

BIENES EN EL PROCESO PENAL

PATRICIA JACQUELINE FERIA BELLO.
WILSON CABALLERO ARIZA.



Bienes en el proceso penal

Guillermo Mendoza Diago (e)
Fiscal General de la Nación

Fernando Adolfo Pareja Reinemer
Vicéfiscal General de la Nación

Ligia Marina Ortega Bermúdez
Secretaria General (e)

Germán Enciso Uribe
Director Nacional de Fiscalías

Marilú Méndez Rada
**Directora Nacional
Cuerpo Técnico de Investigación**

Mercedes Méndez Muñoz
Directora Nacional Administrativa y Financiera

Francisco Javier Echeverri Lara
Director Asuntos Internacionales

Simón Joaquín Rodríguez Wilches
**Director Escuela de Estudios e Investigaciones
Criminalísticas y Ciencias Forenses**

Paul Vaky
**Director Programa de Reforma al Sector Justicia de la Embajada de los
Estados Unidos**

Guerthy Acevedo Romero
**Asesora Legal Departamento de Justicia - OPDAT
Embajada de los Estados Unidos**

Patricia Jacqueline Feria Bello
Wilson Caballero Ariza

Fiscales delegados ante Jueces Penales del Circuito de Bogotá en comisión
en la Escuela de Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, bajo la
coordinación del Despacho del señor Vicéfiscal General de la Nación

Coordinación editorial

Germán Gómez Rojas
Jefe Oficina de Divulgación y Prensa

Cristina Díaz Vásquez
Asesor II
Karol Johanna Bonilla Ramírez
Oficina de Divulgación y Prensa
Fiscalía General de la Nación

Diseño y diagramación
Jorge Iglesias

ISBN: 978-958-8374-24-6
Este material puede reproducirse citando su fuente. Prohibida su venta.
www.fiscalia.gov.co - 2010

“Esta publicación fue financiada por el pueblo y el gobierno de Estados Unidos a través del Departamento de Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista del Departamento de Justicia, ni del gobierno de Estados Unidos, ni de la Fiscalía General de la Nación.”

Presentación

La metodología de aprender haciendo es tal vez una de las más conocidas y aplicadas en el mundo. Su fundamento radica en el paradigma según el cual el verdadero aprendizaje de los individuos se origina en la práctica. Es decir, solo en la práctica es posible corroborar las teorías y hacerlas efectivas.

Se aprende en el hacer cuando se evalúan las prácticas, sus fortalezas y debilidades. Esta premisa valida la siguiente afirmación. Sólo desde la práctica es posible determinar en qué temas existe ausencia de conocimiento y comprensión. Es decir, sólo desde el análisis del hacer es eficaz plantear necesidades de capacitación.

La Fiscalía General de la Nación trabaja con este convencimiento. Desarrolla un Plan de Capacitación como apoyo a la actividad investigativa y acusatoria de los fiscales.

Su implementación es una prioridad, porque es una herramienta eficaz en el fortalecimiento del Sistema Penal Acusatorio. Además, se enmarca en una administración de justicia donde también son primordiales las garantías del procesado y de la víctima y los principios de verdad y reparación. Desde esta perspectiva, el Plan pretende la intangibilidad de la justicia material como parte de los postulados del Estado social y democrático de derecho.

Los módulos que estructuran el Plan de Capacitación fueron creados como una solución a las necesidades detectadas en los talleres de la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía realizados con fiscales de todo el país. Plantearon los problemas más usuales en la práctica, formularon propuestas encaminadas a lograr su solución y presentaron argumentos que las respaldaban.

Este módulo, elaborado por fiscales para fiscales, es el producto de ese proceso de evaluación de la práctica cotidiana en el tema específico de bienes.

Como se sabe, los funcionarios tienen el deber de responder por el respeto a los derechos de los sujetos procesales e intervinientes, pero, de igual manera, por los bienes afectados dentro de la investigación penal. Tampoco pueden olvidar los altos costos por administración y seguros para la institución; de ahí que una inadecuada afectación de los bienes genere gastos innecesarios.

GENERAL

Es evidente que la falta de conocimiento de las diversas instituciones jurídicas, su naturaleza y alcances respecto a la función, medidas materiales, cautelares y jurídicas de los bienes en la actuación penal, originan profundas dificultades en su aplicación e interpretación. A ellos se suma al escaso desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial al respecto.

Por lo anterior, es oportuno buscar puntos de encuentro y alternativas de solución a las dificultades para evitar que el infractor de ley sólo sea sancionado punitivamente, sin afectarse su patrimonio, en abierto desamparo de las víctimas. Se debe perseguir la riqueza adquirida ilícitamente, porque el Estado no legitima la adquisición de derechos por vía del delito, sino que propende por el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la función social de la propiedad.

Desde el mandato constitucional y legal sobre la materia, el presente módulo consta de cinco unidades:

En primer lugar, la función del bien en el proceso penal, uso que determina exclusivamente el fiscal como titular de la acción penal. Dichas funciones se clasifican en cinco modalidades: (1)

como evidencia física o elemento material probatorio, (2) objeto material del delito, (3) medio de reparación, (4) con fines de comiso (sanción o pena) y (5) susceptible de inicio de la acción de extinción de dominio.

En segundo lugar, analiza las medidas materiales y jurídicas, previstas en la legislación procedimental penal, su definición, naturaleza, alcance y procedencia.

En tercer lugar, la situación jurídica, es decir, la forma como finalmente queda resuelta la situación del bien dentro del proceso penal: devolución, afectación con medidas cautelares con fines de reparación, destrucción, declaración de comiso e inicio de la acción de extinción de dominio.

En cuarto lugar, los bienes en la ley de justicia y paz, teniendo en cuenta los objetivos de la Ley 975 de 2005, y cuyo manejo implica un procedimiento diferente al previsto en las leyes 793 de 2002 y 906 de 2004.

Y, en quinto lugar, presenta ejercicios de aprendizaje para que el lector aplique los conocimientos adquiridos con la lectura.

La obra es, en síntesis, un instrumento de información y apoyo a la misión que cumplen los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación. Es la base de la actuación en el tema de bienes y la posibilidad de seguir aprendiendo en el hacer.

GUILLERMO MENDOZA DIAGO
Fiscal General de la Nación (e)

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos siente gran orgullo por el trabajo realizado con la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación y, en especial, por el cumplimiento con los fiscales comisionados autores del módulo de “Bienes en el proceso penal” doctores Patricia Jacqueline Feria Bello y Wilson Caballero Ariza.

El monitoreo realizado al sistema acusatorio en todo el país en el que participaron activamente, entre otros, los fiscales comisionados autores del presente módulo permitió determinar la gran dificultad presentada al interior de la Fiscalía General de la Nación frente al manejo de los bienes en el proceso penal respecto del cual no ha existido suficiente desarrollo legal, jurisprudencial, ni doctrinario.

Con esta publicación se pretende orientar y facilitar el proceso en la labor que día a día debe ser cumplida en cada uno de los casos que cursan en la Fiscalía General de la Nación.

Es grato poder continuar brindando nuestro apoyo y colaboración frente a éste y todos los temas que sean necesarios para facilitar el proceso de formación, consulta y estudio en lo relacionado con el sistema penal acusatorio colombiano.

PAUL VAKY

Director Programa Reforma Sector Justicia

Departamento de Justicia EE.UU. – OPDAT

Embajada de los Estados Unidos de América

ÍNDICE



OBJETIVOS DEL MÓDULO	_____	15
1. UNIDAD I. Función del bien y su administración	_____	19
1.1. FUNCIÓN DEL BIEN	_____	20
1.1.1. Evidencia física o elemento material probatorio.	_____	21
1.1.2. Objeto material del ilícito	_____	22
1.1.3. Medio de reparación	_____	23
1.1.3.1. Medidas que garantizan la reparación:	_____	23
1.1.3.2. Medidas patrimoniales a favor de las víctimas	_____	24
1.1.4. Medio de sanción o pena —con fines de comiso—	_____	24
1.1.5. Susceptible de inicio de la acción de extinción de dominio	_____	29
1.2. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES	_____	34
1.2.1. Fines de la administración de bienes	_____	35
2. UNIDAD II. Medidas materiales y jurídicas de afectación del bien	_____	36
2.1. MEDIDAS MATERIALES	_____	39
2.1.1. Clases	_____	39
2.1.2. ¿Quién las ordena?	_____	39

2.1.3.	Decomiso administrativo _____	39
2.1.4.	Requisitos de la orden de incautación u ocupación ____	40
2.1.5.	Control de legalidad de la incautación y ocupación de bienes _____	42
2.2.	MEDIDA JURÍDICA _____	47
2.2.1.	Suspensión del poder dispositivo _____	47
2.2.2.	Base argumentativa para solicitar la medida jurídi- ca ante el juez con función de control de garantías ____	48
2.2.3.	Levantamiento de las medidas materiales y jurídica ____	48
3.	UNIDAD III. Situación jurídica del bien _____	51
3.1.	DEVOLUCIÓN DE BIENES —artículo 88, CPP— ____	52
3.1.1.	Competencia para ordenar la devolución de bienes o recursos _____	52
3.1.2.	Requisitos que debe cumplir la orden emitida por el fiscal _____	53
3.1.3.	Devolución de bienes o recursos no reclamados _____	54
3.1.4.	Devolución o entrega especial _____	54
3.2.	SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACIÓN _____	55
3.2.1.	Base argumentativa para solicitar las medidas cau- telares con fin de reparación _____	56
3.2.2.	Levantamiento de medidas cautelares _____	56
3.2.3.	Clases de medidas cautelares _____	56
3.2.3.1.	Prohibición de enajenar —artículo 97, CPP— _____	57
3.2.3.2.	Entrega provisional de bienes —artículo 100, CPP— _____	58
3.2.3.3.	Embargo y secuestro —artículo 92, CPP— _____	62
3.2.3.4.	Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente —artículo 101, CPP— _____	65
3.2.3.5.	Suspensión y cancelación de la personería jurídica —artículo 91, CPP— _____	67
3.3.	DESTRUCCIÓN DEL BIEN —artículo 87 CPP— ____	67
3.3.1.	Destrucción especial _____	68
3.4.	DECLARATORIA DE COMISO EN SENTENCIA ____	69

3.5.	INICIO DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO _____	70
4.	UNIDAD IV. Bienes en la Ley de Justicia y Paz _____	73
4.1	LA FUNCIÓN DEL BIEN EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ _____	73
4.2	AFECTACIÓN DE LOS BIENES _____	75
4.2.1	Bienes entregados por el postulado _____	75
4.2.2	Bienes denunciados por las víctimas _____	76
4.2.3	Bienes identificados por la Fiscalía General de la Nación _____	76
4.3	MEDIDAS CAUTELARES _____	77
4.3.1	Características _____	78
4.3.2	Clases _____	78
4.3.3	Base argumentativa para solicitar las medidas cautelares _____	79
4.4	SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ _____	79
5.	UNIDAD V. Ejercicios de aprendizaje _____	83
6.	ANEXO. Reglamentación de administración y custodia de bienes _____	91
7.	BIBLIOGRAFÍA _____	95

OBJETIVOS DEL MÓDULO



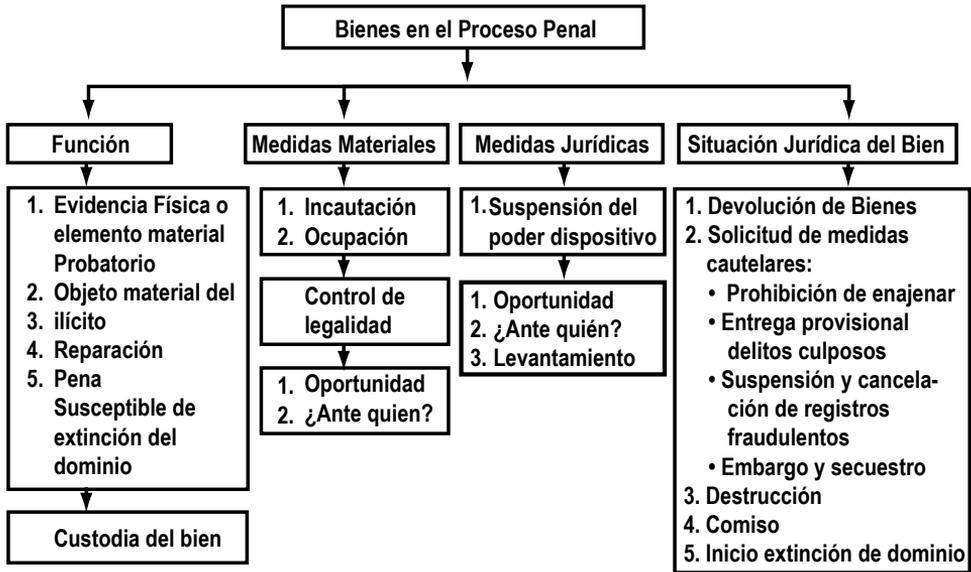
OBJETIVO GENERAL

- Desarrollar herramientas y competencias argumentativas en los fiscales que les permitirán establecer la función, medidas materiales, medida jurídica, y formas de resolver la situación jurídica de los bienes en el proceso penal, de acuerdo con los presupuestos establecidos por la normativa procedimental penal, el desarrollo jurisprudencial y los textos señalados.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar los principios y reglas respecto al manejo y afectación de los bienes dentro de la acción penal a la luz de la Constitución Política de 1991, el derecho internacional sobre derechos humanos y la legislación sustantiva y adjetiva penal.
- Desarrollar, mediante el análisis de casos concretos, el pensamiento crítico y autónomo en la solución integral frente a los bienes en desarrollo del proceso penal, a partir del conocimiento sistemático de la legislación nacional e internacional al respecto.

MAPA CONCEPTUAL



UNIDAD I



OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Definir la función del bien dentro del proceso penal y seleccionar la administración o custodia del mismo, según su naturaleza y disposición legal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Aplicar a partir de análisis de casos concretos las funciones del bien dentro del proceso penal, según el uso que el fiscal fije.
- Determinar la entidad o institución competente para la administración o custodia de los bienes, una vez queden a disposición del fiscal que conoce inicialmente del caso.

1. FUNCIÓN DEL BIEN Y SU ADMINISTRACIÓN

Los bienes, de acuerdo con el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal (CPP), son:

“... todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales puede recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos”.

La doctrina española define cosa como una realidad física que se manifiesta de forma tridimensional en el espacio. En la medida en que esa cosa pueda reportar una utilidad, se habla de bien.

Existen varias clasificaciones de bienes, entre las que se destacan:

Bienes corporales: son aquellos que tienen una existencia física apreciable por los sentidos. Ejemplo: vehículos.

Bienes incorporeales: son los que no tienen existencia física, sin cuerpo. Ejemplo: gas y luz eléctrica.

Bienes muebles: son los susceptibles de ser trasladados de un sitio a otro. Ejemplo: computador.

Bienes inmuebles: cosa estática en un espacio. Ejemplo: edificio.

Bienes tangibles: son aquellos que se pueden tocar. Ejemplo: obra de arte.

Bienes intangibles: son los que no se pueden tocar. Ejemplo: propiedad intelectual.

Bienes materiales: son objetos físicos dotados de forma, dimensiones y peso. Ejemplo: televisor.

Bienes inmateriales: no son físicos. Generalmente representan derechos. Ejemplo: Propiedad intelectual (derechos de autor), propiedad industrial (marcas y patentes), créditos y servidumbres.

Bienes muebles fungibles: cosas que en el comercio se determinan en su número por medida o peso y por regla general son sustituibles por otros de la misma naturaleza, se consumen con el uso y se deterioran con facilidad. Ejemplo: productos perecederos (dinero y alimentos).

Las clases de bienes referidas pueden ser utilizadas para cualquiera de las funciones del bien dentro del proceso penal.

1.1. FUNCIÓN DEL BIEN

La función del bien se establece a partir de la forma de utilización del

mismo dentro del proceso penal, circunstancia que define exclusivamente el fiscal.

Opera bajo cinco modalidades como:

1. Evidencia física o elemento material probatorio
2. Objeto material del ilícito
3. Medio de reparación: susceptible de medidas cautelares
4. Medio de sanción o pena: con fines de comiso
5. Susceptible para promover la acción de extinción del dominio

Estas modalidades determinan la forma de resolver la situación jurídica de los bienes. Se debe tener en cuenta que es posible que un solo bien pueda ser utilizado para varios fines.

1.1.1. Evidencia física o elemento material probatorio:

Si bien la evidencia ontológicamente es un bien, procesalmente otra es su función y, por lo tanto, su naturaleza.

El artículo 275 del CPP la define como todo lo que se ha dejado de la actividad delictiva, los medios utilizados, los efectos provenientes y lo que se descubra, recoja y asegure en desarrollo de actividades investigativas, o los que se han entregado voluntariamente o han sido abandonados.

Si la evidencia tiene otra función —por ejemplo como medio de reparación, o si es el objeto material del ilícito en delitos contra el patrimonio económico—, debe priorizarse esta última función y, por lo tanto, debe fijarse como evidencia por algún medio técnico —fotografía, video, fotocopia y/o acta, entre otros — antes de resolverse su situación jurídica.

Para determinar si un bien es evidencia debe evaluarse si sirve para soportar alguno o algunos de los elementos estructurales del tipo penal de orden objetivo o subjetivo.

Recuérdese que la evaluación para determinar que un bien puede ser o no ser evidencia, debe ser evolutiva por parte del fiscal y según el desa-

rollo investigativo a partir de las hipótesis planteadas en el programa metodológico de la investigación y su permanente retroalimentación.

Caso: a partir de los hechos que se plantean en el siguiente caso se busca identificar y precisar cuáles de los bienes enunciados en el informe ejecutivo constituyen o no evidencia física o elemento material probatorio:

La Policía Judicial presenta informe ejecutivo en el cual se determina que se halló un cadáver de sexo masculino sobre vía pública con impactos de bala producidos con arma de fuego. El cuerpo porta en su mano izquierda un reloj marca Omega, el cual quedó marcando las 12 horas en punto. Dentro de la chaqueta, se encuentra una billetera con dinero en efectivo (\$120.000); tres tarjetas de crédito; tarjetas personales; tarjetas de negocios; credenciales con notas afectivas firmadas por diferentes damas y documento de identificación.

1.1.2. Objeto material del ilícito:

Son todos aquellos bienes sobre los que recae la conducta ilícita.

“Aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del bien jurídico tutelado y hacia el cual se orienta el comportamiento del agente”.¹

Se divide en tres clases: real, personal y fenomenológico.

Para este tema específico, es importante destacar el objeto material del ilícito real, entendido como un objeto o cualquier parte del mundo externo, de cualquier naturaleza.

En estos casos el objeto material del ilícito puede constituirse en elemento material probatorio (EMP) o evidencia física (EF), pero de igual forma en los casos donde se vulnera el patrimonio económico, derechos patrimoniales de autor y otros, se constituye en medio de reparación en la medida en que el fiscal debe procurar por el restablecimiento inmediato de los derechos, de acuerdo con lo previsto por el artículo 99, inciso 1 del CPP, o bien restituyéndolo inmediatamente a la víctima o autorizándola para el uso o disfrute provisional de los bienes cuando han sido adquiridos de buena fe, como medida patrimonial a favor de las víctimas. Previo a lo anterior, se debe fijar el bien como evidencia física y posteriormente, restablecer a la víctima, propietario, poseedor o tenedor legítimo según el caso.

1. Reyes Echandia, Alfonso. Derecho penal. Parte general. Bogotá, Editorial Temis, 1984. p. 109.

Caso: a partir de los hechos que se plantean en el siguiente caso, se busca identificar las funciones que presta el bien, y el procedimiento que debe seguir el fiscal:

La policía de vigilancia presenta informe con el que se deja a disposición dos capturados como presuntos autores de un hurto en la modalidad de fleteo, y la suma de \$4.000.000 en efectivo, producto del delito.

1.1.3. Medio de reparación:

Con los bienes de propiedad del autor o partícipe del delito se busca la materialización de los derechos de las víctimas en cuanto a la reparación económica, por los daños sufridos como consecuencia del injusto (artículo 11, literal c., CPP).

Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen los efectos producidos por el delito, que las cosas vuelvan a su estado anterior —de ser posible—; medidas que tiendan al restablecimiento de los derechos quebrantados.

El restablecimiento del derecho previsto en el artículo 22 del CPP es una institución que permite efectivizar tales deberes, independiente de la responsabilidad penal.

De igual forma desarrolla las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación, según lo previsto en el artículo 114, numeral 12, de la Constitución Nacional, respecto al restablecimiento del derecho y reparación integral de los efectos del injusto.

Los derechos de las víctimas deben primar sobre el interés estatal en decretar el comiso o la acción de extinción de dominio sobre los bienes de propiedad del autor o partícipe del injusto, o de los ilícitamente adquiridos.

1.1.3.1. Medidas que garantizan la reparación:

La legislación adjetiva penal prevé entre otras:

Contenido económico:

1. La suspensión y cancelación de la personería jurídica y cierre temporal

de locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales (artículo 91, CPP).

2. El embargo y secuestro (artículo 92 y siguientes del CPP).
3. La prohibición de enajenar (artículo 97, inciso 2, CPP)
4. Autorizaciones especiales (artículo 98, CPP)
5. La entrega provisional de bienes en delitos culposos (artículo 100, CPP).
6. La suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente (artículo 101, CPP).
7. Mecanismos de justicia restaurativa —conciliación, mediación e incidente de reparación integral— (artículos 518 y ss. CPP).
8. Medidas de protección (artículo 11; 134; 154, numeral 3; y 342, CPP).

1.1.3.2. Medidas patrimoniales a favor de las víctimas:²

El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:

1. Ordenar la restitución inmediata de los bienes objeto del delito a la víctima que hubieran sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de los bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto del delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

1.1.4. Medio de sanción o pena —con fines de comiso—:

El comiso:

“... es una pena consistente en la pérdida del derecho de dominio sobre los bienes provenientes de un delito y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado”.³

2. Código de Procedimiento Penal, artículo 99.

3. Diccionario Jurídico Espasa, Siglo XXI.

La Corte Constitucional frente a este concepto dijo:

“... el Comiso o Decomiso no está prohibido por la Constitución y por el contrario se autoriza como sanción penal limitada a los bienes producto del ilícito como a los efectos que provengan de su ejecución”.⁴

Es importante destacar que el comiso en el nuevo sistema procesal penal plantea un cambio estructural, en el sentido en que la anterior norma adjetiva penal, lo preveía como medida indemnizatoria y como pena, sin establecer quién podía decretarlo. Es así que por interpretación analógica se infería que lo podía ordenar el funcionario que ostentara jurisdicción, de acuerdo con lo indicado por el artículo 67 de la Ley 600 de 2000, y el artículo 100 de la Ley 599 de 2000.

La Corte Suprema de Justicia desarrolla una clara distinción entre el comiso y las medidas cautelares con fines de indemnización, así:

“El comiso no se asemeja a una medida cautelar, por no tener el carácter provisional que las identifica. Al contrario, el efecto consecuente a su decreto, como lo establece el inciso 4 del artículo 82 de la Ley 906, es el de que “los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de B ienes” (subrayado fuera de texto).

Además, a diferencia de las medidas cautelares dispuestas dentro del proceso penal, cuyo objeto es garantizar la reparación a las víctimas de las conductas punibles, como taxativamente lo establece el artículo 92 de la Ley 906 de 2004, el comiso persigue un propósito diverso, pues busca que los objetos sobre los cuales recae pasen a manos del Estado (Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación).

Otro aspecto que desdibuja su similitud apunta a la naturaleza de los bienes objeto de una y otra figura; mientras que el comiso se limita a los recursos provenientes o producto directo o indirecto del delito utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para su ejecución, las medidas cautelares pueden pesar indistintamente sobre cualquier bien en cabeza del procesado...”.⁵

4. Sentencia C-076 de 25 de febrero de 1993.

5. Sentencia 28040 23 de agosto de 2007.

Entre las motivaciones del proyecto de la Ley 906 de 2004, y respecto a la institución del comiso se estableció que el Estado busca satisfacer los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional tanto en la convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes —suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1968— como en la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional —firmada en Palermo el 12 de diciembre de 2000—, y adopta las instituciones jurídicas y recomendaciones previstas en tales tratados en la nueva legislación procesal penal, acogiendo las recomendaciones consignadas en el convenio de la Unión Europea sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos derivados del delito.

Bajo las previsiones legales de los artículos 82 y 83 de la Ley 906 de 2004 se debe entender que el comiso es una consecuencia jurídica por la comisión de un delito, que implica la pérdida definitiva a favor del Estado del derecho de dominio que se tenga sobre los bienes allí previstos, supone la declaratoria de responsabilidad penal y procede sólo por su utilización en delitos dolosos.

Igualmente, el legislador determinó que previo a la afectación de algún bien el fiscal deberá evaluar el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración, en el entendido que el dominio del bien pasa a favor de la Fiscalía General de la Nación, o de la entidad que por ley se establezca.

El comiso procederá en los siguientes eventos:⁶

1. Sobre bienes o recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito.
2. Sobre bienes o recursos del penalmente responsable que sean utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos como medios o instrumentos para la ejecución del mismo.
3. Sobre los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito que sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, salvo que tal conducta configure otro delito (receptación y lavado de activos) hasta el valor estimado del producto ilícito.
4. Sobre los bienes del penalmente responsable, cuyo valor corresponda

6. Artículo 82, ley 906 de 2004.

o sea equivalente al de bienes producto directo e indirecto del delito cuando de éstos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resultare procedente el comiso en los términos previstos en los numerales anteriores.

Lo anterior, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre los bienes relacionados, los sujetos pasivos, las víctimas o terceros de buena fe, los derechos que debe concretar el fiscal o el juez de garantías,⁷ sin que implique declaratoria de derechos, sino sólo el reconocimiento de los mismos.

La Ley 906 conservó como causales de comiso las que tradicionalmente han existido sobre los bienes del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre los utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos; además, extendió otros supuestos como los previstos en los numerales tercero y cuarto que según la Convención de las Naciones Unidas pretendían ser utilizadas para combatir organizaciones criminales transnacionales en delitos como lavado de activos, trata de personas, narcotráfico, corrupción, lo cual ya había sido adoptado en nuestra legislación a través de las leyes que han regulado la acción de extinción de dominio.⁸

Frente al tema, la Corte Constitucional dijo:

“La novedad que introduce la Convención frente a las formas tradicionales de decomiso reside entonces en que este instrumento internacional no obliga a establecer el ligamen directo entre los bienes decomisados y el producto de la actividad ilícita. Basta con que se pruebe el beneficio ilícito por un monto determinado obtenido por la persona para que se le pueda decomisar bienes equivalentes”.⁹

“Se consagra una definición amplia de bienes que si bien difiere de la clásica establecida en el Código Civil, pretende recoger todos aquellos susceptibles de comiso teniendo en cuenta los nuevos avances científicos jurídicos o tecnológicos que puedan estar a disposición de las actividades u organizaciones criminales. Adicionalmente la alusión a los “recursos” (dineros o divisas), a pesar de estar comprendidos en estricto sentido en concepto de bienes...”.¹⁰

7. Mediante el trámite incidental en audiencia preliminar.

8. Ley 793 de 2002.

9. Sentencia C-176 de 1994.

10. Gaceta del Congreso de la República No. 339, del 23 de junio de 2003.

Independientemente de la causal que se invoque, el fiscal deberá soportar con elemento material probatorio (EMP), evidencia física (EF) o información legalmente obtenida (ILO), la vinculación del bien con las causales antes expuestas; pero en el caso de los bienes previstos en las modalidades tercera y cuarta del artículo 82 ídem, es decir, los bienes lícitos que se mezclen o pretendan encubrir bienes de procedencia ilícita o los bienes equivalentes al producto indirecto o directo del delito, se sugiere ordenar informe pericial o investigativo que determine, por ejemplo, el perfil financiero, comercial y patrimonial del autor o copartícipe de una conducta punible o contar con policía judicial especializada -analistas- que establezcan el valor de las ganancias ilícitamente adquiridas producto del ilícito para poder incautar y solicitar el comiso de los bienes equivalentes.

Hay muchos bienes que se incautan con fines de comiso pero que no representan incremento alguno para el patrimonio de la Fiscalía; por el contrario, los costos administrativos y de seguros representan pérdidas y gastos. Ejemplo: las armas blancas, que si bien están dentro de una de las causales respecto a los cuales procede el comiso (medios utilizados en delitos dolosos), se podría, de acuerdo con criterios de ponderación, necesidad y utilidad, ordenar su destrucción con fundamento en los principios generales previstos en la Constitución Política, el Código Nacional de Policía y el Código del Medio Ambiente. La orden debe motivarse y preferiblemente estar suscrita por el Ministerio Público delegado. Debe aclararse que la precitada destrucción no es la prevista en el artículo 87 y 256, inciso final del CPP (por disposición legal), toda vez que su fundamentación es completamente diferente.¹¹

Caso: a partir de los hechos que se plantean en el siguiente caso, se busca identificar cuáles bienes son susceptibles de comiso, y cuál sería la causal para invocar, de acuerdo con el artículo 82 del CPP:

Se captura a una persona con orden escrita por el delito de tráfico de estupefacientes, y quien pertenecía a una organización criminal. Su actividad consistía en recoger la sustancia alucinógena procesada en el departamento del Putumayo, para luego entregarla en la ciudad de Cartagena a otro de los miembros de la organización criminal, para ser enviada a Europa. El procesado se desplazaba en un vehículo campero de su propiedad para tal actividad. Así mismo, se determinó que era trabajador de la empresa de vigilancia Cóndores de Colombia, con la que tenía una

11. Véase Unidad III, Situación jurídica de los bienes (Destrucción) de este módulo.

cuenta de ahorros donde le consignaban su salario, y que sus padres (ancianos), sin actividad laboral o económica alguna, habían adquirido durante el año anterior a la ocurrencia de los hechos investigados, dos fincas en el municipio de la Hormiga – Putumayo.

1.1.5. Susceptible de inicio de la acción de extinción de dominio:

La acción de extinción de dominio es una acción real, autónoma e independiente de la acción penal, dirigida contra los bienes obtenidos en perjuicio de la moral social, el tesoro nacional o como consecuencia del enriquecimiento ilícito.

Dada su autonomía no depende de la declaratoria de responsabilidad penal y no se rige por institutos tales como la presunción de inocencia. La extinción de dominio liga la acción al origen de la propiedad, la despoja del carácter sancionatorio, pues una sanción supone un derecho existente —comiso—, y no un derecho supuesto no generado.

Con la adopción de la acción de extinción del dominio, el constituyente de 1991¹² pretendía convertirla en un instrumento jurídico eficaz para moralizar las costumbres, desestimular la cultura del dinero fácil, apoyar las acciones estatales e implementar procesos judiciales encaminados a reprimir el enriquecimiento ilícito como fuente mediata o inmediata de la propiedad.

La Corte Constitucional dijo:

“Es una acción constitucional consagrada por el poder constituyente ordinario”. (...) “... es una acción pública, porque el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto”. “... es una acción judicial, porque a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes”. “... es una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil, porque no depende del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado y lo segundo, porque no es motivado por intereses patrimoniales, sino por un legítimo interés público”. “... es una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad”. “... no se priva la persona de un derecho, sino que la sentencia declara la inexistencia del derecho que se ostentaba aparentemente”.¹³

12. Constitución Nacional, artículo 34.

13. Sentencia C-194 de 1998.

La Ley 793 de 2002 fija los principios y procedimientos de la citada acción estableciendo su naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, e indicando que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido.

En el artículo segundo de la precitada legislación se determinan como causales de extinción del dominio las siguientes:

1. Incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
2. Bien o bienes que provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.
3. Bienes que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.
4. Bienes o recursos que provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del delito.
5. Bienes o recursos que hubieran sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación, o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.
6. Los derechos sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.
7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen lícito del bien perseguido.

Las actividades ilícitas¹⁴ por las que procede la acción y respecto a todas las causales previstas son:

- a. Ley 793 de 2002, artículo 2, parágrafo 2:

14. Sentencia C-740 de 2003. "... se condicionará la decisión de exequibilidad indicando que el parágrafo segundo gobierna todas las causales previstas en el artículo 2 de la Ley 793 de 2002.

- Enriquecimiento ilícito.
- Las conductas cometidas en perjuicio del tesoro público y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos 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 y utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
- Los que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de la norma en cita, se entienden por estas actividades las que afectan la salud pública (narcotráfico), 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. (Ley 1339 de 2009. Inmuebles destinados a actividades sexuales utilizando niñas, niños y adolescentes).

b. Ley 747 de 2002:

- Trata de personas

c. Ley 1121 de 2006:

- Lavado de activos y financiamiento al terrorismo.

d. Ley 1336 de 2009:

- Adiciona Ley 679 de 2001(artículo 9). Pornografía y turismo sexual con niños, niñas y adolescentes.

El procedimiento para la acción de extinción de dominio tiene tres fases: inicio, procedencia y juzgamiento.

7. En la fase de inicio se dicta por parte del fiscal de conocimiento una resolución de sustanciación, en la que establece los hechos en que se fundamenta la misma, la identificación de bienes que se persiguen y las pruebas directas o indiciarias que permiten determinar que opera alguna de las causales establecidas en el artículo 2 de la citada legislación; tal resolución de inicio debe ser comunicada al Ministerio Público y a quienes

se reconocen con derechos sobre los bienes afectados de manera personal o mediante edicto emplazatorio. Si el emplazado no se presenta dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto, se continúa el proceso con la intervención del curador ad litem para garantizar del derecho de contradicción.

Intervienen en el trámite:

1. La Fiscalía General de la Nación
2. El titular del bien afectado
3. El titular de un derecho real accesorio
4. El curador ad litem
5. El representante del Ministerio Público
6. La Dirección Nacional de Estupeficientes

El fiscal podrá decretar medidas cautelares que comprenden la suspensión del poder dispositivo, el embargo y secuestro de bienes, orden de no pago de títulos valores y sus rendimientos.

Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán a disposición de la Dirección Nacional de Estupeficientes, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco).

Posteriormente, y luego de comunicar a los interesados de la decisión de inicio de la acción, éstos y demás intervinientes pueden presentar objeciones y solicitar las pruebas que estimen pertinentes, conducentes y eficaces para fundar su oposición y para explicar el origen de los bienes a partir de actividades lícitas demostrables.

Concluido el término probatorio y surtidos los respectivos traslados para alegar, el fiscal dicta una resolución en la que se decide frente a la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio. Dicha resolución se remite al día siguiente a los juzgados especializados. Avocado el conocimiento por el juez especializado competente, éste correrá el traslado de la resolución a los interesados e intervinientes, y vencido el término dictará

la respectiva sentencia que declarará la extinción de dominio o se abstendrá de hacerlo, decisión contra la que sólo procede el recurso ordinario de apelación. La sentencia de primera instancia que niega la extinción de dominio y que no sea apelada se someterá, en todo caso, al grado jurisdiccional de consulta, e igual, cuando se decrete la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe por parte del fiscal.

Las personas afectadas con el trámite de esta ley tienen derecho a:

1. Probar el origen legítimo de su patrimonio y de bienes.
2. Probar que sus bienes no se encuentran en las causales del artículo 2, Ley 793 de 2002.
3. Probar que respecto a sus bienes se ha producido una sentencia favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada.

Los bienes y recursos sobre los cuales se declare la extinción de dominio ingresarán al Frisco y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, de conformidad a los reglamentos especiales.

La Ley 1330 del 17 de julio de 2009 modificó la Ley 793 de 2002, diseñando un trámite abreviado que permite proferir decisiones definitivas respecto a los bienes, mediante la celebración de acuerdos de entrega voluntaria de los mismos, para que se profiera sentencia anticipada de extinción del dominio, consagrando beneficios a quienes así lo hagan.

Esta acción es imprescriptible y respecto a los efectos de cosa juzgada de la extinción de la acción penal no se extenderán a la acción de extinción de dominio (artículo 80, CPP).

Caso: a partir de los hechos que se plantean en el siguiente caso, se busca identificar cuáles bienes son susceptibles de inicio de la acción de extinción de dominio, y cuál sería la causal para invocar, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 793 de 2002:

Se incauta un vehículo tipo camión que se encuentra abandonado, y en el que se transportaban varias canecas que contenían hidrocarburo hurtado a Ecopetrol, bajo la perforación del poliducto de esta empresa estatal. Al ser inspeccionado el vehículo, los guarismos de identificación fueron adulterados, y no se logró obtener los verdaderos números con la aplicación de

los reactivos químicos utilizados por el perito en automotores, circunstancia que impide establecer el nombre del propietario del vehículo. Se inicia investigación por el delito de hurto de hidrocarburos en concurso con falsedad marcaría. Pasados ocho meses de indagación, no se logró establecer la identidad de los posibles autores o partícipes de la conducta.

1.2. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES

Una vez definida la función del bien dentro de la acción penal, se debe establecer quién va a administrar o custodiar los bienes. Cuando es EMP o E.F., es claro que le corresponde a los almacenes de evidencias, según los términos de la reglamentación del sistema de cadena de custodia.

Los otros bienes especialmente incautados u ocupados con fines de comiso deben ser administrados o custodiados según reglamentación especial que existe para tal efecto, dependiendo el tipo de bien, y el delito precedente.

En el siguiente cuadro se determina la clase de bien y la entidad a la que debe entregarse para su administración:¹⁵

Clase de bien	Entidad
Aeronaves y embarcaciones	Fuerza Aérea y Armada Nacional
Joyas, títulos valores, moneda extranjera y similares	Banco de la República
Moneda nacional incautada	Banco Agrario
Bienes relacionados con narcotráfico	Dirección Nacional de Estupefacientes
Armas y municiones	Departamento de control y comercio de armas de Mindefensa
Bienes relacionados con recursos naturales	Minambiente, DAMA o corporaciones regionales
Bienes relacionados con secuestro	Fondelibertad
Bienes relacionados con contrabando	DIAN
Obras de arte y similares	Mincultura
Vehículos con matrícula extranjera	Dirección de Asuntos Internacionales y DIAN
Vehículos utilizados en el hurto de hidrocarburos	Ecopetrol
Vehículos y demás clases de bienes	Fondo especial de bienes de la DNAF

15. Véase Anexo No. 1.

Por lo anterior no en todos los casos las sentencias donde es decretado el comiso de ciertos bienes debe ser a favor de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que según la custodia del bien y su destinación —que es reglamentada por ley o decretos—, será a favor de una entidad diferente.

El no tener claridad en este aspecto ha generado graves consecuencias en los costos y gastos en la administración de los bienes.

1.2.1. Fines de la administración de bienes:

1. Garantizar a terceros la seguridad y protección de los bienes —daño o pérdida—.
2. Entregar los bienes en buenas condiciones a quien acredite el derecho.
3. Preservación de la integridad, autenticidad, identidad de una evidencia física o elemento material probatorio de acuerdo con su clase y naturaleza (sistema de cadena de custodia).

UNIDAD II



OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Establecer la naturaleza, alcance y procedencia de las medidas materiales de incautación y ocupación, y la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo del bien.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar la procedencia de la incautación y ocupación de bienes como medidas materiales.
- Identificar la procedencia de la suspensión del poder dispositivo del dominio como medida jurídica de afectación de los bienes.
- Identificar, a partir del análisis de casos, los criterios y principios que rigen el control de legalidad de las medidas materiales y jurídicas de la afectación de los bienes.

2. MEDIDAS MATERIALES Y JURÍDICAS DE AFECTACIÓN DEL BIEN

Se orientan a garantizar la efectividad de eventuales sentencias donde se ordene el comiso o la extinción de dominio de bienes a favor del Estado.

En las actas de preparación de la Ley 906 de 2004, se analizaron las medidas materiales de incautación y ocupación, así como la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo del dominio de los bienes, como los aspectos adjetivos del comiso, orientadas a garantizar la efectividad del mismo en la respectiva sentencia de condena.

Las medidas materiales y jurídicas son medidas cautelares, instrumentales y transitorias, dirigidas a sacar del comercio bienes y recursos, mientras se toma una decisión definitiva respecto de aquellos. Cautelares porque son preventivas y se dirigen a garantizar la eficacia de la sentencia. Son instrumentales porque constituyen un mecanismo adecuado y necesario para asegurar que los bienes pasan al patrimonio del Estado. Y, finalmente, son transitorias porque la prohibición se levanta cuando no sea necesaria con fines de comiso o extinción de dominio, y cuando se profiera sentencia definitiva respecto a los bienes y recursos.

Estas medidas si bien son cautelares,¹⁶ por su finalidad no hacen referencia a las previstas en el artículo 92 del CPP, cuyo objeto es garantizar la indemnización de perjuicios para las víctimas.

El antecedente de estas medidas materiales y jurídicas se encuentra, de igual manera, en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, que fue adoptada por el Estado colombiano mediante la Ley 800 de 2003, cuya pretensión, como se anotó, es hacer efectivo el castigo patrimonial a quien ilícitamente lo ha adquirido. El artículo 12 de la citada Convención establece como medidas necesarias para autorizar el comiso, el embargo preventivo o incautación y las define como: “La prohibición temporal de transferir, convertir o enajenar o mover bienes o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente”.

El legislador las avoca exclusivamente como medidas para garantizar el comiso; sin embargo, se debe hacer un estudio comparado y sistemático de estas instituciones y atender la naturaleza de las mismas a partir de su definición jurídica para así concluir que estas medidas son procedentes de igual manera cuando se pretende iniciar la acción de extinción de dominio, independiente a que, dentro del trámite de la citada acción, el fiscal de conocimiento pueda ordenarlas directamente.

16. Sentencia C-210 del 21 de marzo de 2007.

2.1. MEDIDAS MATERIALES

Son medidas de apoderamiento físico respecto de los bienes que no tienen la virtud de sacar jurídicamente el bien del comercio, pero su práctica dificulta la negociabilidad respecto a los bienes afectados, puesto que se retira el bien del manejo y custodia de su propietario o poseedor.

2.1.1. Clases

- **Incautación:** consiste en tomar posesión por la autoridad competente de los bienes que han de responder por una obligación. Procede sobre bienes muebles con fines de comiso o extinción de dominio.
- **Ocupación:** consiste en apoderarse, tomar en posesión, atender y cuidar bienes inmuebles con fines de comiso o extinción de dominio.

2.1.2. ¿Quién las ordena?

- El Fiscal General de la Nación o su delegado (artículo 250 de la Constitución Nacional).
- Por acción de la Policía Nacional o Judicial, en ejercicio de sus funciones de control, prevención o por legislación especial.

2.1.3. Decomiso administrativo

Existen normas con las que se faculta a ciertas autoridades el decomiso administrativo de bienes, como a los funcionarios de la DIAN, a través del decreto Ley 1092 de 1996, donde se establece que aquellos pueden adelantar operativos tendientes a determinar el ingreso de moneda legal colombiana o moneda extranjera en cantidades superiores a las autorizadas o mercancías que vulneren los parámetros de importación y exportación, realizando diligencias de control y prevención, y en desarrollo de éstas, incautar divisas o mercancías.

La Ley 30 de 1986 dio facultades a la Policía Nacional para ocupar bienes inmuebles que sean destinados al cultivo, conservación, elaboración, almacenamiento y comercialización de plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que se pueda producir cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia. Así mismo, incautar

bienes muebles cuando sean utilizados para transporte de estas sustancias y cualquier elemento que sirva para su procesamiento.

La Ley 99 de 1993 (Código del Medio Ambiente) indica que la autoridad ambiental (DAMA o CAR) podrá decomisar provisionalmente especies de fauna y flora en vías de extinción, así como los instrumentos con los que se produjo daño a los recursos naturales y al medio ambiente.

EL Decreto 2535 de 1993 determina que es el Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de la autoridad militar o policiva, quien dispondrá el decomiso de armas, municiones y explosivos.

La Ley 685 de 2001, artículo 161 del Código de Minas, determina que los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no estén amparados por concesión minera, y se comprobare su procedencia ilícita.

Si de los decomisos anteriormente relacionados se deriva una captura en situación de flagrancia, inmediatamente los bienes deben ser puestos a disposición del fiscal para que inicie la respectiva acción penal, pero si no implican tal captura, las autoridades competentes podrán iniciar el procedimiento administrativo correspondiente, y posteriormente remitir a la Fiscalía General de la Nación si los hechos investigados pueden constituir delito. Por lo que el fiscal podrá ordenar dentro de la acción penal, la incautación y ocupación de los bienes según el caso y cuando éstas -medidas materiales- sean procedentes.

2.1.4. Requisitos de la orden de incautación u ocupación

- Señalar los motivos fundados para inferir que los bienes o recursos para ser afectados se encuentran en una o varias de las causales previstas en el artículo 82 del CPP, o artículo 2 de la Ley 793 de 2002. Éstos variarán según la causal invocada.
- Describir detalladamente los bienes (mueble o inmueble).
- Establecer el nexo de causalidad entre el delito¹⁷ o la causal¹⁸ y el bien.

17. Artículo 82, Ley 906 de 2004.

18. Artículo 2, Ley 793 de 2002.

- Indicar en cabeza de quién están los bienes y bajo qué título (propiedad, posesión, tenencia y objeto material del ilícito).
- Cada uno de los anteriores requisitos, deben estar soportados con EMP, EF o ILO.
- Señalar el término para ejecutar la orden.
- Referir la Policía Judicial que practicará la diligencia.
- Informar a la Policía Judicial recomendaciones de respeto a derechos fundamentales y advertir que en caso de inmuebles si no se permite realizar esta diligencia se podría pensar en la orden de allanamiento.¹⁹

El bien o el recurso por incautar u ocupar debe ser producto directo o indirecto de un delito o se deben dar alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 82 CPP, o en las causales establecidas en el artículo 2 de la Ley 793 de 2002.

El fiscal debe establecer claramente el nexo de causalidad (relación) entre el delito y el bien, y determinar claramente la causal procedente.

Se deben establecer las circunstancias fácticas que generaron la incautación u ocupación.

El acta de incautación u ocupación realizada por la Policía Judicial debe contener la fecha, el lugar específico, la relación clara y detallada de cada uno de los bienes incautados u ocupados, y su estado; la firma de la Policía Judicial que intervino y de quien atendió la diligencia.

El acta de ocupación debe tener una clara descripción del inmueble incluyendo los linderos; de ahí que se sugiera, previo a la diligencia de ocupación, solicitar la escritura pública del inmueble o el certificado de libertad y tradición. En caso de inmuebles rurales además se debe soportar con los planos del Agustín Codazzi o con fotografía aérea (cartográfica). Se debe dejar constancia en el acta de las oposiciones que presenten los propietarios, poseedores o tenedores del mismo.

El inmueble es diferente al establecimiento de comercio. Por lo tanto, para el inmueble como para el establecimiento de comercio debe haber orden

19. Véanse artículos 219 y ss. de la Ley 906 de 2004.

de ocupación independiente o por separado, siempre y cuando uno y otro sean propiedad del presunto responsable penalmente. Para ocupar el establecimiento de comercio es necesario solicitar los inventarios físicos de los mismos y, una vez realizada tal diligencia, se oficia a la Cámara de Comercio respectiva para la inscripción de la ocupación. Los bienes relacionados en el inventario físico del establecimiento público se dejan a disposición del secuestre que podrá entregar en depósito provisional, según el caso, a un tercero (representante legal), toda vez que el inventario referido hace parte del giro normal del objeto social del establecimiento.

En caso que el delito por el que se procede haga referencia a los previstos en la ley de extinción de dominio, los bienes se dejan a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

No se pueden ocupar inmuebles consulares o diplomáticos porque sería invasión a territorio extranjero.

La ocupación implica que se queda alguien en el lugar, y si no se tiene claridad de quién ejercerá la labor de secuestre o depositario provisional, le corresponderá a la Policía Judicial que materializa la diligencia.

En el caso de ganado, para poderlo incautar, se debe obtener de la alcaldía municipal el registro de marcas —secretaría de gobierno— para establecer que los semovientes son de propiedad del indiciado, imputado o acusado.

Todos los bienes deben estar soportados en su identificación, ubicación, propiedad y posesión o tenencia con EMP, EF o ILO idóneos según el bien.

2.1.5. Control de legalidad de la incautación y ocupación de bienes:

1. Término: dentro de las 36 horas siguientes a la materialización de la incautación u ocupación.
2. Pretensión: revisar la legalidad de lo actuado (control material y formal).
3. Base argumentativa: ante el juez con función de control de garantías se debe sustentar:
 - a. Motivos fundados para inferir que los bienes o recursos están dentro de las causales del artículo 82 de la Ley 906 de 2004, o en las referidas

por el artículo 2 de la Ley 793 de 2002, y que generaron la incautación u ocupación. Se deben describir claramente los bienes.

- b.** Nexo de causalidad (relación) entre el delito o causal y el bien.
- c.** Circunstancias de la incautación: por orden del fiscal o en desarrollo de actividades de policía, caso en el cual se debe determinar la inferencia razonable de la Policía según sus labores de control para incautar u ocupar.
- d.** Acta de incautación u ocupación: debe ser detallada, con fijación fotográfica o fílmica de los bienes, para establecer el estado de los mismos al momento de incautar u ocupar y así evitar daños y desmantelamientos.
- e.** Función del bien dentro de la acción penal. Comiso o extinción de dominio.
- f.** Todos los aspectos anteriores soportados con EMP, EF o ILO.

4. Alcance del control de legalidad

- a.** Se controla todo bien incautado u ocupado por orden del fiscal, en el entendido que se afecta el derecho de disposición sobre el mismo, y según el principio de reserva judicial establecida para los jueces con funciones de control de garantías, toda intervención que afecte los derechos fundamentales de los investigados e imputados, debe ser objeto de control de legalidad.²⁰ La medida procede independiente que exista indiciado o imputado toda vez que se afecta un derecho, es decir, hay alguna persona que alega ser poseedora, tenedora o propietaria legítima del bien.
- b.** Se controla todo bien o recurso que provenga o sea producto directo o indirecto del delito y demás circunstancias previstas en el artículo 82 del CPP.
- c.** Se controla todo bien o recurso que opere dentro de las causales previstas como procedentes para el inicio de la acción de extinción de dominio, mientras esté a disposición del fiscal que inicia la acción penal; pero de no hacerlo dentro del término de ley podrá en el

20. Sentencia C-1092 de 2003.

trámite de la acción de extinción de dominio decretar las medidas cautelares.

5. Improcedencia de la medida material:

- a. La medida es improcedente cuando recae sobre bienes cuya función es exclusivamente servir como EMP o EF, es decir, que no van a ser afectados con fines de comiso o con fines de dar inicio a la acción de extinción de dominio. No es procedente realizar una audiencia de control de legalidad de incautación respecto, a los EMP y EF, toda vez que los fines de incautación y ocupación son diferentes, como se dijo en acápites anteriores. Cuando se recaudan EMP o EF, se controla la legalidad de los actos de investigación o de control y prevención (Policía Nacional) que generaron el recaudo de los mismos.²¹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha dicho:

“Esto permite concluir que el acto de control de legalidad posterior del allanamiento y registro se cumplió tanto desde el punto de vista formal, como desde una perspectiva material, pues en su desarrollo el juez de garantías revisó la legalidad de todo el procedimiento cumplido, desde la expedición de la orden y sus fundamentos, hasta la terminación de la diligencia, incluida la recolección de los elementos, que es la actuación que la casacionista descalifica por no haber sido objeto de control de incautación”.²²

- b. Tampoco procede esta medida cuando se trata de un bien que no tiene protección constitucional, en el entendido de que no existe comercio lícito de ellos, por lo que no pueden permanecer en manos de particulares, bien porque su simple tenencia constituye delito, o porque sin constituir infracción son idóneos para poner en peligro bienes protegidos legalmente como lo serían las sustancias alucinógenas o psicotrópicas, armas de fuego, discos compactos y libros reproducidos ilegalmente.

“Las cosas que no pueden ser objeto de propiedad (bienes de no libre comercio) no obedecen a un concepto unitario, sus principales variedades son las dadas por la propia naturaleza y sobre las cuales sólo es posible la gestión y soberanía del Estado,

21. Sentencia 26310 del 16 de mayo de 2007.

22. Sentencia 28535 de 2008.

como sucede con los recursos naturales; otras en que se afirma la soberanía del Estado, y se encuentran afectadas al uso de todos los habitantes (calles, plazas); (...) Por la naturaleza de los mismos, pues son inapropiados como el mar, la luz y el aire. (...) Por motivos de orden público: bienes que por su potencialidad de peligro para la sociedad y el Estado en general, no pueden estar en manos de los particulares, entonces prima un motivo de orden público: las armas de fuego, municiones, uniformes de uso privativo de la policía y Fuerzas Militares, los estupefacientes, y todos los elementos utilizados en la elaboración de todos estos, su comercio está restringido y prohibido, el Estado sobre los mismos no entrega dominio”.²³

La Honorable Corte Constitucional frente al tema dijo:

El único que originaria e incondicionalmente puede poseer y portar armas es el Estado a través de la fuerza pública (Constitución Política, artículo 216) y los miembros de los organismos y cuerpos oficiales de seguridad (Constitución Política, artículo 223) y su uso se circunscribe a los precisos fines y propósitos enunciados en la Constitución y la ley. Cualquier otra posesión y uso se deriva del permiso estatal. Junto al indicado monopolio, dada la necesidad del permiso para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos, cabe reconocer una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión. A partir de esta reserva el Estado puede, en los términos de la ley, crear y administrar titularidades privadas, a través de la técnica administrativa del permiso. La propiedad y posesión de los particulares no tiene frente a este conjunto de bienes un valor constitucional originario que pueda oponerse al Estado. Por el contrario, cualquier titularidad proviene de éste y tiene el alcance relativo que pueda en cada caso derivarse de las leyes”.²⁴

“Es natural entonces que los Estados, con el fin de mantener condiciones mínimas de convivencia, se reserven el derecho de restringir el acceso y el uso de las armas de defensa personal y las municiones, debido al potencial ofensivo que éstas tienen. Es pues perfectamente legítimo que el Estado someta su

23. González Navarro, Antonio Luis. “El comiso”. Revista de Derecho Penal, No. 42. Bogotá, 2004.

24. Sentencia C-077 de 1993.

fabricación, comercio o porte a permisos previos, ya que, de esa manera, el Estado regula el uso legítimo de la coacción. E igualmente es razonable que el Legislador tipifique como delito el comportamiento de quienes incumplan estas regulaciones estatales, pues así el Estado garantiza la seguridad individual, reprimiendo las conductas de quienes ponen en riesgo la vida y seguridad de los asociados”.

“... la Constitución de 1991 consagra un régimen más estricto, puesto que no existe la posibilidad de que haya propiedad o posesión privadas sobre ningún tipo de armas. Hay entonces una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión, de suerte que los derechos de los particulares sobre las armas son precarios pues provienen únicamente de los permisos estatales, los cuales son por esencia revocables”.²⁵

“La Constitución de 1991 crea un monopolio estatal sobre todas las armas y que el porte o posesión por parte de los particulares depende de que el Estado otorgue el correspondiente permiso. En este orden de ideas no puede afirmarse que la creación de tal monopolio vulnera el artículo 336 de la Carta, pues se trata de un monopolio de creación constitucional que nada tiene que ver con los monopolios de orden económico de que habla este último artículo. No existe por lo tanto una propiedad privada originaria sobre armas, tal como se contempla el derecho a la propiedad privada en el artículo 58 de la Constitución Política”.

“En materia de posesión y tenencia de armas no hay derechos adquiridos que puedan oponerse al Estado. Existe, en cambio, un régimen de permisos —desde antes de la vigencia de la Constitución de 1991— a partir de los cuales se hacen efectivos algunos derechos como el de posesión y porte, pero son estos permisos, surgidos de la voluntad institucional los que constituyen y hacen efectivo el derecho y, de ningún modo, la existencia de un título originario concebido en los términos de la propiedad civil. En este contexto es necesario excluir a las armas del ámbito de los derechos patrimoniales para ubicarlas en el contexto de las relaciones entre el Estado y los particulares, en el cual se aplican las normas y principios del derecho público”.²⁶

25. Sentencia C-038 de 1995.

26. Sentencia C-096 de 1995.

2.2. MEDIDA JURÍDICA

Es igualmente una medida cautelar, instrumental y provisional orientada a garantizar la efectividad del comiso en la respectiva sentencia definitiva de condena. Es así que el legislador colombiano estableció como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo de los bienes.

2.2.1. Suspensión del poder dispositivo

Se pretende con esta medida suspender cualquier enajenación o negocio jurídico que se intente realizar con respecto a los bienes o recursos para distraerlos, ocultarlos o enajenarlos. Procede respecto a toda clase de bienes, sean muebles e inmuebles.

Podría pensarse que sólo procede esta medida respecto a los bienes objeto de registro para hacer efectiva la medida material mediante su inscripción, teniendo en cuenta que en bienes no sujetos a registro no existe el riesgo de que el bien o recurso sea objeto de un negocio jurídico por estar ya aprehendido materialmente. Sin embargo, no sólo es éste el objetivo por proteger con la medida jurídica, toda vez que lo que se pretende es posibilitar legalmente que una entidad pública (fondo especial de bienes de la Fiscalía General de la Nación, fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado —Frisco—, fondo para la reparación de las víctimas) pueda administrar el bien; lo que implica que esta medida recae sobre todos los bienes, sin importar si están o no sujetos a registro.

Esta medida se debe solicitar ante el juez con funciones de control de garantías, en la audiencia de formulación de imputación o en otra audiencia preliminar, hasta que se resuelva el carácter definitivo de bienes o recursos, que se mantendrán hasta tanto se resuelva sobre el comiso con carácter definitivo o se disponga su devolución. Se debe precisar que la audiencia preliminar se puede realizar en cualquier momento de la actuación penal.

Para solicitar la suspensión del poder dispositivo es necesario que previamente se hayan afectado los bienes y recursos con alguna de las medidas materiales previstas en el artículo 83 de la Ley 906 de 2004 (incautación – ocupación), porque debe existir la aprehensión material de los bienes o recursos para que pueda ser afectada con la medida jurídica, que tiene la virtud de sacarlos del comercio.

2.2.2. Base argumentativa para solicitar la medida jurídica ante el juez con función de control de garantías:

1. Determinar los motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso o demás circunstancias previstas en el artículo 82 del CPP o causales de procedencia de la acción de extinción de dominio.
2. Determinar el riesgo que el bien pueda ser objeto de enajenación o un negocio jurídico, salir del comercio, ocultarse o traspasarse a terceros.

2.2.3. Levantamiento de las medidas materiales y jurídicas

Las medidas materiales de incautación u ocupación ordenadas previamente por el fiscal deben ser canceladas a orden del mismo de las bases de datos de la Policía Nacional o Judicial una vez aprehendido el bien.

El levantamiento de la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo de dominio debe ser solicitada por el fiscal ante el juez de conocimiento o ante el juez con funciones de control de garantías, según el caso, cuando opere una de las formas de terminación anticipada (archivo, preclusión y principio de oportunidad) o absolución. También, cuando no es necesaria para los fines establecidos, por ejemplo, como cuando inicialmente se solicita incautación con fines de comiso de bienes producto del ilícito, pero posteriormente aparece una víctima que reclama dichos bienes como medio de reparación o de restitución. En este caso se priorizan los derechos de las víctimas, debiéndose ordenar o solicitar alguna de las medidas de protección, patrimoniales o cautelares con fines de reparación o restablecimiento del derecho, y proceder a cancelar o solicitar el levantamiento de las medidas con fines de comiso.

UNIDAD III



OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Aplicar las diferentes formas de resolver la situación jurídica del bien conforme a las disposiciones jurídicas pertinentes.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar la naturaleza de las formas de resolver la situación jurídica del bien.
- Determinar la procedencia, alcances y competencia de las formas de resolver la situación jurídica del bien.

3. SITUACIÓN JURÍDICA DEL BIEN

Se debe entender como la forma en que el fiscal, juez con funciones de control de garantías o juez de conocimiento —según el caso— decide definitivamente respecto a los bienes o recursos vinculados o afectados dentro de la acción penal. No quiere decir que el bien quede desvinculado del proceso penal.

Son formas de resolver la situación jurídica del bien:

- La devolución de bienes.
- La solicitud de medidas cautelares con fines de reparación.
- La destrucción del bien.
- La declaratoria de comiso en sentencia.
- El inicio de la acción de extinción de dominio.

3.1. DEVOLUCIÓN DE BIENES —artículo 88, CPP—

Opera sobre bienes o recursos que sean de libre comercio, que no se requieren para ninguno de los fines o funciones del mismo dentro de la acción penal, es decir, cuando no son necesarios para la indagación o investigación, no se encuentran en ninguna de las circunstancias en las que procede el comiso, no se encuentran en ninguna de las causales para promover la acción de extinción de dominio y no van a hacer afectados con medida cautelar como medio de reparación a las víctimas del delito.

Se debe considerar como devolución especial de bienes o recursos lo previsto en el numeral 1 del artículo 99 del CPP, en desarrollo del artículo 22 *ibídem*, en cuanto a la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados, una vez acreditada su calidad de víctima.

De igual forma si está demostrado sumariamente el carácter de tercero de buena fe, respecto a la vinculación del bien con el delito investigado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 83 del CPP.

3.1.1. Competencia para ordenar la devolución de bienes o recursos

Podrá ordenarla el fiscal, dentro de los seis meses siguientes a su aprehensión material (incautación u ocupación) y antes de formularse la acusación a quien tenga derecho a recibirlos, cuando no se requieran para la indagación o investigación como EMP o EF, o se determine que no se encuentra en una de las causales por las que procede el comiso o la acción de extinción de dominio.²⁷ El término aquí referido responde a la evolución y dinamismo del proceso investigativo y de la retroalimentación

²⁷. Artículo 88 de la Ley 906 de 2004.

permanente que necesariamente deben tener las hipótesis previstas en el programa metodológico de la investigación.

También podrá ser decretada por el juez con funciones de control de garantías por solicitud de quien tenga interés legítimo o por la Fiscalía, cuando el bien ha sido afectado con medida jurídica (suspensión del poder dispositivo del dominio). Se procederá de igual manera, en caso de operar el archivo por orden del fiscal o en aplicación del principio de oportunidad.

Finalmente, puede ser dispuesta por el juez de conocimiento en caso de sentencia absolutoria o en aplicación de una de las formas de terminación anticipada (allanamiento voluntario a cargos, acuerdos o preclusión).

3.1.2. Requisitos que debe cumplir la orden emitida por el fiscal:

- Identificar específicamente la persona a quien se va a entregar el bien.
- Se debe acreditar el derecho respecto al bien como propietario, poseedor o tenedor de buena fe, sujeto pasivo o víctima.
- Determinar los motivos fundados por los cuales se decide la devolución.
- Comunicar al propietario, poseedor, tenedor o víctima dicha decisión, indicando el término para reclamar los bienes (máximo 15 días²⁸), e informar las consecuencias de no reclamar dentro del término legal, comunicación que debe hacerse de manera escrita, por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico, teléfono, dejando la correspondiente constancia o por cualquier otro medio idóneo (en caso de no poderse comunicar personalmente, se debe recurrir al emplazamiento y edictos).
- Se debe elaborar acta de entrega donde se describan detalladamente los bienes objeto de devolución, el estado en que se encuentra y la firma de quien entrega y recibe.
- Se debe informar a la dependencia que tenga los bienes en administración o custodia.

28. Artículo 89 de la Ley 906 de 2004.

3.1.3. Devolución de bienes o recursos no reclamados

El artículo 89 del CPP advierte que transcurrido el término de 15 días de emitida la orden de entrega de bienes o recursos sin ser reclamados, o desconociendo a su titular, poseedor o tenedor, se deben dejar a disposición de la respectiva dirección administrativa y financiera de la Fiscalía General de la Nación o entidad respectiva (el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación no se ha reglamentado), para que inicie las acciones legales consagradas en la parte final del artículo 89, y en el artículo 89A del CPP, es decir, el inicio de acciones civiles para obtener la declaratoria de vacantes o mostrencos de los bienes no reclamados y de los que no se conoce su propietario; igualmente, para la declaratoria de la prescripción especial adquisitiva del dominio sobre los bienes que se conoce su propietario pero no comparece a recibirlos (tres años para bienes muebles y cinco años para bienes inmuebles).

3.1.4. Devolución o entrega especial

En caso de bienes percederos se deben entregar inmediatamente a la víctima del ilícito o quien acredite derechos sobre los mismos de acuerdo con los parámetros del artículo 99 del CPP.

Sin embargo, cuando no aparece víctima, o afectado con el delito, que reclame tales bienes, y dada la inminencia de deterioro de los mismos, éstos deben ser entregados a instituciones para así cumplir con la función social de la propiedad. Dicha orden no se fundamenta en lo señalado en el artículo 88 del CPP, sino en lo previsto en la Constitución Nacional.²⁹

Las normas constitucionales hacen referencia a que las autoridades deben proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, debiendo promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta. Igual se refiere la norma superior, a la protección de los derechos fundamentales de los niños, de las personas de tercera edad, y de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente.

En consecuencia, sobre los bienes o recursos que puedan ser objeto de donación, el fiscal debe motivar advirtiendo que no hay víctimas intere-

²⁹ Artículos 1, 2, 13, 14, 44, 46, 47, 58 y demás normas concordantes de la Constitución Nacional.

sadas en reclamar los bienes como medio de indemnización, o afectarlos con medida cautelar para tal efecto, soportando esto con en EMP o ILO que así lo establezca, y aduciendo los parámetros del artículo 58 de la Constitución Nacional, toda vez que la propiedad implica el cumplimiento de una obligación económica al dueño del bien (función social), que es la de aprovechar su propiedad con un sentido social, que sea útil a la comunidad, ajeno por lo mismo al abuso que implica detentarla sin perseguir un rendimiento mediante su explotación o uso.

De igual forma, cuando se trate de bienes no percederos y no reclamados por las víctimas o por quien pueda tener derecho sobre ellos, debe darse el trámite previsto en los artículos 89 o 89A del CPP, según sea el caso.³⁰

Especial consideración debe tenerse respecto a los bienes o recursos que constituyen el objeto material del delito de falsedad marcaría, toda vez que de acuerdo con lo señalado por el artículo 241 de la decisión 416 de la Comunidad Andina, y en desarrollo del régimen común de propiedad industrial, se prevé que las víctimas podrán solicitar la adjudicación en propiedad de los productos materiales, envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad, u otros materiales que sirvieron de medios para cometer la infracción, como forma de indemnización de daños y perjuicios. Por esto, el fiscal siempre debe informar a la víctima de tal derecho, y en caso de que la víctima no haga uso de su derecho, deberá levantarse un acta en la que conste dicha circunstancia y remitir a la Dirección Administrativa y Financiera de la FGN para inicio de las acciones previstas en los artículos 89 y 89A —bienes o recursos no reclamados, prescripción especial—.

3.2. SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACIÓN

Las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la indemnización de los perjuicios causados por el delito, asegurando una futura y efectiva reparación de la víctima, impidiendo que se oculten o distraigan bienes que pueden constituir garantía para aquello.

Estas medidas responden a lo previsto por las normas constitucionales que protegen el derecho de la víctima a la reparación del daño causado con la comisión del ilícito, como son los artículos 1, 2, 93, 229, 250 numerales 6 y 7 de la Constitución Nacional, 18 de la Declaración Americana

30. Se conozca o no a la víctima, propietario, poseedor o tenedor del bien.

de los Derechos del Hombre, 8^a de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La solicitud de las medidas cautelares se realiza mediante audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías, por el fiscal, la víctima, el Ministerio Público en caso de menores, o el defensor de familia de acuerdo con lo previsto por la Ley 1098 de 2006 —Código de la Infancia y Adolescencia—.

Dicha solicitud, por regla general, se realiza a partir de la formulación de imputación y hasta que se entregue de manera definitiva el bien a las víctimas o el producto del remate de aquellos.

3.2.1. Base argumentativa para solicitar las medidas cautelares con fin de reparación

- Identificar y establecer las víctimas, acreditando su calidad sumariamente.
- Determinar el daño por cada víctima, indicando el nexo de causalidad (relación) entre el perjuicio y el delito. Se rige por la proporción frente al daño causado. Se debe establecer la cuantía de la pretensión acreditándola sumariamente.
- Establecer el juicio de proporcionalidad, determinando la necesidad de la medida solicitada, su utilidad y proporcionalidad respecto al daño causado víctima por víctima.

3.2.2. Levantamiento de medidas cautelares

El fiscal en el desarrollo de la investigación debe evaluar permanentemente la posibilidad de levantar o modificar la medida impuesta, teniendo en cuenta la calidad de víctima, el daño causado y los derechos del afectado con la misma. De igual manera, debe obrar cuando opere una forma de terminación anticipada del proceso, siempre y cuando se garantice la reparación de las víctimas.

3.2.3. Clases de medidas cautelares

3.2.3.1. Prohibición de enajenar —artículo 97, CPP—

Procede a partir de la audiencia de formulación de imputación y hasta los seis meses siguientes, a menos que se garantice la indemnización de perjuicios, haya pronunciamiento de fondo sobre la inocencia del imputado o se requiera realizar operaciones mercantiles necesarias para el pago de los perjuicios a la víctima.³¹ Transcurrido este término, el levantamiento de la medida es automático por los funcionarios de la correspondiente oficina de registro.

Puede ser decretada a solicitud de parte o de oficio por el juez con funciones de control de garantías, al momento de impartir legalidad de la formulación de imputación.

Recae sobre bienes sujetos a registro que sean propiedad del imputado como inmuebles o muebles (naves, aeronaves, títulos de valores nominativos —certificado de depósito a término y acciones—, vehículos automotores y establecimientos de comercio), y se debe remitir oficio a la oficina de registro correspondiente por parte del juez con funciones de control de garantías.

Cualquier negociación sin autorización del juez será nula,³² sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad. En caso de que no se inscriba esta medida en la oficina de registro correspondiente, no se podría ejercer ante juez de control de garantías la acción de nulidad frente al negocio jurídico al que se haya sometido el bien afectado con la prohibición, debiendo iniciar el proceso ordinario ante la jurisdicción civil.

Los negocios jurídicos realizados previamente “... deben perfeccionarse en el transcurso del proceso, y los derechos de terceros de buena fe pueden en audiencia preliminar hacer valer sus derechos (...) desde el mismo momento de la formulación de imputación hasta antes de iniciarse el juicio oral...”³³

Esta medida busca “rodear de garantías procesales para la eficacia del proceso penal y, en especial, para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria que ordene la reparación de perjuicios ocasionados con el delito, y prever que el imputado tenga recursos econó-

31. Autorización especial artículo 98 Ley 906 de 2004.

32. Artículo 97, inciso 2 de la Ley 906 de 2004.

33. Gaviria Londoño, Vicente Emilio. Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. p. 212.

nicos suficientes para la reparación económica de los daños padecidos por la víctima...”.³⁴ Dicha limitación —prohibición para enajenar—, no puede operar respecto a la universalidad de los bienes que sean sujetos a registro del imputado, sino únicamente sobre los bienes que se consideren necesarios para responder por una eventual indemnización de los daños. Es por esta razón que la orden no debe ser indiscriminada y afectar la generalidad de los bienes del imputado.

3.2.3.2. Entrega provisional de bienes —artículo 100, CPP—

Procede en los eventos en que se esté frente a un hecho delictivo culposo, y respecto a los bienes que se vinculen al resultado culposo y que tengan libre comercio. De ahí que no se puede afirmar que únicamente procede para los delitos derivados de hechos ocurridos en un accidente de tránsito, sino en acciones como lesiones personales culposas, el peculado culposo, homicidio culposo, fuga de presos culposa y delitos de peligro común (contaminación ambiental culposa), entre otros.

Los bienes sobre los que recae la medida no pueden estar afectados con otras medidas cautelares como embargo y secuestro, o con medidas con fines de comiso.³⁵

La afectación procede dentro de los 10 días siguientes a la aprehensión del bien, una vez cumplida las previsiones del sistema de cadena de custodia.

La finalidad de la medida es usar el bien, pero no debe ser objeto de disponibilidad y negociabilidad. Se entrega el bien al propietario, poseedor o tenedor legítimo, y en caso de vehículos de servicio público colectivo se podrán entregar al representante legal de la empresa a la cual se encuentra afiliado, en depósito provisional, con la obligación de rendir cuentas ante el juez de garantías sobre lo producido por la actividad en el término que aquél fije.

El derecho a la defensa debe ser garantizado a todos los afectados con la medida.

“Se debe comunicar al afectado una vez autorizada la entrega provisional, incluyendo al tercero civilmente responsable, quienes podrán interponer recursos ordinarios de reposición y apelación una vez decretada la medida”.³⁶

34. Sentencia C-210 de 2007.

35. Incautación, ocupación y/o suspensión del poder dispositivo.

36. Sentencia C-423 de 2006.

La provisionalidad se mantendrá por el tiempo que se requiera para contar con una garantía de pago, mejor o equivalente a la indemnización de perjuicios y mientras no se tome una decisión favorable al imputado. Pero en ningún caso superará el término previsto en el artículo 100 del Código Penal de 18 meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien con otra medida cautelar.

En cuanto a la oportunidad de aplicar esta medida existen dos tesis, partiendo una y otra en que se reconoce la entrega provisional como una medida cautelar real a favor de las víctimas. La primera tesis afirma que sólo procede a partir de la formulación de imputación, y la segunda afirma que procede a partir de la ocurrencia de la conducta que genera el daño. Estas tesis se apoyan en los siguientes argumentos:

La tesis de la procedencia a partir de la formulación de imputación se fundamenta en:

- El artículo 100 del CPP hace parte del capítulo III, título II, denominado medidas cautelares, y bajo interpretación sistemática, el artículo 92 ibídem indica el momento en que proceden dichas medidas.
- Las Sentencias C-423 de 2006 y C-210 de 2007 enuncian las medidas cautelares reales, e indican que la entrega provisional en delitos culposos es una de ellas.
- La Sentencia C-423 de 2006 indicó respecto a la entrega provisional y las restantes medidas cautelares que :

“el legislador dispuso que éstas lo fuesen durante la audiencia de formulación de cargos, es decir, desde el inicio mismo de la etapa de investigación”.

- El acta número 07 del 6 de marzo de 2007, preparatoria de la Ley 1142 de 2007, que con su artículo 9 modificó el artículo 100 de la Ley 906 de 2004, refiere:

“si no existen materiales probatorios para imputar, no se podría grabar los bienes de alguien que apenas es indiciado, mediante la figura de la devolución provisional”.

- La medida resulta desproporcionada en consideración a delitos más

graves en los cuales no es procedente una medida cautelar sin ser vinculado al infractor al proceso.

- En la Ley 769 de 2002 —Código Nacional de Tránsito—, sólo es posible afectar un bien vinculado a un accidente de tránsito, una vez se ha proferido sentencia dentro de dicho proceso administrativo en primera instancia.
- Según el principio general de interpretación que dice: “cuando el legislador no distingue, no le es dable al intérprete hacer diferenciaciones”. La entrega provisional está dentro del listado de medidas cautelares, sin diferenciación alguna en su manejo.
- Limita el ejercicio del contradictorio toda vez que se solicita la referida medida sin análisis cuidadoso respecto al deber de cuidado y la determinación de quién es la víctima.

3.2.3.2.2. La tesis de la procedencia de la medida a partir de la ocurrencia del hecho culposo se fundamenta en:

- Desde la Ley 600 de 2000 se estableció como medida cautelar por querer del legislador como un mecanismo de protección a las víctimas de los delitos culposos, especialmente los originados en accidentes de tránsito. En igual sentido el mismo criterio es referido en el anteproyecto de la Ley 906 de 2004.
- La Ley 769 de 2002 —Código Nacional de Tránsito— estableció que sólo se podían aplicar medidas cautelares una vez emitida la sentencia, dejando en completo desamparo a las víctimas ante la posibilidad de que los automotores fueran traspasados a terceros.
- La Sentencia C-039 de 2004 declaró exequible la Ley 769 de 2002, y señala que el legislador en ejercicio de la libertad de configuración normativa regula las medidas cautelares teniendo en cuenta las circunstancias de cada proceso y la finalidad especial de la medida. Es así como la víctima queda en libertad de acudir al proceso ordinario, ejecutivo o penal, que regulan las cautelas de forma independiente.
- En Sentencia C-210 de 2007 se establece respecto a las medidas cautelares y con relación al margen de configuración normativa por parte del legislador que ésta no vulnera en ningún momento el principio de

igualdad, toda vez que el legislador puede establecer tratos diferentes soportados en fundamentos objetivos de acuerdo con el fin perseguido —desigualdades sociales, naturales o económicas—.

- El artículo 100 del Código Penal, inciso 3, señala el término en que la entrega provisional debe mantenerse y por su parte el artículo 100 del estatuto adjetivo penal refiere que la entrega será definitiva hasta cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del imputado o acusado; lo que permite inferir que el tratamiento de esta medida en cuanto a su procedencia es diferente a las otras medidas cautelares por parte del legislador, por interpretación analógica.
- Desde el punto de vista práctico no tendría sentido que esta medida sólo se pudiera aplicar hasta la formulación de imputación porque si fuere así lo procedente sería solicitar el embargo y secuestro como medida cautelar por ser más efectiva como garantía de pago de los perjuicios, lo que haría inaplicable la entrega provisional como medida cautelar.
- La decisión tomada por el juez con función de garantía permite el contradictorio en atención que contra sus decisiones proceden los recursos ordinarios.
- Precedentes jurisprudenciales determinan que esta medida puede ser tomada en cualquier etapa procesal.³⁷

La orden de entrega provisional del bien debe ser decisión del juez de garantías por solicitud del fiscal en audiencia preliminar, porque es claro que es una decisión con la cual se protegen derechos de víctimas tendientes a obtener una reparación (artículo 154, número 5 del CPP), y en virtud de que se afecta el derecho de disposición del bien respecto a la persona afectada con la medida.

“... si se parte de la consideración elemental de que la orden de entrega provisional es una medida cautelar real resulta de claridad meridiana que la decisión pertinente no la puede emitir un fiscal dado que a los fiscales en el nuevo sistema no se les dio la facultad de emitir medidas cautelares, reales ni personales pues tales atribuciones se le asignaron al juez de control de garantías (arts. 92 y 306)”.³⁸

37. Autos CSJ 1100102300002007-00069-01 del 24 de enero de 2008, y 1100102300002008-00013-01 del 6 de marzo de 2008.

38. Gaviria Londoño, op. cit., p. 234.

La Ley 1142 de 2007 en su artículo 9 modificó el artículo 100 en tal sentido. De igual manera como precedentes jurisprudenciales se puede considerar lo previsto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, cuando resuelve los conflictos de competencia negativos entre algunos jueces con función de control de garantías y fiscales, así:

“De allí puede deducirse entonces que la afectación de bienes en delitos culposos, como bien lo establece el último inciso del artículo 9 de la Ley 1142 de 2007, compete en exclusiva, y en todos los casos —sin excepción—, al juez con función de control de garantías”.³⁹

“Entrega por el Juez de Control de Garantías (...) en cualquier etapa procesal...”.⁴⁰

La medida no debe solicitarse automáticamente, pues debe evaluarse como inferencia razonable si existe delito culposo, si el bien está vinculado al resultado culposo (daño), si el bien es de libre comercio y determinar la calidad de víctima.

Si se van a afectar bienes de terceros en calidad de civilmente responsables se establecerá si éste debe entrar a responder solidariamente por los perjuicios ocasionados, según los parámetros de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, conforme al Código Civil colombiano;⁴¹ circunstancia que no se infiere exclusivamente por el hecho de ser propietario, poseedor o tenedor legítimo de un determinado bien.

3.2.3.3. Embargo y secuestro —artículo 92, CPP—

Procede sobre cualquier bien propiedad del imputado o acusado a partir de la formulación de imputación hasta el trámite del incidente de reparación integral.⁴²

No procede sobre bienes inembargables según lo previsto en el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil y normativa especial.

Esta medida puede ser solicitada por el fiscal, la víctima y el defensor de familia, el Ministerio Público o representante legal en el caso que las víctimas sean niños, niñas o adolescentes.⁴³ El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que

39. CSJ auto 11-001-02-30-000-2007-00069-01 del 24 de enero de 2008.

40. CSJ auto 11-001-02-30-000-2008-00013-01 del 6 de marzo de 2008.

41. Artículo 2347 del Código Civil.

42. Artículos 92, 97 y 98 de la Ley 906 de 2004.

43. Ley 1098 de 2006.

se hubieren ocasionado con la comisión del delito, previa caución según presupuestos del Código de Procedimiento Civil. No es necesario prestar dicha garantía por parte de la Fiscalía y el Ministerio Público.

La medida real debe ser solicitada ante el juez con función de control de garantías, en audiencia reservada, como lo dispone el artículo 154, numeral 5, en concordancia con el inciso 2 del artículo 155 del CPP.

Se perfecciona según la clase de bien, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.⁴⁴

3.2.3.3.1. Base argumentativa para solicitar la medida de embargo y secuestro

- Acreditación sumaria de la calidad de víctima.⁴⁵
- Acreditar la naturaleza del daño, señalando una valoración aproximada de los perjuicios de orden material y/o moral que puedan preverse al momento de solicitar la medida.
- Señalar la utilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. La utilidad se refiere a por qué esta medida real es la adecuada para la efectiva reparación del daño producido con el delito, en consideración a la naturaleza del daño y a la pretensión de la víctima; la necesidad, respecto al porqué de solicitar esta medida y no otra, para la obtención de la reparación del daño; y la proporcionalidad, en cuanto a la determinación que la cuantía del embargo, resulta equivalente a la naturaleza del daño producido con la infracción, debiendo limitarse a lo necesario para proteger el eventual derecho a la indemnización, sin generar embargos innecesarios.
- Acreditar la propiedad del bien sobre el cual se va a materializar la medida real, en cabeza del imputado o acusado.
- Prestar la caución⁴⁶ fijada por el juez con función de control de garantías, que podrá ser equivalente a lo señalado por el artículo 513 del Código de

44. Artículo 68 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 794 de 2003.

45. Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007 "... artículo 250 numeral 6 de la Constitución Nacional que prevé que el restablecimiento del derecho y la garantía de reparación integral se reconoce a los "afectados con el delito", expresión que incluye a víctimas directas y perjudicados que hubiesen sufrido un daño cierto como consecuencia del delito".

46. Artículo 678 al 680 del Código de Procedimiento Civil.

Procedimiento Civil, excepto fiscal, Ministerio Público y víctima (cuando acredite que debe ser eximida de prestarla), “pueden ser en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones”.⁴⁷

3.2.3.3.2. Trámite del decreto de las medidas cautelares

- El juez debe comunicar la medida a la entidad particular o pública respectiva según la clase de bien (artículo 681, Código de Procedimiento Civil).
- Se debe notificar el auto que ordena la medida del embargo y secuestro a quien se afecte con la misma (artículo 95, CPP).
- Designar secuestro para materializar la medida cautelar y seguir trámite según lo previsto por el artículo 682 al 689 del Código de Procedimiento Civil.
- La decisión del juez con funciones de control de garantías es susceptible de los recursos ordinarios.
- Culmina cuando se garantice por algún medio previsto por la ley el pago de los perjuicios generados por la comisión del punible, cuando se vulnera el principio de proporcionalidad o necesidad, cuando opera alguna de las formas de terminación anticipada del proceso, sentencia absolutoria o mecanismo de justicia restaurativa (conciliación, mediación). El desembargo debe ser ordenado por el juez con funciones de control de garantías o de conocimiento, según la etapa procesal en que se encuentre, a solicitud de parte o de oficio según el caso.

Proferido el sentido del fallo condenatorio y si aún está vigente la medida de embargo, la víctima puede optar por promover el incidente de reparación integral en el proceso penal. De no ser así, el juez debe levantar la medida e informar a la víctima que puede recurrir a elevar su reclamación ante la jurisdicción civil a través de proceso ordinario civil, “... en el que únicamente se permite el embargo y secuestro de los bienes del demandado cuando se profiera sentencia condenatoria de primera instancia...”.⁴⁸

Si se promueve el incidente de reparación de forma extemporánea o el incidentante no asiste injustificadamente al trámite de las audiencias, o no

47. Uribe García, Saúl “La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio”. Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Medellín - Colombia: Librería Jurídica Sánchez, 2008, p. 387.

48. Uribe García. Op. cit., p. 392.

se obtiene condena de perjuicios, se deberá solicitar el levantamiento de la medida cautelar que se haya ordenado ante el juez con función de control de garantías. En el evento de prosperar el incidente y ponerse fin al mismo con condena en perjuicios, el embargo se mantendrá. Tal decisión que hace parte de la sentencia de responsabilidad, es objeto de apelación.

Se deberá advertir a las partes que transcurridos 15 días después de la ejecutoria de esta decisión, en caso de no haberse promovido proceso ejecutivo, se podrá solicitar al juez con función de control de garantías levantar la medida de embargo. En caso de promoverse el proceso ejecutivo el embargo permanecerá hasta el remate del bien, situación que debe ser comunicada por el juez penal de conocimiento al juez de la jurisdicción civil.

3.2.3.4. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente —artículo 101, CPP—

3.2.3.4.1. De la suspensión

La suspensión del registro obtenido fraudulentamente procede a solicitud del fiscal y la víctima en desarrollo de audiencia preliminar ante el juez con función de control de garantías, en cualquier momento de la actuación y antes de presentarse la acusación. Tiene vigencia en toda la actuación procesal. Afecta sólo bienes sujetos a registro (títulos de propiedad y contratos de garantía).

Se debe establecer como motivos fundados para el sustento de la solicitud que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente soportado con EMP, EF o ILO (dictámenes periciales, estudios técnicos, estudio de títulos, tradición del bien).

Su finalidad es “recuperar jurídicamente la titularidad del dominio perdido fraudulentamente o para que se cancele un gravamen impuesto fraudulentamente”,⁴⁹ como hipoteca, prenda o contrato de garantía, impidiendo que se disponga jurídicamente del bien, y resguardarlo para que vuelva a quedar bajo el dominio de la víctima.

El juez de control de garantías debe remitir comunicación sobre la orden de suspensión del registro obtenido fraudulentamente a la oficina de registro o entidad que emitió el título nominativo, para evitar la circulación del mismo o transacción alguna del bien o gravamen objeto de registro.

49. Íbid., p. 401.

3.2.3.4.2. De la cancelación

La cancelación del registro obtenido fraudulentamente procede cuando haya convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la medida de suspensión del registro obtenido fraudulentamente.

Su finalidad es que las cosas regresen a su estado anterior.

Opera a partir de cualquier decisión que ponga fin al proceso penal (sentencia absolutoria, preclusión, principio de oportunidad y extinción de la acción penal), tal como lo estableció nuestro máximo Tribunal Constitucional:

“...casos donde existen situaciones fácticas, en las que se cuente con prueba suficiente sobre los elementos objetivos del tipo penal, sin que se reúnan en cambio las exigencias, condiciones que son necesarias, en cuanto a la responsabilidad penal para proferir sentencia condenatoria. Igualmente, puede surgir un factor de la extinción de la acción penal (...) dejando en imposibilidad a los afectados, de obtener la cancelación de los títulos de propiedad apócrifos, necesaria para lograr el pleno restablecimiento del derecho”.⁵⁰

En los casos de archivo o en el caso de no poderse determinar quién es el responsable de la comisión del ilícito, se puede optar mediante la figura del restablecimiento del derecho —y como medida de protección a favor de las víctimas— la solicitud ante el juez de garantía, en audiencia preliminar de la cancelación del registro obtenido fraudulentamente; toda vez que es el mecanismo idóneo para que las cosas vuelvan a su estado anterior y se materialicen los derechos afectados con la comisión del punible.

Respecto a los derechos de terceros de buena fe se debe proteger al propietario original, toda vez que las cosas deben volver al estado predelictual advirtiéndose que el tercero adquirente podrá iniciar acción ordinaria por la vía civil correspondiente a la indemnización de perjuicios por el delito de estafa y sin perjuicio al legítimo y original propietario.

“... así como el patrimonio económico del tercero adquirente de buena fe resulta menoscabado, así también está afectado el patrimonio del propietario original, donde en esencia se plantea la disyuntiva de escoger a cuál de las dos víctimas proteger, siendo apenas

50. Sentencia C-060 de 2008.

elemental que si la Constitución Política ordena que las cosas vuelvan al estado predelictual, lo procedente es cancelar la titulación espuria, lo cual además es armónico con el ordenamiento jurídico pues si se optara por aceptar como válida la titulación obtenida por virtud del delito y se mantuviera la cosa en manos de tercero se estaría aceptando que la constitución protege toda clase de derechos incluso los adquiridos sin justo título...”.⁵¹

3.2.3.5. Suspensión y cancelación de la personería jurídica —artículo 91, CPP—

Procede a solicitud del fiscal; sin embargo, la víctima puede acudir ante el fiscal a peticionar que tal medida se impetre ante el juez con función de control de garantías.

Recae sobre locales o establecimientos abiertos al público, personas jurídicas o naturales que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictuales.

La solicitud ante el juez debe soportarse con EMP, EF o ILO, que permita inferir la anterior circunstancia.

3.3. DESTRUCCIÓN DEL BIEN —artículo 87 CPP—

Es la eliminación de bienes cuya ilegitimidad es manifiesta y por disposición de la ley.

Procede sobre los bienes que constituyen el objeto material de los siguientes delitos:

- Delitos contra la salud pública (artículos 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385 del Código Penal y Ley 44 de 1996).
- Derechos de autor. Artículo 270, Código Penal y Ley 1032 del 2006.
- Falsificación de moneda. Artículo 273, Código Penal.
- Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. Artículo 300, Código Penal.

51. Gaviria Londoño, op. cit., p. 291.

- Usurpación de derechos de propiedad industrial y obtentores de variedad de vegetales. Artículo 306, Código Penal, Ley 1032 del 2006.
- Uso ilegítimo de patentes. Artículo 307, Código Penal.
- Explosivos - armas inservibles (Decreto 2535 de 1993).

Previamente se deben cumplir sobre el objeto material las previsiones de cadena de custodia tomando las respectivas muestras y fijando los bienes por medio fotográfico o de videocinta. Las fotografías, filmaciones y muestras serán sometidas al procedimiento de cadena de custodia.

Se debe demostrar la ilegitimidad del bien a través de informe de perito experto según el bien objeto de destrucción.

Se realiza por las autoridades de Policía Judicial previa orden del fiscal, en presencia del Ministerio Público y el fiscal, de lo cual se debe dejar acta determinando fecha y hora de la diligencia, autoridades que participaron, estado en que se encontraron los bienes, cantidad aproximada de bienes, número y criterio para determinar las muestras sometidas a cadena de custodia. La fijación de los bienes hará parte del acta.

El procedimiento de destrucción debe cumplir con los aspectos técnicos de precaución y manejo según el tipo de bien y en consideración al almacenamiento, transporte y riesgos de explosión de los mismos.

3.3.1. Destrucción especial

Los bienes que no van a ser utilizados para ninguno de los fines o funciones que prestan dentro de la acción penal, en consideración a su estado de deterioro, valor económico, o el riesgo que presentan para la salubridad de las personas que los custodian, pueden ser destruidos. Sin embargo, la orden emitida por el fiscal no puede ser fundamentada en lo previsto por el artículo 87 del CPP, sino en normativa constitucional como, por ejemplo, lo previsto en el artículo 58: “La propiedad tiene una función social pero le es inherente una función ecológica” artículo 80: “... el Estado deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”, artículo 81: “... queda prohibida la posesión de desechos tóxicos y que constituyen deterioro” y, de igual manera, la normativa especial prevista en la legislación ambiental (Ley 99 de 1993).

También se sugiere, de ser posible, previo a ordenar la destrucción, contar con concepto técnico sobre el estado de los bienes y el riesgo de afectación al medio ambiente y a las personas con la tenencia de los mismos.

3.4. DECLARATORIA DE COMISO EN SENTENCIA

En la audiencia de juicio oral durante los alegatos de clausura, el fiscal debe indicar que existen bienes incautados, ocupados y afectados con la suspensión del poder dispositivo de propiedad del acusado, haciendo una descripción clara y concreta de los mismos, y estableciendo dentro de cuál de las causales previstas en el artículo 82 del CPP se encuentran aquellos, para así solicitar se decrete el comiso a favor de la Fiscalía General de la Nación o de la entidad correspondiente, según su custodia o administración.

La decisión la toma el juez de conocimiento en sede de sentencia. Si se trata de bienes sujetos a registro, el juez deberá ordenar la anulación del registro y la expedición de uno nuevo a nombre de la entidad a cuyo favor se decreta el comiso del bien. Dicha sentencia debe ser remitida en copia a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera respectiva o al Fondo de Administración de Bienes cuando esté reglamentado.

El juez no puede pronunciarse frente al valor del bien o a la proporcionalidad respecto al daño, toda vez que el comiso es una sanción, por lo que debe evaluar exclusivamente si el bien está en alguna de las situaciones previstas en el artículo 82 del CPP.

La Corte Suprema de Justicia, frente al decreto del comiso, dijo:

“... en sustento de su decisión, la funcionaria advirtió que lo demostrado hurtado ascendía apenas a cerca de 18 galones de combustible, con un valor cercano a los noventa mil pesos, resultando desproporcionado ordenar el comiso del vehículo, frente al monto de lo sustraído”. (...) “Por manera que así resulta la controversia judicial, deben necesariamente aplicarse los condignos castigos que consagra la ley, porque así lo ordena ella de manera perentoria, sin que, para pasar por alto sus designios, sea válido acudir a criterios de ponderación eminentemente subjetivos que parten de la particular concepción del funcionario acerca de la mayor o menor lesión al bien jurídico tutelado, pues, unas tales consideraciones sirven para modular la sanción, pero no, en el caso específico, para obviar

el comiso del bien que sirvió de medio efectivo —y en este caso necesario—, para la materialización del delito”.⁵²

3.5. INICIO DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

El fiscal que avoca el conocimiento de una indagación o investigación y que ha afectado bienes de los previstos en alguna de las causales establecidas en la Ley 793 de 2002 dispondrá en forma inmediata lo pertinente para que se promueva la acción de extinción de dominio, según lo previsto en el artículo 85, inciso segundo del CPP.

Para tal efecto, procederá a iniciar el trámite de la acción de extinción de dominio de forma independiente al proceso penal u oficiar a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos o al fiscal designado administrativamente, dejando a disposición el bien incautado u ocupado para el inicio de la acción de extinción de dominio, anexando los EMP, EF o ILO, obrantes dentro de la indagación penal, que sirvan para acreditar que el bien o bienes se encuentran incurso dentro de alguna de las causales del artículo 2 de la Ley 793 de 2002.

Siempre se debe evaluar la viabilidad de administración del bien, el interés para la justicia, el valor económico y estado o grado de deterioro, debido a que el bien va a pasar al patrimonio del Estado con fines de rehabilitación, inversión social o lucha contra el crimen organizado.

⁵² Sentencia 28886 del 20 de febrero de 2008.

UNIDAD IV



BIENES EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

OBJETIVO GENERAL

- Definir la función y situación jurídica del bien según el objeto y principios de la ley de justicia y paz.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer las formas de afectación de los bienes en el proceso de justicia y paz.
- Determinar la administración de los bienes afectados en el proceso de justicia y paz.
- Distinguir la procedencia, alcances y competencia de las formas de resolver la situación jurídica de los bienes en el proceso de justicia y paz.

4.1. LA FUNCIÓN DEL BIEN EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La Ley 975 de 2005 se estructura en desarrollo de la política criminal del Estado colombiano que busca (1) armonizar la promoción de un proceso de reconciliación nacional sostenible, (2) posibilitar la desmovilización y reinserción de los grupos armados organizados al margen de la ley, la sanción de los hechos penalmente relevantes realizados por sus integrantes durante y con ocasión de la militancia a grupo armado ilegal y (3) garantizar a las víctimas el conocer la verdad sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos punibles y a obtener reparación del daño

sufrido.⁵³ Denotando así que la paz y la justicia son esferas perfectamente compatibles y complementarias al adelantar procesos de paz, sin soslayar el componente de la justicia, toda vez que la ley no busca el perdón y el olvido. Por el contrario, todos los delitos deben ser investigados; los delincuentes, sancionados y las víctimas, reparadas.

La Ley de Justicia y Paz⁵⁴ señala como objeto:

- Facilitar los procesos de paz.
- Reincorporar individual y colectivamente a la vida civil a los miembros de grupos armados al margen de la ley.
- Garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Además, prevé la norma en cita⁵⁵ y el decreto reglamentario 4760 de 2005 que uno de los requisitos de elegibilidad para la postulación por el gobierno nacional como posible beneficiario de la pena alternativa prevista en la Ley de Justicia y Paz es la entrega de todos los bienes para que se repare a la víctima, independiente de que procedan o no como producto o beneficio de las actividades ilícitas perpetradas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML).

Es así que la función prevalente de los bienes en el proceso de justicia y paz es la de reparación y restitución a las víctimas, más allá de la reparación material o indemnización, al adelantar las acciones necesarias de restitución, rehabilitación y satisfacción, integrando instituciones, como la reparación simbólica y garantías de no repetición, a ley penal.

La Ley de Justicia y Paz⁵⁶ prevé como deber primordial del Estado la materialización del derecho a la justicia, lo que implica —entre otras— asegurar a las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los GAOML el acceso a recursos eficaces para que reparen el daño infligido.

53. Decreto 3391 de 2005, artículo 1.

54. Ley 975 de 25 de julio de 2005, artículo 1.

55. Ley 975 de 25 de julio de 2005, Artículos 10 y 11

56. Ley 975 de 2005, Artículo 6.

4. 2. AFECTACIÓN DE BIENES:

Como se anotó, la entrega de bienes por parte de los desmovilizados constituye uno de los requisitos de elegibilidad para ser postulados por el gobierno nacional como posibles beneficiarios a la pena alternativa prevista en la ley.

El Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006⁵⁷ refiere que una vez se materialice la entrega de bienes por parte del desmovilizado con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de la formulación de imputación, el Fondo para la Reparación de Víctimas⁵⁸ procederá a su recibo, y deberá registrarlos mediante acta suscrita conjuntamente con un delegado de la Fiscalía para los efectos previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley de Justicia y Paz.

Los bienes que pueden ser afectados mediante la solicitud de medidas cautelares en el trámite de la Ley y Justicia y Paz son (1) los bienes entregados en el momento de su desmovilización o en cualquier otro por quien ha sido postulado, (2) los denunciados por las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los GAOML y que han sido postulados y (3) los identificados por la Fiscalía General de la Nación.

4.2.1 Bienes entregados por el postulado⁵⁹

Los miembros de los GAOML deberán entregar los bienes para sufragar con ellos o su producto las acciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición para las víctimas de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia a los referidos grupos.

En caso de que los bienes ofrecidos por los postulados con fines de reparación estén gravados o no se encuentren a paz y salvo por cualquier concepto u obligación, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y las comisiones regionales de restitución de bienes podrán invitar a la entidades acreedoras para celebrar conciliaciones, acuerdos de pago, condonaciones totales o parciales de deudas, con el fin de facilitar la extinción o el cumplimiento de la obligación.

57. Parágrafo 1 del artículo 5.

58. Decreto 4760 de 2005, artículo 17. Es una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Agencia presidencial para la Acción social y la Cooperación Internacional.

59. Decreto No 4760 de 2005, artículo 13.

Si los bienes no figuran formalmente a nombre de los miembros del grupo armado, o no se encuentran en su poder, éstos deberán realizar los actos dispositivos necesarios para deshacer la simulación.

Respecto a la persona que no pertenezca al GAOML y que tenga la titularidad de los bienes que sean entregados para la reparación de las víctimas —siempre y cuando su conducta esté exclusivamente relacionada con la adquisición, posesión, tenencia y transferencia de los bienes— se podrá aplicar en su favor el principio de oportunidad respecto a los punibles que en su contra se adelanten (testaferrato, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, entre otros), de acuerdo con el trámite establecido en la Ley 906 de 2004.⁶⁰

4.2.2 Bienes denunciados por las víctimas

En caso de bienes no enlistados o entregados por los miembros del GAOML con destino a la reparación de la víctima o cuando a su consideración ha sido despojada ilícitamente de su dominio, posesión, usufructo o cualquier otro derecho real o precario, por aquellos, ésta podrá denunciarlos ante la Fiscalía o presentar su pretensión en el incidente de reparación integral.

Al existir prueba de la existencia de bienes no entregados o del despojo de los bienes denunciados por el Ministerio Público o la víctima y no habiendo sido materializada la entrega del bien, la autoridad judicial (Fiscalía o magistrados con función de garantías o de conocimiento, según el caso) procederá a compulsar copias a la justicia ordinaria para que se inicien los procesos penales —fraude procesal, lavado de activos, perturbación a la posesión— y la acción de extinción de dominio; acciones dentro de las cuales podrá la víctima hacer valer sus derechos.

4.2.3 Bienes identificados por la Fiscalía General de la Nación

El Decreto reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005⁶¹ establece como deber de los fiscales delegados de Justicia y Paz, dentro de las actuaciones previas a la recepción de versión libre y en todo momento, adelantar los actos de investigación necesarios para la identificación de los bienes de los postulados antes y después de la vinculación a los GAOML, determinando la existencia, ubicación y estado de todos los bienes cuya titularidad real o aparente corresponda a los GAOML.

60. Artículos del 321 al 330.

61. Artículo 4 y 15, inciso final.

El identificar bienes que estén bajo titularidad aparente en cabeza de terceros implica actos de investigación que demandan tiempo, capacidad de análisis y un equipo interdisciplinario de Policía Judicial que permitirán establecer el perfil comercial, financiero patrimonial, tributario y laboral del postulado y su grupo familiar y social. En estos actos se debe cruzar la información obtenida de múltiples bases de datos que determinarán transacciones en efectivo, transacciones notariales, información catastral, operaciones bursátiles, información de productos comerciales y bancarios, registros de migración e información de entidades de salud, entre otras.

No se debe olvidar que bajo el principio de integración se debe ubicar cualquiera de los bienes que estén dentro las causales previstas en el artículo 82 de la Ley 906 de 2004 y las previstas en el artículo 2 de Ley 793 de 2002.

Los bienes o recursos que se entregan por las personas o los GAOML, o son denunciados por las víctimas, Ministerio Público o Fiscalía General de la Nación,⁶² son:

- Los que constituyan el producto de la actividad ilegal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.
- Los vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio de que trata el artículo 54 de la Ley 975 de 2005.
- Los lícitos sobre los cuales se haya decretado medida cautelar o se entreguen para atender las reparaciones económicas decretadas mediante sentencia proferida por la sala competente del tribunal superior.

4.3 MEDIDAS CAUTELARES

Respecto a todos y cada uno de los bienes anteriormente relacionados, el fiscal delegado solicitará ante el magistrado que ejerza el control de garantías la adopción de medidas cautelares sobre los mismos. No basta la entrega de los bienes mediante acta al fondo de reparación de víctimas, es indispensable la solicitud de medidas cautelares sobre éstos para que el fondo asuma su administración; de esta forma, el Estado se blinda de responsabilidad patrimonial frente a terceros de buena fe.

62. Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006. Artículo 18.

4.3.1 Características:

- Las medidas se tramitan mediante solicitud de audiencia preliminar ante el magistrado con funciones de garantías.
- Proceden sobre cualquier clase de bien del que se demuestre la titularidad real o aparente de los miembros de los GAOML.
- Proceden antes de la formulación de imputación,⁶³ siempre que el desmovilizado se encuentre rindiendo versión libre y haya confesado, al menos, un delito respecto del cual se pueda aplicar pena alternativa.
- Recaen sobre los bienes ofrecidos voluntariamente por el postulado, los denunciados por la víctima o el Ministerio Público y por los identificados por la Fiscalía General de la Nación.
- El Fondo para la Reparación de las Víctimas funge en todos los casos como administrador de los bienes afectados con medida cautelar con fines de reparación para las víctimas de los hechos cometidos por los miembros del GAOML, bien sea porque se continúe el trámite especial del procedimiento de Justicia y Paz o el proceso ordinario de la acción de extinción de dominio.⁶⁴ Tal administración es provisional hasta que se profiera sentencia de extinción de dominio a favor de las víctimas, por la sala de conocimiento de la jurisdicción de justicia y paz.

4.3.2. Clases de medidas cautelares

El Decreto 4760 de 2005⁶⁵ refiere como algunas de las medidas cautelares que se podrán solicitar en el trámite de Justicia y Paz: (1) la suspensión del poder dispositivo, (2) embargo y secuestro de bienes, de dinero en depósitos en el sistema financiero, de títulos valores y de los rendimientos de los anteriores, (3) orden de no pago de títulos valores cuando fuere imposible su aprehensión física, (4) entrega provisional a la víctima.

Las instituciones financieras que reciban la orden de embargo abrirán una cuenta especial que genere rendimientos que pasarán a acción social —fondo para la reparación de víctimas— en su condición de administrador de los bienes, en el trámite de justicia y paz.

63. S.30442 Auto 3 octubre de 2008. Sentencia 28040. 08. Sentencia 1539. 09

64. Ley 793 de 2002.

65. Artículo 15.

La entrega provisional del bien a la víctima opera en aras de garantizar el derecho a la restitución.

De igual manera, es procedente cualquiera de las medidas cautelares descritas en la Ley 906 de 2004 con fines de reparación,⁶⁶ con fines de comiso⁶⁷ o las previstas dentro de la acción de extinción de dominio.⁶⁸

4.3.3. Base argumentativa para solicitar las medidas cautelares

Cada medida cautelar, según su naturaleza, demanda argumentación diversa de acuerdo con los problemas jurídicos, tal como se anotó en la unidad tercera de este texto. Sin embargo, los siguientes aspectos deben sustentarse en todos los eventos:

- Acreditar la calidad de víctima, demostrando sumariamente dicha condición.⁶⁹ La información y documentación necesaria para acreditar tal calidad corresponde a la Agencia Presidencial para la Acción Social.
- Describir el daño colectivo o individual, allegando elementos de juicio sobre la afectación de derechos fundamentales.
- Argumentar el test de proporcionalidad: utilidad (según el daño y petición de la víctima), necesidad y proporcionalidad.

4.4. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

En la audiencia pública de aceptación de cargos —una vez declarada su legalidad por la sala del tribunal superior del distrito judicial correspondiente, previa la solicitud expresa de la víctima o por intermedio de la Fiscalía o del Ministerio Público— el magistrado ponente abrirá inmediatamente incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes.⁷⁰

66. Véase Unidad III de este texto.

67. Véase Unidad II de este texto.

68. Véase Unidad I de este texto. Ley 793 de 2002.

69. Decreto 1290 del 22 de abril de 2008. Artículos 23 y 24. Acreditación de la calidad de víctima, criterios para reconocer la calidad de víctima.

70. Ley 975 de 2005, artículo 23.

Instalada dicha audiencia, interviene la víctima, su representante legal o abogado de oficio, determinando la pretensión de reparación, y enunciando las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones. Se deberá indicar los mecanismos de reparación que se persiguen en cada caso, señalando si se han recibido indemnizaciones por vía administrativa o decisión judicial, o existen demandas ordinarias. La sala aceptará o rechazará la pretensión, decisión contra la que proceden los recursos ordinarios.

Admitida la pretensión de reparación, se coloca en conocimiento del imputado y se invita a conciliar a los intervinientes. En caso de acuerdos, su contenido se incorpora a la decisión del fallo; en caso contrario, se dispone la práctica de las pruebas ofrecidas por las partes, se escucha el fundamento de las pretensiones y se decide sobre ellas, siendo incorporada a la sentencia condenatoria.

Para efectos de la conciliación, los intervinientes podrán solicitar la comparecencia del director de la Red de Solidaridad Social, como ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Concluida la audiencia en la sentencia condenatoria se fijarán: (1) la pena principal y las accesorias, (2) la pena alternativa, (3) los compromisos de comportamiento y (4) las obligaciones económicas y de reparación moral a las víctimas, luego se resuelve la extinción de dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.

En consecuencia, la situación jurídica de los bienes dentro del trámite de la Ley de Justicia y Paz se resuelve en la sentencia emitida por la sala del tribunal superior, decretando la extinción de dominio de los bienes que se encuentran afectados con la medida cautelar a favor de las víctimas.

Con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de los terceros de buena fe, y posibilitar el ejercicio oportuno de sus derechos, la Agencia Presidencial para la Acción Social de manera permanente publica el listado de bienes o recursos entregados para la reparación de las víctimas. La ejecución de las labores de reparación corre a cargo del fondo para la reparación a las víctimas.

El Consejo Nacional de Reparación y Reconciliación, presidido por el Vicepresidente de la República y con representación de diversos estamentos, entre ellos las organizaciones de víctimas, es el encargado de su-

pervisar las labores de reparación y coordinar las comisiones regionales para la restitución de bienes, materializando las sentencias emitidas por los Tribunales de Justicia y Paz, en cuanto a las obligaciones económicas y morales reconocidas por el fallo a favor de las víctimas.

Los derechos de las víctimas están plenamente garantizados. Los tribunales deben ordenar medidas de reparación, incluso en los casos en que no se ha individualizado al victimario.

Existiendo la sentencia judicial ejecutoriada, el pago de la indemnización a favor de las víctimas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los GAOML se realizará por intermedio del fondo para la reparación de víctimas.⁷¹

71 Decreto 4760, 30 de diciembre de 2005, artículo 17.

UNIDAD V



EJERCICIOS DE APRENDIZAJE

A partir de los hechos que se plantean en los siguientes casos, se busca identificar la función del bien, si proceden o no las medidas materiales y jurídica con fin de comiso o de extinción de dominio, las medidas cautelares con fines de reparación o restablecimiento del derecho y la forma de resolver la situación jurídica de los diversos bienes enunciados en cada caso.

5.1. Ejercicio de aprendizaje, medida cautelar

EL CASO

En un accidente de tránsito colisionan dos buses de servicio escolar. En el bus número 1 fallece un menor, mientras que del bus número 2 quedan gravemente lesionados dos de sus ocupantes.

El caso le ha sido entregado a usted como fiscal, y le dejan a disposición los vehículos involucrados. Los testigos presentados por la Policía Judicial están divididos, pues cada uno de los entrevistados ofrece una versión diferente respecto de cuál conductor infringió el deber de cuidado al cruzar el semáforo en rojo.

El fiscal del caso acude a juez de control de garantías para solicitar la legalización de la incautación con fines de comiso. La defensa en su argumento solicita al juez la entrega de los vehículos. A la audiencia acude el Ministerio Público que presenta oposición por considerar que la eventual reparación no se encuentra garantizada con la entrega.

Como fiscal del caso, usted debe absolver los siguientes planteamientos:

1. ¿Considera procedente la solicitud elevada por el fiscal del caso? Argumente su respuesta.
2. ¿Cuál sería su posición frente a la posición del Ministerio Público?
3. ¿Qué fundamento fáctico y jurídico presentaría usted para soportar la(s) medida(s)?
4. ¿Qué argumento presentaría frente a la solicitud de la defensa?
5. Si sólo se tratara de lesiones culposas, ¿pediría alguna medida? Argumente.

5.2. Ejercicio de aprendizaje, procedencia de incautación

EL CASO

Un ciudadano es capturado por la policía de vigilancia, cuando al practicársele una requisa de control se le encuentra un arma de fuego (revólver calibre 38 L.) que portaba dentro de la pretina del pantalón, sin permiso de autoridad competente. El fiscal solicita ante el juez de control de garantías audiencia preliminar para la legalización de captura, legalización de incautación del arma como medida material y, como medida jurídica, la suspensión del poder dispositivo con o del dominio con fines de comiso, entre otras.

El juez de control de garantías niega la petición del fiscal frente a la legalización de incautación del arma de fuego y la suspensión del poder dispositivo del dominio.

1. ¿La no legalización del elemento puede generar la cláusula de exclusión en el futuro?
2. ¿Es necesario solicitar las medidas de incautación y de suspensión del poder dispositivo del dominio para lograr la declaratoria del comiso en sentencia?
3. ¿Cuál debe ser la posición de la Fiscalía frente al argumento expuesto por el juez?

4. ¿Si el juez persiste en su decisión, y el indiciado solicita la entrega del arma, qué debe argumentar el fiscal?

5.3. Ejercicio de aprendizaje, medida cautelar y restablecimiento del derecho

EL CASO

Un grupo de personas se dedica a la venta fraudulenta de lotes de terrenos en sectores privilegiados de la ciudad. Operan organizadamente falsificando poderes de los verdaderos propietarios, los cuales han sido autenticados en una misma notaría. Tanto los poderes como las escrituras a través de las cuales se hace la venta fraudulenta son espurios. Las escrituras han sido registradas en la oficina de instrumentos públicos. La falsedad se establece mediante peritaje. No hay imputado aún. El fiscal acude a juez de control de garantías para solicitar la cancelación de los títulos obtenidos fraudulentamente; las víctimas solicitan que se les entregue el dinero depositado en las cuentas, y además necesitan vender los terrenos. Uno de los afectados con esta conducta brindó el número de cuenta y la entidad bancaria donde se depositaron los dineros con que se sufragó la supuesta compra.

1. Como fiscal del caso usted debe absolver los anteriores planteamientos frente a las víctimas de la estafa y frente a las víctimas propietarias de los terrenos.
2. ¿Es suficiente el informe del perito para adoptar la cancelación del título fraudulento?
3. ¿En caso de no determinar quiénes son los sujetos activos de esta conducta, qué decisión tomaría usted encaminada al restablecimiento del derecho?
4. ¿Qué haría usted, si uno de los titulares del derecho de dominio del predio —en condición de víctima— le plantea que necesita vender el inmueble, pero aún no se ha realizado imputación?

5.4. Ejercicio de aprendizaje, procedencia de incautación

EL CASO

En el aeropuerto internacional Eldorado, la policía aeroportuaria descubre media libra de cocaína que estaba camuflada en una bolsa de café. Esta bolsa estaba junto con otras cinco bolsas de café que iban a ser enviadas por carga a España. La policía aeroportuaria descubrió la cocaína en la bodega de Adpostal en el aeropuerto, luego de que se pasaran por un escáner las bolsas de café. La prueba preliminar homologada arrojó un resultado positivo para cocaína. No hay capturados. Se solicita medida cautelar de incautación de la cocaína con fines de comiso.

1. ¿En el caso en mención, es necesario acudir ante el juez de garantías a legalizar la incautación de la sustancia en mención? Fundamente su respuesta.
2. ¿Considera usted procedente la medida de comiso en este caso? Argumente su respuesta.
3. ¿Qué decisión se debe tomar respecto al elemento incautado?

5.5. Ejercicio de aprendizaje, términos para el control de legalidad de la incautación

EL CASO

En una vía interdepartamental el 10 de enero se desplaza una tractomula la cual es hurtada por un grupo de tres encapuchados que portaban armas de fuego. La tractomula tiene 1200 bultos de leche en polvo, cuya fecha de vencimiento es el 31 de marzo. Dos de los encapuchados son capturados por la policía, que los pone a disposición de la Fiscalía. El fiscal considera ilegal la captura. La defensa solicita la entrega del vehículo. La incautación del vehículo no fue legalizada con fines de comiso dentro de las 36 horas a la aprehensión física del mismo.

1. Es viable que el fiscal legalice la incautación del vehículo, después de las 36 horas de incautado.
2. Como fiscal del caso, ¿qué posición asumiría frente a la solicitud de la defensa?

3. Si frente a los bultos de leche en polvo no ha mediado solicitud alguna, ¿qué debe hacer el fiscal radicado una vez reciba el caso?

5.6. Ejercicio de aprendizaje, procedencia acción de extinción de dominio —devolución de bienes—

EL CASO

En el aeropuerto Eldorado es incautada una maleta con US. 800.000 los cuales se encontraban mimetizados debajo del forro de la misma. La valija no fue reclamada por el pasajero. Se inicia investigación por el delito de Lavado de Activos. El fiscal remite a la Unidad de Extinción de Dominio las divisas para que se inicie la acción de extinción.

Se presenta un ciudadano que alega ser el propietario de las divisas y solicita su devolución en audiencia preliminar, presentando los soportes contables, comerciales y financieros que establecen la lícita procedencia del dinero.

1. ¿Se debe realizar audiencia de control de legalidad a la incautación de divisas?
2. ¿Puede el juez de control de garantías ordenar la entrega de las divisas?
3. ¿Cuál sería el argumento del fiscal del caso frente a dicha solicitud?

5.7. Ejercicio de aprendizaje, procedencia de medidas cautelares dentro del proceso de justicia y paz

EL CASO

Pedro Pérez, alias “Popeye”, nació el 18 de agosto de 1976 en Medellín. Es hijo de Luis Pérez y Sara Pérez. Su estado civil es soltero. No tiene hijos, es bachiller técnico, prestó el servicio militar en 1994 y se enlistó como suboficial. Su mejor amigo es su compadre y amigo de la infancia Luis Rodríguez, campesino, recolector de café y dueño de varias propiedades inmuebles en la ciudad de Medellín.

Popeye perteneció al bloque Libertadores del Sur que se desmovilizó colectivamente el 25 de noviembre de 2004, en la inspección de policía el

Tablón, del Municipio de Tarazá (Antioquia), en calidad de comandante con 200 hombres.

Hizo entrega de: 5 motos, 5 vehículos automotores, 4 motores fuera de borda, una cabeza de motor fuera de borda y dos lanchas fuera de borda en fibra de vidrio. Algunos de estos bienes están siendo reclamados por sus legítimos propietarios, que aducen ser tenedores de buena fe. De manera personal Popeye no entregó bienes, advirtiendo en versión libre que no posee ninguno.

Comandaba el frente rural de Taraza; su zona de influencia fue todo el casco rural. Impartió como instrucción militar y política del grupo que el enemigo u objetivo era todo aquel que fuera señalado como auxiliador, financiero, promotor informante de la guerrilla, y además se debía despojar de sus tierras a los auxiliadores; este hecho fue corroborado por el comandante del bloque Los Libertadores, alias “La Zorra”.

El 18 de enero de 2003 en zona rural de Taraza murieron por incursión del grupo Los Libertadores Luisa Gómez, profesora de la escuela de la población, y José Martínez, concejal de Taraza. Reportaron en total 100 muertes en la zona.

1. ¿Qué actividades de investigación se pueden realizar para ubicar bienes con el fin de reparar a las víctimas?
2. ¿Qué medidas cautelares proceden y sobre qué bienes? ¿Cuáles serían los argumentos del fiscal del caso frente a dicha solicitud?
3. ¿Cómo se acredita la calidad de víctima y el daño de los hijos de la profesora y el concejal?
4. ¿Cómo se logra la restitución de las fincas propiedad de Luisa Gómez y José Martínez?
5. ¿Dónde y cómo se debaten las oposiciones de los que dicen ser poseedores de buena fe de los bienes entregados por los GAOML?

ANEXO



REGLAMENTACIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA DE BIENES

- Ley 30 de 1986: los bienes utilizados como instrumentos en la actividad del narcotráfico. Dirección Nacional de Estupefacientes.
- Circular Externa DFV-42, del Banco de la República del 6 septiembre de 2001: joyas, títulos valores y divisa extranjera.
- Acuerdo 1676 de 2002 del Consejo Superior de la Judicatura y Banco Agrario: moneda nacional.
- Ley 793 de 2002, Dirección Nacional de Estupefacientes: bienes objeto de extinción de dominio.
- Decretos 2535/93, 619/94, 1809/94 y 1470/97, Ministerio de Defensa: armas, municiones, explosivos y sus materias primas.
- Ley 397 de 1997, Ministerio de Cultura: bienes que constituyan patrimonio cultural.
- Decisión 416 de la Comunidad Andina: ofrecerlos a quien se reconozca como víctima, bienes instrumentos y producto de delitos contra la propiedad industrial, y los derechos de autor.

Fiscalía General de la Nación

- Leyes 40/93, 282/96, 733/02 y Decretos 1653/95, 67/96, 1461/96 y 1512/00, Fondelibertad: bienes afectos al delito de secuestro y los bienes de las víctimas de desaparición forzada.
- Decreto Ley 1092 de 1996, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN): bienes derivados del contrabando.
- Ley 207 1995, Decreto 1502, 22 de agosto de 1996 y Decreto 2239, 11 de noviembre de 1999. Oficina de Asuntos Internacionales de la FGN: vehículos hurtados con matrícula venezolana o ecuatoriana.
- Ley 685 de 2001, Ministerio de Minas y Energía, Ingeominas o alcaldes delegados como autoridad minera: bienes instrumentos o derivados de la explotación ilegal de yacimiento minero.
- Ley 93 de 1999, Ministerio del Medio ambiente: bienes instrumentos o productos de delitos contra los recursos naturales o medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA



- Actas de preparación del proyecto de Ley 906 de 2004.
- Aguado Correa, Teresa. “La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España, 2003.
- Cano, Miguel y Lugo, Danilo. Auditoría forense en la investigación criminal del lavado de dinero y activos. Bogotá, Editores Litográficos, 2006.
- Conde Salgado, José Luis. “El comiso”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España, 2003.
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. 15 de noviembre de 2000.
- Diccionario Enciclopédico Lexus., Barcelona, Ed. Trébol, 2006.
- Diccionario Jurídico Espasa, Siglo XXI, 2000.
- Gaceta del Congreso de la República, número 339, 23 de junio de 2003.
- Gaviria Londoño, Vicente Emilio. Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007
- González Navarro, Antonio Luis. “El comiso”. Revista de Derecho Penal, número 42. Bogotá, Editorial Leyer. 2004

- González Navarro, Antonio Luis. Aspectos Teórico-prácticos del tercero civilmente responsable en el proceso penal. Bogotá, Editores El pensador. 1998.
- Granados Peña, Jaime Enrique y otros. Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal. Bogotá, Editorial Legis, 2003.
- Lozano, Juan Pablo. Régimen de bienes y medidas cautelares. Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2005.
- Reyes Echandía, Alfonso. Derecho penal. Parte general. Bogotá, Editorial Temis. 1987.
 - Uribe García, Saúl. “La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio”. Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Medellín: Editorial jurídica Sánchez, 2008.
- Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. Derechos reales. Tomo II. 8 edición, Bogotá, Editorial Temis, 1983.

“Esta publicación fue financiada por el pueblo y el gobierno de Estados Unidos a través del Departamento de Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista del Departamento de Justicia, ni del gobierno de Estados Unidos, ni de la Fiscalía General de la Nación.”

