

LOS TERCEROS EN
LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA FRENTE AL CONTRATO
DE ARRIENDO

PRESENTADO POR

ANDERSON STEVEN VELANDIA SANCHEZ
FABIAN MARTINEZ ARANGO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN PENAL Y CRIMINOLOGÍA
BOGOTÁ D.C
2017

LOS TERCEROS EN
LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA FRENTE AL
CONTRATO DE ARRIENDO

ANDERSON STEVEN VELANDIA SANCHEZ
FABIAN MARTINEZ ARANGO

Presentado a:

Dr. Leonel Mauricio Peña Solano

Trabajo monográfico presentado como requisito para optar al título de especialista en
Derecho Penal y Criminología

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN PENAL Y CRIMINOLOGÍA
BOGOTÁ D.C

2017

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Bogotá 27 de febrero del año 2017

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| Resumen | 5 |
| Glosario | 6 |
| Introducción | 10 |
| Capítulo I | 12 |
| ¿Qué es la extinción de dominio? | 12 |
| La constitución de 1991: un régimen más amplio para la extinción de dominio por ilegitimidad del título..... | 13 |
| Marco normativo de la extinción de dominio..... | 15 |
| Capítulo II | 35 |
| Nociones doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos adquiridos. | 35 |
| Capítulo III | 40 |
| Derecho a la defensa | 40 |
| Derechos a la defensa y el debido proceso | 40 |
| Presunción de inocencia y el in dubio pro reo | 41 |
| Capítulo IV | 42 |
| La buena fe..... | 42 |
| La buena fe exenta de culpa. | 42 |
| <i>Beneficio del derecho a los terceros de buena fe exentos de culpa.</i> | 43 |
| <i>Que se pruebe la buena fe.</i> | 43 |
| Principio de solidaridad probatoria. | 44 |
| Capítulo V | 45 |
| Derecho a la propiedad. | 45 |
| El contrato de arrendamiento..... | 46 |
| Obligaciones del arrendador sobre el bien inmueble..... | 47 |
| La vigilancia y el control. | 49 |
| Capítulo VI | 50 |
| La aplicación de la extinción de dominio a casos concretos. | 50 |
| <i>Terceros de buena fe frente a la extinción del derecho de dominio.</i> | 50 |
| Conclusiones | 54 |
| Referente bibliográfico | 59 |
| Referente Jurisprudencial | 60 |

Resumen

Como quiera que el Nuevo Código de Extinción de Dominio incluyó todas las conductas ilícitas consagradas en el Código Penal, ha de tenerse en cuenta que la base constitucional para la aplicabilidad de las normas extintivas están consagradas en los artículos 34 y 58 de nuestra Carta Política, razón por la cual no se debe desatender los principios allí señalados, con el fin de no desnaturalizarla, al afectar bienes sin un razonamiento lógico y coherente que vaya en contra de la realidad jurídica con la que se creó.

Empero, debemos destacar que este libro se refiere de manera clara y precisa a lo que es el significado y la relevancia de los Terceros de Buena Fe exentos de culpa en un proceso de extinción de dominio.

Glosario

Actividad ilícita. El Inciso 2º, del artículo 1º, del Código de Extinción, la define como: "Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social. "

La nueva norma comprende todas las conductas tipificadas como un delito por el legislador, indistintamente que sean investidas de oficio o sea querellable. Es decir, involucra todo el Código Penal. Se olvidó que no todas las conductas atentan gravemente contra la moral social o el patrimonio Público, o que generan enriquecimiento ilícito, siendo éste el parámetro impuesto por el Constituyente en el artículo 34 de nuestra Carta Política, para que el legislador, dentro del marco general de su competencia, determine que conductas atentan gravemente contra la moral social y afecten el patrimonio público.

Las normas que la antecedieron en materia de extinción de dominio, como la Ley 333 de 1996, el Decreto 1975 de 2002, la Ley 793 de 2002, modificada por el artículo 72 de la Ley 1453 de 2011, incluyeron un catálogo de actividades ilícitas las que en criterio del legislador atentaban gravemente contra la moral social y el patrimonio público; así mismo la Ley 1336 de 2009, "Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños niñas y adolescentes"(Murcia, 2012, pág. 23).

Ese desarrollo, a nuestro juicio, resultaba más claro y conveniente. Al fijar el legislador las actividades ilícitas, conductas o tipos penales, que atentan gravemente contra la moral social o afecten el patrimonio público, a las que hace referencia el artículo 34 de la Constitución Política' paralelamente desarrolla el artículo 58 superior, referente al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, las cuales dan lugar a la extinción de dominio, precisando que no necesariamente pueden ser delitos o conductas ilícitas. (Murcia, 2012, pág. 23).

Así, el legislador puede fijar otras actividades ilícitas o comportamientos que considere sean atentatorios de la moral social o el patrimonio público, o fijar situaciones en las cuales considere que la propiedad no cumple su función social o ecológica, sean o no, estas situaciones, resultado de un comportamiento delictual. Ello porque, si bien la mayoría de las actividades ilícitas tienen origen en conductas punibles, para efectos de adelantar el trámite de extinción de dominio, son independientes de la materialización del delito y de

la responsabilidad penal, por lo que no dependen de la existencia de una sentencia condenatoria. (Murcia, 2012, pág. 23).

Otra característica de la actividad ilícita, vinculada con la acción de Extinción de Dominio, es la relacionada con el carácter taxativo de las causales, lo que significa que son únicamente las fijadas por el legislador en el artículo 16 del Código de Extinción, Ley 1708 de 2014; en tal sentido no son aplicables a situaciones similares por analogía o por extensión, y su interpretación es de carácter restrictivo por tratarse de limitaciones o excepciones al derecho de la propiedad, el cual goza de protección constitucional. (Murcia, 2012, pág. 23).

Sin embargo, el legislador no seleccionó las conductas ilícitas que atentaran gravemente contra la moral social o afectaran el patrimonio público, y los generadores de enriquecimiento ilícito, ni tampoco precisó la manera, ni las condiciones en que los bienes dejan de cumplir con la función social o ecológica, simplemente el legislador hace una remisión al Código Penal en las que incluye de tajo todas las conductas ilícitas incluidas en este Estatuto. (Murcia, 2012, pág. 23).

Afectado. En términos generales se trata de toda persona natural o jurídica que de una u otra manera tiene un derecho legítimo comprometido en un proceso de Acción de Extinción de Dominio, debiendo tenerse como sujeto pasivo de la acción. Estos pueden ser directos e indirectos; estos últimos también son denominados por la doctrina como terceros.

El doctor Jorge Pardo Ardila, en su tesis para optar al título de Magíster en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, denominada "Extinción de Dominio, Partes y Tercerías"; señala que:

Los afectados directos y terceros en el proceso de extinción de dominio, no son sólo los titulares de derechos reales principales y accesorios que recaigan sobre los bienes vinculados al proceso, pues la jurisprudencia ha indicado que se deben vincular otros tales como el poseedor, tenedor legítimo de un título valor, y acreedor con embargo previo registrado.

Bienes. El artículo 82 de Ley 906 de 2004, recoge el concepto propuesto en la Ley modelo sobre extinción de dominio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la cual establece que son bienes:

Todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporal o incorporeal, mueble o inmueble, tangible o

intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos

La extinción de dominio respecto de bienes de procedencia ilícita adquiridos en cualquier época, comprende aquellos obtenidos a través de la sucesión por causa de muerte que tengan origen ilícito; los bienes empleados como medio o instrumento del delito. Igualmente, procede sobre bienes de valor equivalente, y se extiende a frutos y rendimientos.

De conformidad con el artículo 653 de nuestro Código Civil los bienes se clasifican en cosas corporales e incorporales e Incorporales las que tiene un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una cosa, un libro. Incorporales los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. El artículo 654 de la legislación Civil, indica que las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles. Clasifica en: derechos reales principales.-Dominio, herencia, uso, usufructo, habitación, propiedad fiduciaria.- y derechos reales accesorios hipoteca, prenda, servidumbre, etc.; denotando que estos derechos pueden recaer uno o varios titulares.

Producto del delito. También denominado efectos del delito, los cuales comprenden los bienes muebles e inmuebles, como los frutos, productos y rendimientos de ellos, teniendo en cuenta el carácter ilegítimo directo o indirecto de la propiedad.

También debe entenderse la derivación, la consecuencia de un delito, en términos generales el efecto de los títulos ilegítimos es la extinción de dominio, para los casos en particular de las actividades ilícitas relacionadas por el legislador que produzcan dividendos económicos. Situaciones propias de delitos como: El pánico económico, que tiene como efecto la quiebra de empresas o entidades financieras; el lavado de activos cuyo efecto es la legalización de capitales ilícitos; o el desplazamiento forzado que trae como efecto la venta a bajos precios de propiedades y, por ende, un favorecimiento económico para ciertas personas naturales o jurídicas.

Instrumentos del delito. La Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, elaborada por la ONU, en su artículo primero, define "Instrumentos del delito como aquellos "Bienes utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte para actividades ilícitas."

El Código Penal Colombiano, en su artículo 100, al hacer referencia al comiso, señala que los bienes que sirvan de instrumentos y efectos con los que se haya cometido la

conducta punible, tengan o no libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General, salvo los que la ley disponga su destrucción.

Por su parte, el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal.- Ley 906 de 2004.-, señala que el comiso procederá, sobre los bienes y recursos del penalmente responsable, que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos. En tal sentido un instrumento del delito, para que sea objeto de extinción de dominio, debe ser además un bien valorable económicamente.

Presunción de buena fe. Principio consagrado en el artículo 83 de la Carta Política, y desarrollado por el artículo 7º del Código de Extinción de Dominio, el cual señala:

Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.

Los sujetos procesales y las demás personas que intervengan en el proceso de extinción de dominio, están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe. Deben obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y obligaciones procesales.

Introducción

Lo que se busca en este trabajo es exponer el alcance del individuo al demostrar ser tercero de buena fe exento de toda culpa, como propietario se debe de determinar si al no tener la posesión del bien es responsable de estas conductas delictivas desplegadas por los arrendatarios. Nos basáremos en los medios de protección del derecho a la propiedad y las diferentes reiteraciones de la jurisprudencia nacional frente a terceros de buena fe exenta de culpa, al ejercer la vigilancia y control de sus propiedades.

Es indispensable el determinar si el propietario de un bien inmueble o mueble tiene el deber de actuar acorde a cuidado y buena fe, respetando lo pactado en lo sustancial en la norma civil, al tener al mismo tiempo el compromiso en el aporte como guardián social, esto teniendo en cuenta jurisprudencia del Tribunal en se reúne la correspondencia entre el acontecer fáctico y la descripción legal de la causal 3ª del artículo 2º de la Ley 793 de 2002, también determinado el aspecto subjetivo de la acción.

La existencia de las leyes y sus garantías son un conjunto constitucional por lo cual debe de brindar mecanismos de vigilancia y control de un bien inmueble arrendado dando una responsabilidad y sanción en cabeza del infractor.

Reiteradamente la jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre la congruencia que da la ley de extinción de dominio a los propietarios para demostrar que se actuó en derecho diligentemente bajo el cuidado de sus bienes en su ejercer privado y el compromiso de su benéfico aporte a la sociedad.

El problema de investigación se desarrollará con un enfoque eminentemente cuantitativo deductivo, en el cual se utilizarán en exclusiva técnicas de investigación documental (análisis de lecturas, documentación, sentencias judiciales y estudios preexistentes sobre el tema, y libros de consulta), con el propósito de dar al lector una idea amplia de la acción de extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa exponer algunas conclusiones sobre la información recolectada para que así sirva este material como consulta. Vamos a desarrollarlo de la siguiente manera un balance normativo sobre las diferentes jurisprudencias, también aremos un pequeño resumen de las diferentes leyes, en las cuales empezó la extinción de dominio en Colombia.

Lo primero que se consulta es la Constitución Política de Colombia de 1991, desde esta como se determinó en Colombia la extinción del derecho de dominio a favor del Estado de aquellos bienes adquiridos con fondos de actividades ilícitas. Extraeremos los siguientes artículos para analizar en los campos civil, penal y constitucionalmente, su

aplicabilidad y respaldo frene al derecho a la propiedad privada como se establece el artículo 58 de la Constitución Política Colombia, a renglón seguido analizaremos el artículo 34 de la misma carta en lo que corresponde al derecho constitucional.

Profundizaremos las reglas del código civil colombiano en lo que se refiere a la propiedad, la aplicación, la disposición y la responsabilidad sobre los negocios jurídicos. Respecto a la ley 1708 de 2014 de Extinción del derecho de dominio estudiaremos la forma de extinguir un bien inmueble por actividades ilícitas, las responsabilidades de los propietarios en el control y vigilancia. La norma que en su momento reglamentaría esta potestad del Estado sería la ley 333/1996, posteriormente derogada por la ley 793/2002 y la 1453 de 2011 y la nueva ley 1708 de 2014 el nuevo código de extinción del derecho de dominio.

Consideraremos las reiteradas fuerzas de las Sentencias en lo mandatorio en la aplicación y cumplimiento del control y vigilancia; No C- 740 de 2003 y T-590 de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil sentencia del 24 de enero de 2011 radicado 11001310302520010045701 MP Pedro Octavio Munar Cadena sentencia del 9 de agosto de 2000, expediente 5372, sentencia No C- 963 de Diciembre de 1999 MP Dr. Carlos Gaviria Díaz, sentencia No 27.015 de 18 de abril de 2007 MR Dr. Julio E Socha Salamanca, y el proceso 1856 Bogotá 21 de abril de 2004. Autoría, coautoría o participación. Realizaremos un análisis jurisprudencial en el cual como entramos aplicar en nuestro trabajo de investigación.

Capítulo I

¿Qué es la extinción de dominio?

La extinción del dominio es una figura novedosa que va más allá del comiso, la cual hoy en día incorpora, partiendo de la base de que los bienes adquiridos de manera ilícita continúan siendo ilícitos de manera indefinida sin que el transcurrir del tiempo ni su traspaso a cualquier título puedan eliminar esta característica. Así las cosas, el Estado puede, en cualquier tiempo, iniciar las acciones pertinentes para extinguir el dominio sobre tales bienes, teniendo como única limitante los derechos de los terceros de buena fe, actuando de forma retrospectiva frente a la ley penal. (Iguarán & Soto, 2015, pág. 234)

El doctrinante Jairo Ignacio ACOSTAARISTIZABAL, en su obra *La extinción de dominio como instrumento de lucha contra el crimen organizado*, precisa que: "La acción de extinción de dominio, de stirpe constitucional, se erige como un instrumento vital en la lucha por la reparación a las víctimas y el restablecimiento del derecho". Se trata 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. Tanto la función social de la propiedad como el amparo restrictivo de la misma a su adquisición con justo título y con arreglo a las leyes civiles permiten a esta herramienta judicial de carácter autónomo, determinar cuándo es aparente la titularidad del derecho de dominio que se ostenta. (Iguarán & Soto, 2015, pág. 234)

El nuevo código de Extinción de dominio sostiene que esta figura resulta ser 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 dicha ley (la cual estudiaremos), por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

Es así como el segundo inciso de la Ley 333 de 1996, advertía que la extinción del dominio habrá de declararse con independencia de la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la Ley. Esta previsión no implicaba que se autorizara a los jueces para desconocer derechos adquiridos con arreglo al orden jurídico precedente, pues si ello fuese así se tendría sin duda una flagrante inconstitucionalidad, dada la garantía que contempla el art. 58 de la Carta Política, el cual asegura que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores". Para la Corte, el principio de irretroactividad de la ley descansa. Más en la

necesidad de realizar la seguridad jurídica como valor de interés público que en la protección ciega y absoluta del interés individual. (Iguarán & Soto, 2015, pág. 234)

Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado. (Iguarán & Soto, 2015)

En Colombia, el art. 19 de la Ley 333 de 1996 o ley de extinción de dominio, consagraba la posibilidad para el demandante, desde a presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, al pedir la práctica de medidas cautelares de los bienes sobre cuales se pretende la extinción de dominio lo cual debe efectuarse observando las reglas contenidas en el libro IV título XXXV, del Código de Procedimiento Civil. (Iguarán & Soto, 2015)

La constitución de 1991: un régimen más amplio para la extinción de dominio por ilegitimidad del título

En este orden de ideas, un fundamento constitucional expreso y directo para extinguir el dominio ilícitamente adquirido sólo existe desde 1991. No obstante, varias alternativas de extinción de dominio por esa causa habían sido ya consagradas por la ley. En ese sentido, por ejemplo, pueden citarse disposiciones como el artículo 59 del Código Penal de 1936; los artículos 308, 350 y 727 del Código de Procedimiento Penal de 1971; el artículo 37 de la Ley 2ª de 1984; el artículo 53 del Código de Procedimiento Penal de 1987 y los Decretos Legislativos 2790 de 1990 y 99 de 1991. Estas instituciones permitían la extinción del derecho de dominio a favor del Estado cuando se había adquirido mediante la comisión de conductas punibles. (Rivera, 2014, pág. 15)

Esta situación permite realizar una importante observación: El constituyente de 1991 no se limitó a suministrar un marco normativo a aquellas hipótesis de extinción de dominio por ilegitimidad del título que hasta entonces habían sido consagradas en la ley. Si se hubiese limitado a ello, no hubiese hecho nada nuevo ya que ese efecto había sido desarrollado legalmente desde hacía varios años en algunos ámbitos específicos. En lugar de eso, lo que hizo fue consagrar de manera directa una institución que permite el ejercicio de la extinción de dominio a partir de un espectro mucho más amplio que la sola comisión de delitos.

Esta es la verdadera novedad, en esa materia, de la Constitución Política de 1991. Lo que ésta hace es extender el ámbito de procedencia de la acción a una cobertura mucho más amplia que la comisión de conductas penales, pues la acción procede cuando el dominio se ha adquirido por actos de enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social y ello es así con independencia de la adecuación o no de tales hechos a un tipo penal. (Rivera, 2014, pág. 15)

La pretensión del constituyente fue consagrar un mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar legitimidad de los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante. Desde luego, es el legislador el habilitado para desarrollar las causales de extinción de dominio de manera compatible con las necesidades de cada época.

En tal contexto, si bien hasta este momento ha supeditado tal desarrollo a la comisión de comportamientos tipificados como conductas punibles, indistintamente de que por ellos haya o no lugar a una declaratoria de responsabilidad penal, es claro que ello no agota las posibilidades de adecuación de nuevas causales, desde luego, siempre que no se desconozcan los límites constitucionales. (Rivera, 2014, pág. 15)

Existen varias razones que explican la tendencia a negarle a la acción de extinción de dominio el carácter de una institución directamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad y a asignarle la índole de una pena ligada a la comisión de un delito y requerida, como presupuesto de procedibilidad, de una previa declaratoria de responsabilidad penal. De un lado, en la legislación penal, aun antes de 1991, se consagraron mecanismos de extinción del dominio adquirido mediante la comisión de conductas punibles. Por otra parte, en la regulación legal de esa figura constitucional, las causales de la extinción de dominio se han circunscrito a la comisión de conductas que han sido definidas como punibles. (Rivera, 2014)

Y, para concluir, la competencia para conocer de ella se ha radicado en funcionarios del sistema penal, como fiscales y jueces penales, por ejemplo. No obstante, ninguna de estas razones puede alterar la índole constitucional de la acción de extinción de dominio. En cuanto a lo primero, se indicó ya que la novedad del constituyente de 1991 no radicó en suministrar fundamento expreso a la extinción del dominio adquirido mediante la comisión de delitos sino en consagrar de manera directa una institución que permite la extinción del dominio por las causales fijadas por aquél, independientemente de su adecuación o no a un tipo penal. Luego, la vinculación de la acción de extinción de

dominio a un delito y al proceso penal por él generado, en manera alguna a al constituyente y, menos, le imprime naturaleza específica alguna a la institución por él concebida. (Rivera, 2014)

En cuanto a lo segundo, el legislador es el habilitado para fijar las condiciones en las que ha de operar la extinción de dominio y, en consecuencia, para concretar las causales concebidas por el constituyente. En cumplimiento de tal labor, bien puede, como lo ha hecho, circunscribir tales causales a la comisión de delitos. No obstante, como ya se indicó, ello no agota las posibilidades de regulación de la institución y por ello bien puede, en cualquier momento, contemplar causales de viabilidad de la acción que no se ajusten a tipo penal alguno. (Rivera, 2014)

Finalmente, la decisión legislativa de atribuir el conocimiento de la acción de extinción de dominio a funcionarios de la justicia penal y no a otros, la justicia civil, por ejemplo, no tiene la virtualidad de mutar el carácter que a esa institución le imprimió el constituyente. De un lado, porque en la Carta no existe prohibición alguna en ese sentido, ni indica tampoco el ámbito de la jurisdicción que ha de conocer de la institución. De otro, tal decisión legislativa es consecuente con la sujeción que se hizo de las causales de viabilidad de la acción a conductas constitutivas de tipos penales. Finalmente, lo único que la Carta impone en relación con la acción de extinción de dominio es una reserva judicial para su declaración y este mandato no se irrespeta con la radicación de la competencia en jueces que hacen parte de la jurisdicción penal. (Rivera, 2014)

Marco normativo de la extinción de dominio

Para (Sabogal, 2014, pág. 143) Con fundamento en el art. 34 constitucional, el legislador expidió la Ley 333 de 1996. Esta ley radicaba la competencia para ejercer la acción de extinción de dominio en la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación de oficio o a petición de parte, y en la Fiscalía General de la Nación únicamente de oficio (art.8); y la competencia para declarar la extinción en los "jueces competentes para conocer de las actuaciones penales" (art. 10). Adicionalmente, establecía un proceso que se dividía en tres etapas (art. 15):

En la primera etapa, el fiscal de conocimiento ordenaba la iniciación del proceso mediante providencia interlocutoria en la que debía (i) indicar los hechos en que fundaba su decisión, los bienes que podían ser objeto de extinción y las pruebas o indicios existentes; (ii) prevenir sobre la suspensión del poder dispositivo; y (iii) decretar la

aprehensión y ocupación de los bienes, y las medidas preventivas pertinentes. (Sabogal, 2014, pág. 143)

En la segunda etapa, luego de notificar la resolución de inicio del proceso al Ministerio Público ya las demás personas afectadas, de recaudar otras pruebas y de escuchar a las partes, el fiscal debía resolver sobre la procedencia o improcedencia de la acción de extinción del dominio, y remitir el asunto al juez de conocimiento.

En la tercera etapa, el juez regional o penal del circuito, según el caso, debía dictar la respectiva sentencia de extinción del dominio, una vez hubiera verificado que durante el trámite adelantado por la Fiscalía se hubieran respetado el debido proceso, la plenitud de las formas y los derechos fundamentales de los afectados. (Sabogal, 2014, pág. 147)

Posteriormente, la Ley 504 de 1999 modificó apartes de la Ley 333 y precisó que debían conocer de la extinción del dominio "(...) los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales de Circuito Especializados y el supervisor de éstos en los asuntos penales de su competencia y, en los demás casos, la Fiscalía adscrita a la Unidad Especializada, o la que determine el Fiscal General de la Nación, así como los Jueces Penales de Circuito Especializados o el Juez Penal del Circuito que está conociendo de la actuación"(art.34). (Sabogal, 2014)

Según (Sabogal, 2014, pág. 148) La Ley 333 de 1996 fue suspendida por el Decreto Legislativo 1975 de 2002, expedido por el Gobierno durante el estado de conmoción interior declarado por el Decreto 1837 de 2002, con el propósito de "acelerar los procesos de extinción de dominio sobre los patrimonios ilegítimos" en el marco del objetivo más amplio de atacar el poder de las bandas de narcotraficantes, secuestradores y extorsionistas por medio de la adopción de mecanismos que debilitaran su capacidad económica.

Este decreto hizo énfasis en la autonomía de la acción de extinción de dominio respecto de la acción penal mediante

1. La eliminación de toda referencia al trámite de la primera en el curso de un proceso penal.
2. La aclaración expresa de que la extinción de dominio es distinta a la responsabilidad penal.
3. La eliminación de reglas de prejudicialidad.
4. La abolición de la posibilidad de interponer excepciones previas y algunos incidentes procesales (art. 17).

5. La prohibición de acumular los procesos de extinción de dominio con los procesos penales o de otra naturaleza. También concentró la competencia para iniciar la acción de oficio en la Fiscalía General de la Nación, bien con fundamento en información obtenida por ella o con fundamento en información suministrada por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fuerza pública, la Dirección Nacional de Estupefacientes, cualquier institución pública, persona natural o jurídica, o los organismos internacionales habilitados para el efecto por un tratado o convenio de colaboración recíproca (art. 5). Por otra parte la asignó a los jueces penales del circuito especializados del lugar donde se encuentren los bienes, la competencia para dictar la sentencia de extinción (art. 11). Por último redujo los términos procesales (art. 13), dio prelación al trámite de la acción de extinción de dominio en los despachos judiciales (art. 7) e introdujo estímulos por colaboración con la justicia (art. 6).

La Ley 333 fue finalmente derogada por la Ley 793 de 2002, la cual a grandes rasgos reprodujo el esquema procedimental implementado en el Decreto Legislativo 1975 de 2002. La constitucionalidad de la Ley 793, como se explicó en apartes previos fue analizada en la sentencia C-740 de 2003.

La Ley 793 reiteró el diseño del proceso de extinción de dominio en tres etapas, las cuales fueron descritas por la Corte en dicho fallo de la siguiente manera:

1. Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio.
2. Se pueden practicar medidas cautelares.
3. se ejercen facultades de administración sobre los bienes afectados con tales medidas.

Otra posterior, que se inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir bienes determinados y en la que hay lugar a ordenar medidas cautelares o solicitarlas si hasta entonces no han sido ordenadas o solicitadas, la comunicación de esa decisión al Ministerio Público y la notificación a las personas afectadas, el emplazamiento de los afectados y la designación de curador ad litem, si no pudieron ser localizados, la solicitud de pruebas y la práctica tanto de aquellas solicitadas como de las ordenadas de oficio por la Fiscalía General, el traslado común a los intervinientes para alegar de conclusión, la

decisión de la Fiscalía General sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y la remisión de lo actuado al juez competente. (Sabogal, 2014, pág. 149)

Con esa remisión se inicia la tercera etapa que se surte ante el juez de conocimiento y en la que hay lugar a un traslado a los intervinientes para que controviertan la decisión de la Fiscalía General y a la emisión de la sentencia declarando la extinción de dominio o absteniéndose de hacerlo. (Sabogal, 2014, pág. 149)

En la sentencia C-740 de 2003, la Corte constitucional reiteró que la acción de extinción de dominio es una acción constitucional autónoma distinta a la acción penal y a las demás acciones ordinarias. Por esta razón, las funciones que cumple la Fiscalía en el proceso de extinción de dominio, aunque son jurisdiccionales, no son de naturaleza penal; se trata de funciones jurisdiccionales de instrucción distinta y especial, asignadas por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia procesal y con fundamento en dos disposiciones constitucionales:

1. el numeral 9 del art. 250, según el cual corresponde a la Fiscalía "cumplir las demás funciones que establezca la ley".
2. el numeral 4 del art. 251 que encarga al Fiscal General de la Nación de "participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal (...)". Las funciones de la Fiscalía consistían principalmente en:

Iniciar y realizar la investigación de oficio o con fundamento en información suministrada de conformidad con el art. 5° de la Ley 793, es decir, por la Procuraduría, la Contraloría, la Fuerza Pública, la Dirección Nacional de Estupefacientes, cualquier institución pública, cualquier persona natural o jurídica, o los organismos internacionales habilitados para el efecto por un tratado o convenio de colaboración recíproca (inciso primero del art. 12 de la Ley 793, modificado por el art. 77 de la Ley 1395). La investigación debe tener el fin de identificar los bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción y recaudar los medios de prueba que evidencien cualquiera de las causales previstas en el art. 2° de la Ley 793 y que quebranten la presunción de buena fe respecto de bienes en cabeza de terceros (inciso primero del art. 12 de la Ley 793, modificado por el art. 77 de la Ley 1395). (Sabogal, 2014, pág. 149)

Para el efecto, la Fiscalía puede emplear técnicas probatorias 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 (art. 12-A de la Ley 793, adicionado por el art. 78 de la Ley 1395). (Sabogal, 2014)

Después de culminar la investigación, la Fiscalía debía decidir sobre la procedencia de la acción. En virtud de esta función puede,

1. si no logra identificar bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción o no se acredita la existencia de alguna de las causales previstas en el art. 2o de la Ley 793, abstenerse de iniciar trámite de extinción de dominio mediante resolución interlocutoria (art. 12-B de la Ley 793, adicionado por el art. 79 de la Ley 1395).
2. si logra identificar bienes y recaudar material probatorio suficiente, dictar resolución interlocutoria de inicio del trámite en la que debe indicar los hechos en que se funda, la identificación de los bienes que se persiguen, la causal que se predica sobre los bienes afectados y las pruebas directas o indiciarias conducentes que evidencien la causal invocada (numeral primero del art. 13 de la Ley 793). Luego de esta resolución, corresponde a los jueces continuar con el trámite del proceso.

Decretar medidas cautelares o solicitar al juez competente que las decrete, según corresponda (inciso segundo del art. 12 de la Ley 793, modificado por el art. 77 de la Ley 1395). Tales medidas comprenden 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 sus rendimientos, así como la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física. (Sabogal, 2014, pág. 150)

De conformidad con el Código de procedimiento penal en sus art. 82 a 101, así como el Decreto 2535 de 1993 art. 88 y ss., la Ley 793 de 2002 y la Ley 1395 de 2010, teniéndose como bienes todo aquello que sea susceptible de valoración económica o pueda recaer derecho de dominio, corporales, incorporales, muebles o inmuebles, tangibles, intangibles, así como documentos o instrumentos que coloquen de manifiesto el derecho sobre los mismos. Ahora, tan pronto como al Fiscal se le coloquen a disposición bienes que se hayan incautado producto de una situación de flagrancia o de un registro o allanamiento, o de cualquier otra situación, procederá a advertir en primer lugar el valor del mismo como EMP o EF, luego evaluará como en el caso de los macro elementos, así como explosivos, armas, granadas, sustancias narcóticas o químicas ilícitas, objetos para toma de huellas o rastros, que consigna el art. 256 ibídem, si existe la posibilidad de que

una vez sean examinados por peritos, se proceda grabarlos en video cinta, o a fotografiarlos, y someterlos a cadena de custodia. (Sabogal, 2014, pág. 151)

En Colombia, además de comiso se creó la figura de la extinción de dominio. Es así como la Ley 333 de 1996 o ley de extinción de dominio, sobre bienes adquiridos de forma ilícita, al respecto dispone en su art. 1° que se entiende por extinción del dominio la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. (Sabogal, 2014, pág. 152)

De igual manera la ley en comento en su artículo segundo enuncia las causales que originan la extinción del dominio.

Consagraba el artículo en mención que: por sentencia judicial se puede declarar la extinción del derecho de dominio de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las siguientes actividades o de aquellos que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de las mismas:

1. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, de particulares.
2. Perjuicio del Tesoro Público que provenga de delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos¹ de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda, ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico, hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
3. Grave deterioro de la moral social, entendiendo por tal los hechos que configuran los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes¹ el Testaferrato¹ el lavado de activos, los delitos contra el orden económico y social, los delitos contra los recursos naturales, la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias, la rebelión, sedición, asonada o provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión.

En el mismo sentido se encontraba el art. 14 de la ley de extinción del dominio (Ley 333 de 1996), el cual modificó el art. 340 del anterior Código de Procedimiento Penal. (Sabogal, 2014)

En nuestra legislación penal, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción; constitucional pública 1 jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad. Resulta ser una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela1 la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder primario constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático. (Sabogal, 2014)

En la nueva ley de acción de extinción de dominio se promulga nuevamente que es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, y en ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni incidentes distintos a los previstos en esta ley. (Sabogal, 2014)

Es también 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. Es una acción judicial porque, dado que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción. (Sabogal, 2014, pág. 153)

De otra parte es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público. Es una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos

consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social. (Sabogal, 2014, pág. 154)

Tal como lo sostuvo la Corte Constitucional, en Sentencia C740 del 2003, también es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos.

Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad. (Sabogal, 2014, pág. 154)

(Sabogal, 2014, pág. 155) Por su parte, en las leyes 599 de 2000 en su art. 100; 600 del 2000, el cual entró a regir el 24 de julio del año 2001, en su art. 68 y 906 de 2004, art. 82 a 851 la legislación colombiana faculta a sus autoridades de policía para incautar y proceder a decretar el comiso sobre los bienes objeto de los ilícitos. Incluso, tal como está contenido en el nuevo código de extinción de dominio, el comiso puede derivar en la extinción del dominio sobre tales bienes o extenderse a bienes de valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Estas medidas facultan a la autoridad competente para:

1. Identificar¹ localizar y evaluar los bienes objeto de decomiso.
2. Adoptar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir su comercialización, transferencia o disposición.
3. Adoptar las medidas de investigación pertinentes.

Las facultades otorgadas por la ley permiten anular contratos por objeto y causa ilícita, cuando tal condición es previamente conocida por las partes o podría haber sido razonablemente deducida por ellas, o cuando pretenden desviar la capacidad del Estado para conseguir el decomiso o la imposición de las multas u otras sanciones.

Así también era considerada como una sanción penal equiparable al comiso, esta última que lo representa es, ser una consecuencia accesoria de la pena para convertirse en

una consecuencia accesoria de la acción típica, ya que lo que pretende en si la extinción de dominio es desarrollar en el derecho lo atinente a la regulación al régimen de la propiedad, tanto en su adquisición como en su lícita tenencia. (Sabogal, 2014)

De conformidad con el Código de procedimiento penal en sus art. 82 a 101, así como el Decreto 2535 de 1993 art. 88y ss., la Ley 793 de 2002 y la Ley 1395 de 2010, se tienen como bienes, todo aquello que sea susceptible de valoración económica o pueda recaer derecho de dominio, corporales, incorporales, muebles o inmuebles, tangibles, intangibles, así como documentos o instrumentos que coloquen de manifiesto el derecho sobre los mismos. (Sabogal, 2014)

En la extinción del dominio la titularidad del derecho de dominio es meramente aparente, por haber sido adquirido el bien en cualquiera de las circunstancias establecidas en el art. 34 inciso 2° de la Constitución¹ implica la potestad para el Estado de actuar, en cualquier momento, para declarar la pérdida de tal derecho a su favor, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Otra cosa es cuando de conformidad con el art. 58 de la constitución nacional, por motivos de utilidad pública o interés social procede por vía administrativa la expropiación mediante sentencia judicial pero mediando previamente la indemnización para su titular. (Sabogal, 2014)

Respecto a la protección a los terceros de buena fe en Colombia la Ley 333 de 1996, por la cual se establecieron las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita, establecía en su art. 4, que, respecto de los bienes transferidos por acto entre vivos, procederá la extinción del dominio cuando un tradente los haya adquirido en los casos contemplados en el artículo segundo de esa misma ley y los adquirentes hubieren actuado con dolo o culpa grave respecto del conocimiento de las causales allí contempladas. (Sabogal, 2014, pág. 157)

En los casos en que se hubiere constituido fiducia o encargo fiduciario sobre los bienes respecto de los cuales se pretenda la extinción de dominio, bastará para su procedencia que alguna de las causales señaladas en el art. segundo sea predicable del encargante o constituyente, sin perjuicio de los derechos de la fiduciaria a su remuneración y de los derechos de beneficiarios y terceros que no hubieren actuado con dolo o culpa grave. (Sabogal, 2014, pág. 157)

Las disposiciones de la ley de extinción de dominio no afectan los derechos que con arreglo a las leyes civiles se deriven de los negocios jurídicos válidamente celebrados ni de los de su invalidez, nulidad, resolución, rescisión e ineficacia para las partes y terceros, ni

los inherentes al pago de lo no debido ni al ejercicio de las profesiones liberales. (Sabogal, 2014)

En concordancia con lo anterior, el art. 12 de la ley en comento consagra la protección de los derechos de los terceros de buena fe al expresar que no podrá declararse la extinción del dominio en los siguientes casos:

- En detrimento de los derechos de los titulares legítimos y terceros de buena fe.
- Si no estuvieren probadas las circunstancias contempladas en la ley.
- Sino se hubiere garantizado el debido proceso y el derecho de defensa.

En todos los casos se respetará el principio de la cosa juzgada.

Los titulares de derechos o los poseedores de bienes objeto de la acción de extinción de dominio, así como los terceros, pueden comparecer al proceso dentro de las oportunidades procesales previstas en la ley antes mencionada para el ejercicio de su derecho de defensa.

(Sabogal, 2014, pág. 158) En la sentencia C-1007 del 18 de noviembre de 2002, que examinó la constitucionalidad del decreto que reguló en su oportunidad la acción y el trámite de la extinción del dominio, la Corte Constitucional haya sostenido que:

(...) aunque un bien haya sido adquirido o por compra o permuta pero provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita, el tercero adquirente del mismo debe ser protegido si demuestra haber obrado con buena fe exenta de culpa y por lo tanto no tendrá que soportar las consecuencias de la extinción de dominio).

En este orden de ideas, si bien es cierto que la buena fe es un principio que anima y sustenta el cumplimiento de las relaciones entre particulares y entre éstos y los agentes estatales, no es posible afirmar que con su consagración constitucional se pretenda garantizar un principio absoluto, ajeno a limitaciones y precisiones, o que su aplicación no deba ser contrastada con la protección de otros principios igualmente importantes para la organización social como el bien común o la seguridad jurídica.

En estas ocasiones resulta claro que la garantía general art. 83 C.P., recibe una connotación especial que dice relación a la necesidad de desplegar, más allá de una actuación honesta, correcta o apoyada en la confianza, un comportamiento exento de error, diligente y oportuno, de acuerdo con la

finalidad perseguida y con los resultados que se esperan que están señalados en la ley. Resulta proporcionado que en aquellos casos, quien desee justificar sus actos, o evitar la responsabilidad que de ellos se deriva, sea quien tenga que dar pruebas, de su apropiada e irreprochable conducta.

En la Sentencia C-1007 del 18 de noviembre de 2002, en la que al analizar la figura de la extinción del dominio y refiriéndose a la adquisición de bienes por enajenación o permuta, la Corte Constitucional sostiene que existen dos tipos de buena fe, a saber:

1. la simple, exigida normalmente a las personas en todas sus actuaciones, es la que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad.
2. la cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa, que es la que tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o una situación que realmente no existía.

Sobre esa buena fe cualificada, la misma alta Corporación precisó que tiene dos elementos: uno objetivo, referente a la conciencia de obrar con lealtad, y otro subjetivo, el cual exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual demanda averiguaciones adicionales que comprueban tal situación. (Sabogal, 2014, pág. 158)

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "Error communis facit jus", y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que, tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa. (Sabogal, 2014, pág. 159)

La buena fe cualificada o creadora de derecho tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita. Es así que, si alguien adquiere un bien con todas las formalidades

exigidas por la ley para adquirir la propiedad, y si ese bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita, en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero, si se actuó con buena fe exenta de culpa, dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio. (Sabogal, 2014, pág. 159)

Pero, para su aplicación, en los casos en que se convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de buena fe, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos:

- a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la creencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometiera: un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error *communis*, error común a muchos.
- b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley.
- c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

Como se observa delo antes anotado, en esta materia Colombia daba cabal cumplimiento a las recomendaciones plasmadas en el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, al proteger plenamente los derechos de los terceros de buena fe.

(Sabogal, 2014, pág. 160) En Colombia, el art. 26 de la ley de extinción de dominio (Ley 333 de 1995), en punto de la destinación de los bienes sobre los cuales se ha de declarar la extinción de dominio, indicaba que los bienes y recursos sobre los cuales se declare la extinción del dominio, sin excepción alguna ingresarán al fondo para la rehabilitación, inversión social y la lucha contra el crimen organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, de conformidad con los reglamentos, para:

- a) Financiar programas y proyectos en el área de educación, recreación y deporte. Así mismo los programas que prevengan el consumo de drogas como los que atiendan a la rehabilitación y la promoción de la cultura de la legalidad;
- b) Financiar programas de desarrollo alternativo para la erradicación de cultivos ilícitos;
- c) Financiar programas para prevenir, combatir y erradicar la corrupción administrativa en cualquiera de sus manifestaciones;
- d) Financiar programas de reforma agraria y de vivienda de interés social para los desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos;
- e) Reembolsar en la hipótesis de que trata esta ley, los daños causados a los nacionales titulares y terceros de buena fe. Para ello financiará la contratación de seguros que cubran los riesgos por actos terroristas súbitos y violentos y los perjuicios en que pueda incurrir la población civil por esos mismos actos, cuando no estén amparados por el Gobierno Nacional mediante pólizas de seguros. Igualmente garantizar mediante la contratación de pólizas expedidas por compañías de seguros, la protección de los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar o sobre aquéllos que sean objeto de extinción de dominio;
- f) Financiar programas que ejecute el deporte asociado, con el objeto de fomentar, masificar y divulgar la práctica deportiva. Igualmente, apoyar programas recreativos, formativos y social comunitarios;
- g) Financiar la inversión en preparación técnica y tecnológica, en soportes logísticos, adquisición de equipos y nueva tecnología, y en general, en el fortalecimiento de las acciones del Estado de su lucha contra el delito del narcotráfico. Los bienes culturales e históricos serán asignados a las entidades estatales pertinentes para los efectos consagrados en la legislación sobre la materia;
- h) Financiar programas de rehabilitación, educación, capacitación y microempresas para la población carcelaria;
- i) Financiar programas de reubicación dentro de la frontera agrícola, a colonos asentados en la Amazonía y la Orinoquía colombiana;
- j) Financiar todos los aspectos atinentes al cumplimiento de las funciones que compete al Consejo Nacional de política Criminal;

- k) Para financiar programas de nutrición a la niñez de estratos bajos, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;
- l) Para financiar en parte la administración de Justicia a través del Consejo Superior de la Judicatura;
- m) Financiar los programas de las mujeres cabeza de familia, menores indígenas tercera edad;
- n) Para financiar el programa de bibliotecas públicas de Bogotá;
- o) Para financiar la asignación de recursos al fondo de seguridad de la rama Judicial y del Ministerio Público;
- p) Financiar programas de desarrollo humano sostenible en las regiones de ecosistemas frágiles en los cuales se han realizado cultivos ilícitos;
- q) Los bienes y recursos que se encuentren dentro de la Jurisdicción del departamento archipiélago de san Andrés, Providencia y Santa Catalina y cuya extinción de dominio se haya decretado, conforme a la presente ley, serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes instituto de tierras del archipiélago, para el cumplimiento de sus fines, consagrados en la legislación correspondiente.

Mientras se crea el instituto de tierras del archipiélago el Consejo Nacional de Estupefacientes asignará los bienes a programas de vivienda de interés social, reforma agraria, obras públicas o para financiar programas de educación en el archipiélago y promover su cultura;

- r) Financiar programas para población de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales;
- s) Financiar programas de recreación y cultura de pensionados y la tercera edad;
- t) Implementación de programas de vivienda de interés social y
- u) Financiar programas para erradicar la indigencia en el país.

Las tierras aptas para la producción y que ingresen al fondo que se crea en la presente ley, se adjudican a los campesinos e indígenas que cumplan los requisitos establecidos. La adjudicación se hará de conformidad con lo dispuesto en la Ley 160 de 1994. Los desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos tienen prioridad para la adjudicación. (Sabogal, 2014, pág. 163)

Los bienes incautados entonces eran puestos por la Fiscalía a órdenes de la Dirección Nacional de Estupefacientes, para que a través de un fondo especial se destinen

para fortalecer las actividades relacionadas con la prevención, a las autoridades que combaten los delitos fuente y a entidades dedicadas a labores de rehabilitación.

En Colombia, el numeral 1° del art. 102 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, mediante un enunciado general estableció la obligación de adoptar para las entidades financieras controles a actividades delictivas.

Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria están obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento, en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades activas o a las transacciones o fondos vinculados con las mismas.

En Colombia este aspecto está recogido en el art. 103 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de conformidad con el cual toda institución financiera debe dejar constancia, en formulario especialmente diseñado al efecto, de la información relativa a las transacciones en efectivo que realice, en moneda legal o extranjera cuyo valor sea superior a las cuantías que periódicamente señale la Superintendencia Bancaria. (Sabogal, 2014, pág. 164)

La Unidad tiene como objetivo la detección, prevención y en general la lucha contra el lavado de activos en todas las actividades económicas, para lo cual centraliza, sistematiza y analiza la información recaudada en desarrollo de lo previsto en los art. 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las normas tributarias¹ aduaneras y demás información que conozcan las entidades del Estado o privadas que pueda resultar vinculadas con operaciones de lavado de activos (art. 3 de la citada ley).

Dichas entidades están obligadas a suministrar, de oficio o a solicitud de la Unidad, la información de que trata el presente artículo. Así mismo, la Unidad puede recibir información de personas naturales.

La Unidad, en cumplimiento de su objetivo comunica a las autoridades competentes y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción del dominio cualquier información pertinente dentro del marco de la lucha integral contra el lavado de activos y las actividades descritas en el art. 2° de la Ley 333 de 1996.

La Unidad puede hacer el seguimiento de capitales en el extranjero en coordinación con las entidades de similar naturaleza en otros Estados.

La reserva bancaria tampoco es obstáculo para que las entidades financieras cumplan con su deber de colaboración con las autoridades para prevenir el lavado de activos (artículos 102 y siguientes del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico de: Sistema Financiero).

De otra parte, el art. 24 de la Ley de Justicia y Paz, al regular el contenido de la sentencia prevé, entre otros requisitos, que debe incluirse "la extinción del dominio de los bienes que se destinara la reparación".

Por su parte, el art. 8° del Decreto 4760 de 2005, reproduce tal contenido y el art. 15 *ibídem*, al señalar las medidas cautelares que proceden sobre los bienes ilícitos y el destino que se les debe dar provisionalmente, es decir, que se dejarán a disposición de Acción Social Fondo para la Reparación de las Víctimas, indica que así será "hasta tanto se profiera la sentencia de extinción de dominio a su favor". (Sabogal, 2014)

Ahora, el inciso 1° del art. 14 del Decreto 3391 de 2006, señaló que en el evento de que el bien no haya sido previamente enlistado y entregado con destino a la reparación de las víctimas, o cuando existiendo prueba de su despojo tampoco se produzca la entrega efectiva del bien, la autoridad judicial procederá a compulsar las copias para que se inicien los procesos penales a que haya lugar y decretará la extinción de dominio respectiva con destino a la reparación de las correspondientes víctimas. (Sabogal, 2014, pág. 165)

Así las cosas y como quiera que esta norma, en el aparte final, pareciera contener una contradicción con las citadas anteriormente en punto del momento para declarar la extinción del dominio sobre bienes en el marco del proceso de justicia transicional regulado por la Ley 975 de 2005, pues no fija una oportunidad concreta, es preciso recordar que Sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional sostuvo:

Así las cosas, de conformidad con el sistema de justicia transicional regulado por la Ley 975 de 2005 donde se adopta una pena alternativa, es claro que cuando en el art. 14 del Decreto 3391 de 2006, se alude a que "la autoridad judicial procederá a compulsar copias para que se inicien los procesos penales a que haya lugar con fundamento en que los desmovilizados no cumplieron con la obligación descrita en los art. 10.2, 11.5 y 17 de la Ley 975 de 2005, es decir "Que entreguen los bienes producto de la actividad ilícita y, a su vez, se decretará la extinción del dominio con destino a la reparación de las correspondientes víctimas: se alude a que ésta extinción se hará en la sentencia.

Ello también se desprende de lo preceptuado en el art.18 del Decreto 3391 de 2006, donde son mencionados los bienes que integran el Fondo para la Reparación de las Víctimas, pues allí se establece que es posible la entrega provisional de un bien a la víctima, hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 del Decreto 4760 de 2.005, en aras de garantizar el derecho de restitución toda vez que a su vez en esta última norma se prevé que "Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de Acción Social Fondo para la Reparación de la víctimas el cual tendrá la administración de los mismos que será provisional hasta tanto se profiera la sentencia de extinción de dominio a su favor .

Sin embargo, en aras de garantizar el derecho a la restitución, el magistrado que ejerza el control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la Víctima, podrá entrega en provisionalidad el bien a la víctima hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia. (Sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional)

Se concluye entonces que únicamente en la sentencia es posible decretar la extinción del dominio en el marco del proceso de justicia transicional regulado por la Ley 975 de 2005 y, por ende que es de competencia de la Sala de Conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y Paz del Tribunal Superior adoptar la decisión. (Sabogal, 2014)

Posteriormente y en lo que respecta a bienes producto e comprometidos en narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato o lavado de activos, ordena a la Fiscalía y a los jueces, proceder a compulsar copias para que sobre los mismos se adelante proceso de extinción de dominio al tenor de la Ley 793 de 2002 modificada por la Ley 1395 de 2010.

Tabla 1.

Cuadro esquemático de legislación el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el testaferrito, y la extinción de dominio (Sabogal, 2014, pp.166-169).

| CARACTERÍSTICAS | NORMA APLICABLE |
|---|--|
| Tipificación del delito | Art. 324, 325, 326 y 327 de la Ley 599 del 2000 art. 65, 66, 340, 441,450 de la Ley 600 del 2000, art. 8 de la Ley 747 de 2002, art. 8, 9, 10 de la Ley 733 de 2002, Ley 785 de 2002, Ley 1395 de 2010. Ley 1708 de 2014, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendaciones 4, 5, 6, 40), Reglamento Modelo (art. 1). Ley 975 de 2005, art.24.Decreto 3391de 2006, inciso 1° del art. 14. |
| Medidas cautelares | Art. 19 de la Ley 333 de 1996, Decreto número 1975 de 2002, Ley 785 de 2002, Ley 1395 de 2010. Ley 1708 de 20 14 Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendación 7), Reglamento Modelo, art. 4. Decreto 4760 de 2005, art. 8. Ley 1395 de 2010, Ley 1708 de 2014. |
| Decomiso de bienes productos o instrumentos | Ley 600 del 2000 (art. 67 comiso, 68 extinción del dominio) Ley 333 de 1996 (extinción del dominio), Ley 785 de 2002, Ley 1708 de 2014. Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendación 7), Reglamento Modelo, art. 5. |
| Terceros de buena fe | Ley 333 de 1996, art. 4 y 12, Ley 785 de 2002, Ley 1708 de 2014 Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendación 7) Reglamento Modelo, art. 6. Ley 1395 de 2010, Ley 1708 de 2014. |
| Destino de los bienes productos o instrumentos decomisados | Ley 333 de 1996, art. 26, Ley 1395 de 2010, Ley 1708 de 2014, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendación 38). |
| Sujetos obligados | Art. 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendaciones 8, 9), Reglamento Modelo, art. 10. |
| Identificación de clientes, mantenimiento de registro | E.O.S.F. (art. 102) Acuerdo Interbancario de Conocimiento del Cliente (junio de 1996), Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendaciones 10, 11, y 13), Reglamento Modelo, art. 11, Circular Básica Jurídica, con las modificaciones introducidas por la Circular 25 de 2003. |
| Disponibilidad de los registros | Art. 102 y 105 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Circular Básica Jurídica dela Superintendencia Bancaria., Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendación 12), Cuarenta Reglamento Modelo, art. 12. |

| | |
|--|---|
| Comunicación de transacciones financieras sospechosas | E.O.S.F. (art. 102 y ss.); Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria con las modificaciones introducidas por la Circular 25 de 2003 y Convenio de Cooperación Asobancaria Fiscalía; Ley 526 de 1999, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (Recomendaciones 14a 18, 32). |
| Programa de cumplimiento obligatorio | E.O.S.F. (art. 102, 209 y 211); art. 75 de la Ley 795 de 2003 y Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria con las modificaciones introducidas por la Circular 25 de 2003, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendaciones 19, 20, 21), Reglamento Modelo, art. 16. |
| Extensión de obligaciones a otros sujetos | Extensión de obligaciones a otros sujetos Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - E.O.S.F. (art. 102 a 107); Ley 190/95 (art. 39, extiende el control a las personas sometidas a la Superintendencia de Valores); Ley 365 de 1997 (art. 23, extiende a cooperativas); Ley 383 de 1997; Ley 526 de 1999; Ley 785 de 2002, ley 1708 de 2014, Decreto 1851/97 (somete a las cooperativas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria S.B.); Circular Externa 39/97 S.B. (compra y "venta de inversiones); Circulares Externas 14/95 y 3/97 Superintendencia de Valores; Circulares Externas 11/96 y 7/97 Departamento Nacional de Cooperativas - DANCOOP y Circular 88 de 1999 expedida por la DIAN (extiende las obligaciones a los depósitos, las sociedades de intermediación aduanera, las sociedades de certificación internacional, las sociedades portuarias, los usuarios de zonas francas, las empresas transportadoras, las empresas de mensajería y las casas de cambio.), Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (recomendaciones 8 y 9), Reglamento Modelo, artículo 17. |
| Responsabilidad de los sujetos obligados | E.O.S.F. art. 107, 209, 210 y 211, estos últimos modificados por el art. 45 de la Ley 795 de 2003í Ley 599 del 2000, art. 323, Ley 785 de 2002, Ley 1708 de 2014, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI, recomendación 26, Reglamento Modelo, art. 15. Circular Básica Jurídica, con las modificaciones introducidas por la Circular 25 de 2003. |
| Autoridades de supervisión y regulación | E.O.S.F. art. 107, 209, 210 y 211, estos últimos modificados por el art. 45 de la Ley 795 de 2003í Ley 599 del 2000, art. 323, Ley 785 de 2002, Ley 1708 de 2014, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI, recomendación 26, Reglamento Modelo, art. 15. Circular Básica Jurídica, con las modificaciones introducidas por la Circular 25 de 2003. |

| | |
|--|--|
| Autoridades de supervisión y regulación | Art. 106 del E.O.S.F. y Circular Básica Jurídica (Circular 007 de 1996), Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (Recomendaciones 26, 27, 28, 29, 31), Reglamento Modelo, art. 19. |
| Unidad de inteligencia financiera | Ley 526 de 1999, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (Recomendaciones 31, 32), Reglamento Modelo, art. 9, Decreto 1497 del 19 de julio de 2002, art. 1, 25,6. |
| Cooperación internacional | a) Extradición: Constitución Política (art. 35 y 29), Nuevo Código de Procedimiento Penal (artículos 499 y 500), Ley 526 de 1999, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI recomendaciones 3, 32, 36 a 40 Reglamento Modelo, art. 20. |
| Secreto o reserva bancaria | Constitución Política (art. 15); art. 102 y ss. del EOSF y Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Bancaria, Cuarenta Recomendaciones del Grupo GAFI (Recomendación 2), Reglamento Modelo, art. 21. |

Capítulo II

Nociones doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos adquiridos.

El Constituyente de 1991, en forma clara y expresa, se refirió a los derechos adquiridos para garantizar su protección, al establecer en el artículo 58:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social...

Para Louis Josserand:

Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados bajo su protección continuarán intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad... Las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los 'castillos en el aire': tales como las 'esperanzas' que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espera ha de corresponderle algún día. En general, las simples expectativas no autorizan a quienes son presa teórico y práctico de derecho civil.

Julián Restrepo Hernández, tratadista colombiano, considera que:

Los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley". La jurisprudencia colombiana también ha sido copiosa en ese sentido. Sin embargo, sólo citaremos dos de sus pronunciamientos, que en nuestro criterio recogen el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, el que ha sido reiterado con pequeñas variaciones no sustanciales. "La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa ... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y

que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente .

Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

El derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y situación jurídica abstracta u objetiva. Habla de cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona". (Sent. diciembre 12 de 1974). Y en sentencia del 17 de marzo de 1977, se expresó:

Por derechos adquiridos, ha dicho la Corte, se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente. Tal afectación o desconocimiento sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano. Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder.

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente fallo, al resolver una demanda contra el artículo 289 de la misma ley que hoy se impugna parcialmente, expresó en relación con este tema lo siguiente: "La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.

Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquella

no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.

(Sent. C-529/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada condición más beneficiosa.

(Sent. Radicado N° 110010704012201100057 de 2012 M.P. Pedro Oriol Avella Franco). Se consideró que acorde con lo señalado en el artículo 63 del código civil, se está en presencia de un tercero de buena fe exento de culpa, por cuanto cumplió con los actos jurídicos y las obligaciones que le eran exigibles, obró con lealtad y la intención de realizar el fin social y jurídico de la propiedad, toda vez que de acuerdo a los medios concluyentes se verifica la ocurrencia de la causal contenida en el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 793 de 2002, (Norma que ha sido modificada por las Leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011).

Por cuanto el inmueble afectado se utilizó como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, ya sea destinada a éstas o correspondan al objeto del delito, concretamente el tipo penal por el que se procedió fue el Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contemplado en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000.

En donde posteriormente la sala estudio la conducta desplegada por la propietaria del inmueble respecto al deber de vigilancia, como quiera que en este caso se consta un derecho adquirido legítimamente cuya destinación incumplió la función social y ecológica de la propiedad establecida en la Constitución, es decir se impone al titular del derecho unas obligaciones en el contexto de un Estado Social de Derecho.

También en esta sentencia la sala decidió dar aplicación a lo normado en el artículo 2031 del Código civil, en donde la afectada patentizó su deber de vigilancia sobre el predio, tomando las acciones que legalmente le otorga el ordenamiento jurídico cuando el uso, goce o tenencia de la propiedad está en manos de terceras personas. Determinado que

la propietaria administró el bien con la función social y ecológica para la que estaba destinada, sin que sea posible atribuirle la carga de un comportamiento ajeno a su voluntad.

(Sent. Radicado N° 110010704001201200007 del 2013, M.P. Pedro Oriol Avella Franco). En esta sentencia se reúne el requisito objetivo que haría procedente la declaratoria de la extinción del derecho de dominio, esto es, la correspondencia entre el acontecer fáctico y la descripción legal de la causal 3ª del artículo 2º de la Ley 793 de 2002, también lo es que el aspecto subjetivo de la acción no se halla satisfecho, pues no existe prueba que demuestre que la voluntad del afectado estuvo orientada a que su patrimonio cumpliera fines contrarios a la legalidad.

Sobre lo antes expuesto, la apreciación del Juez en el sentido de que no existe en el plenario prueba alguna que indique que el afectado haya realizado, permitido o tolerado actividades ilícitas en el inmueble de su propiedad, debe precisarse, por otro lado, que no resulta acertado el criterio del fallador según el cual al propietario del inmueble no le era exigible ejercer el control y vigilancia sobre su bien en virtud del grado de confianza que existía entre éste y su hijo.

Al respecto la Sala indica que el derecho de propiedad en Colombia implica obligaciones correlativas que emanan directamente de la Constitución (artículo 58 C.P.) y que se concretan, como ya quedó anotado, en que el patrimonio cumpla un fin social y ecológico; esto es, que su aprovechamiento no sólo reporte un beneficio individual, sino que también sea en favor del conglomerado social, respetando la preservación y restauración de los recursos naturales.

El deber de control y vigilancia inherente a quien es propietario, en manera alguna se extingue o se suspende, cuando entre el dueño y quien administra o aprovecha un determinado bien, existe un vínculo afectivo-familiar, lo que ocurre es que tal obligación se mitiga, en razón a la confianza que surge de tales relaciones, que generan una “expectativa legítima”, que se afianza en el principio de solidaridad íntima que surge en el seno de la institución familiar (artículos 1º, 33 y 42 C.P.)⁵² y en el de la buena fe predicable de todos los ciudadanos (artículo 83 C.P).

Ley-aplicación en el tiempo.

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. Sin embargo, nuestra Constitución establece una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuida en el artículo 29, así: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". (Murcia, 2012, pág. 59)

El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada condición más beneficiosa. Se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante. (Murcia, 2012, pág. 59)

Capítulo III

Derecho a la defensa

Para la persona imputada de un delito y por lo cual se somete por obligación a un proceso, sin duda el derecho a la defensa por excelencia es que nunca sean violentados sus derechos a defenderse de manera digna e independiente.

Defensa que va protegida bajo los tratados internacionales y más concretamente en el artículo 75, inciso 22, en función de los artículos 9° y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Ospina, 2005)

Derechos a la defensa y el debido proceso

Es por ello que la defensa es ante todo un derecho y un poder, pues siempre estará ligado al principio del debido proceso y en todos los casos prevalece ante cualquier jurisdicción constitucional. Es así que el derecho a la defensa no sólo es aplicable a cualquier clase de proceso, sino también pertenece como derecho al imputado y a las otras partes que eventualmente intervengan en el mismo, por acción penal, civil, administrativa o de otra índole. (Ospina, 2005)

En referencia al derecho a la defensa y debido proceso, lo cual nos concierne al tema tratado, colocamos como cita jurisprudencia un aparte del Tribunal Superior de Bogotá. Afirmando en su decisión lo siguiente. "Sobre el particular la Corte Constitucional, en su sentencia C-740 de 2003, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, refiriéndose a la actuación del opositor dentro de un proceso de extinción de dominio, expuso:

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 de 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.

Presunción de inocencia y el in dubio pro reo

(...) Sobre este punto se hace especial hincapié en las características sui géneris que reviste el proceso de extinción de dominio, pues por ser autónomo e independiente, no puede asimilarse a un proceso penal, ni tampoco entenderse como accesorio o complementario del mismo, al respecto la Ley 793 de 2002 en su artículo 4° expresamente señaló:

"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...".

De otra parte, con esta acción se persigue privar de los bienes a aquellas personas que los hubieren obtenido por la comisión de alguna conducta punible que atente contra la moral social, el tesoro público o las provenientes del delito de enriquecimiento ilícito y que se encuentran contempladas en el artículo 2°. Parágrafo 2° de la ley de extinción de dominio, reafirmando el contenido patrimonial de la misma, luego los principios alegados por el censor, que se analizan en el presente acápite encuentran su ámbito de aplicación circunscrito al poder sancionatorio del Estado, cuyo sujeto pasivo siempre va a ser una persona y no un bien como en este evento. (Devis, 2007)

Por lo anterior, es desatinado pretender reclamar una garantía de carácter personal a un bien o pregonar duda en favor del "reo", cuando en la acción de extinción de dominio no hay personas acusadas sino afectados, y no puede desconocerse la naturaleza real de esta acción, que como ya se creó se encuentra encaminada a perseguir determinado bien y no a la persona que lo tenga en su poder. En suma, no pueden aplicarse las garantías propias del sistema penal a los involucrados en un trámite como el que nos ocupa. (Devis, 2007)

Capítulo IV

La buena fe.

La buena fe es un conjunto ampliamente utilizado en el ordenamiento jurídico en el cual se dice que actúa de buena manera, con honestidad y que carece de ella, en el ordenamiento jurídico la buena fe se tiene que probar para que carezca de una legitimidad sobre ella, para probar la buena fe en el caso cuando se realiza un negocio jurídico, por lo regular es aportar las pruebas que tiene sobre dicho negocio en el que concierne con el contrato de arrendamiento se aporta se ve la buena intención en lo pactado del contrato, pero además de esto se aporta los cánones de arrendamiento que tiene sobre el bien mueble o inmueble que se arrendo, también sirven los testigos que estuvieron en el presente contrato o cuando el contrato se celebró la autenticación en la notaria que dan fe pública del cual el negocio jurídico que se realizó. (Buitrago, 1994).

La buena fe exenta de culpa.

La buena fe en el ejercicio de la ley de extinción del derecho de dominio se refiere al negocio jurídico en el cual se refiere en la adquisición o destinación del bien cuando el titular de la acción pueda proceder diligente y prudente de toda culpa, en lo que se refiere a diligente al negocio jurídico que se haya celebrado entre el acuerdo de voluntades que se llevó en el negocio jurídico que se celebró a la luz y que frente a un bien sea mueble o inmueble, en el cual la parte en el que cayó la acción de extinción del derecho de dominio, tendrá que probar que el negocio que celebró con dicha persona se realizó de manera transparente y sin ningún vicio oculto o simulación del mismo y que se allegara las pruebas conducentes pertinentes e idóneas para mostrar la buena fe que se realizó frente a dicha negociación que se celebró entre las partes. (Buitrago, 1994).

La buena fe cualificada es creadora de un derecho material de la extinción del derecho de dominio, la cual se encarga de proteger a los terceros de buena fe que adquieren un derecho de forma regular con lealtad y honestidad en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero, si se actuó con buena fe exenta de culpa, dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio” (Sentencia C-1007, 2002).

La buena fe tiene un peso jurídico en constitucional en el artículo 83 que consagra “as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe”. La cual se rige en todas las gestiones que se adelantan de esta manera, las cuales se sujetan de la conducta honesta y leal en el actuar de una manera correcta da la seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada de buena fe. (Buitrago,1994).

Beneficio del derecho a los terceros de buena fe exentos de culpa.

Que el derecho se dé bajo el sentido de la ley y que se protejan de primera mano lo que constitucional y civilmente se adquiere como ciudadano. Con este precepto no se puede vulnerar nunca el derecho al debido proceso.

Este beneficio se presta para todo ciudadano que colabore con la justicia, en el entendido que sea parte esencial en cualquier proceso que se le llame, pero esto no significa que después de su aporte de colaboración al Estado se le violen sus derechos fundamentales. Así mismo el ciudadano está en su derecho de solicitar de manera categórica los daños y perjuicios causados por algún mal que lo afecte, bien sea en su integridad personal como en su patrimonio lícito y de sus actos jurídicos consagrados por la Constitución y las leyes. (Iguarán & Soto, 2015).

Que se pruebe la buena fe.

Bajo el principio de la buena fe simple, que amerita la conciencia y la honestidad del individuo. Y probada con la buena fe cualificada, que determina la certeza de la ley.

El legislador puede exigir que se pruebe la buena fe en determinadas relaciones privadas entre particulares, para evitar la responsabilidad que en principio se deduce de las mismas, sobre todo cuando tal disposición se establece para proteger los terceros en la relación contractual. (Iguarán & Soto, 2015)

Que no sea inversa a la ley.

Que cualquier situación que está dispuesta en la ética del ser humano no puede pasar ni por la norma constitucional, y mucho menos pasar por una ley que contextualiza la sanción y la culpabilidad del que va en contravía de la misma.

Principio de solidaridad probatoria.

El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho, pero por excepción tiene prioridad siempre la defensa en solicitar la solidaridad para su defendido. (Rivera, 2014, pág., 47).

Las cargas probatorias obedecen a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona. Además las cargas probatorias dentro del proceso. Se dejan intactas las atribuciones del juez de tutela que, una vez más, como en tantos otros asuntos, van de la mano de la adecuada valoración y análisis de los hechos que configuran cada caso. . (Rivera, 2014, pág., 47).

Sería ingenuo, y en todo caso inconveniente, tratar de fijar por vía de la unificación, una serie de eventos ideales frente a los cuales procede o no la tutela. La realidad, mucho más en materia de protección de los derechos fundamentales, sobrepasa la imaginación del legislador o del intérprete, para pretender confiar a éste o a aquél, la confección de un listado taxativo o ejemplar de situaciones jurídicas relevantes que limiten el juicio del follador. (Devis, 2007)

Capítulo V

Derecho a la propiedad.

En lo que tiene que ver con el derecho a la propiedad real esta manifestada en el poder jurídico que una persona la ejerce de una forma directa o inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en el sentido jurídico. (Sabogal, 2014)

Son atributos de la propiedad el *ius uetendi*, el cual consiste en la facultad que se le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir, el otro es el *ius fruendi* o *fructus* que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que se acedan o se derriban de su explotación del mismo.

El derecho de disposición que consiste el reconocimiento de todas aquellas facultades el propietario y su enajenación sobre la titularizada del bien, para poder disponer del bien, pero esta facultad se pierde cuando el bien esta frente a la extinción del derecho de dominio, el cual ya no puede gozar del bien y mucho menos, ya que tiene un medida cautelar el bien sale de circulación en comercio, el cual nos indica que no se puede vender enajenar, y mucho menos arrendar, ya que la fiscalía lo materializa y lo pone a disposición de la sociedad de activos especiales SAE SAS, el cual es el administrador de aquellos bienes que confisca el Estado, hasta que se acabe el proceso de extinción, en la antigua ley 793 de 2002, el proceso puede durar más de doce años, el cual este bien se va deteriorando o los bienes que son objeto de la extinción del derecho de dominio. (Bonnecase, 2006)

Al entrar en este tema de la propiedad también debemos ver la facultad que tiene el propietario de dicho bien inmueble y su disposición, cuando un bien inmueble se arrienda y lo utilizan para una actividad ilícita, el nuevo código de extinción del derecho de dominio ley 1708 de 2014 estipula, que el propietario del bien inmueble deberá hacer un seguimiento al bien inmueble y el control que debe tener sobre este. (Bonnecase, 2006)

No en todo los casos se utilizan los bienes inmuebles o establecimientos de comercio, para dedicarse a la venta de estupefacientes, si no que hoy en día está en la modalidad de vender cosas hurtadas la más común es la de los celulares o ventas de computadores, el cual le dan una fachada de legalidad, pero se dedican a una actividad ilícita el cual es la venta de cosas hurtadas a las demás personas, es ahí donde los propietarios de estos establecimientos de comerciú o arrendadores de los bienes inmuebles se ven afectados, ya que la fiscalía realiza un seguimiento y control y encuentran que estos predios son utilizados para actividades ilícitas , es donde se viene la fijación de la

pretensión sobre estos bienes, y si es con la antigua ley la resolución de inicio. Otro modus operandi en el cual se ven implicados los bienes muebles e inmuebles es el micro tráfico.

Los bienes inmuebles son rentados con el supuesto fin de residencia o habitacional de algunos ciudadanos que cumplen los requisitos exigidos por los propietarios de los inmuebles, como lo son fiadores, recomendaciones, contrato con reconocimiento por notaria y hasta en muchos eventos un llamado deposito económico para respaldo de alguno daño material en el inmueble o consumo de servicios públicos sin pagar. Desde el actuar de un propietario de acuerdo al cumplimiento a la ley de arrendamiento sobre la disposición de su propiedad, se puede notar la eficiencia y el interés de dejar en disposición de uso un bien a un llamado arrendatario. (Bonnecase, 2006)

El contrato de arrendamiento.

El contrato es un negocio jurídico en la cual se da un acuerdo de voluntades, en la que las dos partes se obligan recíprocamente al conocer el goce de una cosa al ejecutar una obra o prestar un servicio, en el que se obliga a pagar el goce sobre la cosa. En el queda estipulado para que va ser el objeto del bien utilizado, se deja pactado un precio y en qué fecha se va generar el canon pactado, también se deja estipulado la dirección donde se encuentra ubicado, los servicios que se entregan como lo son agua luz gas teléfono y el nombre de la persona que se va hacer cargo del bien inmueble, en el también queda estipulado el objeto para el cual va hacer utilizado, y si llegare a incumplir en alguna de las obligaciones en las cuales quedaron estipuladas el arrendador exigirá que se le entregue el bien ya que es una causal para acabar el contrato. (Bonnecase, 2006)

El contrato de arrendamiento es la voluntad de las partes en las que se obligan de una manera unilateral de ambas partes las cuales están reguladas por la ley 820 de 2003, la principal obligación de arrendamiento se encuentra en el artículo 9 de la mencionada ley y las contenidas en el código civil referentes al contrato de arrendamiento, pagar el canon de arrendamiento, usar las cosas según el contrato pactado, “responder de su culpa de su familia, huéspedes y dependientes”. (Bonnecase, 2006)

En el contrato de arrendamiento que como bien se ha mencionado, se tiene estipulado en nuestro código civil en lo que concierne en las obligaciones que tiene el arrendador como el arrendatario, en el cual se dará por terminado el contrato si llegare a incumplir en alguna de las obligaciones sobre el mismo.

Se retomó el tema del contrato de arrendamiento de vivienda, ya que la ley de extinción de dominio 1708, refuta sobre el control que tiene que tener el propietario de un bien inmueble en la vigilancia y control sobre el bien. (Bonnecase, 2006)

Obligaciones del arrendador sobre el bien inmueble.

Para empezar a hablar de las obligaciones del arrendador sobre un bien inmueble, primero se tendrá que definir el concepto de función social, el cual establece que la vida en comunidad implica la prevalencia de lo social sobre lo individual y que el propietario no es un sujeto privilegiado, sino que debe administrar lo que posee en función de los intereses sociales, los que predominan sobre su interés personal; de manera que su propiedad sólo se garantiza, en la órbita individual, a condición de que se satisfagan los fines de beneficio colectivo.

En efecto el artículo 58 de la Carta Política, modificado por el artículo 1ª del Acto Legislativo 01 de 1999 dispone:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

De acuerdo a lo anterior, la propiedad es una función social que implica obligaciones, y en consecuencia el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio (Juzgado Catorce Penal del Circuito Especializado de Bogotá, Radicación: 110010704014201100004 01 ED.024, 14 de junio de dos mil once 2011).

En este orden de ideas, la propiedad privada ha sido reconocida no sólo como un derecho sino como un deber que implica obligaciones, y en esa medida el ordenamiento jurídico garantiza su núcleo esencial constituido por el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular, su función

social y ecológica que permite consolidar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, debidamente fundamentadas, luego la propiedad no se concibe como un derecho absoluto sino relativo, lo cual se deriva del principio constitucional solidarista de que "la propiedad es una función social que implica obligaciones". (Juzgado Catorce Penal del Circuito Especializado de Bogotá, Radicación: 110010704014201100004 01 ED.024, 14 de junio de dos mil once 2011).

En este contexto, el derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social, pues en estos momentos se encuentra superada aquella concepción del liberalismo decimonónico, en el que éste se consideraba que era de carácter absoluto, pasando a cumplir, de un lado, la referida función social, ya que la misma debe servir para generar progreso y superación a todos los integrantes del conglomerado social, adosado esto con la función ecológica, toda vez que el ejercicio de este derecho debe ir de la mano con la protección del medio ambiente.

Según lo establecido por el artículo 3 del decreto 180 de 1988 y el artículo 34 de la ley 30 de 1986, en su párrafo primero.- el arrendatario

Prohíbe expresa y terminantemente al ARRENDATARIO dar al inmueble destinación con fines ilícitos como los contemplados en el literal b) del párrafo del artículo 3 del decreto 180 de 1988 y el artículo 34 de la ley 30 de 1986 y en consecuencia EL ARRENDATARIO se obliga a no utilizar el inmueble objeto de este contrato, para ocultar o como depósito de armas o explosivos o dineros de grupos terroristas o artículos de contrabando o para que en él se elaboren o almacenen, vendan o usen drogas estupefacientes o sustancias alucinógenas y afines. EL ARRENDATARIO se obliga a no guardar ni permitir que se guarden en el inmueble arrendado sustancias inflamables o explosivas...

Lo que tiene estrecha conexión con el artículo 1996 del Código Civil, el cual establece que son obligaciones del arrendatario, usar la cosa según los términos establecidos en el contrato, por lo que es dable confiar, en que el otro contratante cumplirá con lo pactado, pues "el mismo contrato viene a resolver cualquier duda que pudiera presentarse al respecto; si el contrato es una ley para las partes y si debe ejecutarse de buena fe (arts. 1602 y 1603).

La vigilancia y el control.

se debe hacer de una forma diligente, en visitar el predio que recae sobre el observando que se encuentra en buen estado que se está utilizando en lo que se pactó dentro del contrato, que no se subarriende que no estén cometiendo actividades ilícitas en el predio, preguntándole a los vecinos que si ha observado algún comportamiento extraño o que si se ha visto a personas diferentes a las que se les arrendo, que si llegare a pasar que se encuentra el predio en alguna actividad ilícita como venta de estupefacientes, ventas de celulares hurtados o alguna actividad en contra de la ley, se deberá poner la debida denuncia a la policía y al fiscalía para que tenga conocimiento sobre lo que está aconteciendo para que más adelante no recaiga la acción de extinción del derecho de dominio en la cual dice que no importa en cabeza de quien este pero que si llegara a faltas en una actividad ilícita la extinción procederá. (Parra, 2012)

Este debate es el que nos interesa ya que se demostrara que las personas que actúan en buena fe frente a un contrato de arrendamiento, o un préstamo que se hubiere hecho en a favor de hipoteca sobre un bien inmueble se tendrá que probar la buena fe exenta de culpa, la jurisprudencia al respecto se referido de la siguiente manera, que existe la buena fe simple y al buena fe cualificada en la cual se dice que la buena fe cualificada es la que dice cual esta y que carece de error o que asegura que si se le reconoce que fue de buena fe la cual se probó como una buena fe exenta de culpa. (Parra, 2012)

Capítulo VI

La aplicación de la extinción de dominio a casos concretos.

Terceros de buena fe frente a la extinción del derecho de dominio.

En la demanda de casación presentada que interpuso la fiscalía 39 ante el recurso de apelación de la unidad delegada ante la justicia transicional -Grupo Persecución de Bienes-, contra la providencia dictada en audiencia preliminar cumplida el 3 de febrero de 2015 por la magistrada con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual negó el levantamiento del gravamen de hipoteca que recae sobre tres bienes inmuebles entregados por los postulados CARLOS MARIO JIMÉNEZ y RODRIGO PÉREZ ALZATE con propósitos de reparación, que se encuentran con medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo. (Rivera, 2014, pág., 49).

Esta decisión que toma la corte suprema de justicia en la sala de casación penal a la cual trajimos a colación, que es muy importante para nuestro proyecto de investigación como el banco agrario en cada una de las etapas muestra que es un tercero de buena fe exento de culpa frente a la extinción del derecho de dominio.

En esta sentencia se prueba como el banco agrario realizó un estudio hipotecario, para conceder el crédito a la Cooperativa Promotora Agraria para la Sustitución de Cultivos Ilícitos en el Sur de Bolívar ‘COPROAGROSUR, en el cual ellos enviaron una información al banco, en el cual participaban varios campesinos la cual se iba realizar cultivos de palma para ser vendidos, como garantía hipotecaron los bienes inmuebles que se encuentra ubicado en la vereda Monterrey del municipio de Simití (Bolívar), identificado con la matrícula inmobiliaria 068-0005875.

Rancho San Judas, ubicado en la vereda Simití del municipio de Simití, identificado con la matrícula 068-0006716, el cual es una garantía para el banco el préstamo que se solicitó fue por el valor de 1.600.000.000 mil seiscientos millones de pesos para financiar a dicha cooperativa, el banco se llevó aproximadamente un año en el estudio para de los títulos y para conceder dicho préstamo (Atendiendo la identificación del predio que obra en el acta de la audiencia preliminar de imposición de medidas cautelares. Folio 27 de la carpeta denominada “El Amparo”).

La fiscalía general de la nación realizó la suspensión del poder dispositivo sobre once inmuebles más ofrecidos por los mencionados postulados para la reparación de las víctimas, los cuales fueron entregados a la dirección nacional de estupefacientes, los cuales

eran los encargados de administrar dichos bienes, pero el banco agrario realizó la oposición sobre los dos predios ya mencionados los cuales carecen de una hipoteca con ellos y como garantía de que se pagara lo pactado, en esta oposición que realizaron frente a la resolución de inicio emitida por la fiscalía, ellos aportaron el estudio y los papales que allegó la cooperativa los cuales pasaron primero por las tres sucursales del banco agrario el cual fue coincidió por el banco en la ciudad de Bogotá.

La fiscalía lo que estaba investigando con el fin de lograr demostrar era que estos predios les pertenecía a CARLOS MARIO JIMÉNEZ y RODRIGO PÉREZ ALZATE, y que ellos eran paramilitares y que se dedicaban a actividades ilícitas, como bien lo dice la ley que extingue el derecho de dominio, que no importa en poder de quien este el bien mueble inmueble o se dediquen a una actividad ilícita o se transforme en cualquier otro negocio ilícito se le dará la extinción del derecho de dominio (Rivera, 2014, pág., 47).

Pero como se probó en el crédito de hipoteca la cooperativa no se iba a dedicar a ninguna actividad ilícita ni se iba a realizar ninguna transformación alguna como aparentar legalidad y además de esto estaba respaldada por el gobierno para realizar una ayuda a los campesinos, se pudo desvirtuar que el banco agrario siempre en cada actuación demostró la buena fe en lo pactado del contrato y exento de toda culpa.

En la parte que nos compete sobre los terceros de buena fe exenta de culpa la corte dice: “Sobre la diferenciación entre una y otra, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-740 de 2003”:

La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. El Código civil, al referirse a la adquisición de la propiedad, la define en el artículo 768 como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos sólo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. Es así que, si alguien de buena fe adquiere el derecho de dominio sobre un bien cuyo titular no era el verdadero propietario, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios, que si bien no alcanzan a impedir la pérdida del derecho si aminoran sus efectos. Tal es el caso del poseedor de buena fe condenado a la restitución del bien, quien no será condenado al pago de los frutos producidos por la cosa (C.C. art. 964 párr. 3°); o del poseedor de

buena fe que adquiere la facultad de hacer suya la cosa poseída (C:C: arts. 2528 y 2529).

Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: “Error communis facit jus”, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que:

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

Es así como destacamos lo impórtate de nuestro trabajo de investigación es como un propietario realiza, una vigilancia y control sobre los bienes para no ser extinguidos frente a la ley de extinción del derecho de dominio 793 de 2002 derogada por el nuevo código 1708 de 2014 de extinción del derecho de dominio en este caso el banco agrario.

En lo que nos concierne sobre nuestro trabajo hay algo muy bueno en el cual hicimos una similitud sobre la sentencia y lo que realizo la cooperativa *COPROAGROSUR* es una Cooperativa conformada por 100 pequeños productores agrícolas, que desean iniciar un proceso productivo lícito, comprometiéndose a erradicar voluntariamente los cultivos de coca que solo les ha generado violencia y desplazamiento. La Cooperativa se constituyó (sic) mediante Acta 02 de septiembre de 2002, otorgada en asamblea de

constitución, e inscrita en Cámara de Comercio de Aguachica, el 10 de septiembre de 2002 bajo el No. 3166 del libro I de las personas jurídicas sin animo (sic) de lucro. La Entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control es la Superintendencia de Economía Solidaria. La Cooperativa ha sido reformada en una ocasión. El término de duración de la Personería Jurídica es indefinida. La dirección para notificaciones es el Corregimiento San Blas del Municipio de Simití –Santander (Ver folio 60 del cuaderno n.º 2 del incidente).

De la misma manera, el banco conoció los nombres de los integrantes del consejo de administración (Luis Blanco, Marco Antonio Parra, y Wilson Díaz Garbán), de la junta de vigilancia (Hernán Ospina Escobar) y su representante legal (José Miguel Suárez Téllez), subgerente (Manuel Enrique Barreto Díaz), tesorero y revisora fiscal (Lucero Torres Gallego), constatando que ninguno de ellos tenía antecedentes penales o requerimientos de autoridades judiciales, lo cual confirma lo versionado por IVÁN ROBERTO DUQUE, en el sentido de haber conformado la cooperativa con campesinos de la región.

En esta caso los propietarios o los señores hipotecarios si desarrollaron una vigilancia sobre el bien que recaen sobre ellos, en el cual demostraron que no solo hicieron un estudio de crédito hipotecario sino que además revisaron la constitución de la cooperativa y que los que aparecían no tuvieran ninguna actividad ilícita y mucho menos problemas penales.

Pero como bien lo dice la ley de extinción del derecho de dominio para declararse tercero de buena fe exenta de culpa se tiene que demostrar que no hayan realizado ninguna actividad ilícita ni sean autores, coautoras o coparticipes de actividades ilícitas es claro que el banco no participo en ninguna activada ilícita ni tampoco la cooperativa en el cual en este caso se pudo desvirtuar alguna irregularidad. Por estas razones, se impone y se confirma de la decisión de primera instancia de negar el levantamiento del gravamen de dichos bienes.

Conclusiones.

1. La extinción del derecho de dominio y sus cambios a través de los años la transformación de la ley desde 1989 después la de 1996 que fue derogada por la ley 793 de 2002 y la 1453 de 2011 y el nuevo código de extinción de dominio ley 1708 de 2014, es una ley de manera drástica pero que tiene una aplicación inmediata en Colombia, en el presente trabajo tocamos temas como el derecho de propiedad los contratos de arrendamientos, la buena fe desde el código civil y los pronunciamientos de la corte suprema de justicia en sus diferentes salas tanto civil como penal en lo que se refiere a la buena fe simple, buena fe cualificada y la buena fe exenta de culpa en la cual trata del tipo de error, es por esto que la investigación que se centró no solo en lo que trataba la el código de extinción del derecho de dominio si no en lo que concierne el arraigo de lo penal a lo civil en la afectación patrimonial de las personas.

2. Con la Constitución de 1991 se suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional dignidad humana, sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afincó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y promovió el interés privado a un plano secundario respecto del interés general.

Así, ya desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales.

3. Como se mencionó anteriormente El derecho de propiedad y la acción de extinción de dominio han sido objeto de una regulación progresiva en el constitucionalismo colombiano. Desde 1886 hasta 1991, se fueron delineando tres aspectos

fundamentales: La exigencia de licitud para el título que origina el derecho de propiedad, la atribución de una función social y ecológica ese derecho y su sometimiento a razones de utilidad pública o interés social. Cuando el primer presupuesto no concurre, procede la declaratoria de extinción de dominio por previsión expresa y directa del constituyente. Cuando el segundo presupuesto no concurre, procede la extinción de dominio por norma legal. Y cuando concurren razones de utilidad pública o interés social, hay lugar a la expropiación, también por previsión constitucional. Las consecuencias de la ilegitimidad del título, así como el incumplimiento de la función social de la propiedad privada.

4. La acción de extinción de dominio, se trata de una acción real autónoma que no tiene por qué regirse por la dinámica de la acción reivindicatoria y puede promoverse contra particulares y servidores públicos puesto que no existe límite constitucional alguno al respecto; es autónoma, objetiva, real y judicial. En virtud de estas calidades los bienes objeto de ella pueden perseguirse aún encontrándose en manos de los herederos de aquél contra quien procedía la acción pues nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, el carácter objetivo y real de la acción posibilita su aplicación con independencia del momento en que se adquirieron los bienes, pues la Constitución protege los derechos adquiridos conforme a derecho y rechaza el incremento patrimonial indebido, independientemente de la época de la adquisición, más aun si las normas procesales son de aplicación inmediata.

5. Con la Sentencia de constitucionalidad C-740 de 2003, se declararan exequibles la gran mayoría de normas contenidas en la Ley 793 de 2002 que reguló la acción de extinción de dominio en Colombia. Allí se enfatizó en que la ley puede determinar la manera como se inicia la acción, ordenar la aplicación subsidiaria de los códigos de procedimiento penal, y civil, adoptar determinaciones ajenas a la presunción de inocencia por no tratarse de una actuación en la que se debaten responsabilidades subjetivas, permitir la actuación de los afectados directamente o a través de apoderado, atribuir el conocimiento de la acción a la Fiscalía en tanto ésta, por autorización constitucional expresa, puede desempeñar funciones adicionales a las previstas en el artículo 250 superior y superior y regular las distintas situaciones procesales y el régimen de notificaciones y el contenido, efectos y ejecución de la sentencia.

6. En una investigación tendiente a la extinción de dominio de un bien adquirido por enriquecimiento ilícito, aunque el bien haya sido adquirido por compra o permuta pero provenga directa o indirectamente de una actividad ilícita, el tercero adquirente del mismo

debe ser protegido si demuestra haber obrado con buena fe exenta de culpa y por lo tanto no tendrá que soportar las consecuencias de la extinción de dominio. La regulación legal de los bienes contra los cuales procede la acción de extinción de dominio, su procedencia contra bienes equivalentes y el amparo de los derechos del tercero de buena fe exentos de culpa, son compatibles con el Texto Superior, motivo por el cual la Corte declaró la exequibilidad del artículo 3° de la Ley 793 de 2002. Del análisis que hace la Corte, el cual constituye una interpretación constitucional de rango superior por virtud del bloque de constitucionalidad, este sería el único caso en que se permita que una propiedad o dominio aparente se convierta en real y legítima sí y solo sí se verifican los supuestos acá analizados.

7. El Estado NO se encuentre legitimado para presumir la ilícita procedencia de los bienes objeto de extinción de dominio pues una cosa es que ésta sea una acción constitucional pública consagrada de manera directa y expresa por el constituyente y legalmente regulada como una institución totalmente autónoma de la acción penal, a la que no le resultan aplicables garantías penales como la presunción de inocencia, y otra completamente diferente que aquél se encuentre exonerado del deber de demostrar esa ilícita procedencia. El estado frente a una sustentación determinada tendiente a extinguir el dominio tiene el deber de acreditar íntegramente todos y cada uno de los supuestos necesarios para la prosperidad de la acción, en atención a la carga de la prueba que le compete.

8. La configuración legal del proceso de extinción de dominio consagra una estructura de la que hacen parte tres etapas: Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio y en la que puede haber lugar a medidas cautelares; una segunda fase, que se inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir bienes determinados y que culmina con la decisión sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y la remisión de lo actuado al juez competente y una última fase, que se surte ante el juez de conocimiento, y en la que hay lugar a un traslado a los intervinientes para que controviertan la decisión de la Fiscalía General y a la emisión de la sentencia declarando la extinción de dominio o absteniéndose de hacerlo.

9. El tercero, como tal, no lo consagró de manera expresa la ley 1708 de 2014 como sujeto procesal, ya que como su nombre lo indica no tiene nada que ver con los fundamentos de las causales de extinción de dominio, ni con las actividades ilícitas que se

pregonan sobre los bienes, no obstante haber obtenido la titularidad a través de un negocio jurídico de un derecho real, principal o accesorio, que en algún momento determinado se puede ver afectado con la imposición de una medida cautelar en el proceso de extinción de dominio, para lo cual al demostrar que actuó bajo los postulados del tercero de buena fe exenta de culpa al momento de la adquisición del bien, tal derecho debe ser reconocido desafectándolo.

Para ello el tercero puede y debe intervenir en el proceso directamente o a través de apoderado judicial, para efectuar una defensa técnica respecto a sus derechos, con base en los postulados que consagran los elementos de la buena fe exenta de culpa cualificada.

El artículo tercero de la citada ley, dentro de las normas rectoras y garantías fundamentales, protege el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica consagrada en la Carta Política.

A su turno dentro del mismo capítulo de la normatividad referenciada, en el artículo 7° se establece el principio de buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.

El nuevo Código de Extinción de Dominio resguarda a las personas que resultasen afectadas en un proceso, siempre y cuando en los negocios realizados hayan sido adquirentes de buena fe calificada exenta de culpa; de igual forma protege a los acreedores prendarios e hipotecarios que actuasen creando sus derechos de buena fe, siendo de tal forma válidos dichos negocios y no viable la acción de extinción de dominio.

Diversos artículos del nuevo Código de Extinción de Dominio respetan los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa: El artículo 3°. en cuanto a los límites; artículo 7° en la adquisición y destinación de los bienes; en la nulidad ab initio del artículo 22° se respetan los derechos de los terceros en los términos referenciados, pese a demostrar la ilicitud del origen de los bienes afectados; en los fines de las medidas cautelares, en el mismo sentido; artículo 118, numeral 5, se debe buscar en la fase inicial la recolección de pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa, ello indica que al afectar los bienes debe existir una estructura lógica de la causal invocada; en el artículo 124, inherente a los bienes equivalentes, al encontrar los bienes a nombre de terceros de buena fe exenta de culpa y como tal no se puedan afectar. En la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía, en la concurrencia de alguna de las causales y que el

afectado no es titular de buena fe exenta de culpa; finalmente en el procedimiento de exequátur consagrado en el artículo 212, los afectados podrán demostrar que son terceros de buena fe exenta de culpa.

El Código Civil la referencia en el artículo 768; la Convención de las Naciones Unidas, realizada en Viena durante el año de 1988, protegió los derechos de terceros de buena fe, no afectándolos en esas condiciones a través del comiso.

La buena fe cualificada, que es de interés en los trámites extintivos, abarca a todas aquellas personas a las que se le limiten sus derechos con la aplicación de medidas cautelares y es así como la propia Corte Constitucional en sentencia C-1007 de 2002 estableció dos elementos de la buena fe calificada, así: "uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación, Es así que, la buena fe simple exige sólo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza".

Así mismo el nuevo código garantizó al afectado de buena fe que puede solicitar copias del expediente desde el inicio del proceso y poder acudir a los jueces de extinción solicitando y argumentando la legítima defensa de sus derechos reales adquiridos lícitamente y aportando las pruebas necesarias para dicha defensa. Esto permite también que el afectado de buena fe pueda oponerse a la pretensión de la fiscalía antes de que inicie el proceso de extinción, siempre que argumente y presente las pruebas pertinentes que tenga en su poder para defender sus bienes de adquisición lícita.

En la extinción del derecho de dominio para declararse tercero de buena fe exenta de culpa se tiene que demostrar que no hayan realizado ninguna actividad ilícita ni sean autores, coautoras o coparticipes de actividades ilícitas.

Referente bibliográfico

Bonnecase, F. (2006). *Elementos de derecho civil tomo I*. Bogotá.

Buitrago, D. (1994). *Buena fe exenta de culpa*. Bogotá.

Camargo, P. (2003). *La acción de extinción de dominio*. Bogotá.

Devis, E. (2007). *Compendio de la prueba judicial*. Bogotá.

Iguarán, M., & Soto, W. (2015). *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*. Bogotá.

Murcia, B. (2012). *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio*. Bogotá.

Ospina, J. (2005). *La acción de extinción de dominio*. Bogotá.

Parra, J. (2012). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá.

Rivera, R. (2014). *La extinción de dominio: Comentarios al código de extinción de dominio. Ley 1708 de 2014*. . Bucaramanga.

Sabogal, M. (2014). *El enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el testaferrato, y la extinción de dominio*. . Bogotá.

Referente Jurisprudencial

Corte Constitucional, Sentencia C-529/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, sentencia No C-1194 de 3 diciembre de 2008 MP Dr. Rodrigo Escobar Gil,

Corte Constitucional, sentencia No C- 963 de Diciembre de 1999 MP Dr. Carlos Gaviria Díaz,

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal sentencia No 27.015 de 18 de abril de 2007 MR Dr. Julio E Socha Salamanca,

Corte Constitucional, sentencia No C- 740 de 2003 y T-590 de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil sentencia del 24 de enero de 2011 radicado 11001310302520010045701 MP Pedro Octavio Munar Cadena sentencia del 9 de agosto de 2000, expediente 5372.

Curso de Extinción de Dominio - ICITAP- Colombia (departamento de Justicia de los Estados Unidos, programa internacional de asesoría y capacitación de las investigaciones criminales.

Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal M.P. Salazar Cuellar ap3992-20105 rad No45318

US Department of justice internacionl Criminal Investigative training assistance Program (ICITAP) (2014). Bogotá.

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala Penal Sentencia Radicado N° 110010704012201100057 de 2012 M.P. Pedro Oriol Avella

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala Penal, Sentencia Radicación: 110010704013201100030 01 de 2011, M.P. Pedro Oriol Avella