



**MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA FASE INICIAL DE
LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO**

AUTOR DEL ENSAYO

OWER GERARDO QUIÑONES GAONA

Candidato a Magister en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada, Especialista en Derecho Administrativo; Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción del Derecho de Dominio.

owergg@gmail.com

MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA FASE INICIAL DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO¹

Ower Gerardo Quiñones Gaona²

Resumen

El presente artículo de investigación analiza la materialización del derecho de defensa en la fase inicial de la acción de extinción del derecho de dominio, en ocasión a una posible vulneración por parte de la Fiscalía General de la Nación, respecto de los afectados y terceros indeterminados, ante la imposibilidad de interponer recursos contra la resolución que fija la pretensión, así como la informalidad de la comunicación a los intervinientes en la fase inicial.

El estudio se encuadra metodológicamente en la investigación jurídica, del tipo descriptivo analítico, y la técnica de revisión documental. Finalmente, se propone un nuevo modelo de procedimiento en el trámite de extinción del derecho de dominio que permitiría hacer efectivo y eficiente el derecho de defensa, así como interponer recursos contra la resolución de la fijación provisional de la pretensión y agilizar su procedimiento, conservando su esencia jurídica y la protección de derechos fundamentales.

Palabras clave

Derecho de defensa, Acción de extinción del derecho de dominio, afectados.

¹ El artículo de investigación es el resultado del trabajo de proyecto para optar el grado “Magister en Derecho Procesal Penal” del Universidad Militar de Colombia Nueva Granada.

² Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, candidato a magister en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada, especialista en Derecho Administrativo, Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción del Derecho de Dominio de Barranquilla, Colombia. Correo electrónico: owerq@gmail.com.

MATERIALIZATION OF THE LAW OF DEFENSE IN THE INITIAL PHASE OF THE ACTION OF EXTINCTION OF THE RIGHT OF DOMAIN

Abstract

This article scientific research, analyzes the realization of the right of defense in the initial phase of the action of extinction of ownership rights on the occasion of a possible breach by the Attorney General's Office, for those affected and third indeterminate, unable to appeal against the decision establishing the claim and informality of communication to those involved in the initial phase.

The study is methodologically framed in legal research, analytical descriptive, and technical document review. Finally, a new model procedure proposed in the process of extinction of ownership rights that would allow for effective and efficient the right of defense and appeal against the decision of the provisional fixation of the claim and expedite its proceedings, retaining its legal essence and the protection of fundamental rights.

Key words

Right of defense, Action extinction of ownership rights, affected.

A. Introducción

Con la implementación del nuevo Código de Extinción del Derecho de Dominio (CED), se buscó agilizar el trámite procesal de la acción extintiva del derecho de dominio, teniendo como antecedentes normativos la Ley 333 de 1996, Ley 793 de 2002, Ley 1395 de 2010 y Ley 1453 de 2011, y otras complementarias decretadas para solucionar problemas de orden pre y procesal en la fase inicial adelantada por la Fiscalía General de la Nación.

Para ello, se buscó salir del cuello de botella de la notificación realizada de la resolución de inicio; que antecedió a la fijación provisional de la pretensión del (CED); la cual no admite recurso alguno, y se limitó a una comunicación de los afectados, así como a la comunicación de manera informal a los intervinientes, dejando por fuera a los terceros indeterminados en esta fase inicial. Sin embargo, estos cambios han suscitado afectaciones al derecho de defensa de estos, en el trámite extintivo, y en lo que refiere a la integración del legítimo contradictorio.

Bajo el anterior panorama, este artículo pretende determinar si ¿se presenta una vulneración al derecho de defensa del afectado o tercero indeterminado en la fase inicial del trámite de la acción del derecho de dominio, por parte de las actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación? Lo cual, permitirá contribuir en la búsqueda de una solución desde la conceptualización y construcción de argumentos jurídicos que ayuden a determinar si existe o no la materialización efectiva del derecho a la defensa como garantía constitucional en el trámite de extinción del derecho de dominio, o su denegación en punto del ejercicio arbitrario del Estado en éste caso, representado por la Fiscalía General de la Nación o sus delegados.

Para esto, se han propuesto como objetivos conceptualizar el derecho a la defensa como garantía constitucional y su relación con el debido proceso; analizar la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico colombiano, su evolución legal y jurisprudencial; estudiar los cambios que incorporó el nuevo código de extinción de dominio; para entrar a analizar los escenarios de afectación del derecho a la defensa en la fase inicial del trámite extintivo; y finalmente, proponer cambios en el procedimiento que conduzcan a la materialización del derecho a la defensa en la acción de extinción de dominio.

Por otra parte, el desarrollo de la investigación se ha realizado en el marco de una estructura metodológica que aplicó, en concreto, elementos del método descriptivo con enfoque analítico y la técnica de revisión documental.

Hechas las consideraciones anteriores, cabe resaltar que se logró establecer como resultados, una exposición teórica, la cual en la primera parte desarrolla el derecho a la defensa y el debido proceso, donde se realiza un análisis normativo comparativo de las leyes previas a la expedición del Código de Extinción del Derecho de Dominio y análisis jurisprudencial histórico evolutivo en los diferentes momentos, en pro de agilizar el trámite procesal, pero cuidando de no vulnerar los derechos de afectados y terceros en la acción extintiva.

Se mira además, los antecedentes legislativos y antecedentes jurisprudenciales que precedieron a la Ley 1708 de 2014 (CED), en comparación con la resolución de inicio anterior a la fijación provisional de la pretensión actual en fase inicial de la acción de extinción del derecho de dominio, manejando el cambio nominativo de la primera resolución emitida por la Fiscalía General de la Nación, así como los cambios sustanciales en punto del tema procesal, frente al derecho de defensa de afectados y terceros, al no poder contar con recursos que ataquen las decisiones de la Fiscalía General de la Nación.

La segunda parte analiza, concretamente, la Ley 1708 de 2014 respecto del derecho de defensa y la Acción de extinción de dominio, revisando los aportes de carácter jurisprudencial de las cortes colombianas y otras fuentes del Derecho. Profundizando el análisis del Título IV, Capítulos I y II que compele esta fase inicial del actual Código de Extinción de Dominio, respecto de los derechos fundamentales, con énfasis en el derecho de defensa como garantía constitucional, y su afectación en esta fase procesal.

La tercera parte, refiere al Derecho a la defensa en la acción de extinción de dominio, donde se logran establecer los diferentes aspectos jurídicos y teóricos en relación a la materialización de este derecho fundamental. Finalmente, la cuarta parte, propone un nuevo modelo de procedimiento en el trámite de extinción del derecho de dominio que permitiría hacer efectivo y eficiente el derecho de defensa, así como interponer recursos contra la resolución de la fijación provisional de la pretensión y agilizar su procedimiento, conservando su esencia jurídica y la protección de derechos fundamentales.

B. Metodología

El presente artículo de investigación científica se ha realizado en el marco de una estructura metodológica que aplicó en concreto, elementos del método descriptivo con enfoque analítico y la técnica de revisión documental. Se justifica el tipo de investigación descriptivo, según Tamayo (2000) puesto que: “trabaja sobre realidades de hecho y su característica fundamental, es la de presentar una investigación correcta, este tipo de investigación pone al investigador en contacto directo con el objetivo en estudio” (p.34)

Igualmente, el estudio se encuentra apoyado en una investigación documental referida directamente con el objetivo central, con el fin de otorgar una base

bibliográfica sólida sobre el fenómeno objeto de estudio. Según Palella y Martins (2006) este tipo de investigación “se concentra exclusivamente en la recopilación de información de diferentes fuentes e indaga sobre la especial relevancia los documentos”(p.23), como quiera que el estudio se encuadra en la revisión rigurosa, profunda y analítica de las fuentes doctrinales, constitucionales, jurisprudenciales y legales, pertinentes sobre la materialización del derecho de defensa en la fase inicial de la acción de extinción del derecho de dominio.

En virtud de lo anterior, se dividió el proceso de recolección y tratamiento de la información en tres fases: la primera, correspondiente a la selección de las fuentes bibliográficas y su posterior clasificación; la segunda, relativa al análisis de contenido de las fuentes; y la tercera, respecto de la construcción de las inferencias lógicas de los textos base, de lo cual se obtuvo el esquema final del presente artículo integrado por cuatro secciones: i) Introducción; ii) Metodología; iii) Resultados; iv) Conclusiones.

C. El Derecho a la defensa en el ordenamiento jurídico colombiano

I. Aproximación conceptual

Contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, este principio protege “la participación de los intervinientes en un proceso, garantizando la posibilidad de recurrir, hacerse parte, presentar alegatos y pruebas” (Martínez, 2011). Implica la plena posibilidad de garantizarle al individuo si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí se presenten (Bernal, 2005).

El derecho de defensa es una prerrogativa que va más allá del acceso al organismo creado para dirimir conflictos, pues ya dentro del mismo, garantiza que ambas partes puedan plantear sus pretensiones y refutar las de su contrincante;

que al finalizar los debates a los litigantes les sea dada una solución debidamente motivada y justa, manteniendo así el equilibrio y el orden social (Canosa, 2007).

Según Antoniu & Bulai (2011) el derecho de defensa está representado por “la totalidad de facultades y posibilidades, que, según la ley, tiene cualquier parte para sostener su posición en el juicio, para hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley” (p. 299).

La materialización de este principio comporta la idea de dos sentidos; uno, substancial, que contiene garantías con carácter procesal; y otro, formal o institucional se limita a definir el derecho de la parte a beneficiarse de un defensor especializado (Vladila, 2011).

En concreto, la defensa material es “la posibilidad efectiva de que se pueda participar en la dialéctica procesal e influir en la formación del convencimiento del juez” (Rivera, 2007). Respecto del demandante, se vislumbra en acudir ante un juez imparcial o tribunal de arbitramento, para que le diriman su conflicto (Constitución Política de Colombia, artículo 229, Julio 7 de 1991).

Con respecto del demandado se evidencia en la vinculación efectiva al proceso y la argumentación de su posición “respecto de todas las actuaciones que se surtan en el mismo, así por ejemplo con la notificación del auto que admite la demanda, su contestación, e interponer recursos, entre otros” (Martínez, 2011).

Por su parte, la defensa técnica es aquella llevada cabo por un profesional del derecho, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al poderdante sobre sus derechos y deberes; de forma tal que los conocimientos del abogado sean el instrumento para controvertir las pretensiones y demostrar las afirmaciones y derechos del defendido por medio de su participación

activa, diligente y eficaz en el curso del proceso, tendientes a asegurar que las decisiones proferidas se encuentren ajustadas al derecho y a la justicia (Martínez, 2011).

Sin embargo, sucede que en determinados juicios-como se verá más adelante-se restringe el concepto de defensa al último sentido, pensando que es suficiente para dar satisfacción, por asegurar a la parte (sobre todo al afectado) la asistencia por parte de un letrado. Pero el principio reclama todos los medios y las modalidades por las cuales la ley asegura a las partes las condiciones óptimas para construir una buena defensa (Vladila, 2011).

Por último, en el derecho defensa se edifican conceptos procesales que son de carácter de orden público, que mantienen un equilibrio de las relaciones de los administrados frente a la posición dominante de la administración en los procedimientos que se adelanta ante ella; lo que, sin duda, refiere al poder de enfrentar con igualdad de armas y posibilidades reales de evitar que se comenten injusticias o se perpetúen esos efectos en el tiempo.

II. El derecho a la defensa y el debido proceso

La relación entre el derecho a la defensa y el debido proceso está dada por el constituyente de 1991. En el artículo 29 superior al regular el debido proceso señala que "(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; es decir la garantía de defensa"(Constitución Política de Colombia, artículo 229, Julio 7 de 1991).

Al respecto la Corte Constitucional afirmo que "la protección al debido proceso tiene como núcleo esencial hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta

fundada en derecho”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-416 de 1998). Así, se constituye el derecho de defensa en la parte central del debido proceso, el cual “se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión, concepto que sólo puede darse durante un proceso si no se afectan las condiciones de igualdad (...) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-416 de 1998).

En igual sentido, en sentencia C-034 de 2014, la Corte Constitucional señala que el debido proceso ha sido definido como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo. Entre estas se cuentan, entre otras, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos. (Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014).

Esas garantías, agrega la Corte, se encuentran relacionadas entre sí, de manera que, a modo de ejemplo, el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles (Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014).

Por tanto, se presenta una relación de interdependencia entre el debido proceso el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 1992).

Finalmente, de la aplicación del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a

impugnar los actos administrativos y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio (Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 1992).

D. Acción de extinción de dominio

En el ordenamiento jurídico colombiano, la acción de extinción de dominio es un mecanismo mediante el cual “el Estado puede perseguir los bienes de origen o destinación ilícita, a través de una vía judicial” (Acosta, 2006) con el ánimo de declarar la pérdida del derecho de propiedad de dichos recursos.

Su importancia radica en que es un instrumento esencial para la ejecución de las estrategias contra el crimen organizado, ya que cumple un papel fundamental en la desarticulación de organizaciones y redes criminales, además de detener los efectos que genera el flujo de recursos ilícitos en la sociedad (Torres, 2014).

En este sentido, la extinción de dominio ha sido concebida como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado (Cortés, 2016).

Se trata, en últimas, de recuperar de manos de las organizaciones criminales las ganancias que logran de manera rápida y continua y a cuyo disfrute tranquilo aspiran, para regresárselas a quienes legítimamente les corresponden (Torres, 2014).

Como la Ley 1708 de 2014 define es “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley,

por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado” (Ley 1708 de 2014, art. 15, Enero 20).

I. Antecedentes legislativos

La historia legislativa colombiana, en relación con la acción de extinción de dominio, nace con el artículo 59 del Código Penal de 1936, el cual fue normativamente reglado por los artículos 308, 350 y 727 del Código de Procedimiento Penal de 1971; seguidos por el artículo 37 de la Ley 2ª de 1984; continuando con el artículo 53 del otrora Código de Procedimiento Penal de 1987, y en los decretos legislativos 2790 de 1990 y 99 de 1991 que, entre muchos, permitían la confiscación y el decomiso de armas, instrumentos o efectos con que se cometió el delito (Corte Constitucional, Sentencia C-958 de 2014, exp.10225).

Por su parte, la Ley 333 de 1996, expedida bajo un apego al derecho penal sancionador, contempló las primigenias pautas de la acción extintiva, a pesar de que no gozaba de una autonomía plena de la acción penal, pues por ejemplo, era el funcionario judicial que tenía el conocimiento del proceso penal, quien realizaba la valoración de la situación jurídica de los bienes involucrados en las causales taxativas de esta ley.

Igualmente, la acción extintiva no podía realizarse en forma separada de la actuación penal, lo que impidió el desarrollo de los procesos de extinción del derecho de dominio y, por tanto, el represamiento en sede de conocimiento de la Fiscalía General de la Nación por tener un sentido de prejudicialidad dentro de su praxis jurídica.

Al respecto la Corte Constitucional explicó que:

(...) los bienes comprometidos tenían un nexo de relación con las causales que a su vez se tipificaban a partir de actividades delictuales, lo que le restó eficacia y confusión en su aplicación.

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 1996. En ese sentido, aunque era una acción distinta e independiente de la responsabilidad penal, la declaración de extinción de dominio correspondía a los jueces competentes para conocer de las actuaciones penales. Así mismo, al existir actuaciones penales en curso, la acción no podía intentarse independientemente y si la acción penal se extinguía o terminaba sin que se hubiera proferido decisión sobre los bienes, continuaría el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal, circunscribiendo el conocimiento de la acción de extinción de dominio al funcionario judicial competente para adelantar la actuación penal (Corte Constitucional, Sentencia C-958 de 2014).

Ahora bien, dentro de la estructura procesal de esta Ley, y para la materialización del derecho de defensa, existía la figura del curador *ad litem*, quien remplazaba a quienes no asistían a notificarse de la resolución de inicio, frente a la cual la Fiscalía tenía la obligación de notificar afectados y terceros.

De igual forma, se contemplaba en su artículo 15 el recurso de apelación en el efecto devolutivo de la resolución inicial proferida por la Fiscalía, dando la

oportunidad de prevenir sobre la suspensión del poder dispositivo y disponiendo en forma inmediata las medidas de aprehensión y ocupación.

La notificación de la providencia anotada se practicaba al Agente del Ministerio Público; a los afectados que se conociera su dirección, y se disponía el emplazamiento de las personas con derecho real principal o accesorios que figuren en el certificado de registro correspondiente, así como de los terceros y personas indeterminadas con interés en la causa para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

Por su parte, los afectados podían presentar oposiciones, realizando los aportes y las peticiones probatorias; igualmente, el Ministerio Público y la Fiscalía podían decretar pruebas de oficio.

Finalmente, la resolución por parte del ente acusador que solicitaba la procedencia o improcedencia de la extinción del dominio era susceptible de impugnación en el trámite judicial.

Posteriormente, se expidió el Decreto Legislativo 1975 de 2002 que resaltó la acción de extinción del derecho de dominio como oficiosa, autónoma, real o patrimonial.

El principal aporte de este decreto legislativo fue independizar la acción de extinción del derecho de dominio de la acción penal; eliminar la prejudicialidad, la posibilidad de interponer algunas excepciones previas y algunos incidentes procesales; prohibió la acumulación de los procesos de extinción de dominio con procesos de procesos penales o de otras naturalezas; redujo los términos procesales; dio prelación a los procesos de extinción de dominio en los despachos judiciales e introdujo estímulos por colaboración con la justicia.

Su expedición, en el marco del Estado de Excepción declarado en el decreto 1837 de ese año, llevaría al legislador a promulgar la Ley 793 del 2002, introduciendo tales cambios.

Esta norma derogó lo establecido en el artículo 15 de la Ley 333 de 1996, y determinó como fase inicial la resolución de sustanciación proferida por la Fiscalía, que ordenaba medidas cautelares sobre los bienes objeto de la acción, y frente a la cual no procedía recurso alguno. Se comunicaba al agente del ministerio público y se notificaba personalmente dentro de los cinco (5) días siguientes a los afectados, cuya dirección se conozca; las demás resoluciones se notificaban por estados, a voces del artículo 14.

Así mismo, y finalizado el plazo anterior, se emplazaba a quienes figuraran como titulares de derechos reales principales o accesorios y los demás que sientan interés legítimo. Si no comparecían, se les nombraba un curador *ad litem*. Los intervinientes podían solicitar y aportar las pruebas que estimaren conducentes para su oposición.

La Fiscalía decretaba las pruebas solicitadas y las que oficiosamente consideraba, mediante resolución que no era susceptible de recurso alguno; el término de práctica era de 30 días, no prorrogables; posterior al cual se alegaba de conclusión. Por último, la Fiscalía decidía sobre la procedencia o improcedencia de la acción de extinción de dominio.

La Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 2003 examinó la constitucionalidad de la referida norma, aclarando que “el Constituyente originario, dotó a la acción de extinción de dominio de una particular naturaleza, por tratarse de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad” (Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003).

Así mismo, destacó la Corte que se trata de una acción pública porque “el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social” (Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003).

A su vez, agrega la corporación, configura una acción judicial, por cuanto a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado, cuya declaración de extinción de dominio se garantiza por medio de la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción. (Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003).

Concluye señalando que es una acción autónoma e independiente pues no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado, motivada por intereses superiores del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003).

Ahora bien, la Ley en comento fue modificada por las leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011. En el primer caso, y por tratarse de una medida legislativa en materia de descongestión judicial, buscó mejorar la aplicación de la acción de extinción del derecho de dominio y evitar su lentitud procesal.

Así, frente a la fase inicial, amplió las medidas cautelares a imponerse sobre los bienes objeto de la acción, tales como “la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que

la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física” (Ley 1395 de 2010, artículo 12, Julio 12). Procedían, adicionalmente, los recursos de reposición, apelación y queja, contra las resoluciones que profiriera la Fiscalía.

Igualmente, en el contenido del artículo 78 introdujo el artículo 12 A que le da facultades a la Fiscalía con el propósito de identificar los bienes mediante el ejercicio de diferentes técnicas de investigación, tales como registros y allanamientos; interpretaciones de comunicaciones telefónicas y similares; recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes; y vigilancia de cosas (Ley 1395 de 2010, artículo 78, Julio 12); teniendo como parámetros de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, se facultó al ente acusador, para abstenerse de iniciar la acción de extinción de dominio, mediante resolución interlocutoria que podía revocarse por prueba sobreviniente.

En el segundo caso, la Ley 1453 de 2011 reformó las causales de extinción del dominio, estableciendo que el afectado debía probar, por medios idóneos, su oposición y el origen lícito de sus bienes.

Frente a la fase inicial, determinó como su finalidad identificar los bienes y recaudar los medios probatorios que desvirtúen la presunción de buena fe exenta de culpa de los terceros; Así mismo, estableció que la notificación de la resolución de inicio a titulares de derechos reales principales y accesorios, de forma personal, y en subsidio dejando que la resolución de inicio fuese objeto de los recursos de ley. (Ley 1453 de 2011, Junio 24).

Igualmente, contempló la posibilidad procesal de presentar la oposición por los afectados así como de solicitar y aportar pruebas, en esta fase. Y creó como subreglas: a) la procedencia se declarará mediante resolución apelable; b) la

improcedencia respecto de terceros de buena fe exentos de culpa, se declarará mediante resolución apelable. En caso de que no sea apelada, deberá surtirse el grado jurisdiccional de consulta; c) los demás casos de improcedencia se declararán mediante resolución apelable (Ley 1453 de 2011, Junio 24).

Por último, modificó el recurso de apelación respecto de los efectos en que se concede; y las causales de nulidad, con la remisión al artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (Ley 1453 de 2011, Junio 24).

No obstante la legislación anterior, se expidió en el 2014 el Código de Extinción de Dominio, con el propósito de consolidar el régimen jurídico aplicable.

II. Desarrollo jurisprudencial

Durante la evolución legislativa reseñada anteriormente, la Corte Constitucional desarrolló un precedente jurisprudencial sobre la acción de extinción del derecho de dominio.

En sentencia C-389 de 1994, la Corte Constitucional realizó distinción entre expropiación y extinción del derecho de dominio, mencionando la función social de la propiedad estatuida en el artículo 58 de la norma superior, en la cual manifestó “(...) se traduce en la necesidad de que el propietario de un bien lo aproveche económicamente, utilizando sistemas racionales de explotación y tecnologías que se adecuen a sus calidades naturales y que permitan la utilización de los recursos naturales, buscando al mismo tiempo su preservación y la protección ambiental....” (Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 1994). Resaltó igualmente, la innovación de la carta de Política de 1991 de asociar la acción extintiva con el delito de enriquecimiento ilícito.

Posteriormente, en sentencia C-374 de 1997, la Corte precisó que la acción extintiva es de orden constitucional, pues “(...) declarar el no reconocimiento de un derecho, por tener éste un origen turbio, lo cual en nada se opone a la garantía, allí mismo contemplada, de que en Colombia no se aplicará la pena de confiscación. (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997), dejando claro que no puede haber un derecho fundamental a la adquisición ilícita de bienes.

Este pronunciamiento constitucional es la génesis formal del carácter de la acción extintiva, en tanto que ella no crea la pérdida de una propiedad que se tuviera como derecho sino la no protección de la propiedad conseguida en forma irregular. Por tanto, “aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997).

Puntualiza la Corporación en esta sentencia, el respeto de derechos fundamentales con la suspensión del poder dispositivo del bien, siempre y cuando existan motivos fundados para ello, al excluirlo del comercio, teniendo los afectados a su favor, recursos de impugnación sobre dichas medidas cautelares.

Finalmente, la sentencia C-740 del 2003 la Corte resaltó que la posibilidad de impugnar las decisiones por parte de los afectados está íntimamente ligada al derecho a la doble instancia. Así mismo, recordó que frente al ejercicio del derecho de defensa en la fase preliminar e inicial a cargo de la Fiscalía, sus actuaciones susceptibles de control por parte de los afectados y agente del ministerio público.

La ley 1708 de 2014 recogería los anteriores planteamientos jurisprudenciales, con leves modificaciones, como lo referido al derecho de defensa.

III. Actualidad legislativa: El nuevo Código de Extinción de dominio

La acción extintiva de dominio, desde su génesis, ha venido estructurándose en forma tal que con la expedición de la Ley 1708 de 2014 puede decirse, sin equívocos, que se está frente a una nueva rama del derecho, como lo es la extintiva del derecho de dominio. En su artículo 17, se plasma su carácter de acción pública, jurisdiccional, directa, real y de contenido patrimonial, que procede contra cualquier bien independiente de quien lo tenga o lo hubiese adquirido.

Resalta la Corte Constitucional, en Sentencia C-958 de 2014, los cambios que introdujo este código, tales como:

- (i) La precisión del concepto de extinción de dominio (art. 15) como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, que consiste en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere la ley demandada, la cual debe proferirse mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.
- (ii) se introducen principios generales del proceso, con la pretensión de construir un auténtico sistema de normas para la extinción del derecho de dominio
- (iii) El procedimiento regulado en el nuevo código continúa siendo escrito y se realizará en atención a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000.
- (iv) El procedimiento de la extinción de dominio mantiene una estructura básica, que consta de dos etapas: una, inicial o pre procesal preparatoria, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, reservada para los afectados; y otra de juzgamiento, a cargo de jueces de extinción de dominio, durante la cual los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción.

(v) Una vez terminada la fase inicial, el fiscal puede emitir una resolución de archivo del proceso por considerar que no concurre causal alguna de extinción o en caso contrario, emitir una resolución de fijación provisional de la pretensión de extinción, momento en el cual se levanta la reserva de la actuación.

(vi) El Código prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares, a término de la investigación, con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción.

(vii) De igual modo, el nuevo estatuto prescribe un procedimiento abreviado de extinción de dominio, cuando el afectado manifiesta por escrito su voluntad de renunciar al derecho a oponerse, previo reconocimiento expreso de que sobre el bien concurren los presupuestos de una o varias de las causales de extinción de dominio y desiste de presentar oposición.

(viii) Se crea un control de legalidad posterior, judicial, reglado y rogado para aquellos actos y decisiones de la Fiscalía General de la Nación que afecten derechos fundamentales, el cual podrá ser solicitado por el titular del derecho que hubiere sido afectado o limitado, por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

(ix) Se crea una acción de revisión para la extinción de dominio, la cual permite revisar aquellas sentencias en firme, sobre las cuales se pueda considerar que fueron producto de falso testimonio, fraude procesal, actos de corrupción de servidores público u otros delitos. (Corte Constitucional, Sentencia C-958 de 2014).

Como se observa, el desarrollo procesal del novísimo código constituye un avance funcional de la acción extintiva, por cuanto bajo la óptica de la ritualidad propia de notificaciones formales, se pasa a la informalidad y actos de

comunicación, dejando claro que la resolución de fijación provisional de la pretensión no es susceptible de recurso alguno, pero contemplando un control de legalidad sobre las medidas cautelares, y actos investigativos de la Fiscalía ante los jueces.

Igualmente, y como resalta la Corte, la Ley 1708 de 2014 (CED), reformula en su contexto el procedimiento de la acción de extinción de dominio, deja en cabeza del ente acusador la etapa inicial o pre procesal preparatoria de la fijación de pretensión, con la facultad de llevar a cabo la investigación y la recolección de pruebas.

Contempla la terminación de esta fase de dos formas: el archivo de las diligencias, decisión que no hará tránsito a cosa juzgada y deberá ser comunicada al representante del Ministerio Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al denunciante, si la acción hubiese sido promovida por esta vía. Y la Fijación Provisional de la Pretensión; mediante una resolución contra la cual no procede recurso alguno, dando a este pronunciamiento un carácter de decisión de sustanciación.

Esta decisión debe ser precedida de la identificación, ubicación y descripción de los bienes, así como las pruebas en que se funda, en forma simultánea y en resolución separada se dictaran medidas cautelares que deben ejecutarse antes de hacer las comunicaciones de la resolución de fijación provisional.

Respecto de los sujetos procesales, la Ley en mención contempla en primer lugar, a los *afectados* como toda persona que afirme ser titular de algún derecho sobre el bien que sea objeto del procedimiento de extinción de dominio (arts. 1 y 30). Ostenta la calidad de sujetos procesales de conformidad con el artículo 28.

En segundo lugar, contempla a los intervinientes, los cuales son el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y el Derecho, quienes participan del trámite de la acción de extinción de dominio, con la fijación provisional de la pretensión que realiza la Fiscalía General de la Nación. El representante del Ministerio público es el encargado de actuar en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales de los afectados determinados que no comparezcan y de los terceros indeterminados (Ley 1708 de 2014, art. 31, Enero 20).

El representante de la cartera ministerial tiene a su cargo la defensa del interés jurídico de la Nación y representación del ente responsable de la administración de los bienes afectados en curso del procedimiento (Ley 1708 de 2014, art. 32, Enero 20). Los terceros indeterminados, por su parte, son aquellos que no tienen relación con el trámite o la causal de extinción del derecho de dominio, pero que de alguna forma pueden resultar afectados por el resultado del proceso extintivo o por el trámite de una medida cautelar. (Ley 1708 de 2014, art. 140, Enero 20).

Justamente, la configuración procesal de este código, lleva en opinión del autor, y como hipótesis de este artículo, a un menoscabo del derecho a la defensa, como a continuación se analiza.

E. Derecho a la defensa en la acción de extinción de dominio

El derecho de defensa de los afectados dentro de la fase inicial del nuevo código de extinción del dominio, *prima facie*, se ve menoscabada en la improcedencia de recursos contra la resolución de la fijación provisional de la pretensión; y de incidentes o excepciones previas, los cuales serán solamente resueltos en la segunda fase, mediante la sentencia.

Lo anterior representa un poder absoluto a la Fiscalía General de la Nación, para fijar el inicio del actuar de la justicia en el tema de la acción de extinción del derecho de dominio, sin que contra esa decisión el asociado – afectado - pueda oponerse de forma activa y eficaz, produciendo un acto jurídico, que el afectado no puede atacar, y que sin duda afecta su derechos de defensa y contradicción, pues este ineludiblemente genera consecuencias jurídicas a futuro.

Aunado a ello, esta normativa solo refiere a una comunicación de la resolución de la Fijación Provisional de la pretensión al momento de materializar las medidas cautelares, la cual tiene un carácter informal tanto para afectados e intervinientes, a pesar de que su finalidad sea la integración de la causa pasiva y del legítimo contradictorio.

Si bien, el legislador previó un control de legalidad en tres eventos puntuales que son sobre las medidas cautelares; sobre el archivo de las diligencias y los actos investigativos; no previó así para la fijación provisional de la pretensión que, en todo caso, tampoco se ve afectada por el control en los eventos señalados.

Así también, se establece la posibilidad procesal de presentar oposiciones por los afectados, después de comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión, tiempo en el cual se da la posibilidad de acceso a la investigación y de aportar pruebas que tengan en su poder. Empero, el afectado puede optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio, sobre todo o algunos de los bienes, dejando afectado el derecho de defensa.

Igualmente, tampoco se contempla recurso alguno contra el requerimiento de extinción del derecho de dominio o una declaratoria de improcedencia en esta fase inicial; solo se realizará su contradicción durante la etapa del juicio, ante el juez de extinción de dominio.

Ante estas situaciones que afectan el derecho a la defensa de los afectados e intervinientes, y de los terceros indeterminados, se propone a continuación unos lineamientos a seguir, que refuerzan la garantía constitucional.

F. Propuesta

Se propone para el trámite de la acción de extinción del derecho de dominio, lo siguiente:

- Eliminar la fase inicial de la Ley 1708 de 2014, a cargo de la Fiscalía General de la Nación y, en su lugar, reglamentar una fase preliminar a cargo del ente acusador, en la cual se recolecten las pruebas necesarias para establecer el nexo entre los bienes investigados y la causal de extinción del derecho de dominio establecidas en el ordenamiento legal, y se identifiquen las personas que van a ser afectadas.
- La recolección de pruebas deberá hacerse bajo los principios probatorios de la Ley 906 de 2004, sin que se fije un término perentorio para su recaudo, sin que se venza el término de dos años, momento en el cual si no se recolecto el material suficiente para desvirtuar la licitud, la destinación o función social del bien, deberá archivarse las diligencias.
- Podrá el Fiscal ordenar la suspensión del poder dispositivo, el embargo y secuestro de los bienes que considere se encuentran dentro de la causal o causales de extinción del dominio, una vez cuente con el material probatorio suficiente para establecer su posición o teoría. Será un acto de parte, que deberá ser objeto de control de legalidad por parte del Juez competente.

- A esta audiencia, la Fiscalía General de la Nación citara a los afectados, el Ministerio Publico, el Ministerio de Justicia, y la Sociedad de Activos Especiales (SAE), para así integrar la causa pasiva y el legítimo contradictorio.

- En esta audiencia el Juez le reconocerá personería a quienes se presenten y acrediten la posible calidad de afectado.

- La Fiscalía deberá realizar su formulación de pretensión de requerimiento de procedencia de extinción del derecho de dominio de los bienes afectados, los que están plenamente identificados, localizados y ubicados; así como la identificación de los titulares del derecho de dominio inscritos, quienes debieron ser citados para que concurrieran a esta audiencia.

- La Fiscalía realizará una exposición clara de los fundamentos facticos y jurídicos que sustente su petición, estableciendo el nexo entre la causal invocada y los titulares del derecho de dominio, así como los fundamentos sobre los cuales se desvirtúa la buena fe excepta de culpa de quienes se vean afectados; aportando el material probatorio recolectado en la fase preliminar.

- Surtido este trámite, el juez de extinción de dominio avoca el inicio del juicio si considera fundada la pretensión de la Fiscalía, ordenando reconocer a quienes lo acrediten la calidad de afectado, o tercero de buena fe excepto de culpa, así como a los intervinientes, para que sustente su oposición y si tiene material probatorio que aportar, lo hagan. Hecho lo anterior se ordenará notificar este auto por aviso y emplazamiento conforme está establecido en la Ley 1708 de 2014, respecto de los terceros indeterminados.

- Contra este auto proceden los recursos de ley, una vez ejecutoriado el auto se dará traslado a los afectados, intervinientes y los terceros del material probatorio recaudado por la Fiscalía.

- Los afectados y demás sujetos procesales podrán solicitar, y/o aportar las pruebas que quieran hacer valer, en desarrollo de su derecho de defensa o teoría del caso; vencido el anterior periodo el juez decretara las pruebas que sean conducentes, pertinentes y útiles, así como se incorporarán las pruebas que reúnan los requisitos legales, en audiencia pública. Este auto será susceptible de los recursos de ley reposición y apelación. La práctica de pruebas se realizará en audiencia pública hasta agotar las pruebas ordenadas. Vencido lo anterior, se fijará audiencia para presentación de alegatos de los sujetos procesales e intervinientes.

- El Juez de Extinción de Dominio emitirá la correspondiente sentencia de procedencia o improcedencia, contra la cual procede el recurso de apelación y de no ser apelado será objeto de consulta.

Este sería el nuevo modelo de procedimiento en el trámite de extinción del derecho de dominio que permite hacer efectivo el derecho de defensa y agilizar su procedimiento, conservando su esencia jurídica.

G. Conclusiones

Visto lo anterior, y comprobada la hipótesis de afectación del derecho de defensa en la fase inicial de la acción de extinción del derecho de dominio, se afirma que:

1. El derecho de defensa no cuenta con los mecanismos suficientes que garantice a un afectado o interviniente, en la fase inicial a cargo de la Fiscalía General de la Nación, por ausencia de mecanismos para atacar las decisiones que se toman por parte del ente investigador. Su vinculación no da la posibilidad jurídica

real de controvertir las resoluciones de fijación provisional de la pretensión y el requerimiento de procedencia de extinción del derecho de dominio.

Si bien, los demás actos procesales que hacen parte de esta fase inicial como las medidas cautelares y la decisión de archivo son susceptibles de un control de legalidad, ante los jueces, éste no es un control efectivo que incida en los efectos de la decisión judicial, o que disminuya los daños de los derechos de un afectado, en punto de la resolución de fijación provisional y el requerimiento de procedencia de extinción de dominio.

2. La informalidad de las comunicaciones respecto de la resolución de fijación provisional de la pretensión y el requerimiento de procedencia o improcedencia de extinción del derecho de dominio, es un sofisma, pues al no proceder recurso alguno contra esta decisión, simplemente es darle un posición prevalente al pronunciamiento de la Fiscalía, debilitando el derecho de controvertirla o cuestionarla, menoscabando el derecho de defensa; esto afecta el actuar del afectado, pues es este el inicio de la persecución judicial que va a cuestionar la legitimidad de sus bienes, su procedencia y función social.

3. Los terceros indeterminados, fueron obviados de la fase inicial de la acción de extinción del derecho de dominio, al no contemplar escenarios de participación efectiva; lo que finalmente lleva a que la materialización de su derecho a la defensa no se presente. Su reconocimiento solo se da en la fase de juicio, no obstante la actuación de la Fiscalía sobre los bienes objeto de la acción.

4. La vulneración del derecho de defensa genera a futuro vicios que afectan el resultado de los procesos de extinción de dominio, por lo que se hace preciso que se establezca la oportunidad procesal para cuestionar la fijación provisional de la pretensión y el requerimiento de procedencia o improcedencia de extinción del derecho de dominio.

5. En consecuencia deberá reformarse la ley 1708 de 2014 y bajo los parámetros de ser actos de parte, obviar esta fase y pasar directamente a un trámite procesal como el propuesto. Los derechos y garantías procesales y fundamentales deben ser impostergables, requiriendo de su materialización en cada procedimiento.

Referencias

- Acosta, J. (2006). La extinción de dominio como instrumento de lucha contra el crimen organizado. *Criminalidad*, 8, 368-375.
- Antoniou, G. & Bulai, C. (2011). *Diccionario de derecho penal y de procedimiento penal*. Bucarest: Ed. Hamangiu.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Canosa, U. (2007). Los derechos fundamentales como marco del derecho procesal civil. En Universidad Libre (Eds.), *Memorias. XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, (P 555-578). Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 1992. (MP: Jaime Sanín), 26 de Octubre.
- Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 1998. (MP: Alejandro Martínez Caballero), 16 de Agosto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 2003. (MP: Jaime Córdoba Triviño), 28 de agosto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 1994. (MP: Antonio Barrera Carbonell), 1 de septiembre.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1007 de 2002. (MP: Clara Inés Vargas Hernández), 18 de noviembre.

Corte Constitucional. Sentencia C-374 de 1997 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), 13 de agosto.

Corte Constitucional. Sentencia C-958 de 2014 (MP:Martha Victoria SáchicaMéndez), 10 de diciembre.

Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. (M.P. María Victoria Calle Correa; 29 de Enero de 2014, Exp. D-9566).

Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2015. (MP: Alberto Rojas Ríos), 12 agosto.

Corte Constitucional- Sala Plena –. Sentencia SU-394 de 2016 (MP: Gloria Stella Ortiz Delgado), 28 de julio.

Cortés, D. (2016). *Estudio de normatividad en materia de extinción del derecho de dominio en Latinoamérica*. (Tesis de Pregrado). Universidad Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá D.C.

Decreto 1975 de 2002 (con fuerza de ley). Por medio del cual se suspende la ley 333 de 1996 y se regula la acción y el trámite de la extinción de dominio. 4 de septiembre. Diario oficial 44922.

Iguarán, M. & Soto, W. (2015). *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*. Bogotá D.C.: Crear Graficas Ltda.

Ley 333 de 1996. Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre bienes adquiridos en forma ilícita. 23 de diciembre. Diario oficial 42945.

Ley 793 de 2002. Por el cual se deroga la ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. 27 de diciembre. Diario oficial 45046.

Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas de descongestión judicial. 12 julio. Diario oficial 47768.

Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el código penal, el código de procedimiento penal, el código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. 24 junio. Diario oficial 48110.

Ley 1708 de 2014. Por medio de la cual se expide el código de extinción de dominio. 20 de enero. Diario oficial 49039.

Martínez, L. (2011). Debido proceso, intermediación, derecho de defensa, su observancia en un proceso civil oral. *Revista Iter Ad Veritatem*, 7, 85-102

Martínez, W.; Santander, G.; Novoa, N.; Donado, L. & Pardo, J. (2015). Extinción de derecho de dominio en Colombia. Bogotá: -UNODC- Oficina De Las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Murcia, B. (2012). El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Novoa, N. (2011). Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y actos de prueba sistema mixto inquisitivo y mixto acusatorio: Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike.

Parella, L. & Martins, M (2006). Métodos de la Investigación. México D.F.: Editorial Trillas.

Rivera, R. (2014). La extinción de dominio. Bogotá: Leyer Editores.

Rivera, R. (2007). Los derechos fundamentales como marco del derecho procesal civil. En Universidad Libre (Eds.), *Memorias. XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, (P 579-612). Bogotá D.C.

Salazar, I. (2007). La acción de extinción de dominio frente al lavado de activos. En Rodríguez, M., Martínez, S. & Sintura, V. (Eds.), *Estudio de derecho penal económico*. (pp.140-153) Bogotá: Universidad del Rosario.

Tamayo, M. (2000). *El proceso metodológico*. Bogotá D.C.: Editorial Panapo. 3er ed.

Torres, J. (2014). Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. *Civilizar ciencias sociales y humanas*, 14(26), 17-38. Retrieved November 03, 2016, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1657-89532014000100003&lng=en&tlng=es

Vladila, L. (2011). El derecho de defensa. Bogotá D.C.: Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos, 15, 243-258.