 1743 C. C.].

Renuncia al ejercicio de los derechos. La mayoría de los derechos confieren una ventaja particular a un individuo, de modo que su titular puede renunciarlos, “siempre que no esté prohibida la renuncia” [Art. 16 C. C.]. El beneficiario de una condición resolutoria tácita o pacto comisorio, el vendedor que está facultado para readquirir por pacto de retroventa, el usuario, el usufructuario, el dueño del predio dominante, pueden renunciar a su derecho y con ello eliminar las respectivas limitaciones.

Prescripción adquisitiva del dominio y otros derechos reales. Los derechos reales susceptibles de ser poseídos se pueden adquirir por el paso del tiempo que establezca la ley. Para la posesión sobre un inmueble y atendiendo que en nuestro sistema no existe posesión inscrita, que permita hablar de una posesión regular de los bienes inmuebles, el plazo será el de la prescripción extraordinaria (10 años [Art. 2531 C. C., modificado por el Art. 5° L. 791/02]), excepto cuando se trata de inmuebles respecto de los cuales la ley ha establecido un plazo inferior, como la vivienda de interés social¹⁶³ (3 años para la prescripción ordinaria y 5 para la extraordinaria [Art. 51 L. 9ª/89]).

¹⁶³Con la Ley 1083 de 2003 se permite la declaración ante notario de la condición de poseedores de una vivienda de interés social (o las ubicadas en estratos 1 y 2) para que sean tomados como poseedores inscritos y puedan adquirir por prescripción ordinaria. Esa ley además permitía que se declarara la pertenencia por el notario, pero la Corte Constitucional decidió que eran inenajenables mediante sentencia C-1159/08, por no ser el notario sujeto de delegación de funciones jurisdiccionales.

Está vigente una prescripción extraordinaria para la propiedad rural¹⁶⁴:

Establécese una prescripción adquisitiva de dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1° de esa ley, durante cinco (5) años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo.

Parágrafo. Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios que se hayan poseído quieta y pacíficamente durante los 5 años continuos y se suspende a favor de los absolutamente incapaces y de los menores adultos [Art. 12 L. 200/36, redacción del artículo 4° de la Ley 4ª/73].

La prescripción por la que se adquiere una servidumbre aparente y continua es de 10 años¹⁶⁵ [Art. 939 C. C., redacción del Art. 9° L. 95/1890]. Si bien no es corriente que se posean los derechos de usufructo o uso¹⁶⁶, la prescripción será la extraordinaria (10 años), al no existir posesiones inscritas en nuestro sistema jurídico.

La prescripción, recuérdese, no opera de pleno derecho, sino que es necesario alegarla, como excepción en la oportunidad procesal correspondiente, de modo que en el estudio se deberá hacer notar esta situación, a fin de que por falta de diligencia o desconocimiento, se pueda renunciar a la prescripción [Art. 2514 C. C.].

Saneamiento de la titulación por disposición legal. Cuando se trate de bienes de “pequeña entidad económica (hasta una unidad agrícola familiar - UAF, si son bienes rurales, o una vivienda de menos de 250 SMLMV) que estén siendo actualmente poseídos y se encuentren inscritos en el registro inmobiliario como falsa tradición, se podrá obtener el título de dominio mediante un proceso acelerado, en el que basta demostrar la posesión regular del inmueble rural por 5 años o la posesión irregular de 10 años, y si es sobre el inmueble urbano por un lapso de 3 años si la posesión está inscrita o de 5 años si es posesión irregular (en realidad no es un saneamiento de la titulación, sino más bien una declaración de pertenencia, con procedimiento especial).

Objeto. El objeto de la presente ley es promover el acceso a la propiedad, mediante un proceso especial para otorgar título de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, y para sanear títulos que conlleven la llamada falsa tradición, con el fin de garantizar seguridad jurídica en los derechos sobre inmuebles, propiciar el desarrollo sostenible y prevenir el despojo o abandono forzado de inmuebles [Art. 1° L. 1561/12].

Sujetos del derecho. Se otorgará título de propiedad a quien demuestre posesión material sobre bien inmueble, urbano o rural, que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

¹⁶⁴Esta prescripción especial del sistema de reforma agraria fue derogada expresamente por la Ley 1152 de 2007, que recogía todo el tema de desarrollo agropecuario en el país, pero al ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional [Sent. C-195/09] volvió a regir, aunque algunos la toman por inaplicable en atención a las nuevas normas de prescripción.

¹⁶⁵Las servidumbres discontinuas o las inaparentes no se pueden adquirir por prescripción.

¹⁶⁶Tendría que tratarse de un individuo al que se le constituyó un usufructo por acto ineficaz y tomó la posesión del mismo como usufructuario.

Quien tenga título registrado a su nombre con inscripción que conlleve la llamada falsa tradición, tales como la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio, de conformidad con lo dispuesto en la ley registral, lo saneará, siempre y cuando cumpla los requisitos previstos en esta ley [Art. 2° L. 1561/12].

Otro caso de saneamiento de la titulación se encuentra en la ley de infraestructura de transportes, que prevé un saneamiento automático de la titulación para aquellos predios que se utilizarán en obras requeridas en dicha actividad.

Saneamientos por motivos de utilidad pública. La adquisición de inmuebles por los motivos de utilidad pública e interés social consagrados en las leyes gozará en favor de la entidad pública del saneamiento automático de cualquier vicio relativo a su titulación y tradición, incluso los que surjan con posterioridad al proceso de adquisición, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que por cualquier causa puedan dirigirse contra los titulares inscritos en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, diferentes a la entidad pública adquirente.

El saneamiento automático de que trata el presente artículo será aplicable a los inmuebles adquiridos para proyectos de infraestructura de transporte, incluso antes de la vigencia de la Ley 9a de 1989, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario [Incs. 1° y 2°, Art. 21 L. 1682/13].

Cancelaciones. Como muchos gravámenes están destinados a proteger intereses de terceros (acreedores, miembros de las familias, sujetos en litigio, etc.), las personas beneficiarias pueden cancelar los gravámenes (pago del crédito hipotecario [Art. 2457 C. C.], terminación de la destinación de inmuebles a vivienda familiar [Art. 23 L. 70/31; Art. 85 Dec. 019/12; Art. 4° L. 258/96; Art. 5 L. 861/03], terminación de los procesos contenciosos inscritos). En cada caso deben cumplirse los requisitos formales para tales cancelaciones.

Prueba de la ocurrencia de actos. En otros casos, todo lo que falta es la prueba de que un determinado hecho ha ocurrido, como el cumplimiento de obligaciones, con lo que se extinguen las condiciones resolutorias o los pactos comisorios, la extinción de los derechos condicionales, renunciaciones a beneficios de retroventa o de preferencia y otros similares. Basta en estos casos que el sujeto beneficiario exprese que tales hechos ya sucedieron (o se dieron las circunstancias que evitan que llegue a ocurrir), eliminando así la incertidumbre. De no hacerse, será necesario adelantar el respectivo proceso para obtener la prueba o esperar a la prescripción o caducidad de la acción.

Determinación de los bienes. Cuando los problemas que presenta el inmueble se deben a falta de determinación del bien, o identidad o identificación, será necesario subsanar estas fallas, recurriendo a las acciones de deslinde y amojonamiento [Art. 900 C. C.], aclaraciones catastrales o de nomenclatura, asignación de matrículas inmobiliarias nuevas por englobamiento o segregación de inmuebles [Art. 51 L. 1579/12], ante las respectivas autoridades.



LA INTELIGENCIA FINANCIERA EN LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Por La Unidad de Información y Análisis Financiero

1.1. MARCO CONCEPTUAL E INTERNACIONAL DE LA INTELIGENCIA FINANCIERA Y DE LAS UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA

Ante el incremento desmesurado en los procesos de reciclaje de los réditos ilícitos del crimen organizado que inundan los circuitos legales (lavado de activos) y, más recientemente, de la sofisticación y efectividad en los métodos y canales para apoyar y sostener a las organizaciones terroristas (financiación del terrorismo), distintas acciones internacionales se han emprendido en las dos últimas décadas para contrarrestar estos fenómenos transnacionales. Estas medidas se han articulado en torno a tres ejes fundamentales: la reducción y control de zonas opacas o grises de la economía, proclives a estos delitos, la coordinación y cooperación interdisciplinar en las investigaciones y la aplicación de métodos avanzados de inteligencia financiera por parte de organismos especializados para rastrear el origen y/o destino de estos fondos ilegales.

La complejidad alcanzada por la dimensión financiera del delito ha llevado a que desde hace más de una década los Estados requieran, para la toma de sus decisiones, de información sobre los fenómenos criminales, económicos y sociales que ocurren dentro de sus fronteras y de los riesgos internos y externos que amenazan con desestabilizar su soberanía.

Para cumplir estos cometidos, se requiere contar con servicios o cuerpos de inteligencia que tengan la capacidad de diseñar escenarios futuros y proponer posibles alternativas para la toma de decisiones por parte del gobierno¹⁶⁷. Estos cuerpos de inteligencia, entre otras funciones específicas, deben tener la capacidad operativa, tecnológica y humana para identificar y prevenir las amenazas de carácter delictual que estén en capacidad de afectar negativamente la seguridad pública y/o el orden económico y social de la Nación, como es el caso de la financiación del terrorismo y del lavado de activos.

Los servicios de inteligencia cumplen un papel relevante en la protección de los Estados y sus poblaciones contra las amenazas a la seguridad nacional, la cual en todo caso debe hacerse compatible con el respeto de las libertades ciudadanas, puesto que no puede servir de pretexto para desconocer el Estado constitucional de derecho como fundamento de toda democracia¹⁶⁸. La jurisprudencia colombiana, a través de su Corte Constitucional, ha hecho, respecto de las labores de inteligencia en el sentido lato del vocablo, algunas precisiones conceptuales que sintetizamos así:

¹⁶⁷El artículo 2º de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 define la función de inteligencia y contrainteligencia así: “La función de inteligencia y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta Ley”.

¹⁶⁸La información que se recopila a continuación se extrae del texto “Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional”, de Carlos Ruiz Miguel. Tecnos. 2002. Páginas 19 a 34.

“La labor de inteligencia tiene como finalidad detectar y realizar el seguimiento de conductas determinadas en la ley como punibles y prestar apoyo en la labor de investigación a la Rama Judicial del poder público” (Sentencia T-444 de 1992).

En la Sentencia **T-708 de 2008**, la Corte definió la inteligencia como “la recopilación y análisis de información relativa al sostenimiento de la seguridad general que, en todo caso, debe estar circunscrita al respeto de los derechos fundamentales y, por supuesto, al sistema de control de poderes establecido en la Carta Política. Además, resaltó la naturaleza reservada y orientada a la seguridad nacional y la convivencia ciudadana. Anotó que para garantizar la vigencia del orden constitucional, los organismos de seguridad están autorizados para recopilar datos sobre las personas, a condición de que tales procedimientos: i) respeten los derechos fundamentales, ii) garanticen la reserva de la información, iii) permitan la intervención de los jueces y iv) se efectúen razonablemente, recopilando la información que sea estrictamente necesaria, por un tiempo limitado y siempre que existan indicios o manifestaciones de la existencia o preparación de un ilícito”.

Posteriormente, en la **Sentencia C-913 de 2010**, después de analizar algunas acepciones del término “inteligencia” y algunas definiciones provistas por el derecho comparado, llega a la conclusión que el concepto de inteligencia, integra, entre otros, los siguientes elementos comunes:

- a. “Se trata de actividades de acopio, recopilación, clasificación y circulación de información relevante para el logro de objetivos relacionados con la seguridad del Estado y de sus ciudadanos;
- b. El propósito de esas actividades y el de la información a que se ha hecho referencia es prevenir, controlar y neutralizar situaciones que pongan en peligro tales intereses legítimos, así como hacer posible la toma de decisiones estratégicas que permitan la defensa y/o avance de los mismos;
- c. Es inherente a estas actividades el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos;
- d. Dado que se trata de detectar y prevenir posibles hechos ilícitos y/o actuaciones criminales, la información de inteligencia y contrainteligencia es normalmente recaudada y circulada sin el conocimiento, ni menos aún el consentimiento de las personas concernidas”.

Finalmente, en la sentencia de control de constitucionalidad a la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, la Corte Constitucional (C-540 de 2012) determinó respecto de la inteligencia lo siguiente:

«Los servicios de inteligencia cumplen un papel relevante en la protección de los Estados y sus poblaciones contra las amenazas a la seguridad nacional, la cual en todo caso debe hacerse compatible con el respeto de las libertades ciudadanas, puesto que no puede servir de pretexto para desconocer el Estado constitucional de derecho como fundamento de toda democracia.

La doctrina expone que los servicios de inteligencia resultan hoy más decisivos que los propios ejércitos. Etimológicamente los términos “espía” o “espionaje” provienen de la

raíz indoeuropea *spek* que significa “observar”, de la cual se derivan el latino *species* (vista, apariencia), el griego *skópos* (que vigila: expresiones *calidoscopio* y *telescopio*) y el germánico *spehon* (espiar). El vocablo “inteligencia” tiene su origen en el étimo indoeuropeo *leg* que expresa “recoger, coleccionar”, del cual provienen palabras como el latino *lego* (recoger, escoger, leer). La locución “secreto” se origina en el indoeuropeo *skribh* que significa “cortar, separar, distinguir”, donde se enlazan formas como las latinas *crimen* (separación de la sociedad) o *cerno* (cribar, separar). Vocablos que guardan una conexión toda vez que el espionaje como actividad de observación e información proporciona un material en cierta manera amorfo, mientras que la inteligencia escoge datos relevantes que finalmente vienen a ser separados de todos los demás bajo el tratamiento de secreto».

Ahora bien, el concepto genérico de “inteligencia” engloba varias subespecies¹⁶⁹, dentro de las cuales se destacan: la inteligencia política (interna y externa), la inteligencia psicosocial, la inteligencia militar (operativa y táctica), la inteligencia de combate, la inteligencia estratégica (geográfica, sociológica, económica y científica), la contrainteligencia y la inteligencia financiera. Respecto de esta última, que es la que aquí nos convoca y merece nuestra atención, tenemos que Isaac Martín Barbero acota que:

“La convicción del valor de la información financiera como elemento de «inteligencia» es relativamente nueva y ha alterado los aspectos financieros de las investigaciones. Se ha abandonado la consideración de las finanzas como un coto ajeno a los investigadores criminales, y la visión de que «inteligencia» es sólo la información adquirida clandestinamente o de fuentes confidenciales. Hoy, la inteligencia financiera es el conocimiento derivado del análisis de los datos financieros que ofrece pistas a la investigación y que apoya la puesta en práctica de las recomendaciones u ofrece indicadores que contribuyen a la detección y la prevención del delito. Consecuencialmente, los países que más se han comprometido en la persecución de los productos financieros del crimen han desarrollado la creación de unidades de inteligencia financiera.

Estas son agencias centralizadas con competencia para analizar y comunicar a las autoridades competentes informaciones financieras que reflejen actividades, en las que se aprecien indicios de criminalidad o cuya función sea necesario seguir, a fin de dificultar las actividades de blanqueo de capitales”.

1.2. LA INTELIGENCIA FINANCIERA

El valor adquirido en los últimos años de la información financiera como elemento de valor en el proceso de inteligencia ha mejorado la efectividad en las investigaciones relacionadas con lavado de activos y financiación del terrorismo, ya que permiten al investigador poder obtener elementos que determinen irregularidades en una operación de manera más rápida y acertada.

¹⁶⁹Calderón Hurtado, Álvaro Antonio. “Conceptos Genéricos de Inteligencia”, en: http://meltingpot.fortunecity.com/alberni/698/revista_docente/iiiv/c2.html, consultada el 8 de marzo de 2011.

¹⁷⁰Martín Barbero, Isaac. “Delincuencia Económica, Blanqueo de Capitales e Inteligencia Financiera”. *Boletín Económico de ICE*, No. 2808 de 2004, en: <http://biblioteca.hegoa.ehu.es/registros/show/14124>

Esto se debe a que en la inteligencia financiera se examinan un gran volumen de datos, proporcionados por ciudadanos y entidades públicas o privadas, ya sea a través de actos administrativos, convenios o requerimientos de información¹⁷¹, que permiten aumentar la posibilidad o desestimar una operación de lavado de activos y/o financiación del terrorismo, sin determinar responsabilidades. Con dicha información y bajo unos parámetros establecidos mediante estudios previos y/o minería de datos se identifican personas naturales o jurídicas y/o actividades económicas potencialmente dedicadas a una actividad irregular.

El análisis de inteligencia financiera se inicia con la identificación del problema y la información necesaria para resolverlo¹⁷². El problema central que se debe resolver es si existe o no una explicación razonable a la operación reportada como sospechosa o si los diversos análisis efectuados a través de las diferentes herramientas que se poseen permiten establecer que una operación se encuentra fuera de los parámetros de normalidad y/o existe la posibilidad de que se encuentre dentro de las señales de alerta y/o tipologías que han sido determinados a través de los diferentes modelos aplicados.

El citado Martín Barbero define la **INTELIGENCIA FINANCIERA** de la siguiente manera:

“La inteligencia financiera es el conocimiento derivado del análisis de los datos financieros que ofrecen pistas a la investigación y que apoya la puesta en práctica de las recomendaciones u ofrece indicadores que contribuyen a la detección y prevención del delito”.

Este mismo autor destaca dentro de los instrumentos internacionales más eficaces contra el lavado de activos que involucran a la inteligencia financiera, los siguientes:

- (1) La creciente utilización de informes de actividades financieras para identificar y prevenir actividades de blanqueo;
- (2) La revisión de casos u operaciones especialmente significativos;
- (3) La creación de equipos específicos para investigar y perseguir los dineros o bienes que se pretende lavar;
- (4) El empleo de técnicas de ingeniería inversa, a fin de detectar el origen de cantidades importantes que se ven transitar por centros financieros off shore, servicios de transporte de fondos e instituciones financieras.

En otras palabras, al referirse a inteligencia financiera se habla del conocimiento derivado del análisis de los datos obtenidos por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) para determinar “quién está haciendo qué y con quién, a través de la búsqueda de posibles relaciones entre personas y/o organizaciones”¹⁷³, para así dar recomendaciones o indicaciones a los investigadores, que contribuyan a la detección y la prevención del delito.

¹⁷¹Los cuales se encuentran contemplados en la Ley 526 de 1999 y ratificados por la Ley 1121 de 2006 y 1621 de 2013.

¹⁷²Ver PETERSON, Marilyn B., MOREHOUSE, Bob y WRIGHT, Richard (eds.). *Intelligence 2000: Revising the basic elements law enforcement: Intelligence Unit*, s. l. 2000.

¹⁷³GOTTLIEB Steven, et al. *Crime Analysis*. 1ª ed. Montclair, California: Editorial Alpha Publishing CA. 1994. Capítulo 2 (traducción libre hecha por la Secretaría Técnica del CCICLA).

1.3. LAS UIF COMO ÓRGANOS IDÓNEOS, ESPECIALES Y CUALIFICADOS PARA EL DESARROLLO DE INTELIGENCIA FINANCIERA EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD GLOBAL Y DE LA DETECCIÓN, PREVENCIÓN Y REPRESIÓN GLOBAL DEL DELITO.

En ese escenario y en cumplimiento de distintos instrumentos jurídicos internacionales incorporados por Colombia a su legislación, entre los que vale la pena destacar la Convención Interamericana de la OEA Contra el Terrorismo de 1996 y la Convención de Palermo de 2000 de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificados por Colombia, se crea mediante la Ley 526 de 1999 un organismo especializado en el desarrollo de actividades de inteligencia financiera, hoy Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero - UIAF.

Es de destacar finalmente que la UIAF pertenece al Grupo Egmont, que reúne las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) a nivel mundial y está a la vanguardia del cumplimiento oportuno de las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI, además de pertenecer a Gafisud, grupo regional que agrupa a las UIF, como se explica en otro acápite.

Importa señalar, igualmente, que la razón de ser, la naturaleza y el objeto de las Unidades de Análisis Financiero, desde sus orígenes, están indisolublemente ligados a las actividades de inteligencia para prevención y represión del delito de lavado de activos, pues fueron concebidas y desarrolladas en función de la prevención de ese delito, denominado en otros países blanqueo de capitales, y en nuestro país, lavado de activos. Posteriormente se les entregó, también en el marco de tratados internacionales, la misión de inteligencia para prevenir y reprimir la financiación del terrorismo.

1.4. LAS UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA (UIF) EN EL ESPECTRO INTERNACIONAL

Es una realidad que en todo tiempo se ha dado criminalidad en la economía y contra la economía. Que ante el incremento desmesurado en los procesos de reciclaje de los réditos ilícitos del crimen organizado que inundan los circuitos legales (lavado de activos) y, más recientemente, de la sofisticación y efectividad en los métodos y canales para apoyar y sostener a las organizaciones terroristas (financiación del terrorismo), distintas acciones internacionales se han emprendido en las dos últimas décadas para contrarrestar estos fenómenos transnacionales. Estas medidas se han articulado en torno a 3 ejes fundamentales: la reducción y control de zonas opacas o grises de la economía proclives a estos delitos, la coordinación y cooperación interdisciplinar en las investigaciones y la aplicación de métodos avanzados de inteligencia financiera por parte de organismos especializados para rastrear el origen y/o destino de estos fondos ilegales.

La necesidad de disponer de organizaciones eminentemente técnicas y especializadas en el análisis de información financiera radica en la complejidad, versatilidad y sofisticación que han alcanzado las relaciones comerciales, la tecnología y los productos financieros en los últimos años, lo cual hace que los métodos tradicionales utilizados para investigar o rastrear las fuentes económicas de la criminalidad resulten insuficientes.

Desde esa perspectiva, las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) son producto importante de los estándares internacionales en el marco de la lucha contra el lavado de activos, específicamente las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁷⁴, el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana Contra el Abuso de las Drogas de la OEA (OEA - CICAD)¹⁷⁵ y las recomendaciones del Grupo Egmont.

Pero también de instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes para Colombia, como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003, declarada exequible por la Corte Constitucional a través de Sentencia C-962 de 2003 y la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción del año 2003¹⁷⁶, aprobada mediante Ley 970 de 2005, declarada exequible por la Corte Constitucional a través de Sentencia C-172 de 2006, cuyos artículos 7 literal b y 14 literal b, respectivamente, invitan a los diferentes Estados a la creación de una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de acopio, análisis y difusión de información sobre posibles actividades relacionadas con lavado de activos.

Las funciones de la UIAF también responden a los compromisos del Estado colombiano frente a la prevención y detección de actividades orientadas a la financiación de actividades o grupos terroristas, factor determinante del discurso político internacional contemporáneo, inserto en la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, suscrita en la ciudad de Bridgetown, Barbados, el tres (3) de junio de dos mil dos (2002) y aprobada en Colombia mediante la Ley 1108 de 2006, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-537 de 2008.

Así, esta ley determina, en su **literal c) del artículo 4º** “MEDIDAS PARA PREVENIR, COMBATIR Y ERRADICAR LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO”, lo siguiente:

“c) Medidas que aseguren que las autoridades competentes dedicadas a combatir los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el

¹⁷⁴En ese sentido, la Recomendación 29 del GAFI determina que: “Los países deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para el recibo y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas, y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis. La UIF debe ser capaz de obtener información adicional de las entidades informantes, y debe tener acceso, a tiempo, a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente”.

¹⁷⁵“Conforme a derecho, cada Estado miembro creará o designará un organismo central, cuyo cometido será recibir, solicitar, analizar y elevar a las autoridades competentes los informes referidos a las transacciones financieras a que refiere este Reglamento, cuando las mismas involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud”.

¹⁷⁶“Artículo 58. Dependencia de inteligencia financiera: Los Estados Parte cooperarán entre sí a fin de impedir y combatir la transferencia del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y de promover medios y arbitrios para recuperar dicho producto y, a tal fin, considerarán la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas”.

artículo 2 tengan la capacidad de cooperar e intercambiar información en los niveles nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno. Con ese fin, **cada Estado Parte deberá establecer y mantener una unidad de inteligencia financiera que sirva como centro nacional para la recopilación, el análisis y la difusión de información relevante sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo.** Cada Estado Parte deberá informar al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos sobre la autoridad designada como su unidad de inteligencia financiera” (subrayado y énfasis propios).

Existen diferentes denominaciones para estas Unidades de Inteligencia Financiera: FINCEN en los Estados Unidos (Financial Crime Enforcement Network); Seriou Organised Crime Agency en el Reino Unido (SOCA); Celule de Traitment des Information Financières en Bélgica (CTIF); Financial Transactions and Reports Analysis Centre de Canadá (FINTRAC); Traitement du Renseignement et Action Contre les Circuits Financiers Clandestins de Francia (TRACFIN); el Servicio Ejecutivo de Blanqueo de Capitales en España (SEPBLAC) o la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) de Colombia. Estas instituciones especializadas en inteligencia financiera, son el resultado concertado de múltiples esfuerzos internacionales contra el lavado de activos, entendiendo a este como temática multidisciplinaria que demanda la presencia simultánea de personal competente en los terrenos financieros, contables, jurídicos y operativos.

En palabras de Lamas Puccio¹⁷⁷, se trata de unidades eminentemente administrativo-financieras, cuyo objetivo es la prevención del lavado de activos de origen delictivo, mediante la entrega de información previamente elaborada a los órganos encargados de la lucha contra el blanqueo, ya sean policiales o judiciales. Es decir, una unidad de inteligencia financiera tiene entre sus funciones más importantes la de analizar esta información para enriquecerla y mezclarla con otras fuentes de información, de tal forma que una mera sospecha puede convertirse en presunciones genuinas que posibilitan que dichos resultados puedan ser enviados a las autoridades competentes. Finalmente, recurrimos nuevamente a Martín Barbero, quien recoge todos los conceptos aquí analizados mediante la siguiente premisa:

“En resumen, las unidades de inteligencia financiera, constituyen la vanguardia de un nuevo concepto de seguridad que pone cada vez mayor acento en los aspectos financieros de las investigaciones criminales y que reconoce como esencial en la formulación de los objetivos tácticos y estratégicos la toma en consideración de la opinión de expertos acerca de los destinos probables del producto de la actividad criminal”.

La insuficiencia de las medidas adoptadas ante el desbordante fenómeno delictivo del blanqueo de capitales, llevó a la creación de un organismo técnico especializado que tuviera la capacidad de articular toda la información existente y recabar aquella oculta o encriptada, interpretarla y analizarla, por intermedio de un equipo con experticia en la materia, para posteriormente divulgar los resultados pertinentes a las demás

¹⁷⁷Lamas Puccio, Luis. “Inteligencia Financiera y Operaciones Sospechosas”. *Gaceta Jurídica*, 2008.

autoridades competentes. Organismo capaz de estudiar adicionalmente los sectores de influencia de la delincuencia organizada para el lavado de activos y adoptar medidas suficientes y necesarias para su detección y prevención. Debe tenerse en cuenta que, dado el carácter subrepticio, sofisticado y especializado sobre el que opera esta conducta criminal, se hizo absolutamente imprescindible el desarrollo de actividades de inteligencia que pudieran contrarrestar con mayor eficiencia las operaciones delictivas orientadas a legalizar activos provenientes de actividades ilícitas. Como ha señalado la doctrina de inteligencia:

“Lo que es patrimonio de los servicios de inteligencia es obtener información no alcanzable por otros organismos y difundir inteligencia sobre riesgos, amenazas y agresiones en el ámbito de la seguridad en un sentido amplio y contra los intereses nacionales y la estabilidad de las instituciones del Estado, a fin de hacer posible su prevención y facilitar la toma de decisiones por parte del Gobierno. La diferencia sustancial estriba en que los servicios de inteligencia cuentan, además de con los recursos de la información públicos de acceso libre o restringido, con datos e información confidenciales o secretos que pueden obtener de modo legal por diversos procedimientos específicos reservados para ellos y cuyas fuentes preservan con gran celo...”¹⁷⁸.

En efecto, la imperativa necesidad de la creación de un verdadero organismo de inteligencia para enfrentar el creciente fenómeno delictivo del lavado de activos, está justificada en la necesidad de proteger los intereses colectivos de la ciudadanía, salvaguardar sus libertades y garantías constitucionales y propender por la seguridad nacional, con el fin de garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Debe destacarse que dicha práctica ilegal genera un impacto dentro de las finanzas de la Nación y del Estado, consistente en la distorsión de la realidad económica, y, por supuesto, se constituye en un mecanismo de desestabilización de cualquier país, que pone en riesgo su estabilidad social y económica.

1.5. MARCO LEGAL DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO - UIAF

¿QUÉ ES LA UIAF?

La Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero (UIAF) es la unidad de inteligencia financiera del Estado colombiano, creada por la Ley 526 de 1999¹⁷⁹ (modificada por Ley 1121 de 2006), reglamentada por el Decreto 1497 de 2002 y perteneciente a la comunidad de inteligencia y contrainteligencia en virtud de la Ley 1621 de 2013, la cual tiene como finalidad prevenir, detectar y luchar contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Como tal, la unidad hace parte del sistema integral que combate estos delitos y es el órgano encargado de la inteligencia financiera

¹⁷⁸Miguel A. Esteban Navarro y Andrea V. Carvalho. *Inteligencia: Concepto y Práctica*. En: *Inteligencia*. Tirant lo Blanch. Páginas 42 y 43.

¹⁷⁹Esta ley fue modificada en algunos de sus apartes por la Ley 1121 de 2006: “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.

del país para la detección y prevención de aquellos. Así mismo, ejerce la Secretaría Técnica de la Comisión de Coordinación Interinstitucional contra el Lavado de Activos (CCICLA) (Decreto 3420 de 2004), y desde el año 2000 pertenece al Grupo Egmont (como la UIF de Colombia), que agrupa a nivel mundial a las unidades de inteligencia financiera, y funge como coordinador nacional ante el Gafisud.

Jurídicamente es una unidad administrativa especial, con personería jurídica propia, autónoma administrativa y financiera, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyas funciones son de intervención del Estado en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo.

¿QUÉ HACE LA UIAF?

De conformidad con el artículo 3º de la Ley 526 de 1999 y en armonía con la Ley 1121 de 2006, tiene como objetivo la detección, prevención y en general la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo en todas las actividades económicas, para lo cual centraliza, sistematiza y analiza la información recaudada en desarrollo de lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas remisorias, las normas tributarias, aduaneras y demás información que conozcan las entidades del Estado o privadas que puedan resultar vinculadas con operaciones de lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT).

Esta unidad centraliza, sistematiza y analiza información de operaciones sospechosas, transacciones en efectivo y transacciones cambiarias, entre otras, de los sujetos obligados a reportarle, de conformidad con los artículos 102 y 104 del Decreto 663 de 1993; información de bases de datos de entidades públicas y privadas, obtenida por convenio; información que le remiten unidades de inteligencia financiera de otros países; información que obtiene por requerimiento o por un acto administrativo de diferentes sectores de la economía nacional, que considere necesaria para el cumplimiento de sus fines misionales, y reportes de operaciones sospechosas de personas naturales no obligadas a reportar. Con esta información, la UIAF produce informes sobre posibles casos de gran impacto en la lucha contra el LA/FT, los cuales, de conformidad con el citado precepto legal, se remiten a las autoridades competentes.

Para el desarrollo del presupuesto teleológico de la UIAF, la leyes 526 de 1999 y 1121 de 2006 le otorgaron la capacidad para el desarrollo de actividades de inteligencia financiera, a través de las cuales accede a la información relevante, la centraliza, realiza el análisis pertinente de la misma y obtiene resultados determinantes para detectar posibles operaciones sobre lavado de activos y financiación del terrorismo. Información en todo caso sujeta a reserva legal, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1121 de 2006.

En desarrollo de su objetivo misional, la UIAF realiza las siguientes actividades:

- Atiende requerimientos de autoridades nacionales y de unidades de inteligencia financiera de otros países.
- Realiza informes de inteligencia financiera con destino a la Fiscalía General de la Nación.

- Trabaja coordinadamente con las autoridades nacionales y extranjeras para fortalecer el sistema de prevención y detección de estos ilícitos.
- Puede entregar información de inteligencia financiera útil a los procesos de extinción de dominio.
- Realiza estudios de tipologías y de nuevos sectores afectados o susceptibles de ser utilizados para el LA/FT.
- Contribuye mediante iniciativas legislativas a un efectivo control del LA/FT en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Participa en la formulación de políticas para la prevención y detección y, en general, la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo en todas sus manifestaciones.
- Rinde los informes que le soliciten los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y Justicia, en relación con el control al lavado de activos y la financiación del terrorismo.

GESTIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE LA UIAF

La base de la política internacional de la UIAF está enfocada en fortalecerse y contribuir a la lucha contra los delitos transnacionales del lavado de activos, sus delitos fuente y la financiación del terrorismo. La UIAF participa activamente en escenarios internacionales, como:

a) Grupo Egmont: en el cual realiza intercambio de información con las entidades homólogas miembros de ese grupo, con base en los principios de intercambio de información establecidos entre los miembros y/o los memorandos de entendimiento acordados; con otras Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) que no son miembros de ese grupo, la UIAF debe suscribir memorandos de entendimiento para el intercambio de información de inteligencia financiera.

b) Asistencia técnica a otras UIF

c) Gafisud: donde participa como Representante y Coordinador Nacional de Colombia, en la evaluación y mejora del Sistema Antilavado de Activos y Contra la Financiación del Terrorismo (ALA/CFT) del país, mediante el intercambio de experiencias y estrategias adoptadas por los diferentes países de la región. Esta participación está enfocada a contribuir en la lucha contra los delitos transnacionales del lavado de activos, sus delitos fuente y la financiación del terrorismo, mediante una contribución activa y participación constructiva.

d) OEA/UNODC: comparte experiencias y conocimiento sobre procesos, procedimientos, instrumentos y mecanismos para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

e) Cooperación internacional

Grupo Egmont

Una primera parte de la política internacional de la UIAF se desarrolla mediante el intercambio de información de inteligencia financiera con las unidades homólogas a nivel mundial, con las que ha suscrito memorandos de entendimiento y con aquellas que son miembros del Grupo Egmont.

El Grupo Egmont es la instancia que reúne a las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) del mundo. El 9 de junio de 1995, representantes de 24 países y 8 organizaciones internacionales se reunieron en el Palacio de Egmont, en Bélgica, para discutir sobre las organizaciones especializadas en la lucha contra el lavado de dinero, y fue en ese espacio donde se decidió la creación del grupo, con el objetivo de fomentar y facilitar la cooperación internacional, particularmente en el intercambio de información y conocimiento de inteligencia financiera. A 2013, el grupo cuenta con la membresía de 131 UIF con las que coopera la UIAF.

La UIAF es miembro desde el año 2000 y cumple con todos los requisitos. Este grupo le permite a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) intercambiar información con las demás UIF del mundo, lo que le facilita luchar contra los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Una parte de la estrategia de fortalecimiento de acciones tomadas de manera conjunta con las unidades homólogas para prevenir y detectar operaciones relacionadas con el lavado de activos, sus delitos fuente y la financiación del terrorismo, es el intercambio de información de inteligencia financiera, con el propósito de contar con información que nos permita adelantar el análisis de carácter transnacional. Esta información intercambiada está relacionada con posibles operaciones de lavado de activos, sus delitos fuente y financiación del terrorismo, realizadas por ciudadanos y/o empresas tanto colombianas como extranjeras, o por ciudadanos y/o empresas extranjeras en el país.

Memorandos de entendimiento

Adicionalmente, se busca compartir experiencias y conocimiento sobre procesos, procedimientos, instrumentos y mecanismos para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Por esta razón, la unidad ha suscrito múltiples Memorandos de Entendimiento (MOU) con unidades homólogas, tales como: Antillas Holandesas, Argentina, Aruba, Australia, Barbados, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Corea, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Guatemala, Guernsey, Holanda - Países Bajos, Honduras, Japón, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, Serbia, Sudáfrica, Suecia, Ucrania y Venezuela.

Grupo de Acción Financiera para Sudamérica - Gafisud

El Gafisud es una organización intergubernamental de base regional, que agrupa a los países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Colombia actualmente es miembro del Grupo de Acción Financiera para Sudamérica - Gafisud, frente al cual la UIAF es el Coordinador Nacional. Actualmente participan

Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay. Este organismo elabora el proceso de evaluaciones mutuas al cumplimiento de los estándares y recomendaciones internacionales establecidos en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

El Gafisud fue creado, a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), adhiriéndose a las 40 recomendaciones del GAFI como estándar internacional contra el lavado de dinero y a las recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo más reconocido y prevenido el desarrollo de recomendaciones propias de mejora de las políticas nacionales para luchar contra estos delitos.

Colombia actualmente es miembro del Grupo de Acción Financiera para Sudamérica - Gafisud, frente al cual la UIAF es el Coordinador Nacional.

Cooperación internacional

Teniendo en cuenta los mecanismos de cooperación establecidos mediante programas multilaterales y bilaterales liderados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, la UIAF participa dentro de la Organización de Estados Americanos en la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Droga y en el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE).

Por otra parte, conscientes de que los delitos LA/FT son reconocidos por la comunidad internacional como uno de los mayores problemas que afectan a la economía y permean distintos sectores, es fundamental la cooperación internacional con organismos como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

¿Qué se obtiene con todo esto? Valiosa información que le permita al país detectar a nivel internacional el paradero de bienes, dineros, productos financieros, inversiones, participaciones societarias, títulos valores y cualquier otro activo adquirido u ocultado en jurisdicciones extranjeras por parte de funcionarios públicos o particulares que hayan realizado actos de corrupción respecto del erario público y pretendan darles apariencia de legalidad o blanquearlos. Esto, a su vez, facilitará ostensiblemente la labor de la Fiscalía General de la Nación en el proceso de recuperación de productos derivados de actos corruptos, en la medida que sabrá en dónde y qué buscar.

Ahora bien, en el ámbito nacional, las bases de datos propias de la UIAF y toda la información de entidades públicas o privadas a la cual accede, y las actividades de inteligencia financiera que desarrolla autónomamente o coordinadamente con otros organismos de inteligencia, constituyen un valioso instrumento de inteligencia financiera en la lucha contra el crimen organizado, para orientar e instruir a las autoridades competentes para iniciar o apoyar los procesos de **extinción de dominio**.

1.6. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN A LA UIAF, EN EL MARCO DE UN PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

De conformidad con el último inciso del artículo 9° de la Ley 526 de 1999 (modificado por el parágrafo del artículo 34 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013): “La información que recaude la UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis estará sujeta a reserva, salvo que medie solicitud de las fiscalías con expresas funciones legales para investigar lavado de activos o sus delitos fuente, financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista”.

Este precepto lo que determina es que la UIAF, ante un requerimiento de un fiscal de extinción de dominio, es competente para entregar información de inteligencia financiera que sea pertinente en los procesos de extinción de dominio.

Ahora bien, es importante tener en cuenta, para poder cumplir adecuadamente con este cometido y garantizar la reserva legal y el adecuado respeto de los derechos fundamentales que, desde la creación de la unidad, la Ley 526 de 1999 dotó a la Dirección General de la UIAF de la facultad para decidir la pertinencia de entregar a la Fiscalía General de la Nación y a las autoridades competentes su información sometida a reserva; así, el numeral 9° del artículo 4° de la Ley 526 de 1999 (modificado por el artículo 5° de la Ley 1121 de 2006) estableció:

“Evaluar y decidir sobre la pertinencia de enviar a la Fiscalía General de la Nación y a las demás autoridades competentes, para su verificación, la información que conozca en desarrollo de su objeto”.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 14 de diciembre de 2002, manifestó lo siguiente:

“Así mismo, corresponde a los funcionarios de la mencionada Unidad establecer frente a cada solicitud si existe fundamento jurídico para acceder a ella o, en caso contrario, mantener la reserva que la misma norma atrás citada impone”.

Ahora bien, es requisito ineludible, establecido por el artículo 6° del Decreto 1497 de 2002, que para poder acceder a la información reservada de la UIAF, la entidad solicitante acredite y demuestre, de manera expresa, la correspondiente disposición de rango constitucional o legal mediante la cual le fueron asignadas funciones con relación a estos delitos, explicando además el motivo para el cual la necesita, para que así la unidad decida la pertinencia de la entrega.

(...) Por lo anterior, las autoridades que soliciten información a la Unidad de Información y Análisis Financiero, deberán indicar claramente la función para cuyo ejercicio requieren de la misma y la norma legal que se las atribuye, con el fin de que la Unidad de Información y Análisis Financiero establezca su pertinencia”.

Así, es obligación de la UIAF, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 1497, frente a cada solicitud de información, analizar los documentos anexados y realizar

el correspondiente estudio jurídico sobre la viabilidad y pertinencia de acceder o no al requerimiento. Es de resaltar la facultad con que está investida la UIAF, para abstenerse de entregar información a autoridades, así cuenten con funciones relacionadas con el lavado de activos y/o financiación del terrorismo o legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio cuando de la evaluación efectuada por la unidad, se concluya que no existe fundamento jurídico para acceder a la solicitud.

¿Qué información debería solicitarse a la UIAF y cómo solicitarla?

- Reportes de transacciones en efectivo.
- Reportes de transacciones cambiarias.

Es importante destacar que en la medida que al proceso de extinción de dominio no se le hace extensivo el artículo 244 de la Ley 906 de 2004 (búsqueda selectiva en bases de datos), y que no requiere acudir al juez de control de garantías, estos son los requisitos para solicitar información a la UIAF:

1. Comunicación escrita dirigida al Subdirector de Análisis de Operaciones de la UIAF, con los respectivos logos y en la papelería de la entidad solicitante, en la que se indique la dirección y teléfonos de la entidad, bien sea la policía judicial comisionada o la fiscalía especializada que realiza el requerimiento.
2. Nombre, apellido, cargo y firma del funcionario que radica el requerimiento en la UIAF.
3. Número de radicado del proceso de extinción de dominio que ampara el requerimiento a la UIAF.
4. Copia de la misión u orden de trabajo impartida a la policía judicial que motiva la solicitud.
5. Copia de la resolución o decisión judicial debidamente firmada por el fiscal que instruye el proceso de extinción de dominio, en la cual se ordene la búsqueda en las bases de datos de la UIAF de las personas que se relacionan en el requerimiento, las cuales deben estar debidamente identificadas con número de cédula de ciudadanía tratándose de personas naturales o NIT tratándose de personas jurídicas.
6. Las personas relacionadas en el requerimiento formulado por escrito a la UIAF deben estar plenamente individualizadas, con nombre y apellidos completos y cédula de ciudadanía, y deben corresponder plenamente a las relacionadas en la resolución o decisión judicial debidamente firmada por el fiscal, en la cual se ordene la búsqueda en las bases de datos de la UIAF.

¿Cómo se hace la entrega de información por parte de la UIAF?: Una vez que la UIAF realiza el estudio y viabilidad jurídica del requerimiento, se procede a realizar una búsqueda en las bases de datos de transacciones en efectivo (individuales y múltiples) y transacciones cambiarias (individuales y múltiples).

Posteriormente se envía un oficio por escrito dirigido al funcionario que firmó el requerimiento, en el cual, si el mismo es procedente, se indica la información que se encontró respecto de las personas relacionadas y la forma en que se va a entregar la información. Si, por el contrario, el requerimiento no reúne los requisitos legales anteriormente descritos, el oficio explica en detalle las razones por las que el mismo no se puede atender favorablemente.

1.7. DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA FINANCIERA A LA DIRECCIÓN NACIONAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

De acuerdo al procedimiento establecido en la UIAF, la difusión de información de inteligencia financiera para el tema de extinción de dominio se realizará exclusivamente al Director de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Extinción de Dominio, con el fin de establecer un único punto de contacto a nivel central para que se efectúe el reparto correspondiente, tanto a nivel de fiscalías nacionales como seccionales.

La información difundida por la UIAF al Director de la Unidad Nacional de Fiscalías en mención, será criterio orientador sobre hechos que puedan ser constitutivos de extinción de dominio, relacionando activos financieros, bienes muebles e inmuebles, y será información de inteligencia sujeta a reserva.

El fiscal asignado podrá solicitar retroalimentación de la UIAF sobre información difundida por esta o de radicados existentes en la fiscalía.

UTILIDAD DE LA INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA FINANCIERA ENTREGADA A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

- Las autoridades que cumplen funciones de investigación pueden tener información y datos de personas como eventos aislados y sin relación. La información de la UIAF les puede ayudar a encontrar esos vínculos y otros nuevos, ya que la información inicial se puede ir enriqueciendo a medida que la búsqueda va arrojando más información. Igualmente, la información suministrada permite depurar aquella que no sea relevante para la investigación, y establecer la importancia de la participación de las personas involucradas en las transacciones financieras y que tengan que ver con el caso en estudio.
- Puede ser útil para ampliar el espectro de búsqueda de personas y/o sociedades vinculadas a la acción de extinción de dominio.
- Permite conocer e identificar relaciones económicas entre las personas consultadas, lo cual facilita la labor posterior de la policía judicial que deba verificar y realizar los respectivos informes contables o financieros que serán objeto de controversia probatoria dentro del proceso.

RÉGIMEN LEGAL DE LOS REPORTES DE OPERACIÓN SOSPECHOSA (ROS)

El concepto de operación sospechosa fue definido por el legislador, en el literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Una operación sospechosa es aquella que por su cuantía o características no guarda relación con la actividad económica del cliente o que por su número, cantidades transadas o características particulares puede conducir razonablemente a sospechar que el cliente o el usuario están usando los servicios de la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiamiento.

La definición asumida por el legislador colombiano y el título de operación sospechosa, es coherente con los estándares internacionales en la materia, como lo son el Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas¹⁸⁰, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo¹⁸¹, las 40 recomendaciones¹⁸² del Grupo de Acción Financiera Internacional¹⁸³- GAFI¹⁸⁴ y las recomendaciones del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria¹⁸⁵, entre otros.

Características:

- El Reporte de Operaciones Sospechosas es una herramienta internacionalmente reconocida, para la detección de operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo.
- El reporte no emite un juicio de valor sobre las personas involucradas, sino que resalta la inusualidad de la operación frente al conocimiento que se tiene del cliente y del mercado y la ausencia de una explicación suficiente para esa “variación”.
- El ROS es información de inteligencia, destinada a servir de insumo a los análisis de inteligencia financiera que hace la UIAF.
- El análisis de inteligencia consiste en determinar “quién está haciendo qué, con quién, enfocándose en las relaciones entre personas y organizaciones”. Este

¹⁸⁰OEA. CICAD. *Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves*. Artículo 11. Consultado el 27 de febrero de 2005 en: http://www.google.com.co/search?q=cache:6A9Yq3PV_yUJ:www.uiaf.gov.co/htm/normas/reglamento%2520modelo.pdf+modelo+cicad&hl=es&ie=UTF-8.

¹⁸¹Schott, Paul Allan (2003). *Guía de Referencia para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo* (1a. edición). Washington, D.C.: Banco Mundial, capítulo III-4. Así mismo, ver: www.undoc.org.

¹⁸²Las 40 recomendaciones son reconocidas como estándares internacionales para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Ver: Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos (FATF - GAFI). *Las 40 recomendaciones* (2003). “Introducción”, nota de pie de página 2. Consultado en febrero 27 de 2005 en <http://www.gafisud.org/pdf/40reces.pdf>.

¹⁸³Este grupo se creó con la idea de prevenir el lavado de dinero, y buscar la creación de un sistema legal para mejorar la asistencia judicial multilateral. Actualmente está conformado por 29 países: Argentina; Australia; Austria; Bélgica; Brasil; Canadá; Dinamarca; Federación Rusa; Suráfrica; Finlandia; Francia; Alemania; Grecia; Hong Kong, China; Islandia; Irlanda; Italia; Japón; Luxemburgo; México; Holanda; Nueva Zelanda; Noruega; Portugal; Singapur; España; Suecia; Suiza; Turquía; Reino Unido, y los Estados Unidos. También son miembros del GAFI dos organizaciones internacionales: La Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo. Tomado de: de la Torre, Pablo (2004). *El Conocimiento del Cliente en el Lavado de Activos* (proyecto de tesis). Bogotá: No publicado.

¹⁸⁴A los estándares propuestos por el GAFI se adhirió el Gafisud, una organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Los países que lo conforman son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay (el resaltado es nuestro). Ver: <http://www.gafisud.org/home.htm>, consultado el 27 de febrero de 2005.

¹⁸⁵Ver: <http://www.bis.org/bcbs/index.htm>. El Comité de Basilea de Supervisión Bancaria fue establecido en 1974, con la participación de los directores de los bancos centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Reino Unido, Suecia, Suiza, así como por el director de la entidad encargada de la supervisión bancaria. El comité formula estándares de supervisión y guías y recomendaciones sobre mejores prácticas bancarias. Los documentos pertinentes se pueden encontrar también en: <http://www.gafisud.org/otrosdetalle.asp?IDSeccionNivel2=3>, consultado el 27 de febrero de 2005.

análisis incluye nueva información relevante, determinación de posibles vínculos, consolidación de diferentes bases de datos, comparación de fuentes de información y análisis e identificación de posibles señales de alerta.

- El análisis de inteligencia de la UIAF contribuye a incrementar el grado de sospecha frente a la operación o a desestimarla por encontrarla justificada; en ningún caso determina responsabilidades.
- La reserva del ROS protege el derecho al buen nombre, a la intimidad, a la honra, al debido proceso y a la presunción de inocencia de las personas involucradas con una operación reportada. Así mismo, protege el interés general que existe sobre el buen éxito en la prevención y represión del delito.
- La reserva del ROS y la necesidad de verificación de la información de inteligencia hacen que el reporte no tenga la potencialidad de generar un daño al reportado.
- No constituye antecedentes de ninguna clase y, por lo tanto, dicha información debe estar sometida a reserva total, tal y como lo consagra el artículo 11 de la Ley 526 de 1999. Este aspecto fue reconocido por la Corte Constitucional en Sentencia T-444 de 1992.
- Toda la información de inteligencia debe ser verificada en la fuente por la fiscalía, con el fin de garantizar el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de contradicción pleno del reportado.
- Por lo anterior, el ROS no constituye en sí mismo documento de prueba judicial.
- La reserva del ROS, así como del proceso de análisis de inteligencia, incluso frente a los sujetos involucrados en la operación calificada de sospechosa, se justifica en aras del interés general, pues facilita el análisis y la posterior investigación por las autoridades judiciales si fuere el caso, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-444 de 1992.
- La información es reservada frente al reportado, en tanto que una operación es un acto complejo, en el cual participan usualmente varias personas. Por lo tanto, si se le informara al “reportado” la existencia y contenido del reporte, sería necesario mencionar sus vínculos con otras personas, quienes verían afectados sus derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre etc. En este sentido, la reserva total es el mecanismo idóneo y proporcional para proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas en una operación reportada como sospechosa.
- La reserva de dicha información constituye un pilar fundamental para el funcionamiento del sistema de prevención y detección del lavado de activos en Colombia, pues las entidades reportantes encuentran en ella la forma de evitar exponer la integridad personal de sus funcionarios y la reputación institucional. No obstante, el ROS no es anónimo, pues es identificable plenamente la persona jurídica que hace el reporte, pero se protege la identidad del funcionario específico, la cual puede ser establecida por la autoridad competente, en caso de ser necesario.

POTESTAD DE LA UIAF PARA ENTREGAR O NEGAR INFORMACIÓN RESERVADA PREVIO ANÁLISIS JURÍDICO

Desde la creación de la unidad, la Ley 526 de 1999 dotó a la Dirección General de la UIAF de la facultad para decidir la pertinencia de entregar a la Fiscalía General de la Nación y a las autoridades competentes su información sometida a reserva; así, el numeral 9° del artículo 4° de la Ley 526 de 1999 (modificado por el artículo 5° de la Ley 1121 de 2006) estableció:

“Evaluar y decidir sobre la pertinencia de enviar a la Fiscalía General de la Nación y a las demás autoridades competentes, para su verificación, la información que conozca en desarrollo de su objeto”.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el citado concepto del 14 de diciembre de 2002, manifestó lo siguiente:

“Así mismo, corresponde a los funcionarios de la mencionada Unidad establecer frente a cada solicitud si existe fundamento jurídico para acceder a ella o, en caso contrario, mantener la reserva que la misma norma atrás citada impone”.

Ahora bien, es requisito ineludible, establecido por el artículo 6° del Decreto 1497 de 2002, que para poder acceder a la información reservada de la UIAF, la entidad solicitante acredite y demuestre, de manera expresa, la correspondiente disposición de rango constitucional o legal mediante la cual le fueron asignadas funciones con relación a estos delitos, explicando además el motivo para el cual la necesita, para que así la unidad decida la pertinencia de la entrega.

Siendo la labor de la unidad exclusivamente de inteligencia financiera, la ley radica en su director la valoración sobre la pertinencia y criterios de oportunidad para la entrega de la información que recibe y produce la UIAF a las autoridades competentes que desarrollen funciones relacionadas con la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo.



COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EXTINCIÓN DE DOMINIO

Por Andrés Ormaza

La cooperación internacional es una de las principales herramientas contra la delincuencia organizada transnacional, en especial para la identificación, localización, embargo y decomiso –con y sin condena– de la riqueza obtenida ilícitamente.

La política criminal internacional contenida en los tratados y convenciones en los cuales Colombia es parte, define el marco de cooperación entre los Estados en materia de persecución del producto del delito. Tales instrumentos constituyen la base jurídica de la colaboración requerida por el funcionario judicial, a efectos de permitirle proceder sobre bienes que se encuentran en otra jurisdicción.

En términos generales, la cooperación judicial internacional se define como la colaboración o asistencia mutua entre Estados para adelantar diligencias necesarias en el desarrollo de un proceso fuera del territorio del Estado requirente¹⁸⁶.

De acuerdo con un estudio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, aproximadamente la mitad de las ganancias derivadas del delito salen del país en el cual se han generado¹⁸⁷.

La migración del producto del delito puede obedecer a diversos motivos, tales como la necesidad de las organizaciones criminales de evadir la acción de la justicia apartándolo del delito fuente y así asegurar el capital ilícito para su posterior uso, la facilidad de realizar transferencias electrónicas y de acudir a diversos medios tecnológicos para movilizar activos, y a la existencia de jurisdicciones con controles menos estrictos en materia de lavado de activos e ingreso de divisas.

Lo anterior sugiere que el porcentaje real de decomiso/extinción de dominio de activos originados en el delito es significativamente bajo, en la medida en que la investigación estará concentrada en los bienes que se hallan al alcance físico del investigador, o dentro de su jurisdicción.

Esta situación pone de presente la importancia de acudir de forma permanente a los mecanismos de cooperación internacional que permitan de manera ágil y oportuna ubicar recursos de procedencia ilícita que se encuentran en el exterior, adoptar medidas provisionales y ejecutar un orden de comiso/extinción de dominio, entre otros.

Para hacer efectiva la recuperación de los activos que se hallan en otra jurisdicción, se recomienda igualmente conocer los canales de intercambio de información existentes entre los dos países –informales y formales–, así como los mecanismos jurídicos que servirán de base legal para un eventual requerimiento de asistencia mutua. Contar con estos datos es relevante para la planeación de la investigación y para definir la estrategia del caso, como se expone a continuación.

¹⁸⁷Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (2009). *Guía de Cooperación Judicial Internacional*. Bogotá, D.C.

¹⁸⁸Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC (2011). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*. Viena.

1. REGLAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

El Manual de Cooperación Judicial en Materia Penal, de la Fiscalía General de la Nación, describe en detalle las reglas de cooperación y los mecanismos existentes para hacer efectiva la asistencia internacional en el marco de un proceso penal.

Señala el citado manual que la cooperación internacional en materia penal se fundamenta en las siguientes fuentes:

- Constitución Política de Colombia de 1991 (debe tenerse en cuenta que los tratados y convenios internacionales de los cuales Colombia es parte, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia).
- Tratados bilaterales y convenciones multilaterales.
- Costumbre internacional.
- Principios de derecho internacional aceptados por Colombia.
- Código de Procedimiento Penal y normas concordantes. Artículos 499 a 507 de la Ley 600 de 2000 y artículos 484 al 489 de la Ley 906 de 2004.
- Memorandos de entendimiento y otros acuerdos, entre autoridades homólogas de diferentes Estados, que si bien no son ley de la República, tienen fuerza vinculante entre las partes.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 489 del Código de Procedimiento Penal, estas reglas resultarían extensivas a solicitudes sobre bienes proferidas por autoridades extranjeras, en el marco de procesos judiciales de naturaleza no penal, como la extinción de dominio.

2. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE BIENES DE ORIGEN/DESTINO ILÍCITO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1. En el Código de Procedimiento Penal

Las reglas de cooperación judicial internacional se encuentran descritas en el Libro V del Código de Procedimiento Penal. El libro se compone de 3 capítulos:

- Capítulo I. Cooperación en materia probatoria. Artículos 484 a 489.
- Capítulo II. Extradición. Artículos 490 a 514.
- Capítulo III. Sentencias extranjeras.

Dentro de las disposiciones contenidas en el Libro V cabe destacar:

- El artículo 484 establece como principio general que las autoridades investigativas y judiciales atenderán las solicitudes de cooperación internacional recibidas por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esto, sin embargo, no impide el empleo de canales informales de cooperación para el intercambio de información no judicializada, como el de la Red de Recuperación de Activos de Gafisud –Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo–, RRAG, por citar un ejemplo.

Estos espacios, como se verá más adelante, buscan facilitar la cooperación formal entre los Estados, a través de la interacción previa entre homólogos, a efectos de contar con los insumos necesarios para sustentar en mejor forma el requerimiento de cooperación judicial formal y así evitar dilaciones en la respuesta o la denegación del pedido de asistencia.

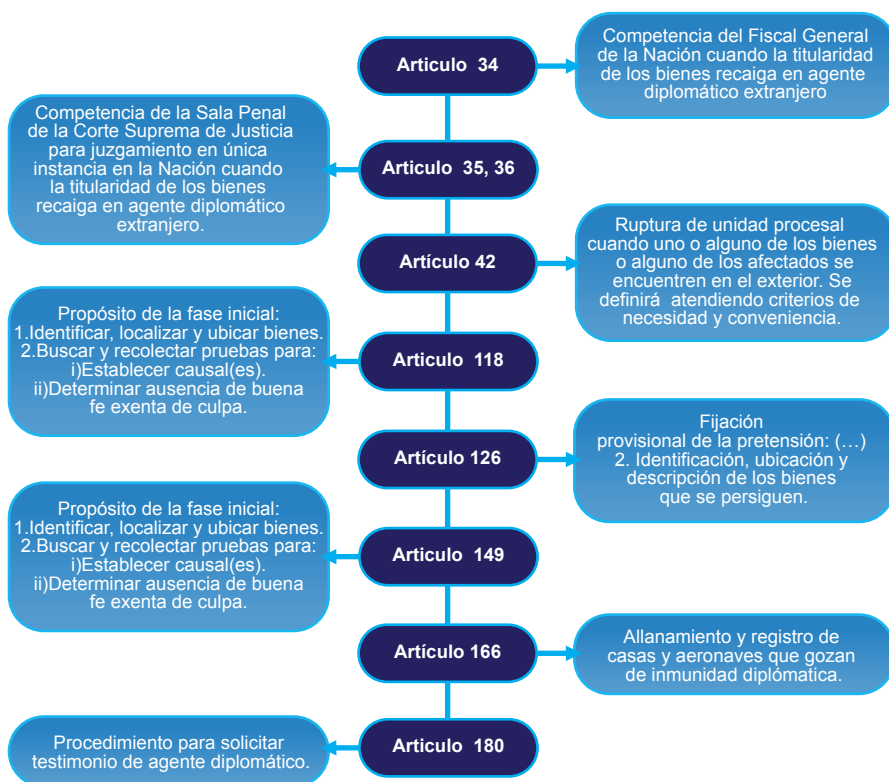
- El artículo 485 dispone algunos de los requisitos que debe contener la solicitud de cooperación judicial formulada por jueces, fiscales y jefes de unidades de policía judicial a autoridades extranjeras. A tal efecto, la solicitud deberá precisar:
 - Los hechos que motivan la actuación.
 - El objeto.
 - Elementos materiales probatorios.
 - Normas presuntamente violadas.
 - Identidad y ubicación de personas y/o bienes.
 - Las instrucciones que conviene observar por la autoridad extranjera.
 - El término concedido para el diligenciamiento de la petición.
- El artículo 489 alude expresamente a la posibilidad de ejecutar órdenes de autoridades extranjeras en materia de extinción del derecho de dominio o cualquier otra medida que implique la pérdida o suspensión del poder dispositivo sobre bienes.

Para tales efectos, una vez recibida la solicitud, la Fiscalía General de la Nación determinará si procede la medida solicitada, y la enviará al juez competente para que decida mediante sentencia.

- El artículo 507, relacionado con el trámite de extradición, menciona que junto con la persona reclamada, o posteriormente, se entregarán todos los objetos encontrados en su poder, depositados o escondidos en el país y que estén relacionados con la perpetración de la conducta punible, así como aquellos que puedan servir como elemento de prueba.

2.2. En el Código de Extinción de Dominio

La Ley 1708 de 2014 contiene una amplia gama de disposiciones con incidencia práctica en el ámbito internacional, adicionales al Título VI, que regula en detalle la materia. A continuación se hace una relación de estas:



2.2.1. Alcance de la cooperación internacional en extinción de dominio

Artículo 203. Las reglas están dirigidas a atender, ofrecer u obtener cooperación judicial internacional para:



2.2.1.1. Formas de cooperación internacional

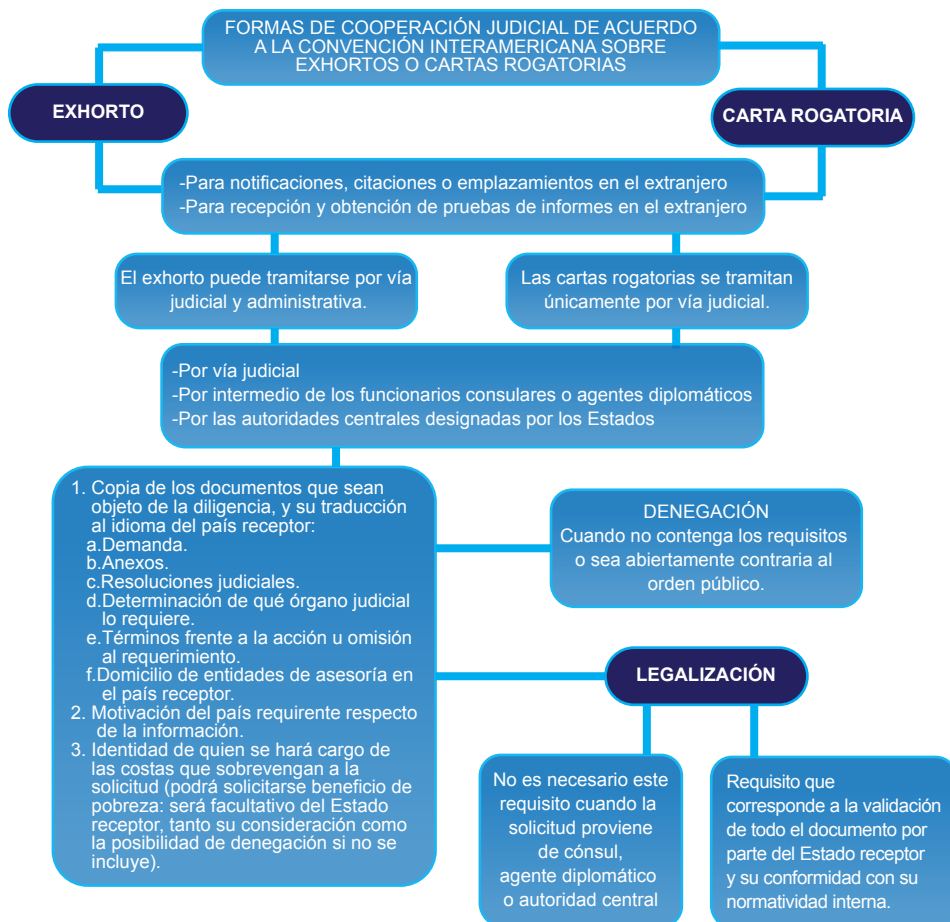
De acuerdo con el artículo 204, la Fiscalía General de la Nación podrá acudir a cooperación:

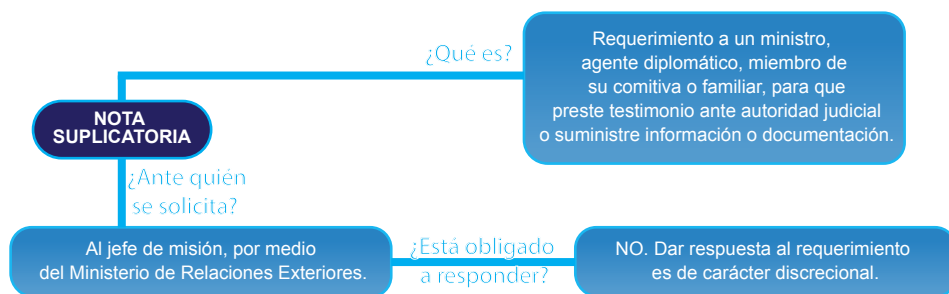
- Judicial, como la prevista en los tratados de asistencia mutua suscritos por Colombia, enunciados más adelante. La Resolución 0-4717 de 2009, de la Fiscalía General de la Nación, “por medio de la cual se actualizan los documentos internos del proceso de Cooperación y Articulación Interinstitucional” y la Guía de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores (2009), contienen modelos de las formas de cooperación judicial de acuerdo al alcance de la asistencia requerida y a la base jurídica existente.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Ciudad de Panamá en 1975, desarrolla de forma amplia los mecanismos de cooperación judicial.

Si bien este instrumento está limitado, en principio, a materias civiles y comerciales, el artículo 16 prevé la posibilidad de ampliar su alcance a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial.

El siguiente esquema explica las formas de cooperación previstas en la mencionada convención así como la Nota Suplicatoria, conforme a la descripción de la Guía de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta última modalidad está prevista en el artículo 180 de la Ley 1708 de 2014.





- Policial, a través de organizaciones como Interpol, Ameripol, entre otras.
- Administrativa, que puede ser obtenida mediante el uso de las redes de integración internacional de autoridades no judiciales para el intercambio formal e informal de información.

2.3.1.2. Persecución de activos en el exterior

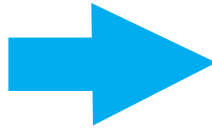
La esencia de la cooperación internacional en materia de extinción de dominio consiste en la posibilidad efectiva de materializar medidas provisionales o definitivas sobre bienes que se encuentran en otra jurisdicción. De acuerdo con el artículo 205, la fiscalía deberá hacer uso de todos los mecanismos enunciados en anteriores acápite, con el propósito de garantizar el éxito de la persecución de activos ilícitos en el extranjero.

Lo anterior, sin embargo, plantea algunos retos que parten de un adecuado direccionamiento estratégico, en el cual se debe considerar la necesidad de acudir a las fuentes informales de intercambio de información existentes y el alcance de los tratados bilaterales suscritos con el país en el cual se hallan los bienes.

Algunos de los aspectos que debe tener en cuenta el fiscal al momento de adelantar la investigación de bienes en el exterior:

- Algunos tratados exigen que las solicitudes de cooperación judicial contengan información detallada sobre la identificación y ubicación del bien. Esto implica que antes de elevar solicitud formal de cooperación judicial a las autoridades del otro país, deberá adelantarse una etapa previa de localización, al menos aproximada, de los predios.
- De acuerdo con su legislación interna, el país al cual se requiere la cooperación puede disponer la notificación al afectado de toda información o medida solicitada. Si el requerimiento de asistencia judicial solo tiene como objetivo obtener información acerca de algún bien y no frente a la adopción de medidas materiales y/o jurídicas sobre este, la notificación de la solicitud puede afectar la eficacia de una posterior acción contra el bien.
- Si el otro país supedita la cooperación judicial a la existencia de un tratado bilateral, es indispensable revisar las causales de denegación de asistencia previstas en el acuerdo.

Posibles causas de denegación de una solicitud de cooperación judicial con fines de extinción de dominio.



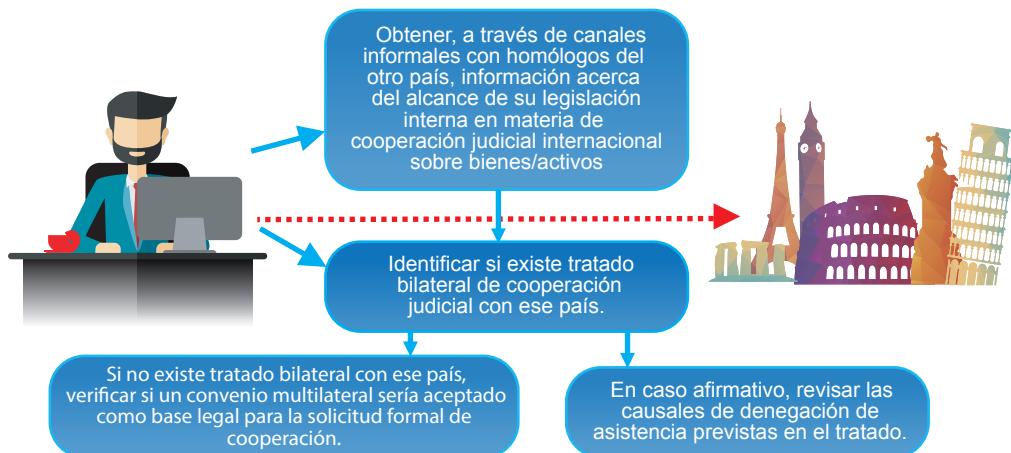
- ▶ Cuando el tratado bilateral condiciona la asistencia:
 - A la existencia de una investigación penal.
 - Al análisis de doble incriminación.
- ▶ Cuando el otro país no tiene legislación de extinción de dominio ni prevé el ofrecimiento de cooperación en procedimientos de esa naturaleza.

2.2.1.3. Aproximación al direccionamiento estratégico frente a activos en el exterior

Elegir la estrategia adecuada para proceder frente a bienes que se encuentran en otro país constituye pieza clave del éxito de la investigación.

Como se menciona en apartes anteriores, existen dos vías judiciales internas de investigación, a través de las cuales se puede activar la persecución sobre activos en el exterior. A continuación se ilustran las posibles alternativas de cooperación y los pasos sugeridos previos a la formulación de una solicitud formal de asistencia judicial.

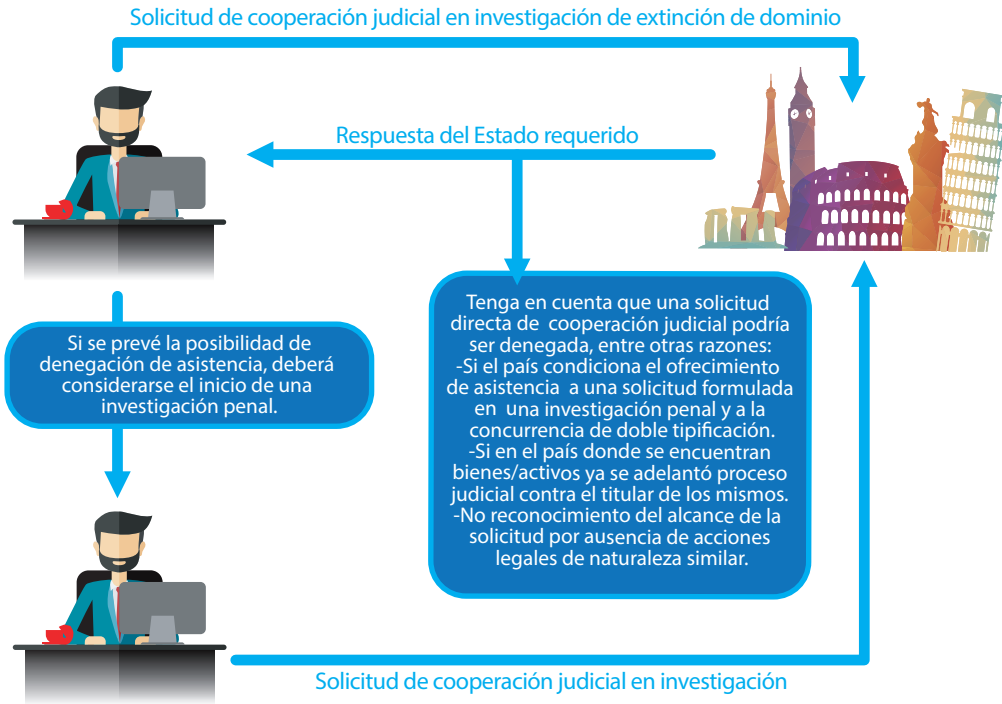
Paso 1. Verificar base legal existente



Paso 2. Localizar bienes/activos a través de fuentes de intercambio de información



Paso 3. Definir estrategia jurídica - Solicitud de cooperación judicial 3.



3. MECANISMOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ADECUADOS PARA UNA COOPERACIÓN JUDICIAL EFICAZ

Además de apoyar la localización de bienes, los puntos de contacto designados por cada país en estas redes brindan información acerca de la forma en la que debe dirigirse la solicitud formal de cooperación judicial, la autoridad a la que debe enviarse, y la forma en la que debe formularse el requerimiento.

De igual forma, estos enlaces asesoran a su homólogo acerca del contenido de la solicitud, a efectos de que la respuesta recibida sea útil a los fines de la investigación y evitar así que el requerimiento sea denegado.

3.1. Red de Recuperación de Activos del Grupo de Acción Financiera de América Latina y el Caribe, RRAG

La red, creada en 2011, está conformada por los 16 países miembros de Gafilac (antes Gafisud), a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

Su finalidad es facilitar la identificación, localización y recuperación de activos, productos o instrumentos de actividades ilícitas, a través del intercambio de información entre los puntos focales designados por cada país. Para obtener información acerca del punto de contacto de Colombia puede dirigirse a: contacto@gafisud.info¹⁸⁸

Cuando una de las partes tuviere conocimiento de información que pudiera interesar a otra de las partes, podrá ponerla en su conocimiento sin necesidad de requerimiento previo. Cuando medie requerimiento, el punto de contacto solicitante deberá proporcionar la siguiente información:

- Identificación de la(s) persona(s) o los posibles activos
- Número de investigación
- El delito investigado
- El vínculo entre el pedido y la investigación pertinente

Es importante tener en cuenta que de acuerdo con los numerales 6 y 7 del documento “Pautas para el Funcionamiento de la Red Regional de Recuperación de Activos del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica” la información intercambiada deberá ser utilizada para identificar y localizar activos de personas investigadas, y los puntos de contacto solo permitirán el uso o divulgación de cualquier información o documento obtenido en el marco de una investigación delictiva.

Lo anterior sugiere que la información que puede ser útil a los fines de una investigación de extinción de dominio en el contexto de la red, podría, en principio, obtenerse únicamente a través una investigación de carácter penal que se adelante o llegare a adelantarse simultáneamente, o con posterioridad al inicio de aquella. Contrario sensu, un requerimiento de información a través de la red, así sea informal, en el ámbito de una investigación de extinción de dominio, podría ser denegado por el punto focal del otro país.

3.2. Grupo Egmont

Es una red informal de Unidades de Inteligencia Financiera a nivel mundial, orientada a fomentar la cooperación internacional para la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

El apoyo ofrecido por el Grupo Egmont incluye, entre otros:

- Ampliar y sistematizar la cooperación internacional en el intercambio recíproco de información.

¹⁸⁸En una reciente sesión de la red, el Grupo Investigativo de Extinción de Dominio y Lavado de Activos, de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, asumió funciones como punto focal; no obstante, este rol ha sido asumido de forma itinerante por otras entidades.

- Fomentar una comunicación mejor y más segura entre las UIF, a través de la aplicación de la tecnología, como el Secure Web Egmont (ESW).

El canal que ofrece este espacio de intercambio de información debe ser canalizado a través del concurso de la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF, y podría resultar de utilidad en el marco de una investigación de extinción de dominio.

Es de anotar que los Principios para el Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera, aprobados por el Grupo en 2013, no limitan el acceso a la información a la existencia de investigaciones de naturaleza penal en el país requirente; por el contrario, insta a las unidades receptoras a ofrecer la más amplia cooperación en el suministro de información.

3.3. Organización Internacional de Policía Criminal, INTERPOL

Su objetivo es facilitar la cooperación policial internacional prestando apoyo especializado en investigaciones y proporcionando información, incluso sin mediar relación diplomática alguna entre países y sin desconocer la legislación interna de cada uno.

Las iniciativas de INTERPOL en materia de lucha contra la corrupción y de recuperación de activos están reunidas bajo un concepto denominado UMBRA. El objetivo general es fomentar e incrementar el intercambio de información sobre la corrupción, y de metodologías para combatirla, entre todos los organismos encargados de la aplicación de la ley y entidades nacionales responsables de la lucha contra la corrupción del mundo entero.

En el marco de la iniciativa UMBRA se ha desarrollado la Plataforma Mundial de Puntos de Contacto, que cuenta con el apoyo de INTERPOL y StAR (Stolen Asset Recovery Initiative –Programa del Banco Mundial para la Recuperación de Activos Robados–). Se trata de una base de datos protegida, que contiene información de contacto sobre los funcionarios encargados de la aplicación de la ley, que están disponibles 24 horas al día y siete días a la semana para responder a solicitudes urgentes de ayuda.

Esta plataforma, que puede ser utilizada por los usuarios autorizados a través de la red policial protegida I-24/7, administrada por INTERPOL, permite la transmisión de información confidencial entre los puntos de contacto, y de forma más restringida, la participación de entidades colaboradoras ajenas al ámbito de la aplicación de la ley, y de organizaciones regionales e internacionales.

Esta herramienta de comunicación contiene información completa, procedente por ahora de unos 100 países miembros de INTERPOL, acerca de:

- Los datos de contacto para las pesquisas iniciales;
- Los principales organismos dedicados a la recuperación de activos robados en otros países;
- Los distintos tipos de comunicaciones necesarias para iniciar un procedimiento de petición de ayuda;
- Los tipos de ayuda disponibles para efectuar solicitudes de asistencia judicial recíproca;

- Las pruebas necesarias para abrir una investigación policial o una acción civil por robo o malversación de activos;
- El tipo de información necesaria para obtener ayuda con miras a identificar, localizar o decomisar activos robados;
- Los países que pueden hacer cumplir las condenas de confiscación dictadas en el extranjero¹⁸⁹.

3.4. Grupo RILO (Regional Intelligence Liaison Office)

Hace parte de la Organización Mundial de Aduanas, OMA, como punto de enlace e intercambio de información entre las administraciones aduaneras de los países miembros.

El RILO es un centro regional para la recopilación y análisis de datos, así como para la difusión de información sobre tendencias, modus operandi, rutas y los casos importantes de fraude.

El objetivo de este mecanismo es mejorar la eficacia del intercambio de información de inteligencia a nivel global, así como la cooperación entre todos los servicios de aduanas encargados de la lucha contra la delincuencia transnacional.

La red RILO cuenta actualmente con 11 oficinas de enlace, que cubren las seis regiones de la Organización Mundial de Aduanas. Su función principal es entrelazar las aduanas del mundo para luchar contra:

- Fraude comercial
- Tráfico de estupefacientes
- Comercio ilícito de precursores químicos
- Lavado de dinero
- Protección de especies en vías de extinción
- Material radioactivo
- Propiedad intelectual

4. CONVENCIONES MULTILATERALES EN LAS CUALES COLOMBIA ES PARTE

Colombia ha suscrito o adherido a los siguientes instrumentos multilaterales, en los cuales se han adoptado disposiciones de cooperación internacional en materia de bienes:

¹⁸⁹ Información tomada de la página oficial de la Organización. www.interpol.int.

Nombre del tratado	Ley aprobatoria	Disposiciones sobre bienes	Alcance de la asistencia en materia de bienes
Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Viena. 1988.	Ley 67 de 1993	Artículos 5, 7, 9, 11.	<p>Identificación, detección, embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos, y decomiso del producto de los siguientes delitos, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto:</p> <p>Producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica (Convención de 1961 y Convenio de 1971).</p> <p>Cultivo de adormidera, arbusto de coca o planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes.</p> <p>Posesión o adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica.</p> <p>Fabricación, transporte o distribución de equipos, materiales o sustancias (cuadros I y II), a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines.</p> <p>Organización, gestión o financiación de alguno de los delitos antes mencionados.</p> <p>Conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos mencionados, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de</p>

			<p>ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.</p> <p>Ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de un acto de participación en tal delito o delitos.</p> <p>Adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos mencionados o de un acto de participación en tal delito o delitos.</p> <p>Posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y en el II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines.</p> <p>Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas.</p> <p>Participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.</p>
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Convenio sobre Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Confiscación del Producto de los Delitos. Estrasburgo. 1990.	Ley 1017 de 2006	Artículos 2, 3, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17.	Adoptar las medidas provisionales (embargo, bloqueo) y definitivas, a solicitud de una parte que haya iniciado un procedimiento penal o un procedimiento que tenga por objeto una confiscación.
Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. Nassau. 1992.	Ley 636 de 2001	Artículos 2, 5, 7, 13, 14, 15.	Práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación, en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia.
Convención Interamericana contra la Corrupción. Caracas. 1996.	Ley 412 de 1997	Artículo 15.	Identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los siguientes delitos: Actos de corrupción (enumerados en el art. 4) Soborno transnacional (art. 8) Enriquecimiento ilícito (art. 9)
Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. 1999.	Ley 808 de 2003	Artículos 2, 8, 18.	Identificación, detección y aseguramiento o incautación, y decomiso de todos los fondos utilizados o asignados con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: Un acto que constituya un delito de terrorismo de acuerdo con los tratados en la materia. Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

<p>Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. 1999. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo. 2000.</p>	<p>Ley 800 de 2003</p>	<p>Artículos 2, 12, 13, 14, 18, 27.</p>	<p>Identificación, localización, embargo preventivo o incautación y decomiso del producto de los siguientes delitos, o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto:</p> <p>Participación en un grupo delictivo organizado (grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material). Blanqueo del producto del delito. Corrupción.</p>
<p>Convención contra la Corrupción. Mérida. 2003.</p>	<p>Ley 970 de 2005</p>	<p>Artículos 3, 31, 46, 48, 51-59.</p>	<p>Identificación, localización, embargo preventivo o incautación y decomiso del producto de los siguientes delitos, o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto:</p> <p>Soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15)</p> <p>Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16)</p> <p>Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17)</p> <p>Tráfico de influencias (art. 18)</p> <p>Abuso de funciones (art. 19)</p> <p>Enriquecimiento ilícito (art. 20)</p> <p>Soborno en el sector privado (art. 21)</p> <p>Malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22)</p> <p>Blanqueo del producto del delito (art. 23)</p> <p>Encubrimiento –o retención continúa de bienes– (art. 24)</p>

5. PANORAMA REGIONAL EN EXTINCIÓN DE DOMINIO

Colombia no es el único país de la región que cuenta con normatividad específica en materia de extinción de dominio, si bien fue el primer país a nivel regional en implementar un mecanismo jurídico orientado exclusivamente a la persecución de bienes relacionados directa o indirectamente con el delito.

A partir de la experiencia colombiana, identificada como ejemplo de mejores prácticas en el hemisferio, otros países han adoptado figuras similares de decomiso sin condena, como respuesta de política criminal ante manifestaciones de criminalidad organizada que se han extendido a otras latitudes del continente.

El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Perú han incorporado legislación especial de extinción de dominio en su ordenamiento jurídico, mientras que otros países, como Argentina y Paraguay, han adaptado mecanismos de decomiso sin condena a su legislación penal. Independientemente del camino legal que hayan considerado los países, los mecanismos alternativos de decomiso, como la extinción de dominio, constituyen en la actualidad una tendencia regional que está siendo objeto de estudio y posibles reformas legales en otros países.

Esta situación se traduce en un marco jurídico común que permitirá una mayor cooperación entre aquellos países que han acogido la acción de extinción de dominio, en la medida en que existen procedimientos homologados que no estarían en principio sujetos al análisis de doble incriminación, que suele convertirse en un obstáculo para la asistencia jurídica con aquellos países que no cuentan con legislación similar, como se verá más adelante.

El siguiente cuadro resume la situación regional en materia de decomiso sin condena. Incluye países que, aunque no han expedido legislación especial en extinción de dominio, han regulado en su código penal, o de procedimiento penal, mecanismos de decomiso sin necesidad de sentencia condenatoria.

PAÍSES CON LEYES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO				
PAÍS	NOMBRE	LEY-AÑO	NORMA	ÁMBITO DE APLICACIÓN
EL SALVADOR	Extinción de dominio	Decreto 534 de 2013	Es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a que se refiere la presente ley, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.	Actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas delitos informáticos, de la corrupción,

				delitos relativos a la hacienda pública y todas aquellas actividades ilícitas que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva o a través de grupos delictivos organizados o estructurados.
GUATEMALA	Extinción de dominio	Decreto 55 de 2010	Es la pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes, que sean susceptibles de valoración económica, sean estos muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, acciones, títulos y valores, cualquier derecho real, principal o accesorio. Igualmente lo serán todos los frutos, ganancias, productos, rendimientos o permutas de estos bienes, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.	<ul style="list-style-type: none"> • Tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; transacciones e inversiones ilícitas; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión; promoción o estímulo a la drogadicción, encubrimiento real o encubrimiento personal. • Lavado de dinero u otros activos. • Ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales. • Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero, contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo. • Peculado; malversación; concusión; fraude, colusión; cohecho pasivo y activo; evasión; cooperación en la evasión; evasión culposa; asesinato, cuando se realice por precio, recompensa, , promesa o ánimo ecuestro, estafa propia, cuando el agraviado sea el Estado; estafa mediante información contable, cuando el agraviado sea el Estado;

				<p>trata de personas; extorsión, terrorismo; intermediación financiera; quiebra fraudulenta; fabricación de moneda falsa; alteración de moneda; introducción de moneda falsa o alterada.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La defraudación aduanera y el contrabando aduanero. • Conspiración; asociación ilícita; asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; exacciones intimidatorias; obstrucción extorsiva de tránsito y obstrucción de justicia.
HONDURAS	Privación definitiva de dominio	Decreto 27 de 2010	<p>La acción de privación definitiva de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y se gestiona como proceso especial siguiendo el trámite establecido en la ley.</p> <p>La acción recae sobre bienes, productos, instrumentos o ganancias, sin hacer distinción alguna acerca de quien ostente la posesión, la propiedad o la titularidad de aquellos.</p>	<p>Narcoactividad, terrorismo, financiamiento al terrorismo, tráfico de personas, secuestro extorsivo, chantaje, extorsión, explotación sexual comercial, tráfico de órganos humanos, asesinato mediante pago, recompensa o promesa remuneratoria, así como otras actividades ilícitas que atenten contra:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La salud pública o la salud de la población del Estado, - La economía, - La administración pública, - La propiedad, - Los recursos naturales y el medio ambiente, - La libertad y seguridad, y

				- La seguridad interior o exterior del Estado de Honduras, y cualquier otra actividad que cause incremento patrimonial de bienes, productos, instrumentos o ganancias sin causa económica o legal de su procedencia
MÉXICO	Extinción de dominio	Ley Federal del 29 de mayo de 2009	La acción de extinción de dominio es de carácter real, de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien independientemente de quien lo tenga en su poder, o lo haya adquirido. El ejercicio de la acción de extinción de dominio corresponde al Ministerio Público.	Casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.
PERÚ	Pérdida de dominio	Decreto Legislativo 1104 de 2012 (última reforma. La primera normatividad en la materia fue el Decreto Legislativo 992 de 2007)	Es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.	Tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

PAÍSES CON MECANISMOS ALTERNATIVOS DE DECOMISO

PAÍS	NOMBRE	LEY-AÑO	NORMA	ÁMBITO DE APLICACIÓN
ARGENTINA	Decomiso sin condena	Código Penal, artículo 23, incorporado por el artículo 6° de la Ley 26.683 de 2011	“En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del Libro Segundo de este código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”	Asociación ilícita terrorista. Financiamiento de una asociación ilícita terrorista, o de un miembro de estas para la comisión de cualesquiera de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento. Lavado de activos (provenientes de cualquier ilícito penal).
ECUADOR	Comiso sin condena	Código Penal, artículo 127	“El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este	rocede frente a bienes relacionados con cualquier delito o falta de buena fe.

			artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita”.	Igualmente se aplica sobre bienes vinculados a un delito imprudente. Prevé el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.
PARAGUAY	Comiso autónomo	Código Penal, artículo 96, reglamentado a través de la Ley 4.575 de 2012	1º Cuando no sea suficiente o no sea posible ejecutar la orden de comiso especial, porque los presupuestos de los artículos 91 y 94, inciso 2º, se dieran después de ella, el tribunal también podrá ordenar con posterioridad el comiso del valor sustitutivo. 2º Cuando no corresponda un procedimiento penal contra una persona determinada ni la condena de una determinada persona, el tribunal decidirá sobre la inutilización o el comiso según la obligatoriedad o la discrecionalidad prevista en la ley, atendiendo a los demás presupuestos de la medida. Esto se aplicará también en los casos en que el tribunal prescinda de la pena o en los que proceda un sobreseimiento discrecional.	Procede, en principio, frente a bienes relacionados con cualquier delito.

6. TRATADOS BILATERALES DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL SUSCRITOS POR COLOMBIA EN MATERIA DE BIENES

Colombia ha suscrito diversos acuerdos bilaterales de cooperación judicial. Estos constituyen la base de la relación directa con otros Estados y delimitan el marco legal para la efectiva recuperación de activos que se encuentran en el exterior.

Los mecanismos para hacer efectivas las solicitudes de medidas cautelares y definitivas en materia de bienes, están contenidos principalmente en tratados de asistencia mutua en materia penal (14) y en acuerdos de prevención, control y represión del lavado de activos (3).

Por regla general, los mencionados convenios circunscriben la cooperación judicial a la existencia de una investigación penal en el país que solicita la asistencia. Excepcionalmente, algunos acuerdos prevén la posibilidad de ejecutar solicitudes emanadas de un procedimiento de extinción de dominio.

Identificar el alcance de la cooperación legal vigente con el país en el cual se pudieren encontrar los bienes que resultan de interés a los efectos de una investigación en Colombia, permitirá al funcionario establecer si es posible formular una solicitud provisional o definitiva en el marco del proceso de extinción de dominio, o si esta solo prosperaría en desarrollo de una investigación de carácter penal.

Acuerdos bilaterales suscritos por Colombia, que posibilitan la adopción de medidas (provisionales y/o definitivas) sobre bienes:

- Sobre asistencia mutua en materia penal: Argentina, Brasil, Cuba, China, Ecuador, España, Francia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Reino Unido, Rusia y Suiza.
- Sobre prevención, control y represión del lavado de activos: Paraguay, Perú y República Dominicana.

TRATADOS BILATERALES SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL

Colombia-Argentina	
Nombre del tratado	Acuerdo de Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y la República de Colombia (1997). Ley 492 de 1999
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none">• Localización e identificación de personas y bienes.• Embargo, secuestro y decomiso de bienes.

Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Argentina: Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Argentina, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	<p>El artículo 16 establece que la asistencia comprende la localización del producto o instrumento del delito, así como las medidas orientadas a evitar la transacción, transferencia o enajenación de tales bienes.</p> <p>La asistencia podrá estar orientada a determinar la buena fe del tercero, cuando el condenado por un delito haya dispuesto del producto o instrumentos del mismo (16.3).</p>
Medidas provisionales y decomiso	Los artículos 17 y 18 establecen el procedimiento para la ejecución del embargo preventivo, secuestro o incautación, así como para el decomiso definitivo.
Denegación de la asistencia	La solicitud podrá ser rechazada cuando, entre otras causas: se refiera a un delito respecto del cual la persona haya sido exonerada de responsabilidad penal definitivamente, o habiéndosela condenado, se hubiere cumplido o extinguido la pena (11.1.c).

Colombia-Brasil

Nombre del tratado	Acuerdo de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia (1997). Ley 512 de 1999
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas cautelares sobre bienes. • Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia del valor de los bienes decomisados de manera definitiva.

	<ul style="list-style-type: none"> • Embargo y secuestro de bienes para efectos de cumplimiento de indemnizaciones y multas impuestas por sentencia judicial de carácter penal.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Brasil: Ministerio de Justicia. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Brasil, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	<p>El artículo 18 establece que las partes podrán celebrar acuerdos relacionados con la cooperación para el cumplimiento de medidas definitivas sobre bienes.</p> <p>El artículo 19 indica que la parte que tenga a su cargo la custodia de los instrumentos, el objeto o los frutos del delito dispondrá de ellos de conformidad con su legislación interna.</p>
Medidas cautelares	El artículo 17 establece el trámite y los requisitos de la solicitud.
Denegación de la asistencia	La solicitud podrá ser denegada cuando la persona en relación con la cual haya sido solicitada la medida haya sido absuelta o haya cumplido su condena en la parte requerida por el delito mencionado en la solicitud (5.1.c).

Colombia-Cuba

Nombre del tratado	<p>Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba sobre asistencia jurídica mutua en materia penal (1998). Ley 593 de 2000</p>
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución de órdenes judiciales que versen sobre las medidas provisionales y cautelares y el decomiso de los bienes, producto o instrumentos del delito; • Efectuar inspecciones al lugar de los hechos o incautaciones; • Identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Cuba: Ministerio de Justicia. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Cuba, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	El artículo VI establece que la asistencia comprende la localización del producto o instrumento del delito, así como las medidas orientadas a evitar la transacción, transferencia o enajenación de tales bienes.
Medidas provisionales y decomiso	Los artículos VII y VIII establecen el procedimiento para la ejecución del embargo preventivo, secuestro o incautación, así como para el decomiso definitivo.
Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser denegada cuando la persona en relación con la cual haya sido solicitada la medida haya sido absuelta o haya cumplido su condena en la parte requerida por el delito mencionado en la solicitud (II.1.c).</p> <p>De acuerdo con el artículo IV.3, para la ejecución de las órdenes judiciales que versen sobre la aplicación de medidas provisionales o el decomiso de bienes, la cooperación se prestará cuando el hecho que la origine sea sancionable penalmente según la legislación de ambas partes.</p>

Colombia-China

Nombre del tratado	Tratado entre la República de Colombia y la República Popular China sobre Asistencia Judicial en Materia Penal (1999). Ley 761 de 2002
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución de solicitudes de investigación, búsqueda, inmovilización, secuestro y otras medidas provisionales. • Asistencia en procedimientos de decomiso.

Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por China: la Fiscalía Popular Suprema y el Ministerio de Justicia. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de China, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	En los términos del artículo 16.4, la parte que haya decomisado el producto o instrumento del delito, dispondrá de ellos en la forma prevista en su ordenamiento jurídico interno. En la medida en que lo permitan sus propias leyes, bajo los términos y condiciones acordados para cada caso, una parte podrá transferir todo o parte de los bienes decomisados o el producto de la venta de dichos bienes a la otra parte.
Medidas cautelares y definitivas	El artículo 16 establece el trámite y los requisitos de la solicitud.
Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser denegada cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El acusado o sospechoso relacionado en la solicitud está siendo procesado penalmente o se ha dictado sentencia definitiva por los mismos hechos en el territorio de la parte requerida. • El requerimiento se refiere a una conducta que no pudiera constituir un delito bajo las leyes en el territorio de la parte requerida. En tal caso, las partes pueden estar de acuerdo para proveer asistencia por un delito particular o categoría de delitos, independientemente de que la conducta pueda constituir un delito bajo las leyes en el territorio de ambas partes.

Colombia-Ecuador

Nombre del tratado	Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República del Ecuador (1996). Ley 519 de 1999
Alcance de la asistencia	Embargo preventivo, secuestro, incautación u otras medidas cautelares de carácter real y decomiso de bienes.

Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Ecuador: Corte Suprema de Justicia. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Ecuador, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Medidas provisionales y decomiso	<p>El artículo 16 establece los requisitos para la solicitud de medidas cautelares sobre los bienes, instrumentos y productos del delito o el valor equivalente.</p> <p>El artículo 17 dispone que la cooperación en materia de decomiso se refiere a bienes vinculados a un proceso penal y establece la posibilidad de compartir el valor de los bienes cuando se trate de casos relacionados con la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas” de 1988.</p>
Denegación de la asistencia	La solicitud podrá ser rechazada cuando se refiera a un delito respecto del cual la persona haya sido exonerada de responsabilidad penal definitivamente, o habiéndosela condenado, se hubiere cumplido o extinguido la pena (11.1.c).

Colombia-España	
Nombre del tratado	Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal entre la República de Colombia y el Reino de España (1997). Ley 451 de 1998
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas cautelares sobre bienes. • Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia del valor de los bienes decomisados de manera definitiva.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por España: Ministerio de Justicia. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de España, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Producto del delito	El artículo 18 establece que el producto del delito comprende bienes equivalentes.
Medidas cautelares	El artículo 18.4 establece el trámite y los requisitos de la solicitud.
Denegación de la asistencia	La solicitud podrá ser denegada cuando la persona en relación con la cual haya sido solicitada la medida haya sido absuelta o haya cumplido su condena en la parte requerida por el delito mencionado en la solicitud o esta se haya extinguido (6.1.c).

Colombia-Francia

Nombre del tratado	Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa (1997). Ley 453 de 1998
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas cautelares y definitivas sobre bienes. • Restitución a la víctima, sin perjuicio de los derechos de terceros, de todos los bienes o valores susceptibles de provenir de un delito.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Francia: por Ministerio Público – Fiscalía General de la República • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Francia, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	El artículo 14 establece que la parte requerida tomará todas las medidas necesarias autorizadas por su legislación para impedir que bienes u objetos que constituyen el producto del delito puedan ser objeto de una transacción o ser transferidos o cedidos antes que la autoridad competente de la parte requirente hubiese tomado una decisión definitiva al respecto.

Medidas cautelares y definitivas	<p>En los artículos 15 y 16 se establece el trámite y los requisitos de la solicitud.</p> <p>Debe incluirse una descripción lo más precisa posible de los bienes que se van a investigar y/o decomisar definitivamente, así como su ubicación si se conoce.</p>
Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser denegada si la solicitud tiene por objeto una medida cautelar y los hechos que la originan no son considerados como delitos por la legislación de la parte requerida.</p> <p>La solicitud será denegada cuando tenga por objeto una medida de decomiso definitivo y los hechos que den lugar a la solicitud no sean considerados como delito por la legislación de la parte requerida.</p>

Colombia-México

Nombre del tratado	Acuerdo de Cooperación en Materia de Asistencia Jurídica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Colombia (1998). Ley 569 de 2000
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Localización e identificación de personas y bienes. • Medidas cautelares sobre bienes. • Decomiso.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por México: Procuraduría General de la República. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de México, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Producto del delito	<p>El artículo XV establece que la asistencia comprende la localización del producto o instrumento del delito, así como las medidas orientadas a evitar la transacción, transferencia o enajenación de tales bienes.</p> <p>La asistencia podrá estar orientada a determinar la buena fe del tercero, cuando el condenado por un delito haya dispuesto del producto o instrumentos del mismo (XV.4).</p>
Medidas provisionales y decomiso	<p>Los artículos XVI y XVII establecen el procedimiento para la ejecución del embargo preventivo, secuestro o incautación, así como para el decomiso definitivo.</p>
Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser rechazada cuando se refiera a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Un delito respecto del cual la persona haya sido exonerada de responsabilidad penal definitivamente, o habiéndosele condenado, se hubiera cumplido o extinguido la pena (X.1.c). - Se trate de medidas cautelares o definitivas sobre bienes y los hechos por los cuales se solicita la adopción de estas no estén tipificados como delitos en su legislación (X.1.g).

Colombia-Panamá	
Nombre del tratado	<p>Acuerdo sobre asistencia legal y cooperación judicial, mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá (1993). Ley 450 de 1998</p>
Alcance de la asistencia	<p>Inmovilización y decomiso de bienes, productos e instrumentos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución.</p>
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Panamá: Ministerio de Gobierno y de Justicia. • Por Colombia: la Fiscalía General de la Nación. Los procedimientos relativos a la inmovilización de activos, decomiso de bienes y efectos, la Fiscalía General de la Nación informará de tales requerimientos al Ministro de Justicia y del Derecho.

Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser rechazada cuando se refiera a un delito respecto del cual la persona ha sido exonerada de responsabilidad penal definitivamente, o habiéndose condenado se hubiere extinguido la pena.</p> <p>El artículo 5° establece que la asistencia se prestará cuando el hecho que la origine sea punible según la legislación de ambos Estados.</p>
-----------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Colombia-Paraguay	
Nombre del tratado	Acuerdo de cooperación judicial en materia penal entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Paraguay (1997). Ley 452 de 1998
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas cautelares sobre bienes. • Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia de valor de los bienes decomisados de manera definitiva. • Embargo y secuestro de bienes para efectos del cumplimiento de indemnizaciones y multas impuestas por sentencia judicial de carácter penal.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Paraguay: Ministerio de Justicia y Trabajo. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Paraguay, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Producto del delito	<p>El artículo 18 establece que la asistencia comprende el cumplimiento de las medidas definitivas sobre bienes vinculados a un delito cometido en cualquiera de las partes.</p> <p>El artículo 19 indica que la parte que tenga bajo su custodia los instrumentos, el objeto o los frutos del delito, dispondrá de los mismos de conformidad con lo establecido en su legislación interna. En la medida que lo permitan sus leyes y en los términos que se consideren adecuados, dicha parte podrá disponer con la otra de los bienes decomisados o el producto de su venta.</p>
Medidas provisionales	El artículo 17 establece el procedimiento para la ejecución de una solicitud de medidas cautelares.
Denegación de la asistencia	La solicitud podrá ser denegada cuando la persona en relación con la cual haya sido solicitada la medida haya sido absuelta o haya cumplido su condena en la parte requerida por el delito mencionado en la solicitud (5.1.c).

Colombia-Perú

Nombre del tratado	Convenio entre la República de Colombia y la República del Perú sobre asistencia judicial en materia penal (1994). Ley 479 de 1998
Alcance de la asistencia	Decomisos, incautaciones, secuestros, inmovilización de bienes, embargos, así como identificar o detectar el producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Perú: Ministerio Público - Fiscalía de la Nación. • Por Colombia: Fiscalía General de la Nación
Medidas provisionales y decomiso	El artículo 17 dispone que cualquiera de las partes deberá comunicar a la otra de la presencia del producto o instrumentos del delito en su territorio. La parte notificada establecerá si procede adoptar alguna medida.

Colombia-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	
Nombre del tratado	Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre mutua asistencia en materia penal (1997). Ley 462 de 1998
Alcance de la asistencia	• Búsqueda, embargo preventivo o incautación y decomiso del producto y de los instrumentos de toda clase de delitos.
Autoridad central	• Por Reino Unido: Home Office. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas del Reino Unido, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	De acuerdo al artículo 2, las medidas sobre el producto del delito comprenden bienes equivalentes.
Medidas cautelares y definitivas	<p>El artículo 9 establece el trámite y los requisitos de la solicitud de medidas provisionales.</p> <p>Cuando la solicitud sea formulada por Colombia debe allegarse un certificado declarando que se ha iniciado una investigación preliminar, o una instrucción ha comenzado, y que en cualquier caso, una resolución ha sido emitida ordenando una incautación, embargo preventivo o decomiso.</p> <p>El artículo 10 establece los requisitos y procedimiento para la ejecución de una orden de decomiso.</p> <p>El artículo 10.7 prevé la posibilidad de compartir bienes entre las partes.</p>

Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser denegada cuando (6.1.d, e, f):</p> <ul style="list-style-type: none"> • El requerimiento se refiere a conductas realizadas en el territorio del país requirente, respecto a las cuales la persona ha sido, finalmente, exonerada o indultada; o • El requerimiento se refiere a una orden de decomiso que ya ha sido ejecutada; o • La conducta que es sujeto de requerimiento no constituye un delito bajo la ley de ambas partes.
-----------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Colombia-República Dominicana	
Nombre del tratado	Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (1998). Ley 879 de 2004
Alcance de la asistencia	Búsqueda, embargo preventivo o incautación y decomiso del producto y de los instrumentos de toda clase de delitos.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por República Dominicana: Procuraduría General de la República. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de República Dominicana, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho
Producto del delito	De acuerdo al artículo 2, las medidas sobre el producto del delito comprenden bienes equivalentes.
Medidas cautelares y definitivas	<p>El artículo 9 establece el trámite y los requisitos de la solicitud de medidas provisionales.</p> <p>El artículo 10 establece los requisitos y procedimiento para la ejecución de una orden de decomiso.</p> <p>El artículo 10.6 prevé la posibilidad de compartir bienes entre las partes.</p>

Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser denegada cuando (6.1.d, e, g):</p> <ul style="list-style-type: none"> • El requerimiento se refiere a conductas realizadas en el territorio del país requirente, respecto a las cuales la persona ha sido, finalmente, exonerada o indultada; o • El requerimiento se refiere a una orden de decomiso que ya ha sido ejecutada; o • Se trata de medidas definitivas o provisionales sobre bienes, y el hecho no es punible de conformidad con la legislación de ambas partes.
-----------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Colombia-Rusia	
Nombre del tratado	Tratado entre la República de Colombia y la Federación de Rusia sobre Asistencia Legal Recíproca en Materia Penal (2010). Ley 1596 de 2012
Alcance de la asistencia	Ejecución de medidas sobre bienes.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por la Federación de Rusia: El Ministerio de Justicia, para cuestiones relativas a la actividad de los juzgados; y la Fiscalía General para todas las demás cuestiones de asistencia legal. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de la Federación de Rusia, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	El artículo 19 precisa que las partes cooperarán en la localización de los instrumentos y productos del delito, basados en las disposiciones del tratado, así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en particular en sus artículos 2, 12, 13 y 14, y se extenderá no solo a los delitos previstos en esta convención sino a cualquier otro hecho delictivo.
Medidas cautelares y definitivas	El artículo 4 establece el trámite y los requisitos de la solicitud.

Denegación de la asistencia	La solicitud podrá ser denegada cuando La solicitud se refiera a acciones por las cuales la persona incoada en la parte requirente haya sido condenada o absuelta por los mismos hechos en la parte requerida o la acción haya prescrito (6.1.3).
-----------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Colombia-Suiza	
Nombre del tratado	Tratado sobre Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre la República de Colombia y la Confederación Suiza (2011). Ley 1594 de 2012
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Entrega de objetos y activos para propósitos de decomiso, extinción de dominio o devolución. • Localización e identificación de propiedades. • Rastreo, incautación y decomiso de cosas producto de delitos.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por la Confederación Suiza: La Oficina Federal de Justicia del Departamento Federal de Justicia y Policía. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de la Confederación Suiza, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	<p>En los términos del artículo 13, los objetos y activos que constituyan productos o beneficios de un delito en relación con un proceso en el Estado solicitante o los instrumentos utilizados para cometer el delito que estén sujetos a decomiso o su valor equivalente, podrán ser entregados al Estado solicitante para propósitos de decomiso o devolución al titular de los mismos, salvo aquellos derechos de terceros de buena fe.</p> <p>Por regla general, la entrega procederá sobre la base de una orden o sentencia definitiva y que cause ejecutoria en el Estado solicitante; sin embargo, el Estado solicitado también podrá entregar objetos y bienes en una etapa anterior del proceso.</p>

	El artículo 14 establece la posibilidad de que las partes celebren acuerdos para la repartición de activos.
Medidas cautelares y definitivas	El artículo 27 establece el trámite y los requisitos de la solicitud.
Denegación de la asistencia	<p>La solicitud podrá ser denegada cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se refiera a hechos sobre cuya base la persona procesada ha sido definitivamente condenada o exonerada en el Estado solicitado por un delito en lo esencial similar, siempre y cuando la pena impuesta se estuviere cumpliendo o ya se hubiese cumplido (4.1.e). • Si los hechos descritos no corresponden con los elementos objetivos de un delito sancionable por las leyes del Estado solicitado (doble incriminación) (7).

Colombia-Uruguay

Nombre del tratado	Convenio de cooperación judicial en materia penal entre la República de Colombia y la República Oriental del Uruguay (1998). Ley 568 de 2000
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas cautelares sobre bienes; • Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia del valor de los bienes decomisados de manera definitiva.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Uruguay: Ministerio de Educación y Cultura (Dirección de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia). • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de México, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Producto del delito	El artículo 20 dispone que el Estado parte que tenga bajo su custodia los instrumentos, el objeto o los frutos del delito, dispondrá de los mismos de conformidad con lo establecido en su ley interna. En la medida que lo permitan sus leyes y en los términos que se consideren adecuados, dicho Estado parte podrá repartir con el otro los bienes decomisados o el producto de su venta.
Medidas provisionales y decomiso	El artículo 18 establece los requisitos para la solicitud de medidas sobre los bienes, instrumentos y productos del delito o su valor equivalente.
Denegación de asistencia	<p>Para ejecución de medidas cautelares o definitivas sobre bienes, la asistencia se prestará solamente si la legislación de la parte requerida prevé como delito el hecho por el cual se procede en la parte requirente (2).</p> <p>La asistencia se podrá denegar si la persona en relación con la cual se solicita la medida ha sido absuelta o ha cumplido su condena en la parte requerida por el delito mencionado en la solicitud o esta se ha extinguido (6.1.c).</p>

TRATADOS BILATERALES SOBRE COOPERACIÓN CONTRA LAVADO DE ACTIVOS Y CONEXOS

Colombia-Paraguay	
Nombre del tratado	Acuerdo de cooperación para la prevención, control y represión del lavado de activos derivado de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Paraguay (1997). Ley 517 de 1999
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Localización e identificación de personas y bienes o sus equivalentes. • Embargo, secuestro y decomiso de bienes.

Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Paraguay: Ministerio Público – Fiscalía General del Estado • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Paraguay, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Producto del delito	<p>El artículo 16 establece que la asistencia comprende la localización del producto o instrumento del delito, así como las medidas orientadas a evitar la transacción, transferencia o enajenación de tales bienes.</p> <p>De igual forma, la asistencia podrá estar orientada a determinar la buena fe del tercero, cuando el condenado por un delito haya dispuesto del producto o instrumentos del mismo (16.3).</p>
Medidas provisionales y decomiso	Los artículos 17 y 18 establecen el procedimiento para la ejecución del embargo preventivo, secuestro o incautación, así como para el decomiso definitivo.
Denegación de la asistencia	<p>La ejecución de medidas cautelares o definitivas sobre bienes, se prestará solamente si la legislación de la parte requerida prevé como delito de lavado de activos el hecho por el cual se procede en la parte requirente.</p> <p>La solicitud podrá ser rechazada cuando, entre otras causas: se refiera a un delito respecto del cual la persona haya sido exonerada de responsabilidad penal definitivamente, o habiéndosela condenado, se hubiere cumplido o extinguido la pena (11.1.c).</p>

Colombia-Perú	
Nombre del tratado	Acuerdo de cooperación para la prevención, control y represión del lavado de activos derivado de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú (2004). Ley 1165 de 2007

Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Localización e identificación de personas y bienes o sus equivalentes. • Embargo, incautación, decomiso de bienes o extinción de dominio y otras medidas cautelares o definitivas sobre bienes.
Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por Perú: Ministerio Público – Fiscalía de la Nación • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de Perú, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Medidas provisionales y decomiso	Los artículos X y XI establecen el procedimiento para la ejecución de medidas provisionales y definitivas sobre bienes.
Denegación de la asistencia	Para la ejecución de medidas cautelares o definitivas sobre bienes, la asistencia se prestará solamente si la legislación de la parte requerida prevé como delito de lavado de activos el hecho por el cual se procede en la parte requirente (VIII.5).

Colombia-República Dominicana

Nombre del tratado	Acuerdo de Cooperación para la prevención, control y represión del Lavado de Activos derivados de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana (1998). Ley 674 de 2001
Alcance de la asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Embargo, incautación, decomiso de bienes y otras medidas cautelares. • La información disponible relativa a las transacciones que constituyen el objeto de la solicitud de asistencia, entre ellas, si se conoce el número de la cuenta, monto, movimiento y balance promedio de la misma, el nombre del titular, el nombre y la ubicación de la institución financiera participante en la transacción y la fecha en la cual esta tuvo lugar.

Autoridad central	<ul style="list-style-type: none"> • Por República Dominicana: Ministerio Público – Procuraduría General de la República. • Por Colombia: Para solicitudes de asistencia recibidas de República Dominicana, la Fiscalía General de la Nación. Para solicitudes de asistencia presentadas por Colombia, la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.
Medidas provisionales y decomiso	Los artículos X y XI establecen el procedimiento para la ejecución de medidas provisionales y definitivas sobre bienes.
Denegación de la asistencia	Para la ejecución de medidas cautelares o definitivas sobre bienes, la asistencia se prestará solamente si la legislación de la parte requerida prevé como delito de lavado de activos el hecho por el cual se procede en la parte requirente (VIII.5).



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



LA EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO EN COLOMBIA

Publicado en Colombia

Abril 2015