

**LA ACCION DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: AUTONOMÍA Y UNIDAD EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

**ALFONSO TRILLERAS MATOMA
Código No. 694728**

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

**DIRIGIDO POR
Dra. MARÍA CRISTINA PATIÑO GONZALEZ**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
MAESTRIA EN DERECHO
BOGOTA D.C.
2009**

LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO: AUTONOMIA Y UNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

El presente trabajo pretende contribuir a la consolidación del concepto de autonomía de la acción de extinción de dominio con respecto a otras acciones del ordenamiento jurídico colombiano, destacando el análisis de determinadas categorías jurídicas utilizadas en la vigente ley que la gobierna, para llegar a sugerir modificaciones que la harían más eficaz en sus propósitos. Partimos del estudio de los aspectos generales del proceso de extinción de dominio, haciendo un especial énfasis en el objeto de conocimiento de éste, desde un punto de vista sustancial que comprende lo ético y jurídico, para llegar a entender que más allá de la pretensión estatal de propender por la legitimidad del derecho a la propiedad, con ello se busca es proteger los bienes jurídicos superiores que orientan el Estado, esto es, el trabajo honesto, el orden justo, la solidaridad y el interés general, como fundamentos legítimos de la propiedad en el Estado Social y Democrático de Derecho. A ello le adicionamos el tratamiento de los aspectos neurálgicos que dificultan la aplicación de la ley, esto es el concepto legal de la acción extintiva del dominio, los terceros de buena fe exenta de culpa, la carga dinámica de la prueba, el principio de integración normativa, los derechos fundamentales de los afectados e intervinientes y el principio de retrospectividad. Por ello es necesario profundizar en la interpretación de estas categorías, para que le den claridad al operador jurídico al momento de aplicar la ley.

Palabras claves:

Autonomía de la acción de extinción de dominio

Legitimidad del derecho de propiedad

Terceros de buena fe exentos de culpa

Carga dinámica de la prueba

Integración normativa

THE DOMAIN EXTINCTION ACTION: AUTONOMY AND UNITY IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM

This paper aims to contribute to the consolidation of the autonomy concept of the domain extinction action relacionated to other actions of the Colombian legal

system, emphasizing in the analysis of certain legal categories used in the current law that governs it, with the objective to suggest modifications that would make it more effective in their purposes. First, we have studied the general aspects of the domain extinction process, emphasizing on the main objective of these process, from a substantive point of view that includes the ethical and legal, to come to understand that beyond the state claim of tending to the legitimacy of property rights, it exist the objective of protect the legal interests that guide the State, such as, honest work, the right order, solidarity and general interest, as legitimate grounds of property in the Social and Democratic State of Law. To this we add the treatment of key aspects that difficult the application of law, such as the legal concept of domain extinction action, third parties of good faith free of guilt, the dynamic load proof test, the principle of rules integration, fundamental rights of those affected and involved in the process, and the principle of retrospectivity. That is why is necessary to emphasize in the interpretation of these categories, to give clarity to the legal operator when applying the law.

Keywords:

Autonomy of the domain extinction action
Legitimacy of property rights
third parties of good faith free of guilt
Dynamic load proof test
Rules integration

Contenido

INTRODUCCIÓN	6
1. ASPECTOS PROCESALES DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO	10
1.1 INTRODUCCIÓN	10
1.2 SUJETOS PROCESALES	10
1.3 EL OBJETO DEL PROCESO	14
1.4 LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO	16
1.4.1 Fundamentos del derecho a la propiedad que legitiman su origen y destinación...	16
1.4.2 El trabajo como fundamento de la propiedad	18
1.4.3 El ejercicio del derecho a la libertad como fundamento de la propiedad.....	21
1.4.4 El derecho y los fines sociales como fundamento de la propiedad	22
1.4.5 Los valores, principios y fines del Estado social y democrático de derecho como límites en la consolidación del derecho de propiedad	24
1.5 FINES Y FUNCIONES DEL PROCESO	27
2 EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO: ANÁLISIS CRÍTICO	29
2.1 INTRODUCCIÓN	29
2.2 EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	29
2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	35
2.4 LA AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN.....	39

2.5	REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	47
2.5.1	Regulación constitucional	47
2.5.2	Regulación legal	50
2.5.3	Regulación internacional.....	52
2.6	EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	55
2.6.1	Fases del procedimiento	55
2.6.2	Competencia	60
2.6.3	Las partes en el proceso.....	64
2.6.4	Los derechos fundamentales de los intervinientes	70
2.6.5	Las reglas de aplicación de la ley procedimental	78
3	LA PROPUESTA DE MODELO DE PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.....	84
	BIBLIOGRAFÍA.....	90

INTRODUCCIÓN

De nada vale que se proclamen derechos, principios, fines y valores en las constituciones si a la vez no se introducen en ese rango jerárquico normativo los instrumentos jurídicos autónomos e independientes para su realización, más aún si se trata de la afectación del derecho a la propiedad en un orden jurídico.

Esta es la principal motivación a la que obedece la elaboración del presente trabajo, pues a pesar haberse introducido la acción constitucional de extinción de dominio con el mecanismo legal del procedimiento especial, ésta aún se encuentra en proceso de consolidación y construcción. Dicha acción ha tenido como objetivo lograr la autonomía frente a las demás acciones constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano para superar los embates de la crítica por su inoperancia¹.

La acción de extinción de dominio nació a la vida jurídica a raíz de las problemáticas ocasionadas a partir del narcotráfico en el territorio colombiano. Es en este contexto que el constituyente de 1991 logró instituir una herramienta eficaz que contribuyera al desvertebramiento de las organizaciones criminales.

El proceso de extinción de dominio conlleva la aplicación de medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes afectados. Se hace necesario realizar un examen debido al alto volumen de bienes cobijados por estas medidas que siguen

¹ Herrera, Wilson. “*Tierras incautadas para la reforma agraria, restricciones y posibilidades*” Revista Economía Colombiana, Contraloría General de la República, Edición No. 309, Informe especial: Intervenciones en el Foro “Extinción de dominio y reforma agraria” realizado por la Contraloría General de la República el 9 de junio de 2005 en Bogotá D.C. En http://www.contraloriagen.gov.co/html/revistaEC/pdfs/309_2_2_Tierras_incautadas_para_la_reforma_agraria.pdf Consultado el 12/Sept./2009.

pendientes por resolver su situación jurídica para que pasen definitivamente al dominio del Estado².

El presente trabajo busca contribuir a la consolidación del concepto de autonomía de la acción de extinción de dominio con respecto a otras acciones del ordenamiento jurídico colombiano. Para el análisis de ciertas propiedades formales se tuvieron en cuenta la realidad social, la práctica judicial, la ley, la doctrina y la jurisprudencia colombiana, esto con el ánimo de proponer modificaciones a la ley que gobierna la acción de extinción de dominio como sustento de un sistema normativo jurídico procesal y que reafirme su identidad con respecto a las demás acciones procesales.

En ese orden de ideas, el primer capítulo se encuentra dedicado a los aspectos generales del proceso de extinción de dominio. En él se hace énfasis en el objeto de conocimiento del proceso desde un punto de vista sustancial que comprende lo ético y lo jurídico, de lo cual se colige que más allá de la pretensión estatal de propender por la legitimidad del derecho a la propiedad, lo que se busca es proteger los bienes jurídicos superiores que orientan el Estado, esto es, el trabajo honesto, el orden justo, la solidaridad y el interés general, como fundamentos legítimos de la propiedad en el Estado Social y Democrático de Derecho.

² Informe de auditoría de la Contraloría General de la República al Congreso de República de mayo 9 de 2006 en <http://www.primerapagina.com.co/MostrarDocumentoPublico.aspx?id=1135314> Consultado el 13/Sep./2009. Donde concluye: *“Como conclusión, se puede establecer que contando con todos los bienes que han sido relacionados por la entidad como obtenidos mediante la figura de la extinción de dominio, a diciembre de 2005 se habría cumplido sólo con el 7.75% de la meta establecida, faltando ocho meses por terminar el cuatrenio, por lo cual el esfuerzo a realizar por el Estado es altísimo para cumplir con el indicador, por cuanto, en promedio, el 17% de los bienes registrados en la entidad han sido devueltos y tendría que extinguirse en menos de un año cerca del 70% de los bienes que aún se encuentran bajo la administración de la DNE.”*

En el segundo capítulo se abordaron, las categorías procesales y el procedimiento especial de extinción de dominio vigente como sistema normativo instrumental que afirma o desvirtúa la legitimidad del derecho de propiedad a quienes alegan este derecho, susceptible de protección constitucional y legal. Allí se realizó un análisis de los aspectos que consideramos problemáticos en la práctica judicial.

Finalmente, en el capítulo tercero se formuló la propuesta de ajuste a algunas normas jurídicas que hagan del sistema normativo jurídico procesal de la extinción de dominio un sistema jurídico procesal autónomo y unitario.

El método utilizado consistió en verificar mediante un análisis crítico sobre determinados aspectos relevantes que generan problemas en la práctica judicial, para su aplicación y comprensión a cabalidad de la figura jurídica de extinción de dominio.

En cuanto a la investigación jurídica se abordó desde un punto de vista jurídico comparativo, descriptivo y propositivo. Comparativo por cuanto se establecieron las semejanzas y diferencias entre instituciones jurídicas o sistemas jurídicos procesales; descriptivo pues se fragmentaron algunos aspectos que integran la unidad de acción de extinción de dominio y, propositivo, puesto que se evaluaron las fallas de los sistemas o normas, a fin de aportar modificaciones a la ley vigente en la materia, como soluciones posibles para su operatividad. Para ello se acudió a fuentes de investigación tales como la ley, la doctrina, la jurisprudencia colombiana y la realidad social o práctica judicial que en una u otra forma contribuyeron al logro de los objetivos de la investigación.

En el siguiente apartado se analizaron aspectos problemáticos en la aplicación de la ley como el concepto legal de la acción extintiva del dominio, los terceros de buena fe exentos de culpa, la carga dinámica de la prueba, el principio de integración normativa, los derechos fundamentales de los afectados e intervinientes y el principio de retrospectividad.

Por una parte, la selección de estos aspectos no obedece a la discrecionalidad sino a criterios de pertinencia para atender las demandas provenientes de la propia sociedad que reclama agilidad y eficacia de la acción como mecanismo que le otorgue legitimidad al derecho de propiedad, y por otra parte, porque se consideran los de tratamiento más delicado en la práctica judicial, puesto que surgen otros, que serán analizados en una posterior ampliación del presente tema.

1. ASPECTOS PROCESALES DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

1.1 INTRODUCCIÓN

Al abordar la acción de extinción de dominio como objeto de conocimiento jurídico es necesario, en primer lugar, adecuar las categorías generales de este proceso especial dentro de la teoría general del derecho procesal.

El propósito del presente capítulo es establecer quiénes actúan como sujetos procesales, qué se pretende proteger con dicho proceso, para qué se instituyó y qué rol cumple en la sociedad. Las respuestas a estas expectativas buscan darle autonomía a la figura jurídica frente a los demás procesos instituidos en el sistema jurídico procesal colombiano.

1.2 SUJETOS PROCESALES

En el derecho procesal la concepción del proceso como relación jurídica formal³ es la que explica la teoría de los sujetos procesales, en cuanto que son las personas entre quienes se desenvuelve y existe la relación jurídica.

³ "A nuestro parecer, la doctrina preferible es aquella que concibe como triple la relación jurídica procesal, triplicidad que se corresponde mejor con la realidad y el sistema de nuestro proceso". Florian, Eugene. *Elementos de derecho procesal penal*. México: Editorial Jurídica Universitaria S. A., Vol. 1. Pp 41. Traducido por L. Prieto Castro, 2001.

Por su parte, la acción como ejercicio de un derecho ante el Estado⁴ para reclamar algo frente a un particular o frente al Estado mismo, independientemente de quién ejerza ese derecho, se corresponde con el ejercicio de la pretensión del Estado, es decir, el sujeto activo de la acción vendría a identificarse con el Estado, puesto que se constituye en accionante y demandante de esa pretensión de Estado; no en vano en la derogada Ley 333 de 1996 presentada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, tendiente a la declaratoria de extinción de los bienes afectados se iniciaba el proceso de extinción de dominio a partir de la demanda de parte..

Sin embargo, en la ley de extinción de dominio vigente se tiene que el Estado, a través del órgano jurisdiccional tiene la función de ejercitar la acción en interés público sobre bienes concretos e identificados, como también lo hace frente a la acción penal pero contra personas concretas e identificadas o individualizadas, puesto que existe un órgano, la Fiscalía General de la Nación, que investiga y promueve la pretensión de Estado y, otro órgano, el Juez, que decide imparcialmente en la sentencia sobre la declaratoria de esa pretensión conforme a lo alegado y probado.

Ahora bien, junto al extremo procesal del Estado como accionante y titular de la pretensión estatal, la ley vigente le otorgó la calidad de parte en el proceso a la Dirección Nacional de Estupefacientes⁵ bajo determinadas condiciones o requisitos⁶ y funciones⁷. Figura ésta que en nuestro concepto se asemeja a la

⁴ Calamandrei, Pietro. *Instituciones de derecho procesal civil.*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, Volumen I, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo, 1973, en la página 231, dice: “Esta facultad de invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del derecho es, en un cierto sentido, la acción.”

⁵ Parágrafo del Artículo 5º de la Ley 793 de 2002.

⁶ El requisito es que podrá intervenir como parte dentro del proceso cuando le asista interés jurídico para actuar según el parágrafo del Artículo 5º de la Ley 793 de 2002, del cual en la sentencia C – 740-03 la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de dicho precepto, dijo: “De acuerdo con lo expuesto, si bien el legislador se halla habilitado para reconocerse a la referida entidad administrativa, la facultad de intervenir como parte en el proceso de extinción de dominio, la Corte, para evitar que el ejercicio de esa facultad desborde la índole constitucional de la acción que a través de él se ejerce declarará exequible el parágrafo del Artículo 5º en el entendido que la intervención de la Dirección Nacional de

coadyuvancia⁸ como intervención adhesiva a que se refiere el Artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, solo difiere en que el interés que le asiste es legal y no le afecta si el fallo es desfavorable.

De otra parte, el Estado no obra unilateralmente en el ejercicio de esta acción pública. Necesita ejercerla contra alguien, ese alguien puede ser determinado y/o indeterminado, independientemente de quién ostente haber adquirido o tenga el derecho real principal o accesorio, contra quién se pide que la providencia salga en determinado sentido.

De este modo, el sujeto pasivo de la pretensión de Estado, en el lenguaje de la ley vigente, se denomina afectado en su calidad de propietario del bien, cuyo derecho de propiedad, en principio, se encuentra en discusión por su probable ilicitud. Esta calidad de afectado surge en la fase preliminar o inicial del proceso hasta que se profiere la resolución de inicio del trámite. A partir de ahí, se determina la identificación de ese afectado, pasando a denominarse interviniente de carácter necesario para la integración del contradictorio en el proceso.

Para ello se acude a la figura de la intervención forzosa de contenido procesal civil, que surge cuando la relación jurídica sustancial es única e indivisible y tiene varios titulares en uno de sus extremos o en ambos. La jurisprudencia ha

Estupefacientes sólo tendrá lugar en los procesos en que demuestre interés y en relación en bienes cuyo origen se vincule a actividades de narcotráfico y conexos".

⁷ Igualmente el parágrafo del Artículo 5º de la Ley 793 de 2002 describe las facultades para actuar como parte a la Dirección Nacional de Estupefacientes, así: 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, cuando se cumplan los requisitos del artículo 10 de la misma ley.

⁸ López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil Parte General*, Bogotá D.C.: DUPRE Editores, Tomo I, 9ª Edición, 2005, en la página 326 define la coadyuvancia como: "se caracteriza por el hecho de tener el tercero, con cualquiera de las partes, una relación sustancial, en principio ajena a los efectos de la sentencia, pero que, en forma indirecta, puede verse afectada si la parte coadyuvada obtiene un fallo desfavorable".

denominado litisconsorte necesario, activo cuando hay pluralidad de demandantes; pasivo, cuando hay pluralidad de demandados, y mixto, cuando hay pluralidad de demandantes y demandados⁹. Para el caso del proceso de extinción de dominio, corresponde al pasivo.

Con respecto a los efectos o consecuencias por la ausencia de uno de los demandantes en el extremo de la parte demandada, esta no conduce a una sentencia inhibitoria como en el procedimiento civil, sino a la declaratoria de nulidad por la causal falta de notificación en las decisiones de fondo posteriores a la resolución de inicio del trámite que ha debido convocarlo si se encontraba plenamente identificado, y no se procuró su comparecencia aún mediante el emplazamiento por edicto, según el numeral 2 del Artículo 16 de la Ley 793 de 2002¹⁰.

En términos generales, se puede afirmar que afectado o interviniente del proceso de extinción de dominio es quien ostente interés en el derecho real principal o accesorio comprometido, sobre quien recae el juicio objetivo y subjetivo de su conducta en los actos de adquisición y/o destinación ilícita del bien perseguido.

A su vez, la ley vigente se refiere al tercero de buena fe exento de culpa como sujeto pasivo de la pretensión de Estado, cuya calificación de tal, se ejercita mediante una regla de juicio en la resolución de fondo que emite el Fiscal competente al término de la fase que denominaremos instructiva. El concepto de tercero de buena fe exento de culpa como sujeto procesal se abordará con más profundidad en el siguiente capítulo, como uno de los aspectos objeto de análisis.

⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala Civil, 27 Nov. 2000, e5529 Magistrado Ponente Dr. J.F. Ramírez Gómez

¹⁰ Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Colombia, Sala Penal de Descongestión, 17 Ene. 2005, e200012204000200300051-01 Nelly de J. Mena Murillo

No sobra advertir que el inciso 2º del Artículo 5º de la Ley 793 de 2002 imparte a entidades como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Dirección Nacional de Estupeficientes, cualquier institución pública o cualquier persona natural o jurídica el deber de informar a la Fiscalía General de la Nación sobre la existencia de bienes susceptibles de ser afectados por la acción de extinción de dominio. Adicionalmente, los mismos afectados podrán denunciar bienes para que proceda esta acción a cambio de beneficios legales como una vivienda digna para sí o sus familiares dentro del proceso abreviado contenido en la Ley 1330 de 2009.

Una vez determinadas las partes procesales que intervienen en el proceso de extinción de dominio se requiere abordar cuál es el sentido u objeto de este proceso, a quién se dirige y qué bien jurídico protege en el sistema procesal colombiano.

1.3 EL OBJETO DEL PROCESO

En el derecho procesal el proceso tiene un objeto general y otro específico¹¹. El objeto general es hacer efectivos los derechos sustanciales, en tanto que el objeto específico se refiere a la efectividad en concreto de la pretensión del sujeto de la acción como actor que acude a la jurisdicción para obtener de ella la solución del conflicto mediante el proceso.

¹¹ Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, Bogotá: ABC, 10ª ed., 1985, p.158.

Así, se tiene que, por un lado el objeto específico en el proceso de extinción de dominio es la pretensión procesal¹² que se denomina pretensión de Estado, por cuanto es el Estado quien a su vez ejercita la acción y pretensión. Ésta consiste en que, cuando se presentan actos ilícitos en la adquisición y/o destinación de un bien, por parte de quien alegue derecho a la propiedad, surge la relación jurídica procesal en el Estado que, a *motu proprio* o por información recibida de cualquier persona, inicia la acción de extinción de dominio contra quien se le atribuyen esos comportamientos ilícitos.

Mientras que, por otro lado el objeto general se circunscribe a darle efectividad a los intereses, principios y valores contenidos en el derecho sustancial constitucional como son el trabajo, el orden justo, la solidaridad y el interés general. Estos son pilares fundamentales de las relaciones jurídicas en la adquisición y en la transferencia de bienes, lo que le otorga legitimidad al derecho de propiedad.

En ese contexto, la materia sobre la cual gira la actividad procesal extintiva del dominio es la legitimidad del derecho a la propiedad en los actos de adquisición y destinación, asimilando el objeto del proceso con la pretensión¹³.

Para entender la legitimidad del derecho a la propiedad como objeto de protección de la acción de extinción de dominio es preciso realizar un análisis de los

¹² Patiño González, María Cristina. *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez – Academia Colombiana de la Abogacía, 1ª ed, 2007 p. 148 afirma: “el objeto del proceso, es la materia sobre la cual recae el complejo de elementos que integran el proceso mismo, es la cuestión que el actor somete a la consideración del juez y sobre el que éste debe pronunciarse; esto es, la reclamación que la parte le dirige y en torno a la cual gira toda la actividad procesal, denominada jurídicamente pretensión procesal”.

¹³ Fenech, Miguel. *El proceso penal*, Madrid: Editorial Agesa, 1982 pp. 82-83, el autor afirma que el objeto del proceso se fija desde el punto de vista fáctico en la representación de la realidad que cada una de las partes pretenda hacer valer en el proceso y, de las pruebas que luego se practiquen.

fundamentos de la propiedad, es decir, qué hace que el titular de este derecho se consolide legitimado para exigir la protección del Estado.

1.4 LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

La legitimidad de la propiedad es el derecho que le otorga el ordenamiento jurídico a una persona, en su carácter de titular, para demostrarle a la sociedad que el origen del bien adquirido es lícito. Y con respecto al uso o destinación del bien, igualmente, es la exigencia para actividades lícitas lo que le otorga el carácter de legítimo.

Luego, la legitimidad es el factor que contribuye a dar valor agregado al bien adquirido o destinado lícitamente como desarrollo de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho como el trabajo, el orden justo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Por lo tanto, la doble connotación de licitud aplicada a los principios, fines y valores del Estado, autoriza la protección del derecho de propiedad a sus titulares. Por lo anterior, se requiere escudriñar los fundamentos éticos y morales que legitiman la expectativa del derecho de propiedad.

1.4.1 Fundamentos del derecho a la propiedad que legitiman su origen y destinación

Para arribar a los bienes jurídicos superiores orientadores de las relaciones

jurídicas de los ciudadanos que protege el Estado como fuentes legitimadoras del derecho a la propiedad, esto es, los fines, principios y valores en que se fundamentó el constituyente colombiano de 1991 como el trabajo honesto, el orden justo, la solidaridad y el interés general fue necesario que la sociedad en el ejercicio de su desarrollo concibiera la propiedad en constante transformación hasta llegar a la noción actual, para nada pacífica, como pilar de la democracia en el mundo occidental.

Engels¹⁴ dice que, en principio, los bienes pertenecían a toda la comunidad primitiva, ésta se apropiaba de los bienes necesarios para la subsistencia. Posteriormente, surgió la domesticación de animales y la agricultura, pero ello demandaba trabajo, el cual se suplió con los esclavos que hacían prisioneros los vencedores durante las guerras por la dominación de territorios y riquezas en la época de barbarie y el pillaje.

Es en ese momento cuando nace la propiedad privada, la propiedad sobre los rebaños y sobre esclavos. La fortuna es apreciada y considerada como el bien supremo. La violencia y el pillaje se consideraron el medio justificado para adquirirla; en adelante, en los diferentes estadios de las sociedades, cada medio de producción caracteriza las relaciones sociales de dominación amparada por el Estado, siendo éste el instrumento de poder para mantener el antagonismo de dominación donde predomina la propiedad privada como elemento esencial de poder.

¹⁴ Engels Federico. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Madrid: Publicado y distribuido por Fundación Federico Engels, 1ª edición 2006, pp. 32 y ss.

La propiedad privada ha sufrido avances y retrocesos en cada época de la sociedad, sin que ello signifique que cada época esté demarcada en forma rectilínea con un sistema de propiedad privada históricamente concebida por etapas determinadas en una especie de evolución lineal desde el comunismo primitivo hasta las diversas formas de propiedad privada, como lo conciben Marx y Engels¹⁵.

1.4.2 El trabajo como fundamento de la propiedad

En el pensamiento liberal clásico, la idea de que las personas tienen un derecho de propiedad sobre sus propios cuerpos desempeña un papel en la justificación de la propiedad privada. Interesa examinar la utilización del derecho de autopropiedad para justificar la propiedad privada vía la idea de trabajo.

John Locke en el capítulo V del *Segundo tratado sobre el gobierno civil*¹⁶, trata la propiedad a partir de la crítica que hace a la obra *El patriarca o del poder natural de los reyes* de Robert Filmer¹⁷, quien fuera fiel defensor del ideario que justificaba el poder político de la nobleza inglesa en el contexto histórico del siglo XVII.

Para Locke, la propiedad privada existe en el estado de naturaleza que es anterior a la sociedad civil, que todo individuo tiene una propiedad en su propia persona, que el trabajo que realice su cuerpo y sus manos también le pertenece, que si saca una cosa de su estado natural que se encuentre en abundancia, a la cual le mezcla su trabajo, lo transforma en un objeto bueno y común para los otros sin

¹⁵ Marx, Carlos y Engels Federico. *Manifiesto del Partido Comunista*. Pekin: Editorial del pueblo, 1ª edición 1965, 5ª impresión 1975, pp. 32 y ss.

¹⁶ Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Cambridge University Press, 1991. En <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/capitu5.html>, consultado el 12/sept./2009.

¹⁷ Filmer, Robert. *El Patriarca*. Turin:Editorial Utet, 1982

que ese objeto exceda en cantidad lo que el apropiador pueda usar sin que una parte se arruine, entonces ese objeto tiene anexado algo que excluye el derecho común de otros individuos.

Locke fundamenta su teoría en supuestos teológicos y supuestos económicos. Los teológicos, los fundamenta en que Dios dio la tierra y sus recursos naturales a todos los seres humanos en común, con el propósito de que los trabajen y se apropien de ellos. Sin embargo, como lo dice Shapiro¹⁸, el trabajo es la justificación del derecho de propiedad, pero no lo es porque sea *per se* una razón suficiente de apropiación, sino porque Dios así lo dispuso, como pudiera haber tenido en cuenta el hecho de jugar, entonces el trabajo no tendría ningún atractivo moral, sino que habría de buscarse en un argumento lúdico, para decir, que no debe llamarse argumento del trabajo como justificante de la apropiación, sino teoría del origen divino de la propiedad.

Filmer fundamentaba su teoría en que Dios le había otorgado a Adán, excluyendo a los demás seres humanos el poder soberano para gobernar a la humanidad y el derecho de propiedad sobre la Tierra y sus recursos naturales, obviamente para justificar la legitimidad del poder político del rey. Otro supuesto teológico se fundamenta en la desigualdad de las capacidades productivas de las personas, cuya diferencia se justifica también por la voluntad de Dios al asignarle a cada individuo esos dones.

En cuanto al supuesto económico de la teoría lockeana, no se debe olvidar que para esa época parecía natural la teoría económica del valor del trabajo como

¹⁸ Shapiro, Ian. "Recursos, capacidades, y la propiedad: el ideal de mano de obra y la justicia distributiva," *Teoría Política*, vol. 19, 1991, pp. 47-72.

argumento moral determinado por la cantidad o intensidad del trabajo necesarias para producir las mercancías, lo que le generaba valor.

No obstante, estos postulados perdieron legitimidad ética ante la concepción neoclásica porque no siempre el aumento del trabajo generaba mayor valor a la mercancía, sino que fue sustituido por las preferencias de los individuos en la sociedad donde la diferencia del salario (valor) es sustancial frente a la intensidad del trabajo introducido, lo cual es profundamente inmoral, piénsese por ejemplo en los salarios que devenga un jornalero en una parcela y los salarios de una modelo publicitaria en nuestro medio o en la industria del ocio generada por las nuevas tecnologías.

Al apartarnos del origen divino asignado a los bienes terrenales para que estos fuesen trabajados por el hombre surge la teoría secular que justifica el título de propiedad, en la exigencia de este derecho, en justicia como una retribución por el displacer del trabajo, según Becker¹⁹. Lo importante a destacar de esta teoría es la idea central de que el trabajo es algo displacentero que la gente solo hace con la expectativa de recibir ciertos beneficios, y que sería injusto no reconocer a la gente la retribución que penosamente tratan de obtener.

Como se puede observar, Becker destaca el mérito como fundamento de la justificación para asignar el derecho de propiedad por el hecho del trabajo, es decir, que entre otras cosas, los individuos merecen la asignación del derecho de propiedad por sacrificarse trabajando, además que sin tener la obligación de hacerlo, agrega valor a la vida de otros, luego merece algún beneficio por ello, que desde el punto de vista moral es plausible

¹⁹ Becker, Lawrence C. *Derechos de propiedad: Fundamentos filosóficos*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1977.

1.4.3 El ejercicio del derecho a la libertad como fundamento de la propiedad

En su obra cumbre²⁰ Nozick, filósofo, político del siglo pasado y pensador libertario refiere su teoría de la justificación de la propiedad fundamentada en el derecho a la libertad, para tal efecto formula dos principios:

1. Cada uno puede apropiarse legítimamente de una cosa que anteriormente no ha pertenecido a nadie, con tal de que por este hecho no resulte disminuido el bienestar de otro individuo (principio de apropiación originaria).
2. Cada uno puede convertirse en el propietario legítimo de una cosa adquiriéndola mediante una transacción voluntaria con la persona que era antes su propietaria legítima (principio de transferencia).

Nozick propone argumentos basados en el derecho a la libertad para rechazar sistemas de justicia social que incorporan mecanismos redistributivos no liberales y por esta vía justificar el sistema de propiedad privada propio de las economías de libre mercado.

El problema de los argumentos de Nozick en cuanto a la legitimidad ética de la propiedad privada es que propugna que todo sistema impuesto de propiedad privada reduce las opciones de las personas y, en este sentido afecta la libertad.

²⁰ Nozick, Robert. Anarquía, Estado y Utopía, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988.

Contrario a lo que sostiene Rawls²¹, quien admite la justificación de un Estado que re-distribuya bienes entre los individuos sobre la base del principio de la diferencia.

1.4.4 El derecho y los fines sociales como fundamento de la propiedad

Eric Mack²² sostiene que el liberalismo basado en derechos acepta como postulado que la apropiación sobre objetos extrapersonales no pertenece a todos los seres humanos, no solo por el carácter de tales sino que su justificación deriva de acciones que los confieren, luego el derecho natural de propiedad no sería la posibilidad de acceder a ciertos bienes, sino la de vivir en una sociedad que reconoce la propiedad cuando se dan ciertas circunstancias relevantes, es decir, un derecho a vivir en una sociedad en la que rijan una práctica de la propiedad privada.

Mack afirma que ese sistema debe reunir ciertos requisitos, en su opinión son: coherencia, funcionalidad, comprensividad y justificabilidad. Lo coherente hace referencia a que el sistema no debe conferir títulos sobre una misma cosa a dos o más personas (salvo los casos de condominio o copropiedad). Lo funcional es con respecto al conocimiento de las normas integrantes del sistema por todas las personas involucradas y la previsibilidad de su aplicación. Lo comprensible dice que el sistema debe establecer títulos de propiedad sobre todos los bienes sin propietario (mostrencos) y finalmente lo justificable, se encuentra en que la práctica debe ser compatible con el derecho de autopropiedad.

²¹ Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª Ed., 1995

²² Mack, Eric. Self-Ownership and the Right of Property, *The Monist* 73. 1990. Pp. 529-536

Como crítica podemos señalar que este autor no tiene en cuenta en la valoración de la distribución de recursos si es justa o injusta, sobre la base de un ideal de justicia distributiva, sino en términos de la adquisición de esos recursos de acuerdo con las normas del sistema de propiedad asumido. Pero ese sistema también podrá ser susceptible de ser sustituido por otro sistema que tenga mejor desempeño, lo cual puede razonablemente esperarse en los asuntos humanos reales.

La legitimación moral del derecho de propiedad no se sustenta en un conjunto de derechos sobre cosas específicas como los define el sistema jurídico, por el contrario, es un derecho a que el Estado instaure, mantenga y respalde coactivamente un sistema de propiedad privada que respete las exigencias morales. Los métodos de adquisición (original) y de transferencia (derivada) de los recursos poseídos en propiedad no vienen establecidos en la verdad moral, sino que resultan de la regulación jurídica, legislativa y judicial guiada por una pluralidad de consideraciones normativas (tanto basadas en derechos como en fines sociales).

La adquisición originaria no es un problema de naturaleza moral sino política, aunque en su resolución influyan consideraciones morales. El método de adquisición debe ser definido por el derecho positivo a través del área legislativa mediante procedimientos avalados políticamente. Esto implica apartarse de Locke y Nozick, en cuanto que solo existe un método originario de adquisición, puesto que conforme al Código Civil Colombiano derivado del Código de Napoleón, existen según lo normado en su Artículo 673, seis modos de adquirir el dominio (que se llama también propiedad), a saber: la ocupación, la accesión, la prescripción, la sucesión por causa de muerte y la tradición. Aunque los tres

últimos son formas que se derivan de la adquisición, los dos primeros pueden bien considerarse procedimientos de adquisición inicial u originaria. Igual situación sucede con los métodos en la transferencia, donde tenemos la compraventa, la donación y el testamento.

Pero es de resaltar, que no solo cuenta la voluntad del legislador para establecer los métodos de adquisición y transferencia de los derechos de propiedad, sino que priman fines sociales de superior jerarquía para lograr su inclusión, como es el caso de los derechos hereditarios, donde la concepción de la familia es la razón para elegir las normas hereditarias. A manera de ejemplo, los hijos heredan los bienes de los padres, excluyendo a todos los otros herederos por partes iguales sin perjuicio de la porción conyugal (CC. Art. 1045), cuyo fin no es otro que asegurar el mantenimiento de la organización familiar prevaleciente en nuestra sociedad. Su objetivo es también preservar el principio de la buena fe, el cual se estatuye en el terreno de los contratos, en ciertos casos se acepta la validez de la adquisición de un comprador de buena fe, aun cuando el vendedor no tenía derecho sobre el bien transferido (CC. Art. 1871).

1.4.5 Los valores, principios y fines del Estado social y democrático de derecho como límites en la consolidación del derecho de propiedad

En un Estado de Derecho o Social de Derecho que garantiza los planes y proyectos de los individuos de manera neutral, la Constitución en su parte dogmática, consagra las libertades a proteger principalmente por el ordenamiento jurídico, postula los principios y fines estatales como valores superiores de una sociedad. En síntesis, se trata de un conjunto de normas que establecen los

principios básicos que orientan la vida del Estado y los derechos de las personas.

En el constitucionalismo colombiano el titular de derecho de propiedad a través del tiempo, invariablemente ha gozado de protección por parte del Estado, siempre y cuando en la apropiación originaria se haya ceñido a los métodos o formas de adquisición del dominio, establecidos en las leyes civiles como aspecto formal, pero además de ello, el ordenamiento jurídico también le exige el cumplimiento de requisitos de carácter sustancial, relacionados con los bienes jurídicos superiores que orientan el Estado, como es el caso de la prevalencia del interés general, el trabajo, la solidaridad y el orden justo, constituyéndose en limitaciones tanto en la adquisición como en la transferencia del derecho de propiedad, contenidas en el sistema de propiedad privada adoptado por el constituyente primario.

Igualmente, la Constitución colombiana actual, conserva, con ciertos matices, los postulados del modelo neoconstitucional²³ como la rematerialización del derecho, la ponderación en la aplicación del derecho, la omnipresencia y rigidez de la Constitución, omnipresencia judicial y discrecionalidad limitada, la relativización de la certeza del derecho, entre otros.

No obstante, se proclaman derechos y libertades, a la par se consagran las acciones que dan efectividad en el cumplimiento de esos derechos y libertades, a través del proceso. Pero, en este caso se observa que el constituyente consagró una de las acciones²⁴ que hacen eficaz los valores, principios y fines del Estado, en el acto de adquisición y transferencia del derecho de propiedad, esto es, el

²³ Martínez, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009 PP. 37-47.

²⁴ La Constitución Política de Colombia de 1991 en el inciso 2º del Artículo 34 consagra la acción de extinción de dominio en los siguientes términos: “*No obstante, por sentencia judicial, se declara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.*”

cumplimiento de la prevalencia del interés general, el trabajo, la solidaridad y el orden justo, para que se consolide el derecho de propiedad en cabeza de su titular, lo cual en el evento de su incumplimiento, opera la pérdida de su derecho, a través de la acción constitucional de extinción de dominio.

Con respecto a la adquisición, el derecho de propiedad para que se consolide en el titular propietario, se requiere que éste lo haya obtenido del fruto de su trabajo honesto en un orden justo, es decir, de la licitud desde el punto de vista jurídico y de la moral pública. Ahora, con respecto a la transferencia, se salvaguardan intereses superiores del Estado consagrados en la prevalencia del interés general y la solidaridad, es decir, que el uso del bien exige no solo un contenido lícito sino de contenido social.

Los fundamentos del derecho a la propiedad sustentados en el trabajo, en el ejercicio de la libertad, en el derecho y los fines sociales llevan a fortalecer el objeto del proceso de extinción de dominio, como las fuentes legitimadoras para la efectividad en la consolidación del derecho a la propiedad. En primer lugar, mediante el trabajo desde el punto de vista ético, justifica que quien trabaja tiene derecho de apropiarse del fruto del mismo, en segundo lugar en el ejercicio de la libertad, todos los individuos se encuentran en libertad de apropiarse legítimamente de una cosa que anteriormente no ha pertenecido a nadie, siempre y cuando por este hecho no resulte disminuido el bienestar de algún otro individuo y por último, es el sistema jurídico quien determina el régimen de propiedad adecuado a los fines sociales en aplicación de la justicia distributiva, para la persecución de los bienes que han traspasado esos límites fijados, por cuanto alteran el régimen económico y social del Estado, mediante la re-distribución sobre

la base del principio de la diferencia.

1.5 FINES Y FUNCIONES DEL PROCESO

El fin principal del proceso es la satisfacción de un interés público y general: mantener la armonía y la paz social, y tutelar la libertad y la dignidad humanas²⁵.

El fin del proceso de extinción de dominio es mantener la armonía del orden económico y social en la sociedad, el cual se vería afectado por la ilegitimidad de los actos de adquisición y destinación ilícitos desplegados en las relaciones jurídicas del tráfico de los bienes en el mercado.

Además, garantiza la libertad legítima de adquirir y usar los bienes por parte de sus titulares propietarios, pero solo dentro de los límites establecidos por el derecho y los fines sociales determinados por el Estado, el cual en el evento de que los individuos traspasen esos límites, está obligado mediante el proceso a respetarles sus derechos como afectados e intervinientes en él.

En cuanto a la función del proceso de extinción de dominio, el Estado cumple doble misión, una desde el punto de vista de la prevención general y otra desde la prevención especial, todo en aras de salvaguardar bienes jurídicos de orden superior.

²⁵ Vid., Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, ob. cit. p.159.

La prevención general corresponde a la función que cumple la sanción patrimonial en la sociedad, en tanto que crea fenómenos de disuasión para los ciudadanos, en el entendido de que los bienes adquiridos o destinados para actividades ilícitas, jamás serán objeto de protección en el ordenamiento jurídico colombiano.

La prevención especial genera, en el titular del bien objeto de la acción de extinción de dominio, una pérdida o menoscabo en los activos que conforman su patrimonio, lo cual hace gravosa su situación económica social.

2 EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO: ANÁLISIS CRÍTICO

2.1 INTRODUCCIÓN

Una vez abordados los aspectos generales del proceso de extinción de dominio, tales como las partes procesales, el objeto del proceso, el fin y la función de este proceso en el ordenamiento jurídico colombiano, se requiere efectuar el análisis crítico de la Ley de extinción de dominio e identificar los problemas álgidos de conceptualización e interpretación que generan dificultades en su aplicación.

Para ello, se ha acudido a las fuentes legales, doctrinales jurisprudenciales y de la práctica judicial.

2.2 EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como figuras jurídicas novedosas incluidas por el constituyente en la Constitución Política de 1991 se destacan la acción de tutela que le da eficacia y efectividad a los derechos fundamentales y la acción de extinción de dominio como herramienta eficaz y efectiva del Estado, dirigida contra quienes tengan intereses vinculados en el derecho de propiedad por el incumplimiento de los deberes que les impone el ordenamiento jurídico tanto en la adquisición del bien como en su destinación, en salvaguarda de la legitimidad de este derecho.

No en vano, observamos en los titulares de los medios de comunicación la salvaguarda de los derechos fundamentales a través del mecanismo de la acción de tutela en un activismo judicial sin precedentes. Así mismo, en forma cotidiana vemos que a la par del control social ejercido con la aplicación del derecho penal, como política criminal, se ejerce la acción de extinción de dominio en la persecución indirecta del delito, en especial fenómenos de criminalidad organizada y recurrente, como es el caso de organizaciones criminales de narcotráfico²⁶, cultivos ilícitos²⁷, expendios ilegales de estupefacientes en sectores marginales de las ciudades²⁸, establecimientos que prestan servicio de hospedaje cuando tales inmuebles hayan sido utilizados para la comisión de actividades de utilización sexual de niños, niñas y adolescentes²⁹, organizaciones criminales dedicadas a esquilmar el erario público³⁰, etc.

En efecto, el avance de la Constitución de 1991 con respecto a la Constitución de 1886 y sus reformas se fundamenta en haber ido más de allá de una declaración de derechos y garantías en su parte programática, incluyendo las acciones para

²⁶ Diario "El Tiempo" Sección judicial en edición de septiembre 28 de 2006, dice "*Fiscalía ocupa 54 bienes perteneciente a organización de narcotráfico*".

²⁷ Diario "El Espectador" Sección judicial en edición de noviembre 23 de 2007, dice "*Millonaria operación de extinción de dominio de cultivos ilícitos*".

²⁸ Diario "El Tiempo" Sección cultura y entretenimiento en edición de abril 1º de 2008 dice: "*Extinción a Ollas de Bazuco en Cartagena*".

²⁹ La Ley 1336 de 2009 de Colombia denominada de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes, consagra la extinción de dominio como medida de control en casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, así: "ARTÍCULO 9º. *Normas sobre extinción de dominio. La Ley 793 del 27 de diciembre de 2002 por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, y normas que la modifiquen, se aplicará a los hoteles, pensiones, hostales, residencias, aparta hoteles y a los demás establecimientos que presten el servicio de hospedaje, cuando tales inmuebles hayan sido utilizados para la comisión de actividades de utilización sexual de niños, niñas y adolescentes.*

Los bienes, rendimientos y frutos que generen los inmuebles de que trata esta norma, y cuya extinción de dominio se haya decretado conforme a las leyes, deberán destinarse a la financiación del Fondo contra la Explotación Sexual de Menores. Los recaudos generados en virtud de la destinación provisional de tales bienes se destinarán en igual forma".

³⁰ Diario "El Tiempo" Sección judicial en edición de mayo 19 de 2007, dice "*DAS ocupó bienes por \$ 10 mil millones a cerebro de desfalco a Cajanal*".

que estos derechos se cumplan en la dinámica de la sociedad, como uno de los aspectos que caracterizan la corriente del neoconstitucionalismo³¹.

En cuanto al derecho de propiedad, igualmente promueve el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos para que sus actos en la adquisición y destinación del bien objeto del derecho se realicen conforme al ordenamiento jurídico, so pena de asumir la carga que le impone su incumplimiento, esto es, la declaratoria de extinción del dominio del bien adquirido o destinado ilícitamente como herramienta eficaz que propende por la legitimidad de este derecho.

Ahora bien, tanto la Constitución de 1886 y sus reformas, como la Constitución de 1991 garantizan la propiedad privada con origen y destinación lícita, es decir, que tales actos de adquisición y destinación se adecuen al cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Solo que, bajo la vigencia de la Constitución de 1886 se consagraron regulaciones legales y reglamentarias, en distintas materias que hacían alusión al concepto de extinción de dominio. Pero con respecto al tema de la destinación, uso o función que el titular del derecho de propiedad le otorgaba a éste, los antecedentes se remontan a la denominada ley de reforma agraria de 1936³² que establecía, a

³¹ Guastini, Ricardo. *“La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”* en *“Neoconstitucionalismo(s)”*. Madrid: Editorial Trotta, Edición de Miguel Carbonell, 2003, pp. 56, el autor afirma: *“La aplicación directa de la Constitución - junto con la concepción de la Constitución que ésta presupone – es otro elemento esencial de la constitucionalización del ordenamiento(...), porque la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro lado, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva”*

³² La Ley 200 de 1936 en el Artículo 6º dice: *“Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta ley, durante diez años continuos. Cuando la posesión se hubiere ejercido sobre una parte del predio solamente, la extinción del dominio no comprenderá sino las porciones incultas que no se reputen poseídas conforme a esta ley. La extinción del derecho de dominio no tendrá efecto en relación con los siguientes predios: 1º. Los que tengan una cabida total inferior a trescientas (300) hectáreas que constituyan la única propiedad rural del respectivo propietario, y 2º. Los*

favor del Estado, la extinción de dominio sobre bienes rurales en los cuales haya cesado el ejercicio de la posesión y la ley de reforma urbana de 1989³³ que igualmente traía la figura de la extinción de dominio para bienes inmuebles urbanos, entre otras normas que consagraban una incipiente actuación de orden administrativo para decretarla, puesto que también surgió esta figura para los propietarios de las minas inexploradas, regulada en la Ley 20 de 1969 y el Decreto 2655 de 1988; igualmente la extinción del dominio privado de las aguas dispuesta por el Decreto 2811 de 1974.

Ahora, en lo que respecta a la adquisición ilícita de la propiedad el postulado constitucional de la garantía de los derechos de propiedad adquiridos con justo título o con arreglo a las leyes civiles, como declaración de este derecho, encontró desarrollo legal, a partir de la entrada en vigencia de los distintos códigos penales y de procedimiento penal, bajo la figura del comiso, para los bienes utilizados en la ejecución del delito, cobijando simultáneamente los que provengan de la ejecución del mismo, es decir de origen delictivo, así vemos como se remonta esta figura desde el código penal de 1936, y los códigos de procedimiento penal de 1971, 1984, 1987, 1990, 2000 y 2005.

Sin embargo, cabe destacar que fue a partir del fenómeno del narcotráfico, en la década de 1980, cuando se promulgan regulaciones relacionadas con el decomiso

pertenecientes a las personas absolutamente incapaces o a los menores adultos, cuando la adquisición haya sido hecha a título de herencia o legado, y mientras dure la incapacidad"

³³ La ley 9ª de 1989 en el artículo 80 dice: "A partir de la fecha de vigencia de esta ley, habrá lugar a la iniciación del proceso de extinción del derecho de dominio sobre los siguientes inmuebles que no cumplen con su función social:

a) Los inmuebles urbanizables pero no urbanizados, declarados por el Concejo, la Junta Metropolitana o el Consejo Intendencial de San Andrés y Providencia, mediante Acuerdo, como de desarrollo prioritario en cumplimiento del Plan de Desarrollo, y que no se urbanicen dentro de los dos (2) años siguientes a dicha declaratoria. b) Los inmuebles urbanizados sin construir declarados por el Concejo la Junta Metropolitana, o el Consejo Intendencial de San Andrés y Providencia, mediante Acuerdo como de construcción prioritaria en cumplimiento del Plan de Desarrollo, y que no se construyan dentro de los dos (2) años siguientes a dicha declaratoria".

de bienes provenientes de actividades del narcotráfico³⁴, pero es el Artículo 340 del código de procedimiento penal de 1990³⁵, la génesis del texto del Artículo 34 de la Constitución Política de 1991, cuyo tenor literal corresponde exactamente a su descripción posterior en el texto constitucional vigente y cuya inspiración se fundamentó en la persecución de los bienes que provenían de la actividad del narcotráfico, clasificada como conducta que atentaba contra la moral social.

Pasaron cinco años de promulgada la Constitución Política de 1991 para que el legislador desarrollara legalmente el Artículo 34 de la Carta Magna, con la expedición de la Ley 333 de 1996, cuya eficacia fue criticada, en cuanto, que se caracterizó por ser complementaria a la acción penal, es decir, la hacía depender del proceso penal, al tiempo que podía iniciarse concomitante con el proceso penal, con posterioridad a su terminación y en algunos casos de manera independiente, es decir, existía ambigüedad en su interpretación que le restaba independencia y autonomía frente al proceso penal; en materia de notificaciones y recursos fue en exceso garantista, en materia de bienes equivalentes resultó confusa, en la práctica judicial se le definía como una acción de carácter real. Sin embargo, se utilizaban categorías propias de una acción penal, como el caso de la presunción de inocencia y el derecho de defensa técnica.

Ante la inoperancia de la Ley 333 de 1996 se creó una comisión interinstitucional en 1998 del más alto nivel para analizar los avances y dificultades derivadas de la

³⁴ La Ley 30 de 1986 en el artículo 47 en uno de sus apartes dice: “ los bienes muebles,....utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de estas actividades, serán decomisados y puestos a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes..”

³⁵ El Decreto 290 de 1990 en el artículo 340 dice. “Extinción del derecho de dominio. Por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Para esos efectos, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes se considera que causan grave deterioro de la moral social. En todo caso quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe...”

aplicación de la citada ley, de lo cual nacieron ciertas recomendaciones que posteriormente dieron origen al Decreto 1975 de 2002.

El Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación impulsaron la expedición de este decreto aprovechando las facultades de la conmoción interior decretada, buscando resolver los vacíos de interpretación generados en la Ley 333 de 1996, propendiendo por hacer más expedito el procedimiento, en cuanto a las notificaciones, términos procesales y los incidentes para evitar las dilaciones por parte de los intervinientes.

En el transcurso de la vigencia del Decreto 1975 de 2002, a iniciativa del gobierno se presentó el proyecto de ley que en tiempo récord se convirtió en la actual Ley 793 de 2002, la cual le dio carácter de permanencia al contenido del decreto; posteriormente en el examen de constitucionalidad, esta ley fue declarada exequible salvo algunos enunciados, en la sentencia C - 740 de 2003 de la Corte Constitucional.

Pues bien, en el presente acápite se profundizará sobre el estudio de esta figura jurídica novedosa, empezando con su naturaleza jurídica, para luego ahondar el contexto de la problemática de una sociedad en conflicto como la colombiana, como fuente sociológica de esta acción procesal, que la hace *sui generis* en la comunidad jurídica internacional.

La importancia del presente estudio radica en la interpretación de las categorías jurídicas a las que se ha acudido para diseñar esta figura sin vulnerar los

principios y postulados del derecho procesal. Por ello es imperioso establecer el contenido y alcance de la figura como el fondo de la cuestión, con carácter analítico.

Se parte del estudio sobre el tema de su naturaleza jurídica para abordar luego una exposición general sobre la realidad colombiana. Seguidamente, se abordará el estado de la regulación internacional de la extinción de dominio a fin de comparar la normativa nacional y otras normativas internacionales que han introducido la figura en sus ordenamientos jurídicos.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Al referirnos a la naturaleza jurídica del procedimiento de extinción de dominio, como sucede con cualquier institución procesal, lo que se pretende es analizar los aspectos que caracterizan esta institución. Así, bajo el tema correspondiente a la naturaleza jurídica, los autores tratan de explicar las distintas teorías expuestas por la doctrina científica para determinar la estructura, funcionalidad y categoría jurídica a la que pertenece un proceso.

Pues bien, es la misma ley la que de manera expresa destaca la naturaleza de este procedimiento al calificarla de autónoma, independiente, jurisdiccional y real³⁶, pero además, se concibe esta acción como constitucional, pública y directa conforme a la jurisprudencia constitucional.

³⁶ La Ley 793 de 2002 en el Artículo 1º dice. "(...) Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley." y el 4º dice: "DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio,

En ese orden de ideas, la acción de extinción de dominio es una acción constitucional porque fue el constituyente de 1991 quien introdujo esta figura, es decir, la incluyó en la categoría o rango de precepto constitucional, lo cual significa que se encuentra en un mismo nivel normativo al de las acciones concebidas para la protección de derechos fundamentales y colectivos como es el caso de la acción de tutela, la acción popular, la acción de grupo, la acción de cumplimiento, etc.

También comporta el rango constitucional en tanto que el constituyente no delegó al legislador el ámbito de configuración normativa, sino que en forma directa y expresa la reguló, de lo cual se deriva su carácter jurisdiccional al ordenar que solo por sentencia judicial se extinguirá el dominio (bienes), y por las causales expresamente contenidas.

Cabe recordar que en el cuerpo normativo constitucional, la acción de extinción de dominio se ubica en el inciso 2º del Artículo 34 del Capítulo I de los Derechos Fundamentales que integra el Título II de los Derechos, las Garantías y los Deberes como una excepción a la prohibición de la confiscación, lo cual por su ubicación, hace que se conciba la figura, según algunos autores, como una forma especial de confiscación³⁷.

independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa (...) (Subrayados fuera de texto)

³⁷ Camargo, Pedro Pablo. *La acción de extinción de dominio*. Bogotá: Leyer, 5ª ed., 2007, p.108.

Una de las razones que tuvo el constituyente de 1991 para incluir en su obra la figura jurídica y darle esta connotación no fue otra que atender el clamor social como una manera eficaz y efectiva de proceder contra el crimen organizado³⁸.

Pero, el fundamento constitucional de la figura no es otro que elevar a rango constitucional una acción directa como efecto del comportamiento ilícito en los actos de adquisición o destinación de quien ostente ser titular o tenga interés en el derecho de propiedad. Es una acción pública, porque conforme a la ley vigente, no obstante que el Estado debe iniciar de oficio la acción, cualquier ciudadano puede informar de la existencia de bienes susceptibles de esta acción para que la Fiscalía General de la Nación, en representación del Estado, ponga en funcionamiento su aparato jurisdiccional.

Otro argumento válido para justificar esta característica, es el esgrimido por la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de la ley vigente en esta materia, cuando dice que el ordenamiento jurídico colombiano solo 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 social³⁹.

La acción de extinción de dominio es una acción jurisdiccional, puesto que como lo refiere el constituyente de 1991 en el precepto constitucional, solo el órgano jurisdiccional del Estado tiene la competencia para declarar la extinción del dominio sobre los bienes comprometidos ilícitamente, conforme a los

³⁸ Ospino Gutierrez, Julio. *La acción de extinción de dominio*. Bogotá, Nueva jurídica, 1ª ed., 2008, p.50

³⁹ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-740/2003, Jaime. Córdoba Triviño, p. 42.

procedimientos establecidos y finiquitados mediante una sentencia judicial que declara la extinción del dominio de estos.

Así mismo, es una acción de carácter real, en tanto que el sujeto del derecho material lo constituyen personas indeterminadas en contraposición a la acción personal cuyo sujeto material lo constituye determinada persona⁴⁰. Lo cual es plausible, como quiera que los bienes susceptibles de esta acción abarcan una gran variedad de derechos reales principales, accesorios, intransmisibles (uso o habitación, patrimonio de familia), por cuanto una de las prerrogativas del derecho real es la del derecho de persecución que le asiste al Estado para perseguir el bien en manos de quien esté, con la excepción de aquellos adquirentes de buena fe exenta de culpa.

La extinción de dominio es una acción directa porque no está supeditada en su ejercicio más que a los presupuestos de ilicitud contenidos en el precepto constitucional para que sea declarada la extinción de dominio por sentencia judicial. Esto es compatible con los argumentos expuestos en la exposición de motivos contenidos en el proyecto de artículo que hace referencia a la confiscación, el cual fuera derrotado en principio, pero que finalmente con ciertos matices de técnica constitucional fue incorporado por el constituyente de 1991 en el articulado definitivo bajo el inciso 2º del Artículo 34 mencionado⁴¹.

⁴⁰ Vid, Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, Bogotá: ABC, 10ª ed., 1985, p.175.

⁴¹ Gaceta Constitucional No. 77 página 57 en la exposición de motivos, los constituyentes ARMANDO HOLGUIN SARRIA Y FERNANDO CARRILLO FLOREZ al presentar ponencia sobre la prescripción, confiscación y notariado, ya se advertía la aspiración del constituyente de 1991 por introducir una acción directa para perseguir los capitales de origen ilícito, cuando dicen: "*Repugna a toda lógica que los capitales originados en delitos encuentren protección constitucional en una norma que no fue creada para tal fin. Difíciles y presionados raciocinios han tenido que hacer los jueces para justificar en figuras como el comiso lo que debe poderse decidir directa, firme y establemente. No sufre ninguna atenuación el derecho de propiedad. El artículo propuesto es claro en que sus fines están en la línea de desestimular el delito*". (subrayas fuera de texto)

2.4 LA AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN

En la ley vigente que gobierna la extinción de dominio, los Artículos 1º y 4º hacen referencia a este concepto cuando lo enmarca dentro de los términos de la presente ley y con respecto a cualquiera otra acción de naturaleza penal⁴².

La autonomía es un concepto indeterminado en el derecho, luego, cuando se cita, se ha de determinar a ciertos ámbitos de referencia materiales, personales o territoriales.

Un sistema normativo requiere que las reglas encajen como piezas del conjunto que le da unidad a un todo armónico, coherente y sistematizado como características de autonomía.

Para el propósito de este trabajo se profundizará en el tratamiento del concepto de autonomía, desde un punto de vista procesal, es decir, con respecto a otras acciones procesales contenidas en la Constitución Política de manera directa. Pero ello no es óbice para que en el anterior capítulo se haya esbozado el carácter autónomo de esta acción como adscrito al concepto de propiedad.

⁴² La ley 793 de 2002 en los artículos 1º y 4º dice: Artículo 1o. CONCEPTO. “La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley.”

Artículo 4o. DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. “La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa. Procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes correspondan a cualquiera de los eventos previsto en el artículo 2o.” (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia, se resalta la existencia de conceptos propios de un sistema normativo procesal especial con razones axiológicas o principios axiológicos que identifican éste procedimiento de manera distinta a otro procedimiento del mismo rango siguiendo los argumentos de autonomía del conocimiento jurídico de Lariguet⁴³.

Pues bien, la acción de extinción de dominio, que surgió a partir de la Constitución Política de 1991, ha sufrido transformaciones desde su nacimiento a la vida jurídica con la primera ley que la reguló, a saber, la Ley 333 de 1996 cuyas razones axiológicas de orden garantista le dieron una connotación ligada al derecho sancionatorio penal, con todas sus implicaciones de orden procesal, mediante el traslado de las figuras propias del procedimiento penal a este procedimiento especial, haciendo que la acción fuese dependiente o complementaria a la acción penal, es decir, los bienes comprometidos tenían un nexo de relación con las causales que a su vez se tipificaban a partir de actividades delictuales, ello le restó eficacia y confusión en su aplicación.

Pero a pesar de hacerla depender del proceso penal, la acción de extinción de dominio gozaba de una incipiente autonomía ya que la competencia se circunscribía al funcionario competente del proceso penal que debatía la situación jurídica de los bienes involucrados por las causales taxativas de la Ley 333 de 1996⁴⁴.

⁴³ Lariguet, Guillermo. Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico. En Revista Doxa, No. 25, 2002, pp. 589 –590. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_18.pdf, consultado el 26/Sept./09.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia Colombiana – Sala Penal, 11 Dic. 2001, e18634 J. E. Córdoba Poveda, dice: “*En efecto, aunque es una acción distinta e independiente de la responsabilidad penal, sin embargo, la declaración de extinción de dominio corresponde a los jueces competentes para conocer de las actuaciones penales. Así mismo, si hay actuaciones penales en curso, la acción no se puede intentar independientemente y si la acción penal se extingue o termina sin que se haya proferido decisión sobre los bienes, continuará el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal (art. 7, 10 y 14 de la ley 333 de 1996). En consecuencia, no hay duda que quien debe conocer de la acción de extinción de dominio es el funcionario judicial competente para adelantar la actuación penal.*”

De esta ley por vía jurisprudencial se llegó al extremo de concebir el principio de la cosa juzgada, no con respecto a la identidad de sujeto, objeto y causa conforme a una sentencia proferida en dos procesos de extinción de dominio, sino con respecto a la identidad entre un proceso de extinción de dominio y un proceso penal⁴⁵, interpretación ajustada a ese momento histórico de la vigencia de esa ley, por cuanto tenía un enfoque enmarcado dentro del derecho sancionatorio.

Posteriormente, en el devenir histórico de la práctica judicial fue determinante la voluntad política del ejecutivo en el año 2002, ya que por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación y en especial la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos y para la Extinción del Derecho de Dominio de esta entidad, invocando motivos de política criminal, fue diseñado el Decreto 1975 de septiembre 3 de 2002⁴⁶ de corta vigencia, el cual suspendió la Ley 333 de 1996, decreto que con sus falencias, no resistió en algunos de sus artículos el examen de constitucionalidad, puesto que fue preciso, con trámite de urgencia, que el Congreso tramitara en muy corto tiempo la hoy vigente Ley 793 del 27 de diciembre de 2002.

De esta ley se observa que los preceptos legales que aluden a su autonomía se circunscriben al ámbito de la propia ley, es decir, a su naturaleza jurídica y de otra parte la califican de independiente a cualquiera otra acción de naturaleza penal de

⁴⁵ Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-212/2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ El Decreto 1975 de 2002 describe los considerandos así: “*Que mediante el Decreto 1837 del 11 de agosto del 2002 se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional. Que el Decreto 1837 de 2002 señaló que era necesario restringir el acceso de las organizaciones delincuenciales a los activos y recursos financieros originados en cualquier actividad ilícita, sea cual fuere el mecanismo a través del cual se estén movilizando los recursos dentro el sistema económico, para lo cual se previó acelerar los procesos de extinción del dominio tendientes a lograr su eficacia; Que el lavado de activos proveniente de la venta de cocaína y heroína al exterior hace que estas organizaciones delincuenciales tengan una fuente de poder económico que les permite enfrentar al Estado y a la sociedad; Que como consecuencia de lo anterior, las empresas del crimen han multiplicado su capacidad de agresión, por su cada vez más fuerte vinculación con otras formas de delincuencia organizada, llegando a consolidar un poder que representa un riesgo imprevisible e inminente que ocasiona una grave perturbación del orden público en el territorio nacional; Que para contrarrestar los anteriores hechos, la legislación vigente resulta insuficiente e ineficaz, obligando al Estado a adoptar medidas inmediatas que agilicen el procedimiento de extinción de dominio sobre los bienes y recursos provenientes, directa o indirectamente, de actividades ilícitas”.*

la cual se desprenda o se haya originado, o que se haya iniciado simultáneamente.

De lo anterior se deduce que dicha ley es autónoma con respecto a otros sistemas normativos procesales aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano, que dada la naturaleza de estos últimos conducen a la persecución de bienes utilizados como instrumentos o que provienen del delito como en el caso de la acción penal; o, que por tratarse de una acción real en la persecución del bien como tal, independientemente de quién detente u ostente el aparente derecho de propiedad, en la acción civil o, que por no cumplir el titular propietario la función que le designa la Constitución y la ley para el uso o explotación de su bien, revierte el mismo a favor del Estado mediante las acciones administrativas.

Pero aparte de lo anterior, se requiere el manejo y uso de un lenguaje jurídico propio y acorde con la naturaleza de la acción regulada por ese procedimiento especial distinto al lenguaje utilizado por ejemplo en el proceso penal. Así, en el procedimiento especial de extinción de dominio a pesar de ejercerse la acción real en la persecución de bienes, ello no implica que no se involucren personas para reclamar derechos sobre estos. A éstos últimos se les denomina afectados, mas no sindicados como en el proceso penal.

En el procedimiento especial de extinción de dominio se ejerce el derecho de contradicción a través de las oposiciones y el debate probatorio, mientras que en

el proceso penal se ejerce el derecho de defensa.

Igualmente, en el procedimiento especial de extinción de dominio se utiliza la categoría “*actividades ilícitas*” a pesar de que el legislador precisa los comportamientos generales constitucionales que atentan contra el patrimonio público, el tesoro público y la moral social remitiendo a ciertos comportamientos delictuales, en tanto que en el proceso penal se refiere a las “*actividades delictuales*” como objeto de éste.

Finalmente, en el procedimiento especial de extinción de dominio surge la figura novedosa de la retrospectividad en la aplicación de la ley, aún si los actos de adquisición o destinación de los bienes comprometidos se presentaron antes de la entrada en vigencia de ésta. Distinto ocurre en la garantía de la favorabilidad de la ley penal que autoriza su aplicación en forma retroactiva o ultractiva si favorece los intereses del procesado o condenado, como una única excepción al principio general de aplicarla a los hechos cometidos durante su vigencia.

Se pretende proporcionarle, a esta acción, entidad propia dotándola de construcciones teóricas y conceptuales adaptadas a su naturaleza jurídica. Si bien, existen manuales prácticos, útiles para la enseñanza y conocimiento de dicha acción en la labor cotidiana del abogado, aún se requiere explorar la existencia de conceptos relacionados sistemáticamente, sustentado en un conjunto de principios generales o axiomas que le confieran unidad y sistematización y que le dan mayor autonomía con respecto a otras acciones judiciales.

Pero, no obstante que el legislador le otorgó autonomía en el ordenamiento positivo, aún se requiere que en el ejercicio de la interpretación se logre profundizar en su autonomía e independencia, en armonía con los principios superiores de nuestro ordenamiento constitucional, puesto que como toda ley, aún subsisten cláusulas vagas, las cuales se van delineando y enriqueciendo mediante una práctica social compartida que valora constantemente su sentido o propósito, o desde la cual se construyen nuevas ideas y discusiones⁴⁷.

Dicho de otra forma, el eje de tal dinámica está constituido por una actitud interpretativa hacia los elementos que conforman la práctica social, más que al sentido semántico que enarbolan las teorías semánticas del derecho. Siguiendo a Dworkin, el Derecho reposa en una práctica compartida (una historia común) que constantemente se reinterpreta a través de paradigmas surgidos en cada época. Lo que las personas hacen es discutir propuestas de mejora desde esas prácticas y esos paradigmas⁴⁸.

Es así como la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de la ley que regula esta acción, escudriñó el alcance que en materia de autonomía se debe interpretar y las razones del momento histórico con respecto a la Ley 333 de 1996 que a pesar de haber consagrado la autonomía en su Artículo 10, hacía confusa su interpretación cuando la definía como complementaria a las actuaciones penales.

⁴⁷ Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, trad. de C. Ferrari, 1988, p. 61.

⁴⁸ Vid., Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*, ob.cit., pp. 72-74

Superada la discusión de excluir la acción de extinción de dominio del ámbito del derecho sancionatorio, vía jurisprudencia constitucional con la sentencia C - 740 de 2003, adquirió más autonomía esta acción, puesto que la calificó como de rango constitucional, pública, de carácter real, de naturaleza jurisdiccional, cuyo objeto es el de velar por la protección de bienes jurídicos de orden superior contenidos en los valores, fines y principios de nuestro modelo de Estado adoptado, con repercusión en el derecho de propiedad, sin que por ello excluya las motivaciones de política criminal como herramienta eficaz para el detrimento de los emporios económicos de las organizaciones criminales de distinta índole que subsisten y se reproducen de las actividades ilícitas⁴⁹.

Pero se reitera, es a través de la práctica social en el devenir de la historia como se va perfeccionando el procedimiento especial que regula esta acción, pues no se podría decir que goce de una autonomía absoluta dentro de un concepto de plenitud como sistema normativo procesal, el cual se autoabastece. Por el contrario se puede calificar como una autonomía relativa acorde con la idea de completitud⁵⁰ del sistema normativo procesal aplicable a su naturaleza jurídica, puesto que la misma ley remite a otros ordenamientos jurídicos procesales para llenar los vacíos surgidos de su aplicación.

La acción extintiva del dominio es autónoma e independiente de cualquier otra de naturaleza penal porque no es una sanción que se impone por la comisión de una conducta punible, según la ley de extinción de dominio vigente. También es

⁴⁹ Revista "Observatorio de Drogas en Colombia: Acciones y resultados" editado por la Dirección Nacional de Estupefacientes el 6 de diciembre de 2004, cita el documento "Bases para el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2003" PP. 149, dice "En relación con la extinción de dominio de los bienes de los traficantes de drogas ilícitas, se buscará dinamizar la acción judicial que permita transferir el derecho a favor del estado, de un total de 38.400 bienes, entre vehículos e inmuebles rurales y urbanos que a la fecha han sido incautados y puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes para su administración y cuidado. El Gobierno ha modificado la legislación para independizar el proceso que se les inicia a los bienes de aquel que se le inicia a los sindicados." Consultado en Sept. 19 de 2009 en la página: <http://www.dne.gov.co/?idcategoria=834>

⁵⁰ Vid., Lariguet, Guillermo. Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico. En Revista Doxa, No. 25, 2002, p. 592.

independiente respecto del derecho civil porque procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado y además porque no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado, reafirmando la motivación en el legítimo interés público, como lo aclara la jurisprudencia constitucional⁵¹.

Pues bien, el objetivo de este trabajo es revestir el procedimiento de extinción de dominio de categorías jurídicas y del lenguaje que propenda por construir su autonomía en el ordenamiento jurídico colombiano.

Independientemente de si las motivaciones para naciera la figura de extinción de dominio a la vida jurídica, fueren de contenido penal o civil, interesa evidenciar qué tan eficaz y efectiva puede resultar para debilitar el poder económico de las organizaciones criminales que operan en el territorio nacional desde el punto de vista de la política criminal del Estado que hace parte del derecho penal.

También la extinción de dominio se justifica en la legitimidad del derecho de propiedad a partir de los actos lícitos en la adquisición, conforme al justo título o conforme a las leyes civiles para reclamar la protección del Estado de los derechos adquiridos, desde el punto de vista del derecho civil. Pero más allá, es la protección de intereses superiores del Estado, esto es la moral social, el tesoro

⁵¹ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-740/2003, Jaime. Córdoba Triviño, p. 42.

público y las fortunas bien habidas, conforme a los valores, fines y principios del Estado Social y Democrático de Derecho, o sea, la prevalencia del interés general, el trabajo, la solidaridad y el orden justo.

En la construcción de dotar a la acción de extinción del derecho de dominio, de un procedimiento especial, se logran ventajas en cuanto a la eficacia, efectividad y celeridad. Respeto a la eficacia, porque se dota al Estado de una herramienta eficaz para desvertebrar organizaciones criminales, haciendo que se reviertan los recursos mal habidos para la redistribución del ingreso en política social; efectividad porque se lograría, mediante la prevención general evitar que se legitime la cultura del dinero fácil en el conglomerado social, rescatando los valores del trabajo como principal generador de riqueza, y celeridad porque se evitaría la dilación con figuras jurídicas que operan en otros sistemas procesales, como la prejudicialidad procesal.

2.5 REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.5.1 Regulación constitucional

Como se ha venido afirmando una de las novedades que trajo consigo la *Lex Suprema* colombiana fue la incorporación en su texto normativo de la acción de extinción de dominio.

La iniciativa de dicha constitucionalización surgió de varios constituyentes de

1991, quienes interpretaron la conciencia nacional de degradación moral que padecía nuestra sociedad, como bien lo destaca el constituyente Cornelio Reyes, cuando en una de sus intervenciones dijo “(...) *Pero no es solo la violencia inmotivada e insensata lo que hace trágico el destino de nuestra patria. Al alud sangriento y devastador se ha sumado una profunda degradación moral. El saqueo de los dineros públicos, el afán del enriquecimiento fácil, la desmedida codicia, han conducido a otras formas de violencia y de depredación que jamás antes conoció el pueblo colombiano (...)*”⁵²”.

Posteriormente, los constituyentes Antonio Navaro Wolf, Guillermo Plazas Alcid y Gustavo Zafra Roldan en los proyectos de actos reformativos número 50, 57 y 103 respectivamente en la Asamblea Constituyente⁵³, presentaron propuestas relacionadas con la facultad del Estado para contrarrestar los beneficios que provenían del delito como sanción ligada a la confiscación. El constituyente Arturo Mejía Borda en su proyecto de acto reformativo número 93 introdujo tal iniciativa pero en el artículo que trataba el régimen de la propiedad⁵⁴.

De esta iniciativa se advierte que si bien aludía a la confiscación señalaba taxativamente los casos de los cuales se derivaría ésta, sin expresar el término delito, así: “*No se podrá imponer pena de confiscación, salvo en los casos de adulteración de bebidas o licores adulterados y uso de sustancias no biodegradables que contaminen el aire, las aguas o los suelos; narcotráfico, evasión de impuestos, enriquecimiento ilícito, peculado, soborno, contrabando y otras defraudaciones similares que la ley señale*”. De esta iniciativa, a la postre, se extractarían los comportamientos ilícitos en las tres grandes causales del

⁵² Asamblea Constituyente Colombiana, *Gaceta Constitucional* núm. 17, Bogotá D.E., jueves 7 de marzo de 1991, P.58.

⁵³ Vid, Asamblea Constituyente Colombiana, *Gaceta Constitucional* núm. 22, Bogotá D.E., lunes 18 de marzo de 1991, P.49; *Gaceta Constitucional* núm. 22, Bogotá D.E., lunes 18 de marzo de 1991, P.135; *Gaceta Constitucional* núm. 25, Bogotá D.E., jueves 21 de marzo de 1991, P.125.

⁵⁴ Vid, Asamblea Constituyente Colombiana, *Gaceta Constitucional* núm. 24, Bogotá D.E., miércoles 20 de marzo de 1991, P.164.

Artículo 34 de la Constitución vigente, de la cual se derivarían los efectos para extinguir los bienes habidos del enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público y en detrimento de la moral social.

Posteriormente, en la ponencia para primer debate presentada por los constituyentes Armando Holguín Sarria y Fernando Carrillo Flórez en la Asamblea Nacional Constituyente, diseñaron el artículo con el siguiente contenido: *“No se podrá imponer pena de confiscación salvo en los casos que haya habido beneficio patrimonial por delitos, hasta el monto aprobado, y a favor de quien haya sufrido el menoscabo económico; si este último no pudiera precisarse, la confiscación se hará a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia”*.

Y en la exposición de motivos dicen. *“Repugna a toda lógica que los capitales originados en delitos encuentren protección constitucional en una norma que no fue creada para tal fin. Difíciles y presionados raciocinios han tenido que hacer los jueces para justificar en figuras como el comiso lo que debe poderse decidir directa, firme y establemente. No sufre ninguna atenuación el derecho de propiedad. El artículo propuesto es claro en que sus fines están en la línea de desestimular el delito”*⁵⁵. Ahí se observa la inquietud del constituyente de 1991 por introducir la figura para la recuperación de los patrimonios que tuvieran origen en el delito, pero mediante la confiscación.

Así, en los debates se fue decantando y perfeccionando la figura de la extinción de dominio puesto que en el informe de la comisión primera de la Asamblea Nacional Constituyente, ésta presentó un artículo donde se prohíbe la confiscación. Sin embargo, a renglón seguido, como excepción, inserta la extinción de dominio pero

⁵⁵ Vid, Asamblea Constituyente Colombiana, *Gaceta Constitucional* núm. 77, Bogotá D.E., lunes 20 de mayo de 1991, P.55.

solo para los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, así: *“No se podrá imponer pena de confiscación. No obstante se extinguirá el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito. Artículo 34 Constitución Nacional”*⁵⁶.

Por último, en el segundo debate ante la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente quedó perfeccionada la figura como aspiración del constituyente de 1991, dándole amplitud de cobertura para otros presupuestos de comportamientos ilícitos, despojando de su contenido el término delito, lo cual hace que la figura cobre autonomía e independencia frente a la acción penal.

2.5.2 Regulación legal

Como se ha venido afirmando, antes de la Constitución Política de 1991 ya se aludía al mecanismo de la extinción de dominio al cual se le daba un trámite administrativo como efecto del incumplimiento de la función social de la propiedad. Es el caso de la reforma agraria de 1936, la reforma urbana de 1989, el código de minas, el código de los recursos naturales de 1974.

Por otro lado, en materia del tratamiento del producto del delito, se estableció la figura del comiso desde el código penal de 1936 y los subsiguientes códigos de procedimiento penal promulgados. Cabe reiterar que la figura de la extinción de dominio como tal, fue introducida mediante el Artículo 340 del Decreto 2700 de 1991, haciendo claridad que cuando se refiere a las actividades que causen

⁵⁶ Vid, Asamblea Constituyente Colombiana, *Gaceta Constitucional* núm. 83, Bogotá D.E., lunes 27 de mayo de 1991, P.19.

deterioro a la moral social se entienden los delitos contenidos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, fue promulgada la Ley 333 de 1996 titulada “*Por la cual se establecen las normas de Extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita*” expedida el 19 de diciembre de 1996. Esta regulación suscitó serias críticas por falta de eficacia y efectividad para el propósito concebido por el constituyente de 1991, según los estamentos del gobierno en el año 2002, tras seis años de aplicación.

Ante estas críticas el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, en atribuciones de la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, promulgó el Decreto 1975 de 2002 titulado: “*Por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción de dominio*” expedido el 3 de septiembre de 2002.

Esta fue una regulación legal de corta duración, pues en tanto expiraban las facultades del Estado de Conmoción que le dieron vigencia se tramitaba en el Congreso la ley de permanencia de esa regulación; así nace la Ley 793 de 2002 titulada: “*Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio*” expedida el 27 de diciembre de 2002, hoy vigente.

2.5.3 Regulación internacional

Como se ha venido sosteniendo, fueron las actividades ilícitas de narcotráfico las que han motivado la persecución del producto generador de violencia a finales de la década de 1980 y finales de la década de 1990 en Colombia, lo cual hizo que el Estado suscribiera la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, e incorporada al ordenamiento interno por la Ley 69 de 1993, que fue declarada exequible mediante sentencia C-174 del 12 de abril de 1974, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero; convención que fue suscrita por gran cantidad de partes (Estados), y que entre otras motivaciones, adujo:

“Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles, y decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”.

En ese orden de ideas es un imperativo categórico de carácter universal, el compromiso de los estados de perseguir los recursos económicos que genera la economía del narcotráfico como capitalismo mafioso, que implica un proceso productivo distinto a otras actividades criminales⁵⁷.

⁵⁷ Uprimny Yopez, Rodrigo. “Un primer elemento teórico: El narcotráfico como forma de acumulación ilegal”. En B. de Sousa Santos y M. García Villegas. “El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico” Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 398. El autor desde el punto de vista de la teoría económica, define el narcotráfico como: “aunque sea producto de una forma de criminalidad organizada, la economía de la droga es un proceso de producción en donde se efectúan avances en capital y en trabajo para producir mercancías con el objeto de venderlas en un mercado y obtener una ganancia”

En consecuencia, la extinción de dominio es una herramienta más de la política criminal del Estado Colombiano, implementada en cumplimiento del compromiso internacional adquirido para la persecución del capital ilícito generado por las organizaciones criminales del narcotráfico, pero con amplia cobertura a otras actividades ilícitas demarcadas por el constituyente de 1991 y desarrolladas en la ley vigente de extinción de dominio, que atentan contra el orden económico y social de la sociedad colombiana.

Pero, para el objeto del presente trabajo, que no es otro, que el análisis de ciertas categorías del procedimiento especial de extinción de dominio y dentro de él obviamente el debido proceso, es el derecho fundamental garantizado por la jurisprudencia derecho internacional de los Derechos Humanos, normas integradas al nivel de los preceptos constitucionales en virtud del denominado “Bloque de Constitucionalidad”⁵⁸, conforme al Artículo 93 de nuestra Constitución Política de 1991.

En materia del debido proceso, atendiendo la naturaleza especial de este procedimiento, en lo que le es aplicable, tenemos que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es proclamado el debido proceso y el mecanismo de un procedimiento expedito para la protección de los derechos fundamentales por la violación inminente de alguna autoridad del Estado; así, en el Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, abril de 1948, dispone:

⁵⁸ Uprimny Yepez, Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. *Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. En D. O'Donnell, I. M. Uprimny y A. Valencia (Compiladores), “*Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional - Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*”, Bogotá: Ediciones Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 3ª ed., 2003, pp. 97-154.

“Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Posteriormente, este derecho fue adoptado en el Artículo 14 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos⁵⁹ adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 que entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976. En virtud de la Ley 74 de 1968 y en el numeral 1 del Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁰ fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y en Colombia entró en vigencia el 18 de julio de 1978 en virtud de la Ley 16 de 1972.

Cuando se hace mención al mecanismo expedito que ampara a las personas contra los actos de autoridad que violen o amenacen sus derechos fundamentales no es otro que la denominada en nuestro ordenamiento jurídico como Acción de Tutela, la cual, los estados compromisarios se obligaron a introducirlo en sus ordenamientos internos, conforme los literales del numeral 3 del Artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,.

⁵⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el numeral 1 del Artículo 14 dispone. “1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...); pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública (...)*”

⁶⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el numeral 1. del Artículo 8 dispone: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*”

El mecanismo de la tutela es bastante utilizado en nuestro medio contra las autoridades competentes que conocen del proceso de extinción de dominio, cuando de sus actos se configuran vías de hecho judicial que violan o amenazan los derechos fundamentales al debido proceso en las actuaciones procesales. En el proceso de extinción de dominio, una vez agotado el procedimiento aún con sentencia de segunda instancia, quien se sienta agraviado, podrá alegar la carencia de recurso judicial mediante la acción de tutela, por cuanto legal y jurisprudencialmente para el proceso de extinción de dominio no operan los recursos extraordinarios de casación y revisión, entonces optan por este mecanismo de amparo del derecho fundamental al debido proceso en sus distintas modalidades de la vía de hecho, esto es, por defecto sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental⁶¹.

2.6 EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

2.6.1 Fases del procedimiento

En el derecho procesal las actuaciones del proceso se surten por etapas o fases, que para el caso de la extinción de dominio el legislador sólo denomina a la primera como fase inicial, a las demás no les asigna un nombre en especial. Sin embargo, por razones de orden metodológico se denominan tres etapas: la primera fase inicial, la segunda fase instructiva y la tercera fase decisiva, así:

⁶¹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Vías de hecho: Acción de tutela contra providencias*, Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 72 - 73

2.6.1.1 Fase inicial

Como una etapa preprocesal, está dirigida a desarrollar las labores de verificación que permitan al Estado, a través del órgano judicial, identificar bienes que se encuentren incurso en alguna de las causales del Artículo 2° de la citada ley, para así elaborar la pretensión de Estado que se tendrá que plasmar en la resolución que da inicio al proceso. No se fija un término definido para el agotamiento de ésta, pero ello no implica que sea indefinido ese plazo, sino que debe ceñirse a los parámetros de lo razonable⁶², acorde con la complejidad para estructurar las causales y la cantidad de bienes. Esta etapa goza del carácter reservado, salvo cuando se acuda a la imposición de medidas cautelares, ya que la elaboración de la pretensión en esta etapa no implica la afectación de ningún derecho, por cuanto en este estadio se identifican e individualizan los bienes susceptibles de afectar.

Con respecto a los derechos de los posibles afectados, se reitera, la investigación no es contra las personas, sino es la persecución de un derecho real viciado en su origen o destinación, luego en esta etapa aún es incierto quiénes serán los afectados, hasta tanto no se concrete e identifique el bien y su nexo de relación con las causales que configuran la actividad ilícita de la cual proviene o está destinado. Cabe aclarar que los derechos del afectado son diferentes a los derechos fundamentales del imputado en la etapa preliminar del proceso penal, puesto que en éste, la investigación se dirige contra una persona por hechos relevantes para el derecho penal.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente y razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso TIBI Vs. ECUADOR del 7 de septiembre de 2004, donde deja claro los elementos que debe reunir el plazo para que sea razonable, a saber: Complejidad del asunto, estrategia del interesado y comportamiento del tribunal.

En esta etapa surge la posibilidad de adoptar medidas cautelares y como quiera que ellas comportan una limitación de derechos, se garantiza la intervención de los afectados a partir de la imposición de estas.

2.6.1.2 Fase instructiva

Se consagra un procedimiento breve para el ejercicio de la acción, el cual está diseñado para garantizar los derechos de contradicción y oposición, ya que en esta etapa se parte de la resolución de inicio que contienen los bienes afectados debidamente identificados y el nexo de relación de causalidad del bien y las causales, previstas en la ley.

La resolución de inicio solamente procede bajo presupuestos concretos, pues para llegar a este momento el Estado debe contar, no sólo con argumentos fácticos relacionados con la causal que motiva el comienzo de la acción, sino con una plena identificación de los bienes y el respaldo probatorio suficiente de su pretensión. Resulta claro que sí el Estado contó con el tiempo y los recursos suficientes para preparar el inicio del trámite extintivo, éste debe estar sólidamente soportado, lo cual se traduce en una garantía de seguridad jurídica para quienes resulten afectados.

El procedimiento está revestido de las garantías legales y procesales comunes a cualquier trámite, consagrando además, aquellas que le permiten al afectado desarrollar un papel protagónico en materia probatoria; frente a este aspecto, el trámite se asemeja al de un proceso dispositivo en el cual los afectados tienen el

derecho de probar las manifestaciones de su oposición para desvirtuar la pretensión de Estado.

El reconocimiento de derechos y garantías también se extiende a aquellos considerados como terceros de buena fe exentos de culpa.

Esta etapa comienza con una resolución interlocutoria denominada resolución de inicio del trámite de extinción de dominio, la cual, por su importancia demanda el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales. En la misma decisión se impone la carga de ordenar medidas cautelares sobre los bienes siempre y cuando estas no hubiesen sido adoptadas en la fase inicial.

2.6.1.3 Fase decisional

En esta fase es crucial la valoración probatoria que debe seguir el juez al adoptar la sentencia toda vez que surge en esta etapa un término perentorio para que las partes, si lo desean, puedan controvertir la resolución de procedencia o improcedencia dictada por el fiscal de la investigación, solicitando o aportando pruebas, o incluso el mismo juez de conocimiento puede ordenar pruebas de oficio que lo lleven a la convicción de la verdad procesal, para dictar la correspondiente sentencia conforme a lo alegado y probado en un nivel superior dentro de la escala de los grados de conocimiento o estados de la mente con relación a la verdad⁶³.

⁶³ Ellero, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Madrid: Editorial Reus, 6ª Ed., 1986, pp. 18 y 36, quien afirma que los estados de la mente con respecto a la verdad son: La ignorancia, la credibilidad, la probabilidad, la certeza y la convicción. La ignorancia está constituida por la ausencia de todo conocimiento sobre el hecho; en la credibilidad se presenta igualdad de motivos para el conocimiento afirmativo que para el negativo; en

Estos grados de conocimiento se ven reflejados en las decisiones judiciales que se adoptan en cada etapa o fase del proceso de extinción de dominio, lo cual haciendo un símil según Morales Marín⁶⁴ ocurre en el proceso penal, es decir, sería la verosimilitud en la fase inicial, porque es solo un conocimiento de orientación y punto de partida de una indagación para comprobarlo o verificarlo; en la fase instructiva, la probabilidad es un conocimiento que surge de datos objetivos de cuya percepción se deducen razones fundantes pero no concluyentes, y la certeza en la fase decisiva, es el grado superior de conocimiento que consiste en estar fuera de toda duda razonable, como la aceptación plena de la verdad.

De lo anterior, llama la atención que el legislador en el procedimiento de extinción de dominio hace alusión a que la sentencia se dictará de acuerdo con lo alegado y probado⁶⁵, mientras que en el procedimiento penal se exige además para efectos de la sentencia condenatoria, la exigencia de pruebas que conduzcan a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado⁶⁶. Lo cual se considera plausible, de acuerdo con la naturaleza de la acción de extinción de dominio, sin que ello signifique que el Juez no está obligado a llegar a la convicción plena de certidumbre para plasmar, en la sentencia declarativa, la extinción de dominio o de abstenerse de hacerlo sobre los bienes comprometidos.

la probabilidad existe predominio del conocimiento afirmativo; en la certeza hay admisión del conocimiento afirmativo, aunque puede no ser verdadero lo que se estima cierto, pues en veces se acepta como tal un hecho falso; y la convicción, que es, la admisión plena del conocimiento afirmativo y como exento de errores.

⁶⁴ Morales Marín, Gustavo. *Prueba penal y apreciación técnico – científica*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, pp. 219 – 221.

⁶⁵ La ley 793 de 2002 en el artículo 9º en su parte pertinente dice: “Vencido el término anterior, dictará la respectiva sentencia que declara la extinción de dominio, o se abstendrá de hacerlo, de acuerdo con lo alegado y probado, dentro de los quince (15) días siguientes.”

⁶⁶ La ley 600 de 2000 en el inciso 2º del artículo 232 dice: “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.”

De otra parte, surgen cambios sustanciales en cuanto a la resolución de procedencia o improcedencia de la acción y la sentencia de extinción del dominio, toda vez que se releva al Fiscal de la función de decidir la suerte definitiva de los bienes, especialmente, tratándose de la improcedencia de la acción para que sea el juez quien deba adoptar dicha decisión a través de una sentencia judicial.

2.6.2 Competencia

Jurisdicción y competencia son dos conceptos ligados pero a la vez comportan significados de género y especie, ya que si bien, la jurisdicción, como facultad que administra justicia, incumbe a todos los jueces y magistrados, ello no basta, se requiere determinar a qué juez o magistrado de determinada rama jurisdiccional le corresponde el asunto.

Es ahí cuando se recurre a la competencia, definida como la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. Y para determinar ésta, es preciso acudir a cinco factores que los doctrinantes han fijado como: objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión⁶⁷.

Para el presente caso, el Artículo 11 de la Ley 793 de 2002 por la cual se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, se derivan tres tipos de competencia objetiva, funcional y territorial frente a los cuales se agrega otro

⁶⁷ Vid., Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, ob. Cit., pp.133.

factor de competencia: cuál es el número de jueces en un distrito judicial⁶⁸, de lo que se discrepa en cuanto que no es un factor más de competencia sino que esta eventualidad se contempla dentro del factor territorial, porque surge cuando la pluralidad de bienes comprometidos se encuentran ubicados en distintos territorios de distritos jurisdiccionales. Entonces le corresponde al juez especializado por reparto del distrito judicial donde exista el mayor número de ellos.

La competencia objetiva y funcional en el procedimiento de extinción de dominio se encuentra radicada en los juzgados Penales del Circuito Especializados, por expresa disposición del Artículo 11 de la Ley 793 de 2002, lo cual se encuentra ajustado a la voluntad del constituyente de 1991, quien en el Artículo 34 de la Constitución Política no especificó a qué jurisdicción asignaba la competencia. Pero dada su naturaleza en orden a investigar los bienes adquiridos ilícitamente habría de corresponder al órgano especializado en estas labores, como acertadamente lo plasmó el legislador en la ley vigente que regula esta materia, en concordancia con lo expresado sobre este factor de competencia por Patiño González⁶⁹.

Ahora, la atribución de competencia objetiva fue ajustada a la Constitución Política por la Corte Constitucional al considerar que la competencia que la ley le asigna a la Fiscalía para conocer de la acción de extinción de dominio guarda una

⁶⁸ Hernández Camargo, Daniel Camilo. *Aspectos fundamentales de la extinción de dominio de bienes ilícitamente adquiridos*, Bogotá D.C.:Leyer, 2004, PP.75.

⁶⁹ Vid., Patiño González, María Cristina. *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*, ob. cit. p. 209, afirma: "CALAMANDREI afirma que este factor de competencia busca instituir un sistema práctico que permita que las partes puedan encontrar, entre los diferentes tipos de jueces, el más apropiado a las exigencias de la causa a decidir. Se trata por tanto de establecer una relación entre la causa y la especialización del órgano judicial, tomando en consideración unas veces el objeto de la causa o de los caracteres cualitativos atinentes a la naturaleza jurídica de la relación controvertida en el proceso, y en otras, los aspectos cuantitativos de la causa".

conexidad razonable con las funciones que la Carta de manera expresa y directa le atribuye a esa entidad⁷⁰.

La competencia territorial⁷¹ es la constatación de la existencia de varios jueces del mismo grado o tipo; por tal motivo, se hace necesario distinguirlos en razón del territorio dentro cual se encuentra su sede. Por ello, para determinar quién es el juez competente para conocer sobre el proceso de extinción de dominio, entre todos aquellos que habrían de conocer el proceso en el amplio espectro del territorio nacional, el legislador lo asigna al lugar donde se encuentre el bien o bienes comprometidos.

Así mismo, en la eventualidad de existir una pluralidad de bienes en distintos lugares, se asigna al juez que por reparto le corresponda, en el lugar donde exista el mayor número de jueces penales del circuito especializados.

Los fundamentos de este factor de competencia se justifican por cuanto posibilita a quienes tengan intereses sobre el derecho de propiedad discutido, acceder al proceso en el lugar donde se encuentra el bien sin tener que trasladarse a otro lugar, al igual que facilita la práctica de pruebas en este lugar.

No obstante lo anterior, en la práctica judicial, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, aduciendo motivos de congestión judicial, con fundamento en las facultades otorgadas en el Artículo 63 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, expidió el acuerdo 1692 de 15 de

⁷⁰ Vid., Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-740/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷¹ Vid., López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil Parte General*, ob.cit., p. 205

enero de 2003 mediante el cual dispuso crear por 3 meses, cinco juzgados penales de circuito especializados de descongestión en el distrito judicial de Bogotá, señalando su correspondiente planta de personal, las condiciones del nombramiento de sus titulares y los asuntos de su competencia exclusiva; así como el Acuerdo 2467 de 2004 que contiene la creación con carácter transitorio hasta el 15 de diciembre de 2004, de una Sala Penal de descongestión en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con su planta de personal y otras disposiciones relativas a dicha Sala.

Posteriormente, dicho órgano judicial ha venido expidiendo acuerdos que no hacen más que prorrogar la vigencia de las medidas de descongestión contenidas en el acuerdo inicial, hasta el último Acuerdo PSAA09-6118 de julio 29 de 2009 que prorroga las medidas de descongestión adoptadas por el Acuerdo 4438 de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009.

Esta práctica ha sido utilizada, hasta la fecha, de manera recurrente y sucesiva, con la expedición de estos acuerdos que prorrogan la competencia en los jueces penales del circuito especializados de descongestión y la sala penal de descongestión en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para el conocimiento de los procesos de extinción de dominio y los procesos penales por los delitos de lavado de activos y conexos.

Los mencionados acuerdos fueron demandados mediante acción de nulidad ante el contencioso administrativo, cuyas pretensiones fueron denegadas en fallo administrativo por no ajustarse a los preceptos legales, con el argumento de que estas medidas no hacen más que hacer efectivo el mandato del Constituyente y del

Legislador de las atribuciones conferidas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para generar las condiciones orgánicas, funcionales y materiales que favorezcan una pronta y cumplida administración de justicia, plasmados, entre otras, en las normas constitucionales y legales, sin que en este caso se hubieren adoptados disposiciones de alcance o contenido procesal, sino meramente administrativas tanto en lo concerniente a la estructura orgánica de los despachos que en ellos se crean, como a lo atinente a la provisión de los respectivos cargos, con sus implicaciones financieras y de soporte operativo, incluyendo los trámites administrativos y flujo de información para hacer efectiva la distribución que con ellos se busca⁷².

Pues bien, esta es otra de las razones circunscritas a la práctica judicial para demostrar que cada vez el procedimiento de extinción de dominio exige y el Estado le otorga funcionarios judiciales con dedicación exclusiva a este tema, dentro del ámbito de la jurisdicción penal para reafirmar el concepto de autonomía y unidad con respecto a otras acciones judiciales.

2.6.3 Las partes en el proceso

Como se mencionó en el capítulo de los sujetos procesales, aquí se analizará el tema delicado que se refiere a los terceros de buena fe exentos de culpa.

2.6.3.1 El enigma de los terceros de buena fe exentos de culpa

⁷² Consejo de Estado Colombiano, sentencia E 1, 17 Jul.2008, expediente 11001032400020040035901, M. P. Rafael Osteau De Lafont.

En la ley vigente que gobierna la extinción de dominio, los Artículos 3º, 4º y 13º hacen referencia al respeto de las garantías procesales cuando aparecen bienes reclamados por afectados como terceros de buena fe exenta de culpa⁷³.

De los preceptos citados, es indudable que el legislador previó que con esta acción se podrían afectar derechos de personas que ajenos a las actividades ilícitas de la cual provenían o estaban destinados los bienes comprometidos, habían obrado de buena fe exenta de culpa en los actos que los vinculaba con estos, luego su deber es garantizarles esos derechos, previendo reglas de excepción sujetas a la condición de que su comportamiento sea conforme a la buena fe exenta de culpa, pero también desconfiando de su actuación como quiera que exige revisión de las decisiones favorables a sus pretensiones, a través de la consulta.

El concepto de ajeno a la actividad ilícita se utiliza en el acto del origen contaminado del bien, es decir, la persona cuyo patrimonio es lícito pero adquiere de buena fe exenta de culpa ese bien de origen ilícito o contaminado, hace que se entre a calificar el comportamiento desplegado en la transferencia del bien.

⁷³ La ley 793 de 2002 en los artículos 3º, 4º y 13º dice: ARTICULO 3º. DE LOS BIENES. “Para los efectos de la presente ley se entenderá por bienes sujetos a extinción del dominio, todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente, se entenderá por tales todos los frutos y rendimientos de los mismos.

Cuando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia, podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular. Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa.”

ARTÍCULO 4º. DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. “La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa.”

ARTÍCULO 13. DEL PROCEDIMIENTO. “El trámite de la acción de extinción de dominio se cumplirá de conformidad con las siguientes reglas:

1...11. Cuando se decrete la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe, el fiscal deberá someter la decisión al grado jurisdiccional de consulta. En los demás casos, será el Juez quien decida sobre la extinción o no del dominio, incluida la improcedencia que dicte el fiscal sobre bienes distintos a los mencionados en este numeral. En todo caso, se desestimarán de plano cualquier incidente que los interesados propongan con esa finalidad.” (Subrayas fuera de texto)

Pues bien, se comparte el planteamiento de Ospino Gutiérrez⁷⁴, cuando hace alusión al tercero de buena fe exento de culpa, como aquella persona que como afectado e interviniente en el proceso, aparece en este porque reclama derechos reales principales y accesorios sobre el bien, pero se considera ajeno a la actividad ilícita que se debate como fuente ilícita del bien comprometido, es decir, es una de las hipótesis en que así se haya declarado penalmente responsable el origen del bien, en el acto de la transferencia, no es posible afectar el derecho de propiedad, porque en el acto del traspaso se cumplieron los requisitos de la buena fe exenta de culpa.

Sin entrar en elucubraciones semánticas y dogmáticas del concepto de tercero en el proceso se califica, como se afirma en precedencia, que en virtud del carácter real de la acción de extinción de dominio, la persecución de los bienes se realiza independientemente de quiénes ostenten derechos sobre él, solo si, luego del acopio de elementos probatorios estos conduzcan a la convicción razonable de que ese bien proviene o está destinado a actividades ilícitas.

Obviamente, se debe determinar, en la etapa inicial, la actividad ilícita y quién o quiénes la despliegan, de quién o de quiénes provienen los recursos para la adquisición o destinación de los bienes comprometidos, como directos afectados en el proceso. Sin embargo, pueden aparecer personas ajenas a esas actividades ilícitas de la cual provienen o están destinados esos bienes que ostentan derechos sobre el bien, de lo cual en el transcurso de la actuación procesal y conforme a las reglas de juicio en la resolución de procedencia o improcedencia que finiquita la

⁷⁴ Vid., Ospino Gutiérrez, Julio. *La acción de extinción de dominio*, Ob. Cit., p.98 afirma: "tercero para efectos del procedimiento especial de extinción de dominio, es la persona titular de derechos principales o accesorios que eventualmente, vale decir, en forma circunstancial puede verse involucrado a través de sus bienes o derechos, en un trámite de extinción de dominio; es la persona que en principio nada tiene que ver con la situación planteada o debatida como causal de extinción de dominio; pero que iteramos de alguna forma puede resultar afectada."

etapa inicial de competencia de la fiscalía especializada o en la sentencia dictada por el juez especializado, se califica, conforme al acervo probatorio acopiado, la calidad de tercero.

En la regla de juicio que califica al tercero, para que le sea reconocido el derecho que alega sobre el bien comprometido, se requiere en principio que haya obrado de buena fe, es decir, este concepto hace parte del orden psíquico de la persona, de naturaleza subjetiva o moral, de lo cual para apreciar su condición se requiere la valoración a partir de los rastros o huellas que al exteriorizarse se constituyen en hechos objetivos relevantes para el derecho⁷⁵.

El concepto de buena fe alcanza gran relevancia en la práctica judicial del proceso de extinción de dominio así como el principio de presunción de inocencia en el proceso penal, dado el *modus operandi* de las organizaciones criminales en el manejo de sus fortunas producto de las actividades ilícitas. Sus integrantes generalmente tienden a no aparecer en las bases de datos de los bienes sujetos a registro mercantil, inmobiliario o automotor, sino que mediante artimañas hacen aparecer los bienes que adquiera esa organización a nombre de terceras personas que no tengan nada que ver con la organización, para romper el hilo de conexidad del conocimiento de la actividad ilícita, de la cual provengan los recursos económicos invertidos para la adquisición de los bienes comprometidos.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia Colombiana - Sala Civil, 4 Jul. 1968.

Luego, para una mejor comprensión del concepto de buena fe, nada mejor que la jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia⁷⁶, que de antaño ha venido decantando y explicando este concepto.

Ahora, ese tercero de buena fe, para que se le reconozca su derecho, requiere que su conducta esté enmarcada dentro de la buena fe exenta de culpa, “o buena fe creadora de derechos, que constituye una buena fe calificada, por cuanto exige no solo una conciencia recta y un comportamiento diligente sino, además, requiere que, quien invoca, haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario,(...) es menester que esa creencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente (...) además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia Colombiana - Sala Civil, 2 ago. 2001, e6146 en este pronunciamiento la Corte dice: “En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que “fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará”⁽⁷⁶⁾).

La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada ‘buena fe subjetiva’ (creencia o confianza), al igual que en la ‘objetiva’ (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil.

La subjetiva, in genere, propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo (‘actitud de conciencia’ o ‘estado psicológico’), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla –o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.).

Acerca de lo que entraña el postulado rector de la buena fe, esta Corporación, pormenorizadamente, en las postrimerías de la década de los años cincuenta, precisó que “La buena fe hace referencia .a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza....Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad....En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.....” (LXXXVIII, p.p. 222 a 243)

Por lo que toca a los grados de la buena fe, desde el ángulo privado, se descubren dos: la buena fe simple, de un lado; y la buena fe cualificada, de otro, que es buena fe creadora o buena fe exenta de culpa.”

a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad⁷⁷.

Para la evaluación tanto de la calidad de tercero así como la condición de exigencia de la buena fe exenta de culpa de éste en su comportamiento, se realiza mediante la regla de juicio en la resolución de procedencia o improcedencia por el Fiscal Especializado o en la sentencia por el Juez Especializado competente.

En materia de la demostración de los hechos objetivos relevantes para el derecho, en el ejercicio de valorar el comportamiento del tercero de buena fe exento de culpa, la práctica judicial indica acudir a los indicios propios de los actos en los negocios simulados⁷⁸ para tratar de eludir la persecución de los bienes susceptibles de la acción de extinción de dominio, para lo cual la doctrina es rica en dilucidarlos, como lo hace Muñoz Sabaté⁷⁹, quien logra precisar 30 indicios para probar la simulación.

⁷⁷ Santos Ballesteros, Jorge. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Tomo I, 2ª ed., 2006, p. 250, donde cita la sentencia de la CSJ Civil, 20 May. 1936, en *jurisprudencia y Doctrina* Tomo V no. 49 pp. 43 y ss.

⁷⁸ Ferrara, Francisco. *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado. 1960 pp. 43-44) quien afirma: "Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio, pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato... Los requisitos del negocio simulado son, por tanto, los tres siguientes:

1º Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.

2º Concertada de acuerdo entre las Partes.

3º Para engañar a terceras personas."

⁷⁹ Muñoz Sabaté, Luis. "La prueba de la simulación semiótica de los negocios jurídicos simulados". Barcelona: Edit. Hispano Europea, 1971, pp. 219 – 221. El autor describe los siguiente indicios de los actos simulados: "1) CAUSA SIMULANDI: Motivo para simular. 2) NECESSITAS: Falta de necesidad de enajenar o gravar. 3) OMNIA BONA: Venta de todo el patrimonio o de lo mejor. 4) AFFECTIO: Relaciones parentales, amistad o de dependencia. 5) NOTITIA: Conocimiento de la simulación por el cómplice. 6) HABITUS: Antecedentes de la conducta. 7) CHARACTER: Personalidad, carácter o profesión. 8) INTERPOSITIO: Testaferro, simulaciones en cadena. 9) SUBFORTUNA: Falta de medios económicos del adquirente. 10) MOVIMIENTO BANCARIO: Ausencia de Movimientos en las Cuentas Corrientes Bancarias. 12) PRETIUM VILIS: Precio Bajo. 13) PRETIUM CONFESSUS: Precio no entregado de presente. 14) COMPENSATIO: Por compensación, 13) PRECIO DIFERIDO: A plazos. 15) INVERSIÓN: No justificación del destino dado al precio. 16) RETENTIO POSSESSIONIS: Persistencia del enajenante en la posesión. 17) TEMPUS: Tiempo Sospechoso del negocio. 18) LOCUS: Lugar sospechoso del negocio. 19) SILENTIO: Ocultación del negocio. 20) INSIDIA: Falsificaciones, captaciones de voluntad, otras maniobras torticeras, 21) PRECONSTITUTIO: Documentación Sospechosa. 22) PROVISIO: Precauciones Sospechosas. 23) DISPARITESIS: Falta de equivalencia en el juego de prestaciones y contraprestaciones. 24) INCURIA: Dejadez. 25) INERTIA: Pasividad del cómplice. 26) NESCIENTIA: Ignorancia del cómplice. 27)

Es variada la modalidad de la delincuencia organizada y no organizada en acudir a varias figuras jurídicas incluyendo procesos civiles, laborales simulados para alegar como terceros de buena fe exenta de culpa respecto del bien o bienes comprometidos en el proceso de extinción de dominio.

2.6.4 Los derechos fundamentales de los intervinientes

2.6.4.1 La inexistencia del recurso extraordinario de casación y revisión

En la ley vigente que gobierna la extinción de dominio, el Artículo 8^o hace referencia al debido proceso⁸⁰.

El precepto hace alusión a la garantía del debido proceso; pues bien, es prodiga la jurisprudencia y la doctrina en el tratamiento de este tema, porque como en todo procedimiento, es deber de los aplicadores judiciales velar por garantizar este derecho protegido incluso por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; luego, es un imperativo categórico susceptible de protección con el amparo constitucional mediante la acción de tutela, que de hecho se ha convertido en eficaz herramienta de protección para los afectados en el procedimiento especial de extinción de dominio, incluso contra las sentencias proferidas en esta materia, atendiendo que contra estas no operan los recursos

DOMINANCIA: Intervención preponderante del simulador 27) SUBYACENCIA: Transparentación de algunos elementos de negocio subyacente. 28) CONTRADOCUMENTO: Falta de Contradocumento. 29) TRANSACTIO: Intentos de arreglo amistoso, 30) ENDOPROCESALES: Conducta procesal de las partes."

⁸⁰ La ley 793 de 2002 en el Artículo 8^o dice: ARTÍCULO 8o. DEL DEBIDO PROCESO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> "En el ejercicio y trámite de la acción de extinción de dominio se garantizará el debido proceso ~~que le es propio~~, permitiendo al afectado presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes, y ejercer el derecho de contradicción que la Constitución Política consagra". (Subrayas fuera de texto)

extraordinarios de casación y revisión, por cuanto el legislador no los previó en la ley, de lo cual, como bien lo ha sostenido la sala penal de la Corte Suprema de Justicia⁸¹, tampoco son aplicables por vía de remisión o analogía, como quiera que la competencia es legal y expresa.

Y con respecto a la improcedencia del recurso extraordinario de revisión, hizo similar pronunciamiento⁸².

⁸¹ Corte Suprema de Justicia Colombiana - Sala Penal, 5 mayo de 2004, e21438, M.P. Jorge Luis Quintero, en ella la Corte se pronuncia en los siguientes términos: “Finalmente, también es útil recordar que la legislación procesal penal, no consagra ninguna disposición que refiera al recurso extraordinario de casación contra sentencias de las características inherentes a las proferidas con fundamento en la Ley 793 de 2002; por el contrario, esa normatividad de manera expresa señala la procedencia de los recursos contra las decisiones que se adopten en su trámite, previendo tan sólo el recurso de apelación y la consulta en los términos indicados en los ordinales 10 y 11 del Artículo 13, más no hizo mención a la modalidad que añora el recurrente. La Corte, entonces, está limitada en su competencia por el imperio de la ley cuyo cumplimiento es propio del Estado de Derecho”

⁸² Corte Suprema de Justicia Colombiana - Sala Penal, 18 Abril de 2007, e27015, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, allí dice: “Dado que la acción para declarar la pérdida del dominio de los bienes de la persona natural o jurídica y su traslado a favor del Estado, debe surtir un trámite judicial, al interior de todas sus fases, inicial ante la Fiscalía y posterior ante los Jueces, se dota a los intervinientes de todas las garantías procesales que le son propias para oponerse a la pretensión pública estatal, sin que le sean extensibles los derechos fundamentales predicables del procesado en materia penal. En este orden, la Ley 793 de 2002 establece la competencia para decidir la extinción de dominio en primer grado a los Jueces Penales del Circuito Especializados del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes, sentencia contra la cual sólo procede el recurso de apelación, interpuesto por las partes o por el Ministerio Público, en tanto que si el fallo niega la extinción de dominio no es apelado, se ha de someter en todo caso al grado jurisdiccional de consulta.

Aunque el ordenamiento en comento remite expresamente a los Códigos de Procedimiento Penal y Civil, en su orden, para llenar sus vacíos, ello en manera alguna apareja la aplicación analógica del instituto de la revisión atribuida a la Corte en los trámites judiciales ordinarios, para tal tipo de acción pública.

De otro lado, la acción de revisión esta instituida legalmente como mecanismo a través del cual se busca la remoción de una providencia que pese a tener ejecutoria material y por lo tanto haber hecho tránsito a cosa juzgada, de ella se advierte razonablemente un contenido de injusticia porque la verdad procesal declarada es bien diversa a la verdad histórica del acontecer objeto de juzgamiento.

En manera alguna la acción de revisión se constituye en un recurso, ni se puede asimilar a una instancia más para intentar reabrir el debate probatorio, de ahí que tenga la calidad de acción independiente del proceso en la que su demostración sólo es posible dentro del marco que delimitan las causales señaladas expresamente en la ley.

Tratándose del ámbito penal, tanto la Ley 600 de 2000, como la Ley 906 de 2004 establecen los eventos específicos v.gr., que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse ante la prescripción o por otra circunstancia de extinción de la acción penal, porque después del fallo aparecen pruebas o hechos nuevos no conocidas al tiempo de los debates que acrediten la inocencia o la inimputabilidad del condenado, se demuestre con sentencia en firme que el fallo fue determinado por conducta típica del juez o de un tercero o que se basó en prueba falsa, circunstancias relacionadas con sentencias adoptadas en procesos penales, sean condenatorias o absolutorias y también para decisiones de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, adscribiendo el conocimiento a la Sala Penal de la Corte cuando se trata de fallos adoptados en única o segunda instancia por la misma Corporación o por los Tribunales Superiores de Distrito o por resoluciones de los Fiscales Delegados ante estos, según el caso.

En el amparo al derecho fundamental del debido proceso al cual han acudido los afectados en el procedimiento especial de extinción de dominio, cuando se han presentado vías de hecho en la actuación procesal por parte de los aplicadores judiciales, la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia ha proferido fallos donde ha reconocido la procedencia de esta acción constitucional contra sentencias ejecutoriadas donde aparece flagrantemente violado éste⁸³.

2.6.4.2 Alcances de la carga dinámica de la prueba

En la ley vigente que gobierna la extinción de dominio, el Parágrafo 1º del Artículo 2º y el Artículo 9º, hacen referencia a este concepto dinámico de la carga de la prueba trasladando al afectado el derecho a oponerse a la pretensión de Estado, cuando incurre en una de las causales⁸⁴.

Por manera que, si la Sala Penal de la Corte, como superior funcional en materia de acción de revisión conoce de las sentencias proferidas en segundo grado por los Tribunales, tratándose de la decisión mediante la cual se confirmó la declaración de la pérdida del dominio de algunos bienes de la Sociedad "ASVALORES" y su traslado al patrimonio estatal, al no estar establecida legalmente la posibilidad de su remoción por la vía de la acción de revisión, resulta improcedente la demanda promovida por JORGE DELGADO FERNÁNDEZ DE SOTO.

Si bien la acción de extinción de dominio tiene el carácter de acción real, no puede decirse que la competencia para conocer de la acción de revisión contra el fallo que dejó en firme la declaración de adquisición ilegítima de los bienes y por ello su extinción del dominio corresponda a la Sala Civil de la Corte, por cuanto no se trata simplemente de la órbita patrimonial del afectado sino que dotada de su matiz público está relacionada con el régimen constitucional de la propiedad con la cual se tutela el interés superior del Estado, el patrimonio y tesoros públicos, así como la moral social.

La protección de los derechos de los intervinientes por fuera del proceso, sería dable por la vía constitucional a través de la acción de tutela, dada también la naturaleza pública de esta acción de amparo."

⁸³ Para tal efecto consultar las sentencias de tutela: República de Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 11 May. 2005, e20531 A. Quintero; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 11 May. 2005, e20547 M. Solarte y Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 25 Abr. 2006, e25341 A. O. Pérez.

⁸⁴ La ley 793 de 2002 en el artículo 9º dice: PARAGRAFO 1º DEL ARTÍCULO 2º. "El afectado deberá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición."

ARTÍCULO 9º. DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS. "Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos de los afectados, y en particular los siguientes:

1. Probar el origen legítimo de su patrimonio, y de bienes cuya, titularidad se discute.

De los preceptos enunciados que hacen referencia a la figura jurídica de la carga dinámica de la prueba, la cual la limita al deber y al derecho de probar por parte del afectado, en materia de extinción de dominio, es preciso realizar las siguientes precisiones:

La carga dinámica de la prueba es una teoría avanzada de la propia figura de la carga de la prueba u *onus probandi* cuyos precedentes según Trujillo Cabrera⁸⁵ datan desde el primitivo derecho germánico que paralelo pero aisladamente del derecho romano, intentaron crear reglas flexibles de distribución de la carga probatoria, donde por primera vez se planteó el principio de buena fe en el procedimiento, en el sentido de que el demandado debía especificar los motivos de su resistencia a la demanda, a través de pruebas, y no limitarse genéricamente a negar los hechos afirmados por el actor.

En España datan desde principios del siglo XX, allí la jurisprudencia ibérica la denominó *favor probationis*, explicándola como aquella conducta que debe compensar el juez en proporción a la dificultad de prueba que tienen ciertos hechos, a los que la probatística española conoce como materias *difficillitoris probationes*. Muñoz Sabaté la concibe como el resultado de una estimulación psicológica que induce al juzgador a tomar mayor parte activa en dicha prueba, y a ejercer sus poderes discrecionales, dentro de su fuero interno⁸⁶, siendo partidario de no incluirla como fórmula legal o norma objetiva.

2. Probar que los bienes de que se trata no se encuentran en las causales que sustentan la acción de extinción de dominio.
3. Probar que, respecto de su patrimonio, o de los bienes que específicamente constituyen el objeto de la acción, se ha producido una sentencia favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada dentro de un proceso de Extinción de Dominio, por identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa del proceso." (Subrayas fuera de texto)

⁸⁵ Trujillo Cabrera, Juan. *La carga dinámica de la prueba*. Bogotá D.C. Leyer, 1ª ed., 2006, pp. 45-47.

⁸⁶ Muñoz Sabaté, Luis. *Prueba de la simulación*. Bogotá: Temis, 1980, pp. 41 y 42.

En el ámbito latinoamericano ha sido la jurisprudencia y doctrina argentina la que ha revitalizado y trabajado más esta teoría hasta el punto de otorgarle la denominación de *cargas probatorias dinámicas*⁸⁷.

En Colombia, como lo reseña Trujillo Cabrera en su obra citada, es abundante la aplicación de esta teoría ya sea mediante consagración legal⁸⁸ o mediante la vía jurisprudencial y doctrinal, en las distintas materias del derecho.

La jurisprudencia argentina ha fundamentado la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en varios principios como: la solución justa⁸⁹, la buena fe⁹⁰, el esclarecimiento de la verdad y el derecho justo⁹¹, la primacía de la verdad objetiva sobre la formal y la efectiva concreción de la justicia⁹².

⁸⁷ Peyrano, Jorge. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

⁸⁸ Código de Procedimiento Civil Colombiano en el 177 dice. “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

⁸⁹ Vid., Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, ob. Cit., p 30. Cita apartes del fallo CNCom., sala A, 18-4-97, “Banco de la ciudad de Buenos Aires c/ FARIAS, ANGEL A.”, así: “*En virtud del principio de las cargas probatorias dinámicas, se coloca la prueba en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. En consecuencia, no hay preceptos rígidos, sino la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto.*” (subrayas fuera de texto)

⁹⁰ Vid., Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, ob. Cit., p 30. Cita apartes del fallo C2aNCom. De Paraná, sala II, 25-8-97, “Consortio de Propietarios Santa Fe 588/596 c/Danta Rizzieve Piton S.A. y otra”, así: “*El sistema de las cargas probatorias dinámicas configura un principio procesal de buena fe, conforme al cual quien se encuentra en mejores condiciones para justificar el hecho constitutivo de su defensa, debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa a transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos en la materia.*” (subrayas fuera de texto)

⁹¹ Vid., Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, ob. Cit., p 30. Cita apartes del fallo CCCMPaz y Trib. No. 2 de Mendoza, 19-5-95, “Banco de crédito Argentino c/ MONICA CAÑADAS y otro.”, así: “*Conforme a la teoría de la apreciación dinámica de las pruebas, ambas partes se encuentran obligadas a producir sus aporte a los fines de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, no por voluntad sino por obligación procesal, para lograr una aplicación del derecho por el sentenciante que tienda a ser más justo, poniéndole la carga probatoria en cabeza de quien por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de producirla.*” (subrayas fuera de texto)

⁹² Vid., Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, ob. Cit., p 30. Cita apartes del fallo CSJN, 14-12-99, “DENENBERG, ROBERTO c/ Provincia de Buenos Aires”, así: “*El concepto de “carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida”, consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar al juzgador, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia, aun abandonando los preceptos rígidos, para perseguir una resolución justa – según las circunstancias fácticas- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis.*” (subrayas fuera de texto)

En nuestro criterio el concepto de carga dinámica de la prueba consiste en el examen que realiza el juzgador mediante las reglas de juicio, al resolver el caso, cuando observa el grado de dificultad o facilidad de las partes según la posición que se encuentren con respecto a la disponibilidad de la prueba en el aporte o no de ésta, que contribuya a fallar el caso en justicia, cuya omisión acarrea consecuencias para quien omite su aporte, independientemente de las razones que tenga para hacerlo, si se encuentra en la mejor posición del acceso a la prueba.

En el caso concreto de la extinción de dominio, conforme al Parágrafo 1º del Artículo 2º de la Ley 793 de 2002, artículo que define las causales de extinción de dominio, se advierte que el legislador le impone un deber al afectado de probar los fundamentos de su oposición, mediante los medios idóneos de prueba, lo cual no se compadece con el concepto de carga de la prueba, porque si se define la prueba como la demostración de un hecho del cual se deriva el derecho que se pretende, en sí, no constituye propiamente un deber, puesto que quien prueba jamás puede ser coaccionado por nadie a que lo haga, pero si asume esta actitud negativa, lo único que logra es un perjuicio para sí mismo, ya que su pretensión no será acogida por el juez.

En materia de extinción de dominio, al Estado le corresponde, en la fase inicial, el acopio de pruebas directas o indiciarias conducentes que demuestren la identificación de los bienes para su determinación y los hechos en que se funda razonablemente la relación de causalidad entre estos y las causales para su afectación, lo cual se plasma en la resolución de inicio del trámite de extinción de dominio.

Como se observa, no riñe la aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba con la garantía del principio de la buena fe en la actuación procesal, porque basta que el Estado tenga elementos de convicción razonables como juicios de cargo respecto del origen o destinación del bien como ilícitos para que el afectado desvirtúe tal premisa mediante la dinámica probatoria; por cuanto lo que se debate es la responsabilidad patrimonial, pues se reitera que para nada se acude al principio de la presunción de inocencia, figura propia de la responsabilidad personal en materia del derecho sancionatorio, llámese penal o disciplinario.

Una vez trabada la *litis* o integrado el contradictorio mediante la notificación de la resolución de inicio a los afectados, se traslada la carga de la prueba a estos, para que si lo tienen a bien presenten las oposiciones a la pretensión de Estado, presentando las pruebas en que se fundan estas, es decir, a partir de allí, corresponde a los afectados, si lo desean, desvirtuar lo pretendido por el Estado aportando las pruebas que consideren necesarias para esclarecer que su bien ha sido adquirido o destinado conforme a las leyes civiles, revestido su comportamiento de licitud.

Luego, surge el interés del afectado en defender el derecho que tiene sobre el bien ante el interés del Estado por desvirtuar su apariencia. Se le traslada al afectado esa carga, porque es quien se encuentra en la mejor posición respecto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido⁹³, de lo cual adicionamos que le incumbe al afectado aportar las pruebas por encontrarse en mejor posición

⁹³ Michelli, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1ª ed, 2004, pp.89 a 91

con respecto a la posesión de estas, para desvirtuar la pretensión de Estado por medio de las oposiciones.

Ese comportamiento del afectado se evalúa mediante la regla de juicio⁹⁴ al final de la actuación procesal en la resolución de procedencia o improcedencia de la etapa inicial. Esto lo hace el fiscal especializado o en la sentencia que profiere el juez penal del circuito especializado del lugar donde se encuentren los bienes.

Con respecto a los preceptos legales citados, la Corte Constitucional en el juicio de constitucionalidad⁹⁵ que los declaró exequibles, aplica esta teoría en virtud de que el afectado se encuentra en mejor posición de explicar la procedencia o destinación del bien comprometido, es decir, le resulta fácil el acceso a las pruebas para que, si lo tiene a bien, aporte al proceso con el fin de esclarecer la verdad en apoyo del principio de colaboración con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, como deber que le asiste a todo ciudadano conforme al numeral 7º del Artículo 95 de la Constitución Política.

⁹⁴ Vid Trujillo Cabrera, Juan. La carga dinámica de la prueba, ob. Cit., p. 21, quien dice que *“la regla de juicio es el instrumento con el que cuenta el juez al momento de fallar, que le permite pronunciarse respecto a la relevancia de las pruebas aducidas y también definir el contenido de la decisión cuando falten elementos probatorios, determinando de esta forma cual de las dos partes fue la más idónea para producir la prueba ausente. Por tanto, a falta de prueba, la regla de juicio le permite al juez erigir su propia convicción en caso de duda. Dicha convicción no se refiere a la verdad discutida en el proceso, sino a la aplicación de la regla del onus probandi, que se desplaza dinámicamente a quien, de acuerdo a la convicción formada, deba asumir las consecuencias de la falta de prueba.”*

⁹⁵ Vid., Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-740/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, dice *“El Estado se halla en la obligación ineludible de recaudar un conjunto de elementos de convicción que le permita concluir, de manera probatoriamente fundada, que el dominio ejercido sobre unos bienes no sólo no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades legítimas, sino que además obedece al ejercicio de actividades ilícitas.*

...No obstante, este derecho de oposición a la procedencia de la declaratoria de extinción implica un comportamiento dinámico del afectado, pues es claro que no puede oponerse con sus solas manifestaciones. Es decir, las negaciones indefinidas, en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes”.

Por otro lado, independientemente del sistema de enjuiciamiento que se utilice, ya sea de carácter inquisitivo o adversarial, eso depende de la voluntad política. La carga dinámica de la prueba se puede utilizar en un sistema adversarial en la medida en que las evidencias o elementos materiales probatorios de cargo, catalogados como razonables, se recauden con el cumplimiento de los requisitos que demanda el respeto de los derechos fundamentales dentro del debido proceso.

2.6.5 Las reglas de aplicación de la ley procedimental

2.6.5.1 La prelación de estatutos procesales para llenar los vacíos de la ley

En la ley vigente que gobierna la extinción de dominio, el Artículo 7º hace referencia a este concepto cuando trata el principio de integración normativa en la aplicación de la ley⁹⁶.

Conforme al precepto enunciado, como en toda ley, para el legislador es imposible prever todo el universo de casos que regulen sus soluciones en el sistema jurídico procesal que gobierna la acción de extinción de dominio. Por ello, en aplicación de la técnica legislativa incluyó la norma de remisión que reenvía el aplicador de la ley a otros códigos procesales compatibles con su naturaleza jurídica, cuando surjan las hipótesis no previstas.

⁹⁶ La Ley 793 de 2002 en el Artículo 7o. dice: *NORMAS APLICABLES. “La acción de extinción se sujetará exclusivamente a las disposiciones de la presente ley y, sólo para llenar sus vacíos, se aplicarán las reglas del Código de Procedimiento Penal o del Código de Procedimiento Civil, en su orden. En ningún caso podrá alegarse prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni exigirse la acumulación de procesos. Una vez que el expediente entre al despacho para fallo, tendrá prelación sobre los demás procesos que en el mismo se adelanten, salvo sobre aquellos en los que fuere preciso resolver la situación jurídica de un detenido”.* (Subrayas fuera de texto)

La doctrina se refiere a la figura jurídica como reenvío de las leyes⁹⁷, que consiste en admitir falencias que el sistema normativo suple con otros sistemas normativos, para solucionar los eventos no previstos por el legislador mediante la remisión normativa.

Pues bien, cabe agregar que el objeto de reenvío son los vacíos o lagunas que se puedan presentar al aplicar el ordenamiento jurídico procesal que contiene la norma de remisión, pero en ésta, el legislador excluye de manera expresa como objeto de remisión la figura jurídica de la prejudicialidad y la acumulación, figuras estas que son objeto de tratamiento en los ordenamientos jurídico procesales a los cuales reenvía la norma de remisión.

En cuanto a la aplicación del orden de prelación de los ordenamientos jurídico procesales, se hará conforme a la naturaleza jurídica de la acción de extinción de

⁹⁷ Carbonell, Miguel y Pedroza de la Calle, Susana Thalia. *Elementos de técnica legislativa*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed. 2000, pp. 215-216. En <http://www.scribd.com/doc/6908594/Carbonell-Miguel-Elementos-De-Tecnica-Legislativa>, consultado el 30/Sep./09, el autor afirma: “¿En qué casos se habla de reenvío y cuántas clases de reenvíos existen? En principio, se puede hablar de reenvío “cuando un texto legislativo (la llamada norma de remisión) se refiere a otro de forma tal que su contenido deba considerarse como parte de la normativa que incluye la norma de remisión”. En otras palabras, se está frente a un reenvío cuando una norma se refiere a otra como parte de su contenido, creando una dependencia respecto de ella en orden a la determinación de su propio sentido (...) Los reenvíos pueden ser de varios tipos. Pueden ser internos o externos; son internos los que remiten a preceptos que se encuentran dentro de la misma ley, y externos si se refieren a normas distintas de aquella en la que se encuentra la “norma de remisión”. Los externos pueden también referirse a objetos que no sean normas (...) Los reenvíos pueden ser también, estáticos o dinámicos. Los primeros son aquellos que se refieren a un texto según la redacción que tenga a la entrada en vigor de la “norma de remisión”; los dinámicos son los que se entienden referidos al texto que tenga el objeto de la remisión en cualquier momento(...) Las remisiones o reenvíos deben emplearse de forma “subsidiaria”, es decir, solo en aquellos casos en que sean indispensables para mejorar la simplificación del texto o cuando por la propia naturaleza de la materia que se regula sea imposible incluir en la ley todos los extremos de su objeto de regulación(...) una vez que el legislador decida hacer una remisión debe tener presente las siguientes indicaciones: a) La norma de remisión debe indicar con toda claridad su carácter de tal, b) la remisión debe identificar correcta y claramente el objeto al que se dirige. De preferencia se debe indicar sucintamente, junto a la norma objeto de la remisión, su contenido: “No solo se indica qué rige sino de qué trata lo que rige”; c) La remisión no puede alterar las reglas de jerarquía y competencia o de reserva que rigen para la propia ley para el resto del ordenamiento (...)”

dominio, puesto que por ejemplo, con el pretexto de los vacíos no son susceptibles de aplicar todas las garantías procesales propias del Código de Procedimiento Penal desde que entró en vigor la ley de extinción de dominio, porque conforme a la naturaleza de la extinción de dominio, no es una acción personal sino una acción real, caracterizada por la persecución de los bienes adquiridos o destinados a actividades ilícitas y no a la persecución de las personas que despliegan esa actividad ilícita, a pesar de que la norma de remisión no contiene expresamente el enunciado “*de conformidad con la naturaleza jurídica del objeto de derecho regulado*”.

Como se observa en otros ordenamientos jurídico procesales, como el caso de la Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario que en su Artículo 21 se refiere la integración normativa con el siguiente enunciado “*En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario*”. (Subrayas fuera de texto). En el caso de la Ley 472 de 1998 o ley que regula el ejercicio de las acciones populares o de grupo, que en su Artículo 44 donde se refiere a los aspectos no regulados contiene el enunciado “*En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones*”. (Subrayas fuera de texto).

Finalmente, ha sido materia de discusión permanente⁹⁸ el dilema de la aplicación del código de procedimiento penal (Ley 600 de 2000) vigente para la fecha en que entró en vigor la Ley 793 de 2002 que regula la acción de extinción de dominio o el código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) actual que derogó en forma gradual el primero.

Para resolver el anterior dilema Ospino Gutiérrez sostiene que se debe aplicar el código de procedimiento penal (Ley 600 de 2000) vigente para la fecha en que entró en vigor la Ley 793 de 2002 que regula la acción de extinción de dominio, por cuanto:

“A él es que va dirigida, y debe entenderse siempre la remisión, ya que pretender que se tenga como punto de referencia el nuevo código de procedimiento penal del 2004 (Ley 906 de la anualidad última citada), no tiene cabida por ilógica, e imposibilidad material de que así sea, habida cuenta que se trata de sistemas diversos e incompatibles. Por lo demás, no se olvide que el código de procedimiento penal del 2000 continúa vigente no solo para estos efectos, sino que también lo es para los procesos que adelanta la Corte Suprema de Justicia contra los congresistas”⁹⁹.

Son plausibles los argumentos citados para sustentar la aplicación del código de procedimiento penal vigente para la fecha en que entró en vigor la Ley 793 de 2002, pero agregamos que es el ordenamiento jurídico procesal más compatible con la naturaleza de la acción de extinción de dominio, lo cual se refleja en el Artículo 13 de esta ley, donde se observa que en la etapa inicial e investigativa por

⁹⁸ Como lo ha planteado el tratadista Pedro Pablo Camargo en su texto *“La acción de extinción del dominio”*, quien afirma que si la acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal, se ha venido aplicando en contra del derecho al debido proceso de los afectados, el Código de procedimiento penal (Ley 600 de 2000), incluso el derogado.

⁹⁹ Vid., Ospino Gutierrez, Julio. *La acción de extinción de dominio*, Ob. Cit., pp. 47-48.

parte de la Fiscalía, ésta tiene la facultad de practicar pruebas y de otra parte, allí no aparece la ritualidad del sistema de audiencias para la validez de los actos procesales. Cabe recordar que esta ley goza de autonomía en los términos de la misma (Artículo 1º), es decir, el legislador cuando diseñó el procedimiento especial, lo hizo conforme a la naturaleza de un proceso que implica funciones de investigación y para esa época el más compatible era el contenido en la Ley 600 de 2000.

2.6.5.2 El principio de retroactividad

En la ley vigente que gobierna la extinción de dominio, el Artículo 24 hace referencia a este concepto cuando traslada la aplicación de la ley a la época de los hechos¹⁰⁰.

Del precepto legal transcrito, se tiene que si bien es cierto el legislador expresamente no consagró el término retroactividad, del contenido se deduce que hace alusión a este principio, introducido al ordenamiento jurídico colombiano vía jurisprudencia de antaño¹⁰¹.

¹⁰⁰ La Ley 793 de 2002 en el Artículo 24 dice: ARTÍCULO 24. VIGENCIA. “Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación. No obstante la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes. En todo caso se entenderá que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, causa un grave deterioro a la moral social y es conducta con efectos permanentes.” (Subrayas fuera de texto)

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Civil, 28 Oct. 2005, e08001-31-10-004-2000-00591-01, C.I. Jaramillo, en dicho pronunciamiento dice: “ d) En cuarto lugar, no puede perderse de vista que si bien es cierto que el legislador descartó en general que la ley fuera retroactiva –principio que, dicho sea de paso, no es absoluto, al punto que la Ley 153 de 1887 derogó expresamente el Artículo 13 del C.C., que lo establecía-, no lo es menos que, también, por regla, consagró el postulado de vigencia inmediata de la ley, la cual, rigiendo hacia el futuro, cobija necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, aquellas que venían desarrollándose con anterioridad a su promulgación y que continúan desdoblándose bajo su imperio.

Esa aplicación de la ley nueva a las situaciones jurídicas que vienen del pasado, se concreta, claro está, a los efectos y a la extensión del derecho respectivo, que quedan sometidos al marco normativo que ella establece, sin que ello indefectiblemente implique retroactividad. Es lo que en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han denominado retroactividad y que un sector de la dogmática internacional califica como materialización de la “retroactividad ‘no genuina’” –o de primer grado o débil-, admisible, ello es capital, cuando se trata de proteger la dignidad del ciudadano y cuando a nadie perjudica, por oposición a la “retroactividad ‘genuina’” –o de segundo grado o fuerte-, esta sí inadmisibles, todo lo cual pone de presente que, con independencia de la nomenclatura que se utilice para identificar el fenómeno jurídico

Pues bien, en concordancia con la sentencia de la Corte Constitucional cuando realizó el examen de constitucionalidad del precepto aludido, el legislador consagró el principio general de la vigencia a partir de la fecha de su promulgación y a renglón seguido irradia la aplicación de esta ley a hechos que configuren la adquisición o destinación ilícita de los bienes que hayan sucedido en épocas anteriores. Se sustenta en el postulado de que la propiedad lograda con base en actividades ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás pueden legitimarse, no es más que una aplicación de la propiedad formal de la coherencia que caracteriza a este sistema normativo procesal¹⁰².

que se comenta, existe consenso en descartar la aplicación absoluta del postulado de la irretroactividad, para abrirle paso a una concepción más tuitiva, solidaria y fraterna, como hoy indiscutiblemente lo reclama la familia, base esencial de la sociedad.

Por eso, entonces, no es posible desconocer que la Ley 54 de 1990 es de vigencia inmediata, motivo por el cual regula, "a partir de la fecha de su promulgación" (art. 9), todas las situaciones de hecho a que ella se refiere, y no sólo las que surjan con posterioridad, sino también las que estaban en desarrollo, o sea a "los hechos in fieri" y a "las consecuencias no consumadas de los hechos pasados"(se subraya), pues "la ley puede modificar los efectos futuros de los hechos o actos, aún anteriores a ella, sin ser retroactiva".

Dicho en otros términos, si la Ley 54 de 1990 tiene vigencia inmediata, necesariamente es retrospectiva, efecto que impone considerar el tiempo de convivencia anterior a su promulgación, con el fin de computar el plazo en ella previsto para la configuración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Sobre este particular, es útil memorar que la Corte Suprema, en múltiples decisiones, ha reconocido que la retrospectividad de la ley no implica hacerla retroactiva, destacando entre ellas la sentencia del 12 de noviembre de 1937, emanada de su Sala Plena, en la que se precisó que "En la legislación colombiana hay numerosos antecedentes en que se ha tenido en cuenta el tiempo de servicios anterior a la expedición de leyes para regular la cuantía de las pensiones y las recompensas", sin que ello comporte retroactividad, como sucedió en el caso de los artículos 1º de la Ley 1ª de 1932; 4º del Decreto 1471 del mismo año; literal c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto 652 de 1932, todos alusivos a derechos prestacionales de los trabajadores, argumentando la Corporación, con apoyo en lo afirmado por el doctor Manuel J. Angarita, que "hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido... leyes (que) no tienen carácter retroactivo y deben considerarse únicamente como 'retrospectivas'" (se subraya). Al fin y al cabo, dijo la Corte, siguiendo las enseñanzas de Paul Roubier, existen "diferencias entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de una ley; aplicación de la ley a hechos cumplidos antes (facta praeterita), a hechos en curso o pendientes (facta pendentia) y a hechos por venir (facta futura)", siendo necesario diferenciar, entonces, "entre efecto retroactivo de una ley (que no lo admite) y efecto retroactivo de ciertas situaciones jurídicas retroactivas materia de la nueva ley", como quiera que, señala el nombrado autor, "Existen situaciones jurídicas retroactivas, es decir, cuya constitución en cierta forma entraña efectos en el pasado", sin que por ello pueda sostenerse que, en tal caso, la ley tiene efecto retroactivo, stricto sensu.

Lo propio aconteció cuando la Corte se ocupó de la Ley 45 de 1936, que habilitó a los hijos extramatrimoniales nacidos con anterioridad a ella para que investigaran su paternidad, evento en el que "no se ha violado ningún derecho adquirido, circunstancia que caracteriza el efecto retroactivo. Lo que se ha producido es un efecto retrospectivo" (se subraya; LXXX, pág. 260), señaló."

¹⁰² Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-740/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3 LA PROPUESTA DE MODELO DE PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Del trabajo de investigación realizado, que comprende el análisis de determinadas categorías de la ley de extinción de dominio, se ha podido establecer que de la racionalidad en la aplicación de esta ley surge la proposición de modificaciones a la misma, a partir de adecuar en los preceptos legales, expresiones que contribuyan a darle coherencia y consistencia como unidad normativa jurídica procesal, en la construcción de un proceso autónomo en el ámbito de las demás acciones públicas constitucionales consagradas por el constituyente de 1991.

Es de resaltar, que en la medida del avance de esta tarea el mecanismo extintivo del dominio con su lenguaje particular, con sus instituciones y categorías que lo diferencian de los otros mecanismos, ha de servir de modelo en otros países que sufren la misma problemática de violencia generada por la criminalidad

organizada, como recientemente se ha implementado en países latinoamericanos como México¹⁰³ y Perú¹⁰⁴.

Colombia ha sido pionera en la implementación del proceso de extinción de dominio como acción autónoma e independiente de cualesquiera otras acciones penales o civiles

En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal, el tratamiento que se da a los bienes de origen y destinación ilícita, para su persecución judicial, solo contempla la figura del decomiso en el proceso penal y solo si existe una sentencia condenatoria penal como sucede en Argentina. Mientras tanto en países como Estados Unidos y Reino Unido, concomitante al proceso penal opera también el decomiso civil¹⁰⁵.

En este contexto, con el presente trabajo se pretende aportar elementos de juicio en materia de fundamentación para la interpretación de los preceptos que conforman el sistema jurídico procesal de la ley de extinción de dominio vigente y a partir de ese ejercicio formular una propuesta de reforma o modificación de la Ley 793 de 2002 en aspectos muy puntuales y álgidos. Pues bien, de los aspectos puntuales analizados, se puede extraer, lo siguiente:

¹⁰³ Ley federal de extinción de dominio publicada en el diario oficial de la Federación de mayo 29 de 2009, consultado en septiembre 30 de 2009 en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfed.htm>

¹⁰⁴ Ley 29212 de abril 17 de 2008 que modifica el decreto legislativo 992, decreto legislativo que regula el proceso de Pérdida de dominio, consultado en septiembre 30 de 2009 en:

<http://www.congreso.gob.pe/congresista/2006/mmoyano/leydetalle2006.asp?CP=2006&NL=29212>

¹⁰⁵ Guillermo, Jorge. *Recuperación de activos de la corrupción*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1ª Edición, 2008, pp. 74 – 95.

1. Con respecto al Artículo 1º que trata el concepto de extinción de dominio, se sugiere anteponer a la expresión “derecho” la palabra “aparente”, por cuanto, como está la norma, se tendría el derecho de propiedad y las situaciones jurídicas presentadas en la adquisición o destinación como consolidadas, cuando aún éstas se encuentran en discusión; luego, se utilizaría el término “pérdida” pero del aparente derecho de propiedad.

El artículo propuesto sería:

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

La propuesta concuerda con la jurisprudencia constitucional de la ley de extinción de dominio vigente, porque lo que allí se establece es la deslegitimación de un derecho aparente de propiedad¹⁰⁶.

2. En el Artículo 3º que trata de los bienes, se propone agregar un inciso como norma descriptiva que defina quiénes son los terceros para los efectos del procedimiento de extinción de dominio por cuanto se presta para confusiones en la interpretación, debido a la variedad de definiciones de tercero contenidas en el

¹⁰⁶ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-740/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño 5, en ella la Corte se pronuncia en los siguientes términos: “*En realidad, la “pérdida” de la que habla el artículo acusado no es tal en estricto sentido, por cuanto el derecho en cuestión no se hallaba jurídicamente protegido, sino que corresponde a la exteriorización a posteriori de que ello era así, por lo cual se extingue o desaparece la apariencia de propiedad existente hasta el momento de ser desvirtuada por la sentencia (Resaltado original).*”

derecho procesal penal y civil, lo cual le daría más precisión al concepto de tercero de buena fe exenta de culpa, quedando así la propuesta del artículo:

“ARTÍCULO 3°. DE LOS BIENES. “Para los efectos de la presente ley se entenderá por bienes sujetos a extinción del dominio, todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente, se entenderá por tales todos los frutos y rendimientos de los mismos.

Cuando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia, podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular. Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa.

Los terceros para estos efectos son las personas ajenas a la actividad ilícita de la cual provengan o destinen los bienes comprometidos.”

3. En el Parágrafo 1º del Artículo 2º, se considera que el enunciado prescriptivo contenido en él, debe cambiarse por un enunciado potestativo, por cuanto, como está redactado el precepto se le impone un deber al afectado o interviniente en el proceso, para que ejercite ese deber, lo cual no se considera conveniente porque no es un mandato, sino una facultad que tiene el afectado de formular oposición a

la pretensión de Estado y aportar pruebas que la sustenten. La propuesta sería:

PARÁGRAFO 1º DEL ARTÍCULO 2º. *“El afectado podrá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición.”*

4. Del Artículo 7º se recomienda eliminar la frase “en su orden” reemplazándola por el enunciado *“en lo que no contravenga su naturaleza jurídica”*, lo que significa darle coherencia al sistema jurídico procesal del cual se propugna su autonomía; ello evitaría que el aplicador judicial ante el evento de la promulgación de otro código de procedimiento penal, aplicaría éste procedimiento, siempre y cuando sea compatible con el procedimiento especial diseñado en la Ley 793 de 2002 específicamente señalado en el Artículo 13 de esta ley. Entonces la propuesta sería:

ARTÍCULO 7o. NORMAS APLICABLES *“La acción de extinción se sujetará exclusivamente a las disposiciones de la presente ley y, sólo para llenar sus vacíos, se aplicarán las reglas del Código de Procedimiento Penal o del Código de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga su naturaleza jurídica. En ningún caso podrá alegarse prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni exigirse la acumulación de procesos. Una vez que el expediente entre al despacho para fallo, tendrá prelación sobre los demás procesos que en el mismo se adelanten, salvo sobre aquellos en los que fuere preciso resolver la situación jurídica de un detenido”.*

5. Con respecto al tema del Artículo 8º del debido proceso, se sugiere no modificar

el precepto, sino adicionar numerales al Artículo 13 que trata del procedimiento, donde se incluya la procedencia, causales, en fin la reglamentación de los recursos extraordinarios de casación y revisión contra las sentencias de segunda instancia proferidas en el proceso de extinción de dominio.

6. Por último con respecto al Artículo 24 de la vigencia de la ley, no se encuentra objeción alguna al enunciado normativo jurídico, solo se aportan elementos de fundamentación que servirán al aplicador judicial, en el ejercicio de su interpretación.

Finalmente, si bien es cierto que aún faltan por analizar otras figuras jurídicas como los bienes equivalentes, la mezcla de bienes de origen lícito con los de origen ilícito inserta en una de las causales, las medidas cautelares, los beneficios por colaboración y el trámite abreviado de la reciente Ley 1330 de 2009, que requieren análisis en su fundamentación racional, también es cierto que, se demarca el camino analítico como se realizó con las categorías de la autonomía de la acción, los terceros de buena fe exentos de culpa, la carga dinámica de la prueba, los derechos fundamentales de los intervinientes y las reglas de aplicación de esta ley procesal, para continuar con la tarea de darle a este sistema jurídico normativo procesal la consistencia y coherencia en el camino de la construcción racional de un procedimiento especial de extinción de dominio que le de autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Becker, Lawrence C. *Derechos de propiedad: Fundamentos filosóficos*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1977.

Calamandrei, Pietro. *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, Volumen I, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo, 1973.

Camargo, Pedro Pablo. *La acción de extinción de dominio*. Bogotá: Leyer, 5ª ed., 2007

Carbonell, Miguel y Pedroza de la Calle, Susana Thalia. *Elementos de técnica legislativa*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., 2000. En <http://www.scribd.com/doc/6908594/Carbonell-Miguel-Elementos-De-Tecnica-Legislativa>, consultado el 30/Sep./09

Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, Bogotá: ABC, 10ª ed., 1985

Dirección Nacional de Estupefacientes, Revista “*Observatorio de Drogas en*

Colombia: Acciones y resultados”, editada el 6 de diciembre de 2004.

Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, trad. de C. Ferrari, 1988.

Ellero, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Madrid: Editorial Reus, 6ª Ed., 1986.

Fenech, Miguel. *El proceso penal*, Madrid: Editorial Aagesa, 1982.

Ferrara, Francisco. *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado. 1960.

Filmer, Robert. *El Patriarca*. Turin: Editorial Utet, 1982.

Florian, Eugene. *Elementos de derecho procesal penal*, México: Editorial Jurídica Universitaria S.A., Vol. 1, traducido por L. Prieto Castro, 2001.

Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente Colombiana 1991

- Gaceta Constitucional No. 77 página 57.
- *Gaceta Constitucional* núm. 17, Bogotá D.E., jueves 7 de marzo de 1991.
- *Gaceta Constitucional* núm. 22, Bogotá D.E., lunes 18 de marzo de 1991, P.49; *Gaceta Constitucional* núm. 22, Bogotá D.E., lunes 18 de marzo de 1991.
- *Gaceta Constitucional* núm. 24, Bogotá D.E., miércoles 20 de marzo de 1991.
- *Gaceta Constitucional* núm. 77, Bogotá D.E., lunes 20 de mayo de 1991.
- *Gaceta Constitucional* núm. 83, Bogotá D.E., lunes 27 de mayo de 1991.

Guastini, Ricardo. “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*” en “*Neoconstitucionalismo(s)*”. Madrid: Editorial Trotta, Edición de Miguel Carbonell, 2003.

Guillermo, Jorge. “*Recuperación de activos de la corrupción*”. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1ª Edición, 2008.

Hernández Camargo, Daniel Camilo. *Aspectos fundamentales de la extinción de dominio de bienes ilícitamente adquiridos*, Bogotá D.C.: Leyer, 2004.

Herrera, Wilson. “*Tierras incautadas para la reforma agraria restricciones y posibilidades*” *Revista Economía Colombiana*, Contraloría General de la

República, Edición No. 309, 2005.

Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano

- Sentencia E 1, 17 Julio de 2008, expediente 11001032400020040035901, M.P. Rafael Ostau De Lafont.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

- C-740/2003, M.P. Jaime. Córdoba Triviño.
- T-212/2001, M.P. Carlos Gaviria Diaz.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana

- Sala Civil, sentencia 4 Julio de 1968.
- Sala Penal, sentencia 11 Diciembre de 2001, e18634, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.
- Sala Penal, sentencia 5 Mayo de 2004, e21438, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- Sala Penal, 11 Mayo 2005, e20531, M.P. Alfredo Gómez Quintero
- Sala Penal, 11 Mayo 2005, e20547 M.P. Mauro Solarte Portilla
- Sala Penal, 25 Abril 2006, e25341 M.P. Álvaro Orlando Pérez.
- Sala Penal, sentencia 18 Abril de 2007, e27015, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
-

Lariguet, Guillermo. *Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico*. En Revista

Doxa, No. 25, 2002, pp. 589 –590.
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_18.pdf, consultado el 26/Sept./09.

Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Cambridge University Press, 1991.

López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil Parte General*, Bogotá D.C.: DUPRE Editores, Tomo I, 9ª Edición, 2005.

Mack, Eric. *Self-Ownership and the Right of Property*, *The Monist* 73. 1990.

Martínez, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Marx, Carlos y Engels Federico. *Manifiesto del Partido Comunista*. Pekin: Editorial del pueblo, 1ª edición 1965, 5ª impresión 1975.

Michelli, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1ª ed, 2004, pp.89 a 91

Morales Marín, Gustavo. *Prueba penal y apreciación técnico – científica*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003.

Muñoz Sabaté, Luis. *“La prueba de la simulación semiótica de los negocios jurídicos simulados”*. Barcelona: Edit. Hispano Europea. 1971.

Muñoz Sabaté, Luis. *Prueba de la simulación*. Bogotá: Temis, 1980, pp. 41 y 42.

Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988.

Ospino Gutierrez, Julio. *La acción de extinción de dominio*. Bogotá, Nueva jurídica, 1ª ed., 2008.

Patiño González, María Cristina. *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez – Academia Colombiana de la Abogacía, 1ª ed., 2007.

Peyrano, Jorge. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal -Culzoni Editores, 2004.

Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª Ed., 1995.

Shapiro, Ian. *"Recursos, capacidades, y la propiedad: el ideal de mano de obra y*

la justicia distributiva," Teoría Política, vol. 19, 1991.

Trujillo Cabrera, Juan. *La carga dinámica de la prueba.* Bogotá D.C.:Leyer, 1ª ed.,2006, pp. 45-47.

Uprimny Yopez, Rodrigo. “*Un primer elemento teórico: El narcotráfico como forma de acumulación ilegal*”. En B. de Sousa Santos y M. García Villegas. “*El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*” Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2001.

Uprimny Yopez, Rodrigo. *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.* En D. O`Donnell, I. M. Uprimny y A. Valencia (Compiladores), “*Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional - Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*”, Bogotá: Ediciones Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 3ª ed., 2003.