



Bogotá, D.C., 14 OCT 2014

Señores  
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del numeral 2° del artículo 26 y el artículo 170 de la Ley 1708 de 2004 "Por la cual se expide el código de extinción de dominio".

Demandantes: María del Pilar Rodríguez Barrera y otra.

Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Expediente D-10339

Concepto - 5838

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que presentaron las ciudadanas Marcela del Pilar Rodríguez Barrera y Esperanza Pineda Velasco contra un aparte del numeral 2° del artículo 26 y contra el artículo 170 de la ley 1708 de 2004, cuyo texto es el siguiente (con lo demandado en negrillas):

LEY 1708 DE 2014

(enero 20)

Diario Oficial No. 49.039 de 20 de enero 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 26. REMISIÓN. La acción de extinción de dominio se sujetará exclusivamente a la Constitución y a las disposiciones de la presente ley. En los eventos no previstos se atenderán las siguientes reglas de integración:*

*1. En la fase inicial, el procedimiento, medidas cautelares, control de legalidad, régimen probatorio y facultades correccionales de los funcionarios judiciales, se atenderán las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000.*

*2. En la fase inicial, las técnicas de indagación e investigación y los actos especiales de investigación como la interceptación de comunicaciones, los allanamientos y registros, la búsqueda selectiva en bases de datos, las entregas vigiladas, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, la recuperación de información dejada al navegar por internet y las operaciones encubiertas se aplicarán los procedimientos previstos en la Ley*

906 de 2004, *excepto en lo relativo a los controles judiciales por parte del juez de garantías o de la Dirección Nacional de Fiscalías, así como en todo aquello que no sea compatible con el procedimiento previsto en este Código.*

3. *En cuanto a las actividades ilícitas sobre las cuales versan las causales, se observarán las normas del Código Penal y las disposiciones complementarias.*

4. *En los aspectos relativos a la regulación de los derechos de las personas, bienes, obligaciones y contratos civiles, con lo previsto en el Código Civil.*

5. *En lo relativo a los bienes, obligaciones y contratos mercantiles, con lo previsto en el Código de Comercio y las disposiciones complementarias.*

[...]

**ARTÍCULO 170. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS.** *El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá ordenar que en desarrollo de la actividad investigativa, la policía judicial realice búsquedas o comparaciones de datos contenidos en bases mecánicas, magnéticas u otras similares.*

### **1. Planteamientos de la demanda**

Aducen las accionantes que los apartes acusados violan los artículos 15 y 29, así como el inciso tercero del artículo 250 de la Constitución Política, en tanto que permiten al fiscal del caso que afecte el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones sin autorización judicial del juez de control de garantías.

En este sentido, en la demanda se afirma que las medidas permitidas por los artículos demandados son de aquellas que, por implicar una intromisión al derecho fundamental a la intimidad y al habeas data, según la Carta Política requieren autorización judicial previa para su realización. Más aún, señalan que la Constitución ha previsto que la fiscalía requiere autorización de un juez en concreto, como es el de control de garantías, para efectuar dichas labores investigativas de este tipo y por ello consideran que, cuando las normas excluyen la participación del juez de control de garantías, se está confiriendo la Fiscalía General de la Nación unas competencias que desbordan las garantías constitucionales, especialmente las previstas en el

artículo 250, donde se ordena que el fiscal requiera autorización del juez de control de garantías para poder efectuar cualquier actividad investigativa que implique una afectación de los derechos fundamentales. Así, como el constituyente ya previó los eventos en que se requiere autorización del juez de control de garantías, consideran que la norma demandada implica el desbordamiento de la capacidad de configuración legislativa.

En el mismo sentido, aducen que el poder previsto en los textos demandados implica una regresividad en la protección constitucional de los derechos, en tanto que advierten que éste es un tema que legislativamente está siendo tratado como cercano al derecho penal y, por ende, de conformidad con las garantías que a éste le son propias.

Finalmente las accionantes estiman como transgredidas las normas internacionales pues según señalan que, según la Ley modelo para la extinción de dominio, configurada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, es necesaria la autorización judicial para poder efectuar actuaciones que puedan limitar derechos fundamentales. Así mismo, refieren que el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen la necesidad de autorización judicial para poder intervenir las comunicaciones privadas.

## **2. Problema jurídico**

A partir de la demanda arriba resumida el jefe del ministerio público considera que en el presente proceso existen dos problemas jurídicos que deben resolverse. En primer lugar, debe determinarse si es violatorio de la Constitución que en la fase inicial investiga de la acción de Extinción de dominio se excluya el control de legalidad de los actos del fiscal por parte del juez de garantías o de la Dirección Nacional de Fiscalías. En segundo lugar, debe establecerse si es adecuado al ordenamiento superior que el

fiscal pueda ordenar la búsqueda selectiva en bases de datos con el fin de efectuar las investigaciones en el procedimiento referido.

### 3. Análisis jurídico

Esta jefatura estima que el aparte acusado del numeral 2 del artículo 26 de la Ley 1708 de 2014 se adecua a los mandatos de la Carta Política pero únicamente bajo determinadas condiciones, es decir, solamente bajo el entendido de que, si bien la autonomía de la acción de extinción de dominio frente a la acción penal permite que sea posible suprimir el control del juez de garantías o de la dirección nacional de fiscalías, esto únicamente es posible en las investigaciones que se surtan al interior de la acción de extinción de dominio, más no de la acción penal. Por esta razón, si un elemento material probatorio es recaudado en desarrollo de esta primera acción y, por ende, sin el control de garantías previsto para las investigaciones penales, cuando este resulte obligatorio, esta vista fiscal considera que aquél no podría ser utilizado al interior de una investigación punitiva. Lo anterior, a efectos de salvaguardar que no se presenten arbitrariedades derivadas de la identidad orgánica del ente investigativo en ambas cuerdas procesales.

De otro lado, el jefe del ministerio público estima que la posibilidad de que la Fiscalía haga búsquedas selectivas en bases de datos es también se ajusta al ordenamiento superior pero únicamente si se entiende que esa entidad puede impartir la orden judicial para acceder a los datos, requerida por las leyes estatutarias que regulan el derecho al habeas data, exclusivamente cuando el medio convictivo que se pretende tenga por objeto una cuerda de extinción de dominio y no una investigación de carácter penal.

Finalmente, debe advertirse que en el presente proceso no se dirá nada respecto de los cargos relativos a las disposiciones internacionales

invocadas, en atención a que es claro que la Ley Modelo de Extinción de Dominio no es parámetro de constitucionalidad, mientras que los cargos relativos a los instrumentos internacionales referidos en todo caso ya se encuentran subsumidos en los otros cargos formulados.

**3.1. Con relación a la exclusión del control del juez de control de garantías y de la dirección nacional de fiscalías para la realización de interceptación de comunicaciones, allanamientos y registros, búsqueda selectiva en bases de datos, entregas vigiladas, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, recuperación de información dejada al navegar por internet y operaciones encubiertas en ejercicio de la acción de extinción de dominio**

Alegan las accionantes que la disposición demandada es inconstitucional porque entienden que la norma superior exige que la Fiscalía deba acudir al control de legalidad del juez de control de garantías con el fin de poder practicar los medios convictivos descritos en la disposición demandada, esto es, la interceptación de comunicaciones, allanamientos y registros, búsqueda selectiva en bases de datos, entregas vigiladas, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, recuperación de información dejada al navegar por internet y operaciones encubiertas.

Para el jefe del ministerio público en este cargo enervado puede distinguirse dos facetas independientes, una relativa a la exclusión del juez de control de garantías para el impulso investigativo de la extinción de dominio, y otra, la presunta *la exclusión de todo tipo de autoridad judicial* para dicho cometido. Y considera que mientras la primera es susceptible de ser evaluada, la segunda no lo es por carecer de certeza y no integrar la proposición jurídica completa, lo que impide un auténtico control de constitucionalidad. A continuación se exponen las razones que permiten arribar a esta conclusión.

### 3.1.1 La exclusión del juez de control de garantías en las investigaciones de extinción de dominio

Efectivamente el jefe del ministerio público comparte que la norma acusada tiene por fin excluir del control del juez de garantías y de la dirección nacional de fiscalías el impulso investigativo de las acciones de extinción de dominio. No obstante, a diferencia de lo que acusan las accionantes, para esta jefatura tal condición normativa es válida siempre y cuando se circunscriba únicamente a asuntos distintos y separados de las investigaciones penales.

Para explicar esta posición resulta pertinente recordar que cuando la Corte Constitucional ha tratado la acción de extinción de dominio, principalmente en la Sentencia C-740 de 2003, (M.P. Jaime Córdoba Triviño), esa misma corporación ha precisado que aquella es una herramienta jurídica autónoma a la penal y que tiene su fundamento en el desenmascaramiento de la propiedad ilegítimamente adquirida, o en la salvaguarda de la función social y ecológica de la propiedad. Por ello, ha concluido que aunque pueda estar relacionada con situaciones ilícitas su causa no es el delito ni su consecuencia es una pena.

Por razón de esta autonomía, entonces, el legislador no está obligado a regular la acción de extinción de dominio de conformidad con las garantías constitucionalmente previstas exclusivamente para la acción penal, sino que se encuentra sometido a respetar únicamente las garantías generales que se salvaguardan para todos los procedimientos judiciales o administrativos.

De otra parte, según se refirió en el Concepto 5752 del 1° de abril de 2014 (con motivo del proceso de constitucionalidad en donde se acumularon los expedientes acumulados D-10081, D-10083 y D-10095), la Constitución Política de Colombia posee diversas regulaciones sobre la forma como las

autoridades deben proceder para el recaudo probatorio o investigativo que pueda incidir en las garantías fundamentales.

En efecto, en primer lugar la Constitución precisa que existen ciertos derechos especiales que únicamente pueden ser invadidos investigativamente en virtud de mandato expreso de autoridad judicial. Por ejemplo, el artículo 15 Superior prescribe que las comunicaciones sólo podrán ser interceptadas si existe tal habilitación judicial; mientras que el artículo 28 contempla que *“nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”*. Es decir, las comunicaciones, la libertad y el domicilio, hacen parte de un grupo de derechos fundamentales que no pueden ser invadidos por ninguna autoridad sin que exista una orden judicial previa.

No obstante, resulta equivocado derivar de allí, como lo hacen las accionantes, que el único juez que puede efectuar tal autorización es el de control de garantías. Por el contrario, cuando la Constitución regula la esfera del derecho sancionatorio penal, de manera específica, advierte que toda medida de recaudo probatorio que pueda afectar derechos fundamentales, inclusive distintos a los referidos anteriormente, requiere obligatoriamente la habilitación de un juez de control de garantías o su verificación posterior. Lo anterior, en razón a la consecuencia punitiva que persigue la acción penal.

Sin embargo, si para el derecho penal es obligatoria la intervención del juez de control de garantías con el fin de controlar la restricción de cualquier derecho fundamental dentro del proceso penal, en otras jurisdicciones o dentro de otras acciones judiciales ésta sólo es requerida en los derechos especialmente tutelados por la Constitución y, por el contrario, por regla general basta con la autorización de un juez habilitado legalmente.

En otras palabras, es falso que toda acción investigativa que limite algún derecho fundamental en cualquier proceso deba ser autorizada por un juez de control de garantías, pues ésta exigencia únicamente procede para una investigación de naturaleza penal.

Por todo lo anterior, también es equivocado concluir que la exclusión del juez de control de garantías en un proceso distinto del penal viole la Constitución, de donde resulta que esta primera faceta del cargo *sub examine*, en concepto de esta jefatura, no está llamada a prosperar.

Ahora bien, a pesar que es legítimo que el Legislador excluya de las garantías propias del proceso penal la fase investigativa relativa al proceso de extinción de dominio, en atención a su autonomía, no se puede desconocer que la identidad orgánica del ente investigador de ambos procedimientos investigativos (la acción penal y la acción de extinción de dominio) no puede conducir a un relajamiento de las garantías propias de la investigación penal, pues es claro que fundamento en esta distinción, la Fiscalía sólo puede eludir u actuar sin el control del juez de control de garantías en la extinción de dominio y, por ello, no pueden existir vasos comunicantes entre esta investigación y la penal, ya que ésta segunda posee un estándar más alto de protección constitucional.

Por ello, si bien es cierto que del proceso de extinción de dominio pueden obviarse las garantías del proceso penal, lo anterior únicamente resulta ser constitucional si las pruebas recaudadas serán utilizadas al interior del referido proceso, es decir, que no van a ser destinadas a aquella que requiere una mayor formalidad constitucional.

En tal sentido, para el jefe del ministerio público el numeral 2° del artículo 26 demandada únicamente resulta constitucional bajo el entendido de que la autonomía de la acción de extinción de dominio frente a la acción penal

permite que sea posible suprimir el control del juez de garantías o de la dirección nacional de fiscalías pero exclusivamente en las investigaciones que se surtan al interior o en ejercicio de la acción de extinción de dominio. Por ello, si un elemento material probatorio fue recaudado en dicha cuerda procesal y, por ende, sin el control de garantías previsto para las investigaciones penales, éste no podría ser utilizado al interior de una investigación punitiva si es que en esta última su recaudo debía autorizada por dicho funcionario judicial.

### **3.1.2. La disposición demandada no tiene por fin regular la exclusión de todo control de legalidad judicial**

De otro lado, el cargo bajo examen sugiere que la disposición es inconstitucional porque sustrae del control judicial la posibilidad de intervenir ciertos derechos protegidos especialmente como la intimidad y el domicilio. No obstante, debe advertirse que en este punto las razones ofrecidas en la demanda no son suficientes para permitir que se haga un pronunciamiento de fondo al respecto, pues tal afirmación carece de certeza al no integrar la proposición jurídica completa.

En efecto, visto el Código de Extinción de Dominio puede concluirse que la norma acusada no regula los controles aplicables a las referidas pruebas sino que únicamente pretende excluir la participación de los controles propios del derecho penal. Por el contrario, las disposiciones que regulan lo que efectivamente es aplicable en forma positiva resultan ser los artículos 115 y 162 a 173 de la Ley 1708 de 2014. Y, por esta razón, si es que existe algún reparo sobre el procedimiento que debe efectuarse, más allá de la simple exclusión del juez de control de garantías, no puede atacarse en forma genérica la presente disposición sino que debe efectuarse la acusación específica contra la norma concreta que regule la exclusión judicial.

### **3.2. Con respecto a la búsqueda selectiva de datos**

De otra parte, las accionantes acusan el artículo 170 de la ley demandada aduciendo que la Fiscalía no puede efectuar búsquedas selectivas en bases de datos sin contar con el permiso previo del juez de control de garantías. Sin embargo, para el jefe del ministerio público la norma acusada es respetuosa de los mandatos constitucionales por las siguientes razones.

En primer lugar, debe reiterarse lo dicho anteriormente en el sentido de que la exclusión del juez de control de garantías no vicia el procedimiento previsto, entretanto el elemento material probatorio de que se trate tenga por destino exclusivamente el proceso de extinción de dominio y no el proceso penal, en virtud de la autonomía de uno y otro.

No obstante lo anterior, esta jefatura advierte que en todo caso debe establecerse si el derecho limitado por la labor investigativa prevista en la norma demandada es de aquellos que requiere autorización judicial previa, y a continuación si la norma demandada efectivamente excluye el referido control constitucional. Y, al hacerlo, el jefe del ministerio público encuentra que la labor investigativa prevista en el artículo 170 demandado no es de aquellas para las cuales la Constitución exige, en forma expresa, que se requiera la autorización de un juez de la República.

No obstante, vistas las leyes estatutarias que regulan el derecho fundamental al habeas data (que, según se ha dicho en la jurisprudencia constitucional, en cierto sentido son también un parámetro de control relevante de cara al juicio de constitucionalidad) puede encontrarse que tales disposiciones vigentes si establecen el requisito de orden judicial para que las autoridades judiciales puedan acceder a las informaciones contenidas que allí estén contenidas.

En efecto, el artículo 5 de la Ley 1266 de 2008, *“por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”*, prevé que la información contenida en tales bases de datos se le puede entregar a *“cualquier autoridad judicial, previa orden judicial”*. Mientras que, por su parte, el artículo 10° de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, *“Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”*, señala que no se requiere autorización del titular para acceder a la información cuando ésta es *“requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”*.

En tal sentido, esta vista fiscal considera que, como las leyes estatutarias han previsto que hace parte del derecho al habeas data la necesidad de orden judicial, para que pueda accederse a tal información por parte de las autoridades judiciales, es necesario verificarse si la disposición demandada elude el referido requisito o si, por el contrario, lo satisface.

Al hacer esta verificación, esta jefatura concluye que el requisito señalado está cumplido pues el artículo 170 demandado permite que el Fiscal ordene las búsquedas selectivas y, si bien es cierto el artículo 250 de la Constitución sustrae a la fiscalía de la función de administrar justicia en los procesos penales, el artículo 116 de la Constitución en todo caso le sigue atribuyendo la facultad de administrar justicia de manera general, de donde no puede sino concluirse que, salvo en los asuntos estrictamente penales, la fiscalía posee constitucionalmente una función jurisdiccional. De conformidad con esto último, esta jefatura considera que la norma demandada resulta acorde al texto constitucional pero siempre y cuando se entienda que la orden del Fiscal, como autoridad judicial, es suficiente para cumplir el requisito previsto en las leyes estatutarias pero únicamente cuando el medio convictivo tenga por destino un procedimiento en que la

Fiscalía pueda impartir la referida orden, como lo es el de extinción de dominio, y no el proceso penal en donde, por el contrario, ésta sí quiere de un control judicial (en tal caso otorgado por una autoridad distinta) previo.

#### 4. Solicitud

Por todo lo anterior, el jefe del ministerio público le solicita a la Corte Constitucional que declare **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** el aparte del numeral 2° del artículo 26 de la Ley 1708 de 2014, en el entendido que la autonomía de la acción de extinción de dominio frente a la acción penal permite que sea posible prescindir del control del juez de garantías o de la dirección nacional de fiscalías pero únicamente en las investigaciones que se surtan al interior del proceso de extinción de dominio.

En segundo lugar, esta jefatura solicita que se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 170 de la Ley 1708 de 2014 bajo el entendido que la Fiscalía puede impartir la orden judicial para acceder a los datos que exigen las leyes estatutarias que regulan integralmente el derecho fundamental al habeas data, pero únicamente cuando el medio convictivo que se pretende tenga por destino el proceso de extinción de dominio y no el proceso penal.

De los Señores Magistrados,



**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación

ABG/DFFM