

Bogotá, 15 de julio de 2014

Honorables Magistrados y Magistradas Corte Constitucional de Colombia Sala Plena

E. S. D.

**Referencia:** Intervención pública de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-10225.

Demandante: Luis Carlos Zamora Reyes

M.P.: Dr. Alberto Rojas Ríos

Respetados Magistrados y Magistradas,

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.738.338, Director Nacional de Estrategias en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 9° del Decreto 016 de 2014, "Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación", respetuosamente me permito intervenir en el presente proceso, con el fin de solicitar a esa Corporación inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo, por considerar que la demanda no cumple los requisitos mínimos y, en esa medida, adolece de ineptitud sustantiva.

<sup>1</sup> Decreto 016 de 2014, "Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalia General de la Nación, Artículo 9: La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación.



En caso de que la Sala Plena de la Corte Constitucional, en aplicación del principio *pro actione*, decida pronunciarse, la Fiscalía General de la Nación, solicita, respetuosamente, la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones del Código de Extinción de Dominio (Ley 1708 de 2014), cuestionadas en esta oportunidad.

Con el fin de exponer los argumentos que fundamentan estas posiciones, la presente intervención estará estructurada de la siguiente manera: i) como cuestión previa, se abordará el tema de los requisitos de las demandas de inconstitucionalidad, cuyo cumplimiento exigen tanto el Decreto 2067 de 1991, como la jurisprudencia constitucional, y se argumentará por qué en el presente caso éstas no se encuentran satisfechas; ii) con posterioridad, con el fin de brindar elementos de juicio a la Corte Constitucional, en caso de que, en virtud del principio pro actione. decida hacer un pronunciamiento de fondo, se resolverá el problema relativo a si el hecho de que el Código de Extinción de Dominio no defina qué se entiende por "deterioro de la moral social" implica una violación de los artículos 34 y 58 de la Constitución Política; y, finalmente, iii) se analizará la presunta inconstitucionalidad del numeral 2° del artículo 1° de la Ley 1708 de 2014, al responder si es inconstitucional delegar en el Legislador la determinación de cuáles son las actividades que deterioran la moral social, para efectos de la aplicación de la figura de la extinción de dominio.

#### Normas demandadas

El señor Luis Carlos Zamora Reyes, en ejercicio de sus derechos constitucionales y políticos Consagrados en la Constitución de 1991, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 2°, y los artículos 15 y 16 de la Ley 1708 de 2014, que a continuación se transcriben:



#### **LEY 1708 DE 2014**

(enero 20)

Diario Oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014 - <Rige a partir del 20 de julio de 2014>

### CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.

### EL CONGRESO DE COLOMBIA

#### **DECRETA:**

(...)

ARTÍCULO 10. DEFINICIONES. Para la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

- 1. Afectado. Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso.
- 2. Actividad Ilícita. <u>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.</u>
- 3. Bienes. Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.



ARTÍCULO 15. CONCEPTO. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

ARTÍCULO 16. CAUSALES. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

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



cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos.

PARÁGRAFO. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley.

#### Fundamentos de la demanda

De acuerdo con los planteamientos del demandante, las normas cuya inexequibilidad acusa, vulneran los artículos 34 y 58 de la Constitución Política, según los cuales, en Colombia está prohibida la pena de destierro, prisión perpetua y confiscación (C.P., art. 34); al igual que la garantía de la propiedad privada (C.P., art. 58).

El cargo que intenta estructurar, apunta a indicar que el hecho de que el Congreso no haya determinado de manera específica cuáles son las causales que permiten adelantar la acción de extinción de dominio cuando quiera que se atente de manera grave contra la moral social, implica una vaguedad contraria a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 34 y 58 superiores, pues deja abierta la posibilidad de adelantar un proceso con el fin de suspender los derechos sobre el bien, sin que las causales estén específicamente establecidas.

Finalmente, el ciudadano Zamora Reyes solicita a la Corte que, en caso de considerar inconstitucionales las disposiciones demandadas, declare la inexequibilidad de toda la Ley, ya que los tres artículos demandados tienen "profundas implicaciones en la validez de toda la Ley 1708 de 2014". Con el propósito de justificar esta solicitud, el actor cita la sentencia C-169 de 2014 que examinó la constitucionalidad de la Ley 1653 de 2013 y decidió declarar la inexequibilidad de todo el articulado de la ley demandada.



### Cuestión previa: Ineptitud sustantiva de la demanda

La Fiscalía General de la Nación considera que la presente demanda no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, específicamente el consignado en el numeral 3° de dicha disposición, que tiene que ver con "las razones por las cuales dichos textos se estiman violados".

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado ampliamente del tema y ha reiterado que, si bien es cierto la acción pública de inconstitucionalidad no está sometida a mayores rigorismos, se debe satisfacer unos contenidos mínimos que permitan a esa Corporación adelantar de manera satisfactoria el examen de constitucionalidad que se le plantea, a partir de una argumentación contenida en la demanda que genere una verdadera controversia constitucional.

En la sentencia C-1052 de 2001<sup>2</sup>, la Corte realizó una sistematización de las exigencias materiales que debe cumplir la demanda e indicó que los cargo formulados por el demandante deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes.

La providencia explicó cada uno de estos requisitos de la siguiente manera: i) la claridad hace referencia a que la acusación sea suficientemente comprensible y que esté presente un hilo conductor en la argumentación que permita comprender los fundamentos de la demanda; ii) en relación con la certeza, la jurisprudencia ha indicado que las razones que respaldan los cargos deben recaer sobre una proposición jurídica real y no deducida por el actor, o implícita; iii) las razones deben ser específicas, es decir, deben tener la capacidad de mostrar que existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, con argumentos directos y concretos; iv) la pertinencia en las razones que sustenten los cargos de la demanda, hace relación a que el reproche formulado debe ser de naturaleza constitucional, y no basado en consideraciones puramente legales y doctrinarias, o en puntos de vista subjetivos con el fin de resolver un problema particular, o cuando se trate de un problema de conveniencia de

<sup>2</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



la disposición que se cuestiona; y, finalmente, v) la suficiencia se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad, las cuales deben guardar relación, "en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche, de suerte que logre suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

De la demanda se deduce, a pesar de la escasa argumentación desplegada por el actor, que éste considera que el hecho de que el Legislador no haya regulado específicamente cuáles son las causales que permiten adelantar la acción de extinción de dominio por atentar contra la moral social, deja abierta la posibilidad para que se presenten restricciones indebidas al derecho a la propiedad privada, al igual que, en su parecer, esto resulta contrario a lo preceptuado en el artículo 34 superior.

Con todo, esta Entidad considera que la argumentación esbozada por el actor no satisface los requisitos mínimos de claridad, especificidad y suficiencia, por cuanto las razones que expone no consiguen generar una mínima duda de inconstitucionalidad de la disposición acusada, ni explica en qué sentido el hecho de que las normas objeto de cuestionamiento no determinen en qué casos procede la acción de extinción de dominio cuando quiera que se atente contra la moral social, desconocen los mandatos superiores consagrados en los artículos 34 y 58 de la Constitución Política.

El ciudadano demandante se limita a enunciar estos argumentos, sin que en realidad desarrolle razones constitucionales que respalden sus afirmaciones. Intenta sustentar el cargo mediante la transcripción de las disposiciones de la Constitución que estima desconocidas, así como de extractos jurisprudenciales, sin que exponga una argumentación que soporte sus alegaciones.

Por último, acude a una sentencia de la Corte Constitucional con el fin de señalar que en caso de que las disposiciones acusadas sean consideradas inconstitucionales por la Corte, debe declarar la inexequibilidad de la totalidad de la ley, "dadas las profundas implicaciones en la validez de toda la ley 1708 de 2014".



Con base en lo anteriormente expuesto, la Fiscalía General de la Nación solicita a la Corte Constitucional inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

En caso de que, en virtud del principio *pro actione*, esa Corporación decida adoptar una providencia de mérito, procedemos a exponer las razones por las cuales la Fiscalía General de la Nación solicita a ese Alto Tribunal, declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

¿El que el Código de Extinción de Dominio no defina, como lo hacían anteriores normatividades, qué se entiende por "deterioro de la moral social" implica una violación de los artículos 34 y 58 de la Constitución Política?

Con el propósito de resolver el anterior problema jurídico, se abordarán los siguientes puntos: primero, se realizará una aproximación sobre los orígenes y las características de la acción de extinción de dominio consagrada en el inciso 2º del artículo 34 superior. Seguidamente, se mostrará, por medio de un ejercicio comparativo, cómo las legislaciones sobre la pérdida del derecho de dominio han definido las razones de carácter excepcional que permiten adelantar el proceso de extinción de dominio por "grave deterioro de la moral social". Y finalmente, a partir de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, se podrá argumentar que el concepto de "moral social" no responde a un concepto vago y sin contenido, toda vez que el Alto Tribunal ha reconocido en sus decisiones que la moral social o pública es un criterio que sirve para definir situaciones jurídicas.

## La regulación de la acción de extinción de dominio en la Constitución Política de 1991

La Constitución Política de 1991, al definir en el artículo 1º que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el trabajo, la solidaridad de las personas, y la prevalencia del interés general sobre el individual, dio las bases para una nueva concepción del derecho de propiedad, ya que su ejercicio debe responder a los intereses colectivos



que exigen hacer uso social de los bienes personales y, además de ello, garantizar que el aprovechamiento de los recursos no sea desproporcionado e irracional, sino que obedezca a la preservación del medio ambiente y los recursos naturales. Esto llevó a fijar en la normatividad constitucional, entre otros, la función ecológica de la propiedad (C.P., artículo 58).

El Constituyente no sólo resaltó de manera especial la función social y ecológica de la propiedad, sino que buscó también que las prácticas sociales aseguraran la vigencia de un orden justo, ya que de acuerdo con el artículo 2º de la Carta Política, éste es uno de los fines esenciales del Estado. De esta manera, la propiedad que encuentra garantía y protección dentro del ordenamiento jurídico colombiano es aquella que es fruto del trabajo honesto y del esfuerzo.

Es por ello importante mostrar que según la jurisprudencia de la Corte:

"(...) [N]o tendría ningún sentido la concepción del Estado como social de derecho y, en consecuencia, como Estado de justicia; ni la inclusión del valor superior justicia en el Preámbulo de la Carta, ni la realización de un orden social justo como uno de los fines del Estado, ni la detenida regulación de la libertad y de la igualdad como contenidos de la justicia; si se permitiera, por una parte, que se adquieran derechos mediante títulos ilegítimos y, por otra, que esos derechos ilícitamente adquiridos fueran protegidos por la Constitución misma. Por el contrario, la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente: Los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda."<sup>3</sup>.

Lo anterior, explica por qué el derecho de propiedad se encuentra regulado dentro del Título II de la Constitución, "De los derechos, las garantías y los deberes", más exactamente en el Capítulo I, cuando prohíbe la confiscación de bienes y consagra una institución que permite

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003, M.P. Jaime Córdova Triviño.



adelantar la acción de extinción del derecho de dominio cuando el bien o los bienes son resultado del enriquecimiento ilícito, del grave deterioro de la moral social o del perjuicio causado al tesoro público.

El artículo 34 superior prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación y señala de inmediato que, no obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

Como se puede ver, la Carta incluyó un instrumento eficaz, con el fin de desestimular la cultura del dinero fácil y el hecho de impedir que las organizaciones criminales pudieran lucrarse con el delito. Ya se veía desde el año de 1991 la necesidad de impedir que el dinero, resultado del delito, de la corrupción, o de atentar contra la moral pública, se convirtiera en una fuente de riqueza y contara con las garantías y protecciones que el ordenamiento superior ofrece a la propiedad privada. En este sentido son ilustradores los debates que antecedieron la configuración del artículo 34 de la Constitución:

"El enriquecimiento ilícito ha sido un factor de corrupción social en Colombia, no sólo por lo que implica el delito en sí mismo, sino porque quienes lo cometen hacen ostentación ante los demás con bienes lujosos que en verdad no les pertenecen y que no fueron obtenidos como fruto del trabajo honrado".

"De esta situación de impunidad se ha derivado un ejemplo letal para la comunidad. Los ciudadanos se sienten desestimulados enfrente al esfuerzo de buscar sustento y progreso en actividades legales que no traen como compensación la fácil obtención de bienes costosos, cuando al tiempo ven expuestas ante sus ojos las riquezas conseguidas en forma fácil y rápida por quienes infringen la ley".

"Esta comparación desmoraliza a la población, y a las actividades marginales se ven tentados y arrastrados los individuos en forma masiva, en busca del progreso personal, cómodo y exuberante. En tales circunstancias el país ha sufrido un desmoronamiento fatal y



la corrupción y la criminalidad se han extendido en forma que hoy atenta contra la propia estabilidad de la nación y de sus instituciones'<sup>A</sup>.

Con ello resulta claro que una de las novedades de la Carta Política de 1991 fue la adecuación de la extinción de dominio para aquellos casos en los que la propiedad de las cosas se obtiene mediante violación de principios éticos, ya que como la jurisprudencia ha sido clara en mostrar, el Estado colombiano no puede avalar, ni mucho menos legitimar, la adquisición, utilización o destinación de bienes con fines contrarios a la ley. Así lo expresó la Corte al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la anterior ley de extinción de dominio:

"(...) [E] l Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades...". (Negrilla fuera del texto original).

Es importante recordar, que antes de que la acción de extinción de dominio sirviera para la defensa y protección de la propiedad honesta, esta institución garantizaba que la propiedad sirviera al fin social que le es inherente. Precisamente, con la reforma constitucional de 1936 se fijó que la propiedad privada que no repercutiera en beneficios; sociales, y contribuyera a la riqueza del país, debía desconocerse y pasar a manos del Estado.

De ahí que el Alto Tribunal reconozca que la acción nació primero del incumplimiento de la función social y del desconocimiento de la función ecológica o de la garantía del derecho colectivo a un medio ambiente

<sup>4</sup> Asamblea Constituyente, Gaceta Constitucional, lunes 15 de abril de 1991, p. 27.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



sano, antes de que el Constituyente incluyera las causales que hoy permiten iniciar la acción de carácter constitucional:

"La extinción del dominio, en su concepción original, resulta del incumplimiento de la obligación económica que le impone la Carta al dueño del bien (función social), de aprovechar su propiedad con un sentido social, esto es, útil a la comunidad, ajeno, por lo mismo, al abuso que implica detentarla sin perseguir mediante su explotación un rendimiento productivo mínimo. Pero igualmente es posible la extinción del dominio, en las condiciones que establezca el legislador, cuando a pesar de que el propietario cumple con la función económica asignada a la propiedad, desatiende o ignora el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables y, consecuencialmente, viola el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano."6.

A partir de lo anterior, se puede concluir que el numeral segundo del artículo 1º de la Ley 1708 de 2014 responde a los fines constitucionales del artículo 34 superior, toda vez que permite adelantar la acción de extinción de dominio cuando el bien sea fruto de una actividad ilícita, es decir, provenga de una actividad delictiva, independiente de un proceso penal, o por deteriorar la moral social, tal y como lo incluyó el Constituyente en el artículo superior.

No es posible entonces, como lo formula el actor, aceptar que el artículo 1° de la ley demandada parcialmente, en especial en lo que tiene que ver con la definición de moral social desconozca el ordenamiento superior, ya que como se quiso mostrar en este punto, la protección constitucional al derecho de propiedad, consagrado en el artículo 58, tiene como supuesto que su origen repose en un justo título es decir, no contravenga el orden, la moral o afecte la cosa pública.

En este sentido, el derecho de dominio es uno de los derechos constitucionales que gozan de un mayor contenido ético, ya que no solamente está gravado por una función social y ecológica, sino que como consecuencia de los fines esenciales del Estado, especialmente la

6 Ibíd.



vigencia de un orden justo, no se puede legitimar, como tampoco garantizar, la propiedad de bienes que no tengan como fuente un título válido y honesto.

### Características de la acción de extinción de domino

Si bien el sentido teleológico de la acción de extinción de dominio consagrada en el inciso 2° del artículo 34 de la Constitución Política, se encuentra en que el Estado no puede legitimar la propiedad que no tiene como fuente un título válido y honesto, resulta necesario desarrollar las características de dicha acción con el propósito de enmarcar su contribución a la vigencia de un orden justo.

De acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la acción de extinción de dominio es una acción pública constitucional, de carácter autónomo, directo, y en relación con el derecho de propiedad.

Se dice, en primer lugar que la acción de extinción de dominio es una acción constitucional ya que fue precisamente el propio Constituyente quien la instituyó. En este caso, no fue la legislación, ni tampoco el Ejecutivo por medio de un decreto, quienes permitieron contar con una herramienta eficaz a la hora de luchar contra los beneficios económicos del crimen, el fraude o la inmoralidad. Y es que precisamente, la configuración de una democracia constitucional lleva por un lado a proteger <u>únicamente</u> los bienes resultado del trabajo honesto y del esfuerzo y, por otro, a perseguir las fuentes no legítimas de propiedad.

La condición de <u>acción pública</u> se explica a partir de lo anterior ya que la extinción del derecho de propiedad tutela intereses superiores del Estado. Por ello, se resalta que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el derecho de dominio no encuentra protección ni ningún tipo de garantía cuando viene precedido de la violación de la ley, de la moral pública o social o del abuso al Tesoro Público. Esto lleva a que la acción, como lo afirma la jurisprudencia del Alto Tribunal constitucional, esté motivada por intereses superiores del Estado:



"(...) [L]a 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." (Negrilla fuera del texto original).

Otra de las características que la jurisprudencia ha resaltado de la extinción de dominio es su <u>carácter judicial</u>, ya que es claro que debe estar mediada por una sentencia, en los términos de la disposición superior: "(...) No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio...". Lo anterior permite afirmar que dicha declaratoria supone un proceso ante los jueces con la garantía del debido proceso (C.P., artículo 29), además de asegurar la independencia e imparcialidad del operador jurídico (C.P., artículo 228).

Se debe explicar además, que de acuerdo con la Carta Política, la sentencia de extinción de dominio es <u>declarativa</u>. Con ello el Constituyente estableció que el proceso de extinción busca desvirtuar la presunción de quien exhibe la titularidad del bien, con el fin de probar que lo ostentaba de manera ilegítima, inmoral o fraudulenta, es decir, contrario a las leyes, a la moral o al interés público. Sólo de esta forma, el Estado podrá proceder y tomar para sí, aquellos bienes cuyo origen es espurio sin lugar a compensación, retribución o indemnización.

Así lo ha querido mostrar la Corte Constitucional:

"Se trata, entonces, de una providencia judicial que no crea a partir de su vigencia el fenómeno de la pérdida de una propiedad que se tuviera como derecho -del cual se despojara al propietario-, sino que declara -como el artículo 34 de la Constitución lo estatuye claramente- que tal presunta propiedad, dado su irregular origen, nunca se hizo merecedora de la garantía ofrecida por la Constitución, ni a la luz del artículo 30 de la Carta Política anterior, ni con arreglo al 58 de la hoy vigente... Resulta, entonces, que la sentencia es meramente declarativa: aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003, M.P. Jaime Córdova Triviño.



Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio." (Negrillas fuera del texto original).

Lo anterior permite resaltar que la sentencia que decide sobre el derecho de dominio, no solamente desvirtúa la titularidad de quien se cree es el dueño legítimo del bien, sino que además, lleva a afirmar que jamás se consolidó el derecho de propiedad, toda vez que su cimiento fue el resultado de comportamientos dañinos y reprochables, además de violatorios de la naturaleza del Estado Social y Democrático y sus fines esenciales.

En esta medida, la ilicitud, la inmoralidad o el fraude al Tesoro Público no permiten consolidar el derecho de propiedad. Así, el dominio, como la titularidad, en estos casos estará recubierto de una apariencia que permite adelantar una acción pública con el fin de desvirtuar dicha apariencia en cualquier momento, en aras de asegurar los intereses superiores de la sociedad.

Y es que el hecho de que la acción de extinción de dominio corresponda a una sentencia declarativa, antes que al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, permite detallar su carácter <u>autónomo y directo</u>. Se dice que la acción es autónoma por cuanto no depende de un proceso penal o civil en curso para su ejercicio e instauración.

Como se ha venido mostrando a lo largo del texto, la extinción del derecho de propiedad es principalmente una institución asistida por un interés público, lo cual permite que para su ejercicio sólo se exija la demostración de uno de los supuestos consagrados por el Constituyente en el inciso 2º del artículo 34 y que corresponden ya sea al enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

Respecto de este punto, la Corte Constitucional ha sido clara en expresar que la extinción de dominio al ser una acción autónoma e independiente no es realmente una pena, e indica:

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



"(...) 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."9.

Por último, la jurisprudencia constitucional resalta el hecho de que la sentencia que declara la extinción del derecho está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho a la propiedad, de ahí que no cabe duda reiterar que si bien la Carta protege la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, esta ha de tener una fuente lícita.

Lo anterior explica por qué las 3 causales consagradas en el artículo 34 superior remiten a un título ilícito, y que claramente contrarían el hecho que la propiedad ha de tener una fuente ética, es decir, "(...) que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos." 10.

El numeral 2º de la ley demandada cumple con varias de las características de la acción de extinción de dominio atrás mencionadas. En este caso, el Legislador resaltó el carácter autónomo y directo de la acción constitucional, al fijar de manera expresa que la actividad ilícita, que da pie a la extinción del derecho de propiedad, no tiene por qué estar ligada necesariamente a un proceso penal, "independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal".

Con ello, el Congreso de la República garantizó otra de las características de la acción de extinción de dominio, aquella referente al carácter público. Lo anterior, en el entendido de que el ordenamiento jurídico no puede proteger la propiedad fruto de la actividad ilícita, ya sea por la violación de la ley o por atentar de manera grave contra la moral pública, toda vez que el Estado debe garantizar los intereses superiores del trabajo honesto, la solidaridad y la vigencia de un orden justo.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003, M.P. Jaime Córdova Triviño. 10 Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



De esta manera, no se desconoce, como lo quiere mostrar el autor, el carácter autónomo de la acción de extinción de dominio al considerar que el deterioro de la moral social está ligado a la comisión de una conducta antijurídica, en el sentido de que, como se mostró, la definición utilizada por el Legislador, en virtud de su libertad de configuración, a la hora de concretar "actividad ilícita" no sólo incluyó la comisión de delitos y por tanto, la responsabilidad penal, sino también el deterioro de la moral social.

# La acción de dominio en la legislación colombiana: libre configuración del Legislador

Una de las características principales de la acción de extinción de dominio es el hecho de ser una acción pública constitucional. Como atrás se indicó, ello quiere decir que fue precisamente el Constituyente quien la incluyó dentro del ordenamiento superior. Así lo ha expresado la jurisprudencia del Alto Tribunal constitucional:

"(...) Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático." (Negrillas fuera del texto original)

Algunos explican el hecho de que la Constituyente hubiera incluido dicha acción de manera directa, e incluso, que hubiera definido expresamente las causales por las cuales puede iniciarse la pérdida del derecho de dominio, sobre la base de que se trata de un tema delicado y con un alto impacto dentro de la sociedad como la garantía del derecho de propiedad. Esta ha sido la posición de la Corte, que ha señalado:

"(...) Nótese que el constituyente de 1991 bien podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. No obstante, valoró de tal manera los hechos

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 740 de 2003, M.P. Jaime Córdova Triviño.



que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa."<sup>12</sup>.

Además, si en realidad se quería contar con un instrumento jurídico eficaz para luchar contra la cultura del dinero fácil y el financiamiento económico de las organizaciones criminales a través del delito, la acción de extinción de dominio debía tener una índole constitucional que garantizara su efectividad y puesta en marcha.

Es importante resaltar lo que ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

"(...) [S]e 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." (Negrillas fuera del texto original).

A su vez, anteriormente se mostró cómo la Carta Política configuró tres causales que llevan a la pérdida del derecho de dominio: enriquecimiento ilícito, grave deterioro de la moral social y atentar contra el Tesoro Público. Por esta razón, dichas causales necesitan de un desarrollo legislativo, enmarcado dentro los límites de los artículos 34 y 58 superiores y a la luz de las necesidades históricas, sociales y económicas por las que atraviese la sociedad colombiana, con el fin de definir el tipo de conductas que se enmarca en cada una de las causales generales consagradas en la Constitución.

Si bien el legislador está habilitado para desarrollar los hechos que configuran cada una de las tres causales, y que llevan a la pérdida del derecho de propiedad, la manera como lo ha hecho ha sido fluctuante en el tiempo. La acción de extinción de dominio ha tenido un claro rasgo

<sup>12</sup> Ibíd.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 740 de 2003, M.P. Jaime Córdova Triviño.



penal, a partir de conductas tipificadas en la ley, no obstante lo cual, la posibilidad de que nuevas normas desarrollen aquellas acciones para extinguir el derecho de dominio por conductas que atentan gravemente contra la moral social o causan un grave perjuicio al Tesoro Público, no ha sido dejada de lado<sup>14</sup>.

## Causales de la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico colombiano

De esta manera, el Legislador puede fijar las condiciones en las cuales opera la extinción de dominio en el marco de lo regulado en el artículo 34 superior, es decir, concretar las causales concebidas por el Constituyente, ya sea atándolas a la comisión de delitos, o también desarrollar nuevas causales que no se ajusten necesariamente a un tipo penal<sup>15</sup>.

Lo anterior, lleva a realizar un ejercicio comparativo de las leyes que han regulado la extinción de dominio en Colombia, con el fin de resaltar las conductas determinadas como causales por atentar gravemente contra la moral social y determinar si estas tienen o no una relación con los tipos penales descritos en el Código Penal.

La primera ley que reguló de manera integral, y de acuerdo a las exigencias de la Constitución de 1991, la extinción de dominio en nuestro ordenamiento, fue la Ley 333 de 1996. Según esta norma, la extinción de dominio es la pérdida del derecho de propiedad en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular<sup>16</sup>. Y al definir las causales, identifica las siguientes actividades: 1) enriquecimiento ilícito se servidores públicos, 2) perjuicio del Tesoro Público<sup>17</sup> y 3) grave deterioro de la moral social.

<sup>14</sup> Esta acción ha sido regulada en tres cuerpos normativos diferentes: Ley 333 de 1996, Ley 793 de 2002, Ley 1708 de 2014.

<sup>15</sup> Ibíd.

<sup>16</sup> Congreso de la República, Ley 333 de 1996, Art. 1º

<sup>17 &</sup>quot;2. Perjuicio del Tesoro Público que provenga de los delitos de peculado, interés ilicito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado;



Respecto al grave deterioro de la moral social, la ley en comentó dispuso:

"3. Grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son hechos de deterioran la moral social, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicionen, testaferrato, el lavado de activos, los delitos contra el orden económico social, delitos contra los recursos naturales; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, concusión, cohecho, tráfico de influencias, rebelión, sedición, asonada o provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión".

Como se puede apreciar, en el caso de la Ley 333 de 1996, atentar contra la moral pública consistía en cometer alguno de los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, además de: i) lavado de activos, ii) delitos contra el orden económico social, iii) delitos contra los recursos naturales, iv) fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, v) concusión, vi) cohecho, vii) tráfico de influencias, viii) rebelión, ix) sedición, x) asonada, o xi) provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión.

Esto permite afirmar, que la concepción que en este caso tuvo el Legislador sobre moral social fue una moral en íntima conexión con la normatividad penal, por eso, al incurrir en conductas delictivas, se asumía la violación del orden ético o superior.

Por su parte, la Ley 793 de 2002, si bien incorporó la definición de la anterior ley, "La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular", también incluyó una las características definidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al establecer que "[e]sta acción es autónoma en los términos de la presente ley".

utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva." Ley 333 de 1996, Art. 1°.



Además de ello, esta normativa contempla como una de las causales para la extinción del derecho de propiedad la "actividad ilícita". Al ser ambiguo el anterior concepto, la norma adicionó un parágrafo según el cual se debía entender por actividad ilícita: "el enriquecimiento ilícito, las conductas cometidas en perjuicio del Tesoro Público y las que impliquen un grave deterioro de la moral social". De esta forma, las tres causales generales expuestas por el Constituyente en el artículo 34 suponían para el Legislador una actividad ilícita.

"Parágrafo 2°. Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

- 1. El delito de enriquecimiento ilícito.
- 2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
- 3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo. "18".

Se vuelve a observar que en este caso, como en la anterior normatividad. el deterioro de la moral social se asoció en buena parte a la comisión de delitos y a la responsabilidad penal de la persona. Aunque de manera más

<sup>18</sup> Congreso de la República, Ley 793 de 2002



amplia, reconoció que la ética se ve también afectada por atentar contra la salud pública, el orden social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la administración pública y el régimen constitucional y legal.

De esta forma, el Congreso de la República, en ejercicio de sus facultades legislativas, amplió su juicio sobre la moral social o pública, al reconocer que no es moral simplemente cometer hechos antijurídicos, sino atentar contra el orden justo y los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Por último, es importante señalar que la Ley 1708 de 2014, objeto de debate en la demanda de la referencia, no ligó la moral social o pública al juicio de reproche penal y por eso la actividad ilícita que da origen a la acción de extinción de dominio, bien puede adelantarse por la comisión de un delito o por el desconocimiento de la moral social. No obstante, no contiene una aproximación o definición de tal concepto, por lo que la misma, quedó abierta a los desarrollos normativos y jurisprudenciales en la materia. Contiene la ley, en su artículo de definiciones, una sobre lo que debe entenderse en los términos de la ley, como actividad ilícita, sin que hubiese plasmado alguna sobre el deterioro de la moral social.

"Artículo 10. Definiciones. Para la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

2. Actividad Ilícita. 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." 19

Y es que no cabe duda de que la función legislativa, en virtud de la cual el Congreso de la República desarrolla los mandatos constitucionales, puede reformar, ampliar, restringir, adicionar, interpretar o derogar total o parcialmente leyes anteriores<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Congreso de la República, Ley 1718 de 2014.

<sup>20</sup> Constitución Política, artículo 150. "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".



## Jurisprudencia constitucional respecto del desarrollo del contenido de la acción de extinción de dominio.

Resulta entonces legítimo que el Congreso de la República, por medio de la Ley 1708 de 2014, haya optado por no hacer una definición amplia sobre el concepto de deterioro de la moral social que da pie a la extinción de dominio, ya que si bien es necesario que el Legislador determine cuáles son las razones excepcionales que dan lugar a la acción de extinción de dominio, no está obligado a hacerlo como lo pudo haber hecho en el pasado. Sobre este punto ha indicado la Corte Constitucional,

"(...) [E]s el legislador el llamado a concretar en qué consisten las aludidas causales constitucionales de la extinción del dominio, y evidentemente puede él considerar que tengan carácter de delictivas, pero sin que por definirlo así en una determinada ley la presente-, se agote su facultad de prever en el futuro otros comportamientos, no necesariamente calificados como delitos, que por causar daño al Tesoro Público o por afectar la moral colectiva, ocasionen el proceso judicial de carácter patrimonial del que se trata." (Subrayado fuera del texto original)

Es importante resaltar que el constante cambio en la regulación de los hechos que configuran las causales expuestas por la Constitución ha sido la causa para que en varias oportunidades el Alto Tribunal constitucional se pronuncie al respecto. En este sentido, la jurisprudencia acepta que los comportamientos que incluya el Legislador bien pueden contrariar la ley penal o la moral pública. Y la manera como lo ha hecho en cada una de las regulaciones no tiene por qué obligar a que la legislación siguiente continúe haciéndolo de la misma manera, ya que ello depende, como lo ha enunciado el Alto Tribunal, de las necesidades de cada época:

"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,

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández.



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 (...) "<sup>22</sup>.

Además de lo anterior, la Corte, en diferentes decisiones, al tratar la causal de la extinción de dominio por afectar gravemente la moral social, ha resaltado que no toda conducta contraria a la ética tiene que ser un hecho delictivo. Con ello, ha avalado la independencia de las tres causales que instituyó el Constituyente para perseguir los bienes que se obtienen como resultado de conductas ilícitas o contrarias a la ética y la moral social. Así lo expresó, por ejemplo, en la sentencia C-374 de 1997:

"No términos necesario. entonces, en estrictamente constitucionales, que se haya iniciado o que esté en curso o haya habido un proceso penal para que la acción de extinción dominio pueda iniciarse ni tampoco para que prospere. Todo depende, pues, del catálogo de conductas que el legislador haya señalado como constitutivas de enriquecimiento ilícito, grave deterioro de la moral social o perjuicio del Tesoro Público. Bien puede él incorporar comportamientos sancionados en la ley penal como delictivos, o aludir a actos u omisiones que, aunque no elevados a la categoría de punibles, o habiéndola perdido, sí contrarien la moral o causen agravio al interés patrimonial del Estado.

Pero, a juicio de la Corte, especialmente en lo que se refiere a la última de las causales enunciadas, no toda conducta contraria a la moral social que la afecte gravemente tiene que configurar, a la vez, un comportamiento tipificado como delictivo...". (Negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, se puede concluir que las anteriores normatividades sobre la acción de extinción de dominio, desarrollaron la causal expuesta en el inciso 2º del artículo 34 de la Carta Política de manera independiente,

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 740 de 2003, M.P. Jaime Córdova Triviño.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández.



ajustándose a las necesidades de su tiempo. Y si bien quisieron fijar una relación entre el grave deterioro a la moral social con una serie de actividades tipificadas en el derecho penal, ello no impide al Congreso de la República, en un nuevo momento histórico, dotar al primero de estos conceptos de autonomía e independencia, como causal que conlleva la pérdida del dominio.

# Contenido y definición del concepto de moral social a la luz de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De acuerdo con el texto de la demanda, el actor califica la expresión "deteriorar la moral social" contenida en el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 1708 como vaga al no "determinar cuáles actividades son aquellas que "violan gravemente la moral"". Por ello, y con el fin de desvirtuar la aseveración del actor y defender la constitucionalidad del artículo demandado, procederemos a mostrar que el concepto de moral social ha sido no solamente declarado exequible en otras oportunidades por la Corte Constitucional, sino que además, cuenta con un suficiente desarrollo dentro de la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico colombiano.

### Relación entre moral social y Derecho

A simple vista, podría pensarse que no es posible una relación entre el Derecho y la moral. Esto se debe al hecho de que la moral generalmente se piensa como un asunto de la esfera íntima de la persona, razón por la cual no puede tener efectos dentro de la sociedad. Más aun, cuando el Estado se define a sí mismo como de carácter plural y diverso<sup>24</sup>.

Así lo ha reconocido así la Corte Constitucional al señalar lo siguiente:

"(...) [C]omo el orden público es un derecho de todos los asociados -que implica los correlativos deberes-, y la moral social es parte integrante de él, todos los asociados tienen derecho a ser

24 Cfr. Art. 1° y 7° de la Constitución Política.



beneficiarios de condiciones de moralidad, en el entorno que rodea sus vidas "25.

De esta manera, cuando la moral deja de ser un asunto de la vida privada y se convierte en una exigencia de carácter social y universal, es decir, de orden público, puede entrar en diálogo con el Derecho, por cuanto viene a representar el mínimo comportamiento ético común aceptado por la sociedad y exigido a sus miembros. Y así lo ha querido reconocer la Corte Constitucional en su jurisprudencia al indicar en relación con este punto lo que a continuación se transcribe:

"La moral social refiere, entonces, al mínimo comportamiento ético común aceptado por el conjunto de una sociedad dentro de las reglas del verdadero pluralismo democrático, que impone a sus miembros actuar de cierta manera. Dicho en otros términos, es la conducta "que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia" No se opone por definición a ningún tipo de ética particular ni adopta sus postulados individuales, toda vez que representa ese punto de coincidencia en el que convergen la mayoría de proyectos morales. Desde esta perspectiva, contiene la dimensión ética del ser humano que es medular e imprescindible para garantizar la convivencia social en general. (...). 27

Lo anterior permite afirmar que el Derecho bebe de las fuentes de la moral con el fin de derivar consecuencias sobre los actos de las personas. Incluso, como lo ha reconocido el Alto Tribunal Constitucional, la moral social o pública es tanto un bien objeto de tutela como un criterio válido para la definición de situaciones jurídicas concretas.

En palabras de la Corte,

"(...) En síntesis: no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995, Vladimiro Naranjo.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejia.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico."<sup>28</sup>

## Desarrollo de la moral social o pública en el ordenamiento jurídico colombiano

El Constituyente de 1991 en el artículo 34, referente a la acción de extinción de dominio, recurrió a la moral social y la identificó como un bien jurídico tutelado por el ordenamiento superior. Por su parte, el artículo 44, el cual consagró los derechos fundamentales de los niños, también hizo uso del concepto de moral convirtiéndolo en un criterio de protección al menor en el sentido de que éste no puede ser víctima de la violencia moral. Y, finalmente, el artículo 209 consagró el principio de la moralidad administrativa, como un principio medular de la función pública<sup>29</sup>.

El recurso a la moral también es común en los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia, al punto que la moral social es un criterio de interpretación que permite limitar los derechos. Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite que se restrinjan los derechos de libertad de circulación, pensamiento, conciencia, religión, expresión y opinión, y los derechos de reunión y asociación, cuando ello sea necesario para proteger la "moral pública" Similar es el contenido normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual se permite limitar derechos fundamentales cuando se trata de proteger la moral social<sup>31</sup>.

No se puede pasar por alto que el Código Civil colombiano tiene también un alto contenido moral, así lo identificó la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando indicó:

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejia.

<sup>29 &</sup>quot;Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

<sup>30</sup> Cfr. artículos 12, 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 31 Cfr. artículos 12, 13, 15, 16 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



"En la legislación colombiana, la alusión a la moral no se encuentra únicamente en el artículo 13 de la ley 153 de 1887. Está en otras normas del Código Civil, con la denominación de **buenas** costumbres, o con la referencia expresa o tácita a la moral:

- a) Según el artículo 16, 'no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres';
- b) El artículo 1537 se refiere a las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales;
- c) El artículo 1524 define la causa ilícita como la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público;
- d) El artículo 472 autoriza excluir del inventario que debe hacer el guardador al asumir su cargo, los objetos 'que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral';
- e) El artículo 627 consagra como causal de remoción de los guardadores la 'conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo'
- f) El artículo 586, ordinal 80., establece la incapacidad para ser guardadores de 'los de mala conducta notoria', pues la 'mala conducta' debe valorarse en relación con la moral vigente''. 32.

Lo anterior explica por qué el concepto de moral social o pública es ante todo un referente al cual puede acudir el Legislador en ejercicio de su libertad de configuración, ya sea para limitar derechos o libertades, o también como criterio que sirve para entrar a evaluar el contenido de normas que se refieran a principios éticos, costumbres o la misma moral. En términos de la Corte:

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.



"(...) En principio, la Corte ha convalidado la noción de "moral social" como referente al cual puede acudir el legislador en determinadas situaciones para restringir ciertos derechos y libertades, o como criterio que el juez constitucional puede tener en cuenta a la hora de examinar las normas que mencionan "la moral", las "buenas costumbres" u otra categoría de expresiones que hagan alusión a principios éticos." 33.

Por lo todo lo anterior, no se puede decir que hay una indefinición o una laguna con respecto a qué se debe entender por "grave deterioro de la moral social", pues esta expresión ha tenido suficiente desarrollo jurisprudencial, al punto que, en reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha reconocido que la moral pública puede definir situaciones jurídicas, o limitar derechos y libertades de las personas.

Y si se tiene en cuenta la definición constitucional que hasta la fecha se tiene sobre moral social, "(...) que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social" ésta tiene un particular elemento que la jurisprudencia ha resaltado y es su contextualidad, en virtud de la cual, "... cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de la moral universal e inmutable en su propia circunstancia." 35.

En este sentido, mal podría haber definido el Legislador cuáles son los hechos que configuran la extinción de dominio por grave deterioro de la moral social cuando esto es un ejercicio que tendrá que hacer el operador judicial en virtud de su autonomía.

Una vez plasmadas estas consideraciones, a continuación, la presente intervención se ocupará del tema de la libertad de configuración del legislador, en relación con su potestad de determinar cuáles serían

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejia.

<sup>35</sup> Ibíd.



aquellas actividades atentatorias de la moral social para efectos de extinguir el dominio de la propiedad.

¿Es inconstitucional el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 1708 de 2014, al dejar que sea el Legislador quien determine cuáles actividades deterioran la moral social para efectos de la aplicación de la figura de la extinción de dominio?

En su articulado, la Constitución se refiere a ciertos conceptos a los que dotó de fuerza jurídica y que, sin embargo, dejó sin desarrollar habida cuenta de los múltiples contenidos que podrían abarcar. Esto encuentra explicación en razones de técnica constitucional.

Podría afirmarse que el Constituyente optó por que sea el Legislador quien determine el contenido de ciertas materias, por una parte, porque en el momento puede no existir consenso sobre el punto particular, y por otra, porque es imposible e inconveniente que la Carta Superior prevea todas las situaciones, por las limitaciones humanas del Constituyente.

Su inconveniencia estaría dada porque un intento por abarcar y prever todas las situaciones, limitaría la adaptabilidad de la Carta a las circunstancias políticas, económicas y sociales de una sociedad cambiante.

Es por ello que este tipo de cláusulas abiertas, permite que no haya necesidad que reformar el texto constitucional de manera recurrente<sup>36</sup>.

En Sentencia C-081 de 1996<sup>37</sup>, la Corte Constitucional se refirió a las razones por las cuales hay algunas cuestiones frente a las cuales la Constitución guarda silencio:

"En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts 1°, 3°, 8° y 150), se entiende que

36 Corte Constitucional. Sentencia C-1037-03, M.P. Jaime Araújo Rentería. 37 M.P. Alejandro Martínez Caballero.



cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador."

La "moral social" es uno de esos conceptos que no tienen un contenido específico. Con todo, el artículo 34 de la Constitución lo dotó de precisos efectos jurídicos al disponer que se declarará extinguido el dominio de los bienes que se adquieran con grave deterioro de la moral social.

Lo anterior no significa que en virtud de su libertad de configuración normativa<sup>38</sup>, tenga el legislador una libertad ilimitada para desarrollar los conceptos indeterminados de la Constitución, pues en todo caso, no le es permitido desbordar los límites de la misma. Al respecto, la Corte Constitucional ha referido en sentencia C-1037 de 2003:

"El legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (art. 4º C.P.). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador. según la cual corresponde al Congreso adoptar libremente, dentro de los marcos de la Constitución, diferentes políticas y definiciones legislativas que expresen la visión de las distintas mayorías que se expresan democráticamente en esa instancia. Por ello esa Corporación ha señalado que es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación39. (Negrilla fuera de texto).

<sup>38</sup> Constitución Política. Artículo 150 num. 1 y 2

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C- 081 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Ahora bien, el artículo 1° num. 2° de la Ley 1708 de 2014, cuya declaratoria de inconstitucionalidad pretende el demandante, dispone que para efectos de la extinción de dominio, actividad ilícita es toda aquella "que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social". Para el demandante, la disposición sobrepasa los límites del artículo 34 al dejar la definición de "moral social" al legislador.

Olvida el demandante que dicho concepto es precisamente uno de aquellos que el constituyente ha dejado indeterminado con el propósito de que sea el legislador quien lo desarrolle. Olvida también que las normas promulgadas por el legislador quedan sometidas a control de constitucionalidad. Una norma que prevé que en el futuro el legislador ejerza su potestad de configuración normativa no puede ser inconstitucional en sí misma. Todo lo contrario, se adecúa a las previsiones de los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución.

Si al regular lo que cabe dentro de "deterioro de la moral social" el legislador llegara a caer en un error, tal disposición podría ser demandada y eventualmente expulsada del ordenamiento jurídico, pues como ya lo hemos expuesto, el legislador, en cumplimiento de sus funciones, encuentra los límites que le impone la Constitución. Por lo tanto, en vano se preocupa el demandante por lo que aún no ha ocurrido.

Tampoco es cierto que la norma demandada permita que los jueces "arbitrariamente" afecten el derecho de propiedad de los asociados al hacer caber cualquier cosa dentro de "moral social" y de ahí derivar la extinción de dominio de un bien.

En este punto es necesario recordar que la arbitrariedad y la autonomía son dos cosas diferentes. Cuando un juez delimita el contenido de lo que cabe dentro de "deterioro de la moral social", siempre que respete la Constitución y las leyes, se debe entender que lo hace en virtud de su autonomía judicial. Mal se haría en pensar que un juez es arbitrario por el hecho de ejercer sus funciones constitucionales.

En virtud de su autonomía, el juez tiene un razonable margen de apreciación que le permite considerar la situación fáctica. Esto, sin



embargo, no quiere decir que el juez sea titular de una discrecionalidad absoluta, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-198 de 2003<sup>40</sup>: "[e]l sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles, de suerte que resulta relativamente sencillo distinguir entre las correctas y aquellas que no satisfacen dicho requerimiento."

En ese sentido, ha definido la jurisprudencia constitucional<sup>41</sup> que además de estar sujetas las decisiones de los jueces al precedente constitucional - del cual no se pueden apartar sin justificarlo suficientemente -, existen otros condicionamientos a los que está sometida la autonomía judicial, como son la razonabilidad, la ausencia de capricho y de arbitrariedad.

En cuanto a la razonabilidad, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-546 de 2002 que "No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que las conclusiones deben ser compatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado". El capricho, por su parte, "se presenta en las ocasiones en las cuales el intérprete no sustenta o argumenta debidamente sus conclusiones.". Finalmente, la arbitrariedad implica el desconocimiento de los derechos constitucionales, la violación de la supremacía de la Constitución.

Por consiguiente, el juez que conozca de los procesos de extinción de dominio deberá respetar el precedente jurisprudencial, el marco axiológico, deóntico y consecuencialista fijado en la Constitución y los derechos constitucionales. Además deberá fundamentar adecuadamente las conclusiones a que llegue. Así es que el juez estará suficiente limitado en su autonomía a la hora de considerar qué bienes se han obtenido con "grave deterioro de la moral social", como consecuencia de lo cual no se puede asumir a priori que el juez cometerá arbitrariedades aplicando la norma que se censura.

<sup>40</sup> M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>41</sup> Corte constitucional. Sentencia T-546 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Vistas las anteriores consideraciones, de fuerza es concluir que el artículo 1° num. 2° de la Ley 1708 de 2014, en cuanto deja que sea el legislador quien defina qué tipo actividades deterioran de manera grave la moral social para efectos de la extinción de dominio, es constitucional.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones que sustentan mi respetuosa solicitud.

De los honorables magistrados y magistradas,

JAVIER HERNAN TOVAR MALDONADO

Director Nacional de Estrategias en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación