

AFECTACION DE BIENES EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Autor: Patricia Jacqueline Feria Bello

Tutor Temático: Oscar Augusto Toro Lucena

Tutor Metodológico: Néstor Castro P

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA MAESTRIA PROCESAL PENAL

Bogotá 2015

AFECTACION DE BIENES EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Patricia Jacqueline Feria Bello¹

RESUMEN

La investigación describe desde una perspectiva analítica-jurídica las finalidades, administración y formas de resolver la situación jurídica de los bienes afectados en el proceso penal Colombiano y propone una guía de análisis dirigida a los sujetos procesales e intervinientes; que permita interpretar, comprender y aplicar las instituciones legales previstas para el manejo de los bienes; según su competencia, funciones y ejercicio de sus derechos.

Mediante la identificación teórica- jurídica de la naturaleza y alcance de las finalidades del bien como evidencia o elemento material probatorio, como objeto material del ilícito, como medio de reparación, con fines de comiso o susceptible para iniciar la extinción de dominio , se determina quien administra los bienes afectados , como se resuelve, cuándo y por quien de forma definitiva la situación jurídica de aquellos, devolviéndolos, destruyéndolos , entregándolos como medio de reparación e indemnización de perjuicios a la víctima , profiriendo sentencia ordenando el comiso o declarando la extinción de dominio de los mismos .

Palabras clave: Bien, Finalidades, Administración, Situación Jurídica.

¹ . Abogada Universidad Santo Tomas de Aquino, Especialista Derecho Comercial Universidad de los Andes, Derecho Penal y Criminología, y Docencia Universitaria. Universidad Santo Tomas de Aquino. Fiscal delegada ante el Tribunal superior de Bogotá. Aspirante a Magister en Derecho Procesal Penal, Universidad Militar Nueva Granada de Colombia. Correo electrónico: patriciaferiafgn@hotmail.com.

ABSTRACT

The research described from a theoretical perspective and legal functions, management and ways to resolve the legal status of the goods involved in the Colombian criminal process and proposes a discussion guide addressed to the procedural and parties involved; for interpreting, understanding and applying the legal institutions established to manage the property; by jurisdiction, functions and exercise of their rights.

Through the theoretical-legal identification of the nature and scope of functions either as evidence or material evidence, as a material object of the crime, as a means of redress for purposes of confiscation or susceptible to initiate forfeiture who is determined manage the property concerned, as resolved, when and by whom definitively the legal status of those, returning them, destroying them, delivering them as a means of redress and compensation for damages to the victim, uttering judgment ordering the confiscation or forfeiture stating thereof.

Key words: well, finalities, management, legal status.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
Introducción	6
	i
1. Concepto de bien	9
2. Funciones del bien en el proceso penal colombiano	10
2.1 El bien como evidencia física (E: F) o elemento material probatorio (E.M.P.)	12
2.2 Objeto material del ilícito:	16
2.3 Medio de reparación	17
2.3.1 Medidas que garantizan la reparación.	19
2.3.2 Solicitud de medidas cautelares con fines de reparación.	20
2.3.3 Base Argumentativa para solicitar las medidas cautelares con fin de reparación.	20
2.3.4 Levantamiento de medidas cautelares.	21
2.3.5 Clases de medidas cautelares	21
2.3.5.1 Prohibición para Enajenar	21
2.3.5.2 Entrega provisional de Bienes	23
2.3.5.3 Embargo y secuestro	30
2.3.5.4. Suspensión y Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente	32
2.3.5.5 Suspensión y cancelación de la personería Jurídica	35
2.3.5.6 Cierre Temporal de establecimientos comerciales, personas Jurídicas o naturales	37
2.4 Medio de sanción o pena –con fines de comiso-	37
2.4.1 Medidas Cautelares con fines de Comiso. Medidas materiales y jurídicas de afectación del bien.	41

2.4.1.1	Medidas Materiales	42
2.4.1.2	Medida Jurídica	50
2.4.2	Administración de bienes con fines de comiso	51
2.5	Susceptible de inicio de la acción de extinción de dominio	52
3.	Formas de Resolver la Situación Jurídica del bien en el Proceso Penal	57
3.1	Devolución de Bienes	58
3.1.1	Competencia para ordenar la devolución de bienes o recursos.	58
3.1.2	Requisitos que debe cumplir la orden de devolución.	60
3.1.3	Devolución de bienes o recursos no reclamados.	61
3.1.4	Devolución o entrega especial.	62
3.2	Destrucción del bien (Artículo 87 CPP)	63
3.2.1	Destrucción especial.	65
3.3	Sentencia o auto por medio de la cual se deja a disposición del juez civil los bienes objeto de cautela con fines de reparación	66
3.4	Sentencia de declaratoria de comiso	68
3.5	Orden dejando a disposición los bienes para inicio de la acción de extinción de dominio	70
	Conclusiones	71
	Referencias	74

INTRODUCCIÓN

La finalidad que se establezca a los bienes dentro del proceso penal determina las instituciones legales que se aplican para afectarlos y para resolver su situación jurídica, el desconocimiento de tales presupuestos por parte de los sujetos procesales y de los intervinientes, pese a que la ley procedimental penal (Ley 906 de 2004) los prevé, ha sido tema de recurrentes inquietudes, diversidad de posiciones y serias dificultades para su aplicación e interpretación, aunado al escaso desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el tema.

Esta investigación pretende facilitar la comprensión de la naturaleza y alcance de las instituciones legales que regulan el manejo de los bienes en el proceso penal, en la medida que se sugerirá una estructura sistemática y lógica de las instituciones jurídicas previstas para el manejo de aquellos y de igual forma, se sugerirán herramientas argumentativas a las partes e intervinientes para que desde sus competencias, funciones y derechos soliciten, controvertan y decidan respecto a su afectación.

La investigación resulta conveniente porque existen diversos criterios respecto a la aplicación de las instituciones legales referentes a los bienes y no existe un antecedente teórico que maneje conjunta y sistemáticamente, las mismas.

Las investigaciones, artículos y textos que existen en el contexto jurídico colombiano y extranjero desarrollan alguna de las finalidades del bien en la acción penal en mayor número del bien como medio de reparación; pero no presentan todas las posibilidades legales de afectación de los bienes en el proceso penal, lo que ha generado malas prácticas, que se han difundido en el quehacer procesal y que no ha incentivado en fiscales, defensores y jueces estudio y análisis cuidadoso al respecto; por lo que se incrementa irracionalmente los costos en el manejo administrativo de bienes y de demandas contra la Fiscalía General de la Nación y la Judicatura por la inadecuada afectación de los bienes o por no resolver

la situación de estos en el proceso penal, pues se olvida que la inconveniente o inadecuada afectación del derecho de propiedad acarrea responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal a los titulares de la acción penal y jueces de la república .

La presente investigación se ocupará de resolver si a partir de la normatividad vigente, especialmente lo previsto por la Ley 906 de 2004, se puede determinar el alcance y naturaleza de las instituciones previstas para afectar bienes en la acción penal.

En razón a lo anterior, se analizan las instituciones legales que regulan las finalidades del bien, su administración y las forma de resolver su situación jurídica dentro del proceso penal colombiano con el fin de proponer una herramienta para los sujetos procesales e intervinientes en la acción penal, que les permita interpretar, comprender y aplicar la afectación de los bienes según su competencia, funciones y ejercicio de sus derechos.

Para tal efecto, se identificarán desde la normatividad las finalidades del Bien dentro del proceso penal como evidencia física o como elemento material probatorio, como objeto material del ilícito, como medio para reparar y restablecer los derechos de las víctimas afectadas por la comisión de un delito, como medio para afectar con fines de comiso y así, sancionar patrimonialmente al responsable del punible y finalmente como susceptible para iniciar la acción de extinción de dominio, se especificará igualmente en cada evento a que entidad corresponde la administración y custodia de los bienes.

Así mismo, se describirá quien, cómo y cuándo podrá afectar los bienes y resolver su situación jurídica en el proceso penal, devolviendo definitivamente los mismos a quien acredite ser poseedor, tenedor, propietario legítimo, tercero de buena fe o víctima, afectando los bienes con medidas cautelares con fines de reparación o con fines de comiso, declarando el comiso, destruyendo los previstos por la norma o profiriendo sentencia de extinción de Dominio.

De tal suerte, que en el ejercicio y desarrollo de la acción penal las partes e intervinientes utilicen en adecuada forma las instituciones jurídicas previstas para el manejo de Bienes y así incentivar la afectación de bienes con fines de reparación para la víctima, declaratoria de comiso o extinción de dominio, en pro de materializar los derechos de aquellas y sancionar patrimonialmente a los penalmente responsables, evitando de tal manera la riqueza adquirida por vía del delito. Igualmente se comprenderá que las medidas cautelares previstas por el legislador con fines de reparación o con fines de comiso no inciden en la legalidad de la evidencia o elemento material probatorio.

Finalmente, se aspira que esta investigación se constituya en una guía informativa para las partes e intervinientes en el proceso penal que permita comprender las funciones del bien dentro del proceso y concluir que es a partir de su definición que se resuelve la situación jurídica de los mismos, proponiendo así un método de análisis de las variables legales para afectar los bienes dentro de la investigación penal.

Para tal efecto, se acudirá a una metodología histórico-hermenéutica con fundamentación descriptiva y cualitativa a partir de la revisión doctrinal, normativa y jurisprudencial nacional y comparada disponible sobre el objeto de investigación.

1. Concepto de bien

Previo a cualquier análisis se debe definir lo que se entiende por bien, para tal efecto se partirá del concepto que la doctrina y la legislación han manejado tradicionalmente, es decir, una cosa es una realidad física que se manifiesta de forma tridimensional en el espacio y en la medida que aquel reporte una utilidad, se habla de bien.

El concepto de bien parecería asumir un contenido netamente económico, sin embargo, en el procedimiento penal la primera utilidad que representa el mismo es investigativa cuando su finalidad es como evidencia o elemento material probatorio y con relación a las demás finalidades debemos corroborar, que el contenido es mercantil.

Es así, que en la Ley 906 de 2004 en el párrafo del artículo 82 establece que

“... para efectos del comiso se entenderán por bienes 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”.

De igual manera, se debe entender cuando la finalidad del bien sea como objeto material del delito, con fines de reparación o para inicio de la acción de extinción de dominio.

Cabe resaltar, que todos los bienes en sus diferentes modalidades y según la clasificación tradicional; son susceptibles de afectación en el proceso penal, pues sobre estos se ejercen los Derechos reales.

En tal sentido, el artículo 665 del Código Civil establece: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el Dominio, el de la herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen de las acciones reales”

Sin embargo, cabe precisar que la propiedad es la principal relación jurídica que establece la persona con las cosas, y los demás derechos “...son desmembraciones o variedades de la propiedad...” (VALENCIA ZEA, 2007)

2. Finalidades del bien en el proceso penal colombiano

La finalidad del bien se establece a partir de la forma de utilización del mismo dentro de la acción penal, circunstancia que define en principio exclusivamente el Fiscal, sin embargo, como se establecerá adelante, la víctima privilegia en últimas su finalidad.

Se especifica bajo cinco modalidades como (i) evidencia física o elemento material probatorio, (ii) objeto material del ilícito, (iii) medio de reparación de los daños sufridos por las víctimas del punible, (iv) como sanción patrimonial con fines de comiso y (v) como objetos susceptibles para iniciar la acción de extinción de dominio.

Estas modalidades determinan y condicionan, quien debe administrar el bien y la forma de resolver la situación jurídica de los mismos, sin embargo, debe considerarse que es posible que un solo bien entendido ontológicamente, pueda cumplir varias finalidades dentro del proceso penal en un mismo momento procesal o que varíe la misma en el transcurso del proceso.

En la Ley 906 de 2004, si bien no se establece exegéticamente las finalidades del bien en el proceso penal, se debe precisar que del artículo 88 se pueden inferir las mismas y así mismo la forma de resolver su situación jurídica; las cuales no han variado a lo previsto en la Ley 600 de 2000, en el artículo 64; es así, que en vigencia de la misma nuestro máximo Tribunal preciso: (Sentencia, 2003)

“En efecto, a pesar de que durante el tránsito legislativo la regulación sobre disposición de los bienes afectados en un proceso penal, así como la acción de extinción de dominio, ha venido sufriendo diversas modificaciones, es lo cierto que aquellos, por virtud de las Leyes 599 y 600 de 2.000 y 793 de 2.002, sólo pueden verse sometidos a una de las varias situaciones que las mismas prevén:

a. Así, si se trata de “objetos puestos a disposición del funcionario, que no se requieran para la investigación o que no sean objeto material o instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución o que no se requieran a efectos de extinción de dominio, serán devueltos a quien le fueren incautados”, (art. 64 de la Ley 600 de 2.000).

b. Si de dichos bienes “se desconoce al dueño, poseedor o tenedor de los mismos y los objetos no son reclamados, serán puestos a disposición de la autoridad competente encargada de adelantar los trámites respecto de los bienes vacantes o mostrencos” (art. 64 ídem).

c. Si se trata del objeto material o instrumentos del delito, que sean de libre comercio, dispone la misma norma, se devolverán “a quien acredite ser su dueño, poseedor o tenedor legítimo” o a quien demuestre tener un mejor derecho sobre los mismos.

d. En cambio, en términos de los artículos 67 del Código de Procedimiento Penal y 100 del Código Penal, “los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente”, lo mismo que, en los delitos dolosos, “cuando los bienes que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente sean utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución”.

e. En los delitos culposos, los vehículos y demás objetos que tengan libre comercio, surtidos los trámites previos señalados en las normas antes citadas, se entregarán provisionalmente al propietario o legítimo tenedor....

f. En investigaciones por delitos contra derechos de autor, las publicaciones, ejemplares, reproducciones, moldes, planchas, matrices, negativos, cintas, carátulas o etiquetas incautados, luego de sometidos a inspección y prueba pericial a través de la cual se demuestre su ilegitimidad, serán destruidos.

En cambio, “los bienes incautados, destinados directa o indirectamente para la producción, reproducción, distribución, transporte o comercialización de los ejemplares o productos ilícitos, podrán ser embargados y secuestrados o decomisados y, previo avalúo, los que no deban ser destruidos, se adjudicarán en la sentencia condenatoria a los perjudicados con la conducta punible a título de indemnización de perjuicios o se dispondrá su remate para tal fin”.

g. Los bienes o productos a que se refieren los artículos 300 (Ofrecimiento engañoso de productos y servicios), 306 (Usurpación de marcas y patentes), 307 (uso ilegítimo de patentes), 372 (Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico), 373 (Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias) y 374 del Código Penal (Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud), “una vez incautados serán sometidos a inspección judicial con la ayuda de perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidos”.

h. Ahora bien, en términos del artículo 2º de la Ley 793 de 2.002, “o cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen lícito del bien perseguido en el proceso, se declarará extinguido el dominio de dichos bienes, mediante sentencia judicial...”

De lo anterior se deduce que las situaciones expuestas son las únicas finalidades que adquiere el bien dentro del Procedimiento Penal Colombiano, sin modificación alguna pese al tránsito legislativo y si bien la Ley 906 de 2004 hace un presentación más estructurada y sistemática de las mismas de acuerdo a su naturaleza, se considerará el desarrollo jurisprudencial que en vigencia exclusiva de la Ley 600 de 2000 se precisó frente al tema.

2.1 El bien como evidencia física (E:F) o elemento material probatorio (E.M.P.)

El artículo 275 del CPP, entiende como tales todo lo que se ha dejado por la ejecución de la actividad delictiva, los medios utilizados para la ejecución de la misma, los efectos provenientes de aquella, los descubiertos, recogidos y asegurados a través de los diversos actos de investigación por el Fiscal General de la Nación y sus delegados directamente o por conducto de la policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o de laboratorios aceptados oficialmente y los que se han entregado voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados.

El Manual de la Policía Judicial (F.G.N, 2005), clasifica en el campo forense los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física, dependiendo de sus características así: según su naturaleza y tamaño en a) Macroscópicas definidas como aquellos objetos observables sin necesidad de utilizar medios técnicos o tecnológicos (Armas explosivos, documentos, pelos). b) Trazas: Son aquellos que por su cantidad, tamaño o naturaleza no son perceptibles a simple vista y requieren medios técnicos o tecnológicos para su observación. c). Biológicas: Son los EMP y EF, derivados de las personas, animales o vegetales (Fluidos, Tejidos Biológicos, Huellas y Rastros, Drogas, Medicamentos, Alimentos y Sustancias Tóxicas).

Según su posibilidad de ser transportadas o no al laboratorio, pueden ser Descriptivas las que por su tamaño o por formar parte de un inmueble son imposibles de trasladar o Concretas las que pueden ser llevadas al laboratorio.

Por su posibilidad individualizadora, pueden ser: por sus características únicas, aquellas que permiten una gran aproximación a la identificación de su origen o por sus características de clase, cuando a través de su relación con los demás elementos del lugar de los hechos, se logra la identificación de su origen y circunstancias de su hallazgo.

Con todo y eso, para determinar si un bien es o no evidencia o elemento material probatorio, debe siempre evaluarse si aquél sirve o no para soportar alguno o algunos de los elementos estructurales del tipo penal de orden objetivo o subjetivo, de ahí que el primer ejercicio que debe realizar el fiscal con su equipo investigativo es comprender la naturaleza y alcance de los verbos rectores, objeto material, autor, formas de coparticipación, amplificadores del tipo penal, circunstancias de mayor o menor punibilidad, entre otros, del tipo o tipos penales considerados como hipótesis criminal acudiendo a la interpretación doctrinal y jurisprudencial existente para el cabal entendimiento de cada elemento.

Igualmente debe precisarse que la evaluación de si un bien puede ser evidencia o no, debe ser evolutiva por parte del Fiscal y según el desarrollo

investigativo a partir de las hipótesis planteadas en el Programa Metodológico de la investigación o evaluación del caso y su permanente retroalimentación.

Conviene señalar, que si la evidencia tiene otra finalidad, por ejemplo, como medio de reparación, o si es el objeto material del ilícito en delitos contra el patrimonio económico o es bien susceptible de destrucción por disposición legal, debe priorizarse esta última finalidad y por tanto como evidencia debe fijarse a través de algún medio técnico (fotografía, video, fotocopia, acta,...), antes de resolver la situación jurídica de aquel.

Ahora, para efecto de determinar la legalidad de la evidencia o de los elementos materiales probatorios esta depende exclusivamente de los presupuestos que la ley indica para cada uno de los actos de investigación, según lo previsto en los artículos 213 a 253 de la ley adjetiva penal que indican el procedimiento para recolectar los mismos y del descubrimiento oportuno a las partes en los términos de los artículos 344 a 347 del c. p. p.

En lo que toca, a la administración de los bienes como evidencia o elemento material probatorio corresponde a la parte que halle la misma, pues debe recordarse la facultad probatoria de la defensa, advirtiéndose que el sistema de cadena de custodia busca asegurar las características originales de evidencia física o elementos materiales de prueba desde su recolección, hasta su disposición final.

Debe por demás, precisarse que la evidencia más que administrarse, se custodia en los términos del artículo 250 No 3 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Resolución Número 0-6393 de 2004 del 22 de Diciembre de 2004 por medio de la cual se adopta el Manual de procedimientos del sistema de cadena de custodia para el sistema acusatorio “Corresponde a cada servidor público y a los particulares que tengan relación con los elementos materiales probatorios o evidencias físicas ,velar por la aplicación de los procedimientos descritos en el manual expedido con la presente resolución “

El Manual de cadena de custodia (F.G.N., 2004) conceptúa esta como "un sistema documentado que se aplica a los EMP y EF por las personas responsables del manejo de los mismos, desde el momento en que se encuentran o aportan a la investigación hasta su disposición final, lo que permite no solo garantizar su autenticidad, sino demostrar que se han aplicado procedimientos estandarizados para asegurar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro".

Se basa en los siguientes principios: "Identidad: Es la individualización de los EMP y EF mediante la descripción completa y detallada de todas sus características. Integridad: Determina que el EMP y EF allegado a la investigación conforme al debido proceso, es el mismo que se está utilizando para tomar una decisión judicial. Preservación: Es asegurar las condiciones adecuadas de conservación e inalterabilidad de los EMP y EF de acuerdo a su clase y naturaleza. Seguridad: Está a cargo de los custodios, quienes deberán mantener libre y exento de todo riesgo y peligro a los EMP y EF. Almacenamiento: Es la acción o efecto de guardar los EMP y EF bajo condiciones adecuadas para garantizar su preservación y protección. Continuidad y Registro: Es la secuencia ininterrumpida de todos los traslados y traspasos de los EMP y EF entre custodios, garantizada mediante el registro único de cadena de custodia...."

La cadena de custodia se inicia en el lugar donde se descubren, encuentren o recauden los EMP y EF y su aplicación es responsabilidad de los servidores públicos y particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones entren en contacto con aquellos e implica la recolección, preservación y entrega de los mismos a la autoridad correspondiente.

De tal suerte, que los formatos de cadena de custodia que registran la cadena de continuidad de los custodios y la permanencia de los E.F o E.M.P. en el Almacén de evidencia, son mecanismos que permiten de mejor manera acreditar ante los jueces la recolección y preservación de aquellos, pero de ninguna manera son los únicos medios para tal efecto y mucho menos se puede afirmar que

afectan la legalidad de la evidencia. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de Febrero de 2007, radicado 25920, precisó lo siguiente:

“La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan -como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica... Con todo se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce”

2.2. Objeto material del ilícito

Es el bien sobre el 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” (REYES ECHANDÍA, 1981.p.109) Se divide en tres clases: real, personal y fenomenológico.

El objeto de la acción, es real “ cuando la acción del agente recae sobre una cosa” (VÉLASQUEZ VÉLASQUEZ, 2002, pág. 278), cualquiera sea su naturaleza y este se constituye igualmente en un elemento material probatorio (EMP) o evidencia física (EF), en especial en delitos que atentan contra el patrimonio económico o Derechos Patrimoniales de autor y es, por tanto, medio de reparación para la víctima del punible, en la medida se debe procurar por volver las cosas a su estado anterior y en consecuencia restablecer de inmediato los derechos, de

acuerdo a lo previsto por el artículo 99 Inc. 1 del CPP., como medida patrimonial a favor de las víctimas.

Previo a la restitución, se debe fijar el Bien como evidencia física y posteriormente, restablecer a la víctima, propietario, poseedor o tenedor legítimo según el caso el bien extraído de su esfera de dominio o control y siempre que se acredite suficientemente tal condición.

La administración del bien en condición de objeto material del ilícito necesariamente corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en la medida que sin duda es elemento material probatorio y es a esta a quien corresponde la recuperación del mismo para que de forma inmediata y una vez se fije como evidencia entregarlo a la víctima, en los términos del artículo 99 Numeral 1 del c. p. p

2.3 Medio de reparación

El Constitucionalismo del Derecho Penal generó la protección de los derechos de todos sus intervinientes, .en especial los de las víctimas, los cuales se han desarrollado de mayor forma en la Ley 906 de 2004, en donde se supera la delimitación legal del concepto de víctima, así lo expresó la Corte Constitucional en donde señaló que debe entenderse como víctima o perjudicado de un delito “a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico ,cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó. (Sentencia, 2006)”.

Se adquiere así, tal calidad desde el mismo momento de la comisión del delito, calidad que debe ser acreditada sumariamente (sin ser sometida a contradicción) y coetáneamente operará su reconocimiento judicial, sin formalismo alguno e igualmente se genera la garantía de comunicación para aquella según lo previsto en el artículo 135 del c .p. p.

Las víctimas están facultadas en la acción penal para propender por sus derechos fundamentales en pro de satisfacer los presupuestos de verdad, justicia y reparación y la efectividad de tales derechos depende de varias garantías procedimentales, al respecto precisó la Corte Constitucional

“ ...la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes (i) el derecho a ser oídas (ii) el derecho a impugnar las decisiones adversas, en particular las Sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria” (Corte Constitucional, sentencia C- 209, 2007).

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 consecuencias del injusto según el artículo 11 literal c. del CPP.

Cuando sea procedente la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito, que las cosas vuelvan a su estado anterior -de ser posible-, tendientes a restablecer 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 Extinción de Dominio sobre los Bienes de propiedad del autor o partícipe del injusto o de los ilícitamente adquiridos.

2.3.1. Medidas que garantizan la reparación

La Legislación adjetiva penal prevé entre otras, con contenido económico: (i) 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 del C.P.P.). (ii) El embargo y secuestro (artículo 92 y siguientes del C.P.P.). (iii) La prohibición de enajenar (artículo 97 inciso 2o. del C.P.P.). (iv) Autorizaciones especiales, para realizar operaciones mercantiles sobre los bienes cuando estas sean necesarias para el pago de los perjuicios (artículo 98 CPP.). (v) La entrega provisional de bienes en delitos culposos (artículo 100 CPP.). (vi) La suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente (artículo 101 CPP.). (vii) Mecanismos de justicia restaurativa -conciliación, mediación e Incidente de reparación integral- (artículos 518 y ss. CPP.). (viii) Medidas de protección (artículo 11, 134, 154 numeral 3, y 342 CPP.).

Con contenido patrimonial (artículo 99 del c. p. p.): (1.) Ordenar la restitución inmediata a la víctima, de los Bienes objeto material del delito que se hubieran recuperado. (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.

2.3.2. 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.

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 a 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 –existen excepciones- y hasta que se entregue de manera definitiva el bien a las víctimas o el producto del remate de aquellos en los eventos que prospere y falle el incidente de reparación integral.

2.3.3. Base Argumentativa para solicitar las medidas cautelares con fin de reparación

Quien acuda ante el juez con función de garantías a solicitar cualquiera de las medidas cautelares de tipo económico deberá: (i) Identificar y establecer las víctimas, acreditando su calidad sumariamente. (ii) Determinar el daño por cada víctima, que implica daño material, el cual comprende daño emergente y lucro cesante, el daño moral y el daño a la vida en relación o alteración de las condiciones de existencia (Corte Suprema de Justicia, 2011) y se indicará la relación o correspondencia entre el daño causado y el delito. Se podrá establecer la cuantía de la pretensión acreditándola sumariamente. (iii) Establecer el juicio de proporcionalidad, indicando la necesidad de la medida solicitada, su utilidad y

proporcionalidad respecto al daño causado, víctima por víctima e indicando los presupuestos jurídicos exigidos por la Ley según la clase de medida solicitada.

2.3.4. Levantamiento de medidas cautelares

El Fiscal en el desarrollo de la investigación debe evaluar permanentemente la posibilidad de solicitar 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 (Allanamiento a cargos, acuerdos, Principio de oportunidad), siempre y cuando, se garantice la reparación de las víctimas.

2.3.5 Clases de medidas cautelares

2.3.5.1. Prohibición de enajenar (Artículo 97 c.p.p.)

Procede a partir de la audiencia de formulación de Imputación y hasta los seis meses siguientes, a no ser que, se garantice la indemnización de los perjuicios, haya pronunciamiento de fondo sobre la no responsabilidad del imputado o se requieran realizar operaciones mercantiles necesarias para el pago de los perjuicios a la víctima. 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 función de control de garantías.

Cualquier negociación sin autorización del juez será nula, sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad. En caso de que no se inscriba ésta medida en la Oficina de Registro correspondiente, no se podría solicitar ante Juez con función de Control de garantías la nulidad frente al negocio jurídico al que se haya sometido el bien afectado con la prohibición, debiendo iniciar 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...". (Gaviria Londoño, 2006 p. 212).

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 económicos suficientes para la reparación económica de los daños padecidos por la víctima...". (Sentencia C-210 de 2007).

El legislador estableció como requisitos para la procedencia de la citada medida:

“**Primero:** que el juez de control de garantías la imponga de manera expresa y la comunique a la oficina de instrumentos públicos.

Segundo: que tanto al tomar la determinación como al momento de la comunicación al Registrador, el juez debe individualizar el bien o los bienes sobre los cuales recaerá la medida prohibitiva... para que se inscriba... en la matrícula inmobiliaria correspondiente y proteger así a los terceros de buena fe...”
(Incidente de Repración Integral, 2013).

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 y proporcionales, 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, por lo que de ser posible el Fiscal al momento de formular la imputación, previamente debe identificar los bienes objeto de esta medida y los determinará, en tal sentido, ante el juez con función de control de garantías.

2.3.5.2. Entrega provisional de Bienes (artículo 100 CPP).

Procede en los eventos en que se esté frente a un hecho delictivo culposo, respecto a los bienes que se vinculen a tal resultado y que tengan libre comercio. De ahí que no se pueda 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 culposos, fuga de presos culposa, delitos de peligro común (contaminación ambiental culposa), entre otros.

Los bienes sobre los que recae la medida no pueden estar simultáneamente afectados con otras medidas cautelares como embargo y secuestro, o con las cautelas con fines de comiso (Incautación, Ocupación, Suspensión del poder dispositivo).

La afectación procede dentro de los diez (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 que el bien afectado pueda ser usado pero sin ser objeto de disponibilidad y negociabilidad. Se entrega el bien al propietario, poseedor o tenedor legítimo y en caso de vehículo de servicio público colectivo se entrega 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 aquel 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." (Sentencia C-423 de 2006)

Para afectar Bienes del tercero civilmente responsable con la cautela analizada; se debe acreditar que efectivamente se tiene tal condición, por lo que se acudirá a los presupuestos que la legislación civil ha previsto para la responsabilidad extracontractual:

"...El artículo 2347 del Código Civil colombiano, a su vez, dispone que... Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado". En tal sentido, se establece una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, de carácter excepcional, basada en respecto a la que se presume la culpa mediata o indirecta del responsable. De allí que los padres sean responsables solidariamente del hecho de los hijos que habitan

en la misma casa; el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia o cuidado; los directores de colegios y escuelas responderán del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de los aprendices o dependientes, en el mismo caso. Así pues, la ley presume que los daños que ocasionen las referidas personas son imputables a quienes debían haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquellos, y por ende, la víctima de tales perjuicios debe probar (i) el daño causado y el monto el mismo, (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable y (iii) que este último se encuentre bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual". (Corte Constitucional, 2005).

Por consiguiente, tal medida no se puede solicitar automáticamente para el propietario del bien con el que se produjo el daño culposo y este lo generó persona diferente, pues se debe previamente evaluar y acreditar ante el Juez con función de control de garantías los presupuestos constitucionales anteriormente citados, en especial en lo que respecta a que quien ocasionó el daño está bajo cuidado o responsabilidad del propietario o poseedor legítimo del bien.

La entrega provisional de los bienes afectados constituye una medida transitoria, es decir, no implica una decisión definitiva sobre la suerte del bien. En este sentido, tampoco desconoce los derechos que tiene el propietario sobre el mismo, ya que no genera la extinción del derecho de dominio, sobre el bien.

El propietario del bien afectado, siempre y cuando esté en la condición de tercero civil extracontractual, previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella y de acuerdo con la decisión que profiera el juez en el incidente de reparación integral, puede ser llamado a responder patrimonialmente por los perjuicios causados con la conducta punible. La posibilidad de que eventualmente el propietario sea condenado a efectuar la indemnización por los perjuicios causados a la víctima, en calidad de tercero

civilmente responsable, justifica la adopción de la medida cautelar en comento, pues garantiza el pago de dicha indemnización.

El tercero civilmente responsable puede obtener la entrega definitiva de sus bienes, garantizando el pago de los perjuicios, o denunciando bienes del imputado que puedan ser embargados para proteger el derecho de la víctima a la indemnización integral.

Así mismo, el tercero civilmente responsable se encuentra facultado para ejercer plenamente su derecho de defensa en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra.

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 dieciocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del Bien, con otra medida cautelar.

Al respecto, cabe precisar que mediante sentencia C-591 de 2014 la Corte Constitucional, establece que tal término no puede superar los seis meses, a partir de la interpretación que realiza del artículo 88 del c.p.p.

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 solo procede a partir de la formulación de imputación, como es el caso del Dr. Javier García Prieto, y la segunda, que particularmente se comparte, afirma que procede a partir de la ocurrencia de la conducta que genera el daño. Estas tesis se apoyan en distintos argumentos, veamos:

2.3.5.2.1 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 No. 07 de marzo 6 de 2007, preparatoria de la Ley 1142 de 2007, que con su artículo 9º 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.”.

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

Desde la Ley 600 del 2000, artículo 67, se estableció como medida cautelar por querer del legislador la entrega provisional como un mecanismo de protección a las víctimas de los delitos culposos y únicamente sobre vehículos, naves o aeronaves o unidad montada sobre ruedas, especialmente los originados en accidentes de tránsito y en igual sentido el mismo criterio es referido en el anteproyecto de la Ley 906 de 2004. Circunstancia diferente es que en la Ley 599 de 2000, artículo 100 y La Ley 600 de 2000 en su artículo 67 establezcan equivocadamente que la entrega provisional es una forma de comiso en virtud que las medidas cautelares con fines de reparación y con fines de comiso eran idénticas (embargo y secuestro) y en desarrollo de un punible doloso o culposo.

Dificultad, que es superada con la Ley 906 de 2004 que especifica cautelas diferentes, con fines de reparación y con fines de comiso, precisando por demás, que el comiso solo procede sobre bienes vinculados a punibles dolosos.

La Ley 769 de 2002 –Código Nacional de Tránsito- estableció que solo se podían aplicar medidas cautelares una vez emitida la sentencia, dejando en completo desamparo a las víctimas ante la posibilidad de que los automotores propiedad del autor del punible 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, que 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 esta 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 3º 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 solo se pudiera aplicar a partir de la formulación de imputación; porque si fuere así lo procedente sería solicitar el embargo y secuestro como medida cautelar por ser

estas últimas más efectivas 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.

En autos proferidos por la Corte Suprema de Justicia dentro de los radicados 1100102300002007-00069-01 de enero 24 de 2008 y 1100102300002008-00013-01 de marzo 6 de 2008 se especificó que la entrega provisional puede de ser tomada en cualquier etapa procesal.

La orden de entrega provisional del bien debe ser decisión del juez con función de control de garantías por solicitud del fiscal en audiencia preliminar, pues es claro que es una decisión con la cual se protegen derechos de víctimas tendientes a obtener una reparación (artículo 154 No. 5 del CPP.) y en virtud 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 procesal punitivo, no se les dio la facultad de emitir medidas cautelares, reales ni personales pues tales atribuciones se le asignaron al juez con función de control de garantías (arts. 92 y 306 del c.p.p.)” (Gaviria Londoño, 2006, p. 234). La Ley 1142 de 2007 en su artículo 9, modificó el artículo 100 en tal sentido.

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

Si se van a afectar bienes de terceros en calidad de civilmente responsables se establecerá si este 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; (Código Civil; Artículo 2347,

2010) circunstancia que no se infiere exclusivamente por el hecho de ser propietario, poseedor o tenedor legítimo de un determinado bien, como atrás se precisó.

2.3.5.3. 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. (Ley 906 de 2004, Artículos 92, 97 y 98, 2013)

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

El embargo y secuestro de los Bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que 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, artículos 513 y 515.

El solicitante deberá acreditar, la calidad de víctima y la naturaleza del daño, señalándolo 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 misma, acreditar que la propiedad del bien sobre el cual se va a materializar la medida real, está en cabeza del imputado o acusado y prestar la caución fijada por el juez con función de control de garantías,

que podrá ser equivalente a lo señalado por el artículo 513 del CPC, 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” (Uribe García, 2008, p. 387).

El juez con función de control de garantías procederá a comunicar la medida a la entidad particular o pública respectiva según la clase de bien (artículo 681 CPC), notificar el auto que ordena la medida de embargo y secuestro a quien se afecte con la misma (artículo 95 CPP), designar secuestre para materializar la medida cautelar y seguir trámite según lo previsto por el artículo 682 al 689 del CPC, bajo el principio de integración previsto en la legislación procesal penal.

La decisión del Juez con funciones de control de garantías, es susceptible de los recursos ordinarios.

De igual forma, se podrá solicitar el desembargo o levantamiento de bienes ante el juez con función de control de garantías, cuando el imputado preste caución en dinero, póliza de seguro o garantía bancaria por el monto que señale el juez para garantizar el pago de los daños y perjuicios y ante el juez de conocimiento, cuando se profiera preclusión, sentencia absolutoria, se venzan los treinta (30) días hábiles previstos para iniciar el incidente de reparación integral artículo 106 del c.p.p. (Ejecutoriada sentencia condenatoria) o no se justifique la no comparecencia a las audiencias de pruebas y alegaciones en incidente de reparación según lo previsto en el artículo 104 del c.p.p. y finalmente si transcurridos los sesenta (60) días hábiles desde la ejecutoria de la sentencia del incidente de reparación no se ha presentado demanda ejecutiva ante el juez civil competente (artículo 96 del c.p.p.)

2.3.5.4 Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente (artículo 101 CPP)

2.3.5.4.1 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 solo 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 Elementos Materiales Probatorios (EMP), Evidencia Física (EF) o Información Legalmente obtenida (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” (Uribe García ,2006. P 401), 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 con función de control de garantías, debe remitir a la oficina de registro o entidad que emitió el título nominativo, comunicación sobre la orden de suspensión del registro obtenido fraudulentamente para evitar la circulación del mismo o transacción alguna del bien o gravamen objeto de registro.

2.3.5.4.2. De la cancelación

La cancelación del registro obtenido fraudulentamente procede cuando haya convencimiento más allá de toda duda razonable del carácter fraudulento de los títulos de propiedad en cualquier fase de la actuación, 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, extinción de la acción penal), tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia C-060 de 2008, "... 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."

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 (artículo 22 del c.p.p.) y como medida de protección a favor de las víctimas, la solicitud ante el juez con función de control de garantías en audiencia preliminar la cancelación del registro obtenido fraudulentamente. En todo caso, se debe convocar a los terceros afectados con la medida para no vulnerar sus derecho de defensa y debido proceso "En todo caso los terceros adquirentes siempre conservarán las acciones civiles ordinarias para la defensa de sus derechos. Es decir, que siempre es posible la defensa de los derechos de terceros en el proceso penal a través del incidente, según se advirtió por la Sala Penal de la Corte en Sentencia de Tutela T 59.924 de 19 de Julio de 2012 , M.P. José Luis Barceló Camacho" (Saray Botero,p.300).

Respecto a los derechos de terceros de buena fe se considera 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, análisis que deberá ser cuidadoso y riguroso para determinar claramente si el tercero efectivamente es de buena fe y si el denunciante ciertamente fue víctima de algún daño derivado de actividad delictiva objeto de indagación.

“...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 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...” (Gaviria Londoño, 2006. p. 291).

La Corte Suprema de Justicia, igualmente, ha considerado reiterativamente la prevalencia de los derechos de la víctima sobre los de terceros de buena fe.

“ ...Las razones antes expuestas sustentan la aplicación del principio rector del restablecimiento del derecho en general, y de la medida de cancelación de títulos y registros obtenidos de manera fraudulenta en particular, aunque ello implique dar

prevalencia a los derechos de las víctimas del injusto por sobre los que tente el tercero de buena fe, porque además de la potísima razón que los fallos de constitucionalidad en mención señalan, en el sentido que el delito por sí mismo no puede ser fuente lícita de derechos, se agrega otra relacionada con el que tienen las víctimas de la conducta punible a obtener justicia y reparación ...demostrada la tipicidad objetiva de la conducta punible que da origen a la expedición de los títulos espurios y que a su vez posibilita la fraudulenta inscripción en el registro, el derecho del tercero a que se mantenga su titularidad sobre determinado bien, desaparece..., subsistiendo en el tercero adquirente la posibilidad de acudir a la justicia civil a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios e indemnizaciones a que haya lugar por parte de quien le enajenó el bien, o, si es su deseo, intervenir en el incidente de reparación integral con el exclusivo fin de que el penalmente responsable le repare el daño causado con la conducta punible.“.

2.3.5.6 Suspensión y cancelación de la personería jurídica-artículo 91 C.P.P-

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

Procede en cualquiera etapa del proceso.

Se tendrá que acreditar con E.M.P, EF, o ILO ante el juez con función de control de garantías que la sociedad, organización o establecimiento de comercio, facilita la comisión de actividades ilícitas.

Dicha medida es de carácter preventiva y, por ende, provisional dentro del proceso penal y tiene por objeto impedir una cadena interminable de defraudaciones cuando se trata de bienes obtenidos en forma fraudulenta por aparecer demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dieron lugar a su obtención o a gravámenes que pesan sobre ellos.

De esa forma, la cancelación de los registros sólo puede adquirir rango definitivo cuando obre una sentencia condenatoria en firme, ello a fin de proteger los derechos de terceros de buena fe que se puedan ver comprometidos en actos posteriores, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-245/93, por medio de la cual declaró la exequibilidad condicionada del artículo 61 del Decreto 2700/91, al señalar:

«Reitera la Corte Constitucional la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de exigir que para adoptar la resolución que se autoriza por el artículo demandado, debe proceder la oportunidad de la controversia por parte del mismo sindicado y de los terceros incidentales de buena fe que pueden concurrir al proceso o a la actuación penal para hacer valer sus derechos; además, el término “cancelación” debe entenderse en todo caso apenas como una medida que puede pronunciarse por el funcionario judicial en el desarrollo del proceso y que sólo es irrevocable cuando se resuelva sobre la responsabilidad del sindicado, por virtud de una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada. En este sentido el derecho de propiedad adquirido con justo título y conforme a las leyes civiles no se afecta con esta decisión que, se advierte, tiene el carácter preventivo o cautelar, precisamente en defensa del orden jurídico “.

2.3.5.7 Cierre Temporal de establecimientos comerciales, personas jurídicas o naturales

Procede cuando se acredite ante el Juez con función de control de garantías que existen motivos fundados para inferir que los locales comerciales abiertos al público, personas jurídicas o empresas unipersonales, se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Esta medida es de alto rendimiento e impacto real en desarrollo de la comisión de delitos contra el patrimonio económico, seguridad pública, orden económico y social, administración pública, pornografía infantil, trata de personas, entre otros, pues con la misma se evita la repetición de la conducta criminal.

Cabe resaltar que el debido proceso en estos casos debe igualmente asegurarse; por lo que el representante legal de la persona jurídica, empresa o establecimiento de comercio debe ser escuchado y tiene el derecho a controvertir la imposición de la medida cautelar, solicitando el levantamiento de la misma ante el juez competente según el caso, en orden a evitar la cancelación y cierre definitivo de los establecimientos o personas jurídicas, que afecte a terceros (trabajadores) y haga más gravosa la medida, de ahí que sea relevante siempre evaluar de ser posible afectar con embargo y secuestro las personas jurídicas y los locales comerciales .

2.4 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.” (Artículo 99 c.p.p.)

La Corte Constitucional frente a este concepto dijo, "... el Comiso o Decomiso opera como una sanción penal ya sea principal o accesoria en virtud de la cual el autor o copartícipe de un hecho punible pierde a favor del Estado los bienes, objeto o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito, exceptuándose, es obvio los derechos que tengan sobre los mismos sujetos pasivos o terceros..." (Corte Constitucional Sentencia C-076 de Febrero 25 de 1993).

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 (Fiscal o Juez), de acuerdo a lo indicado por el artículo 67 de la Ley 600 de 2000 y el artículo 100 de la Ley 599 de 2000; interpretación equivocada pues se olvidaba que el Fiscal no puede fijar pena alguna.

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 Bienes".

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).

En la exposición de motivos del proyecto de la Ley 906 de 2004 respecto al comiso se afirmó 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 del 2000, y acogiendo las recomendaciones consignadas en el convenio de la Unión Europea sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos derivados del delito, adopta las instituciones jurídicas y recomendaciones previstas en tales tratados en la nueva legislación procesal penal.

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 o producto en delitos dolosos.

Igualmente, el legislador determinó que previo a la afectación de bien alguno el Fiscal siempre debe evaluar y en consecuencia ponderar, 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 artículo 82 del c.p.p prevé que el comiso procederá sobre los siguientes bienes o recursos del penalmente responsable (i) los que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, (ii) los que sean utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos como medios o instrumentos para la ejecución del mismo, (iii) el producto directo o indirecto del delito que sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, salvo que tal conducta configure otro delito (receptación, lavado de activos) hasta el valor estimado del producto ilícito, (iv) los bienes del penalmente responsable, cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo e indirecto del delito, cuando de estos

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, las víctimas o terceros de buena fe, derechos que debe concretar el fiscal o el juez con función de garantías, sin que implique declaratoria de Derechos, sino solo el reconocimiento de los mismos.

La Ley 906 conservó como causales de comiso el tradicionalmente recaído sobre los bienes del penalmente responsable que provengan o sea producto directo o indirecto del delito, o sobre los utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos, pero 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.

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.” (C-176, 1994).

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 previsiones antes expuestas; pero en el caso de los bienes enunciados en los numerales tercero y cuarto, es decir, los 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 a 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 acreditación es completamente diferente.

2.4.1 Medidas Cautelares con fines de Comiso. Medidas materiales y jurídicas de afectación del bien.

Se orientan a garantizar la efectividad de eventuales sentencias en donde se ordene el Comiso 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 jurídica son medidas cautelares, instrumentales y transitorias, dirigidas a evitar la enajenación de bienes y recursos, mientras se toma una decisión definitiva respecto a aquellos.

Estas medidas si bien son cautelares (C 210, 2007), 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 Jurídica se encuentra de igual manera, en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada, la cual 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.

Nuestro 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 igualmente, 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.

2.4.1.1 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 de los mismos, puesto que se retira el bien del manejo y custodia de su propietario o poseedor.

“...Las medidas cautelares, como manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, responden a la necesidad o conveniencia de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, siempre que se fundamenten en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, para la adopción de una

medida cautelar real dentro del proceso penal con fines de comiso, basta con que se acredite un principio de prueba y un riesgo en la demora, ya sea de continuidad de la acción delictiva o de incremento de los efectos o perjuicios derivados del delito, y siempre que al bien sobre el cual ella recaiga le sea atribuible la naturaleza de decomisible con cierto grado de probabilidad. Así, la medida se justifica en atención a que el comiso puede verse frustrado por la duración prolongada del proceso penal, durante el cual el imputado puede realizar actos o que se produzcan eventos que hagan muy difícil el cumplimiento de la decisión judicial, al colocar los bienes en manos de terceros inaccesibles al órgano judicial. Como señala Pérez, la instrucción criminal, para que sea eficaz, debe estar acompañada de medidas precautelativas tomadas por el funcionario judicial, ya que si el bien perseguido no es aprehendido judicialmente, aquella abdicaría de elementos que la presuponen y quedaría en el vacío, dejando desprotegidos los intereses públicos y el derecho de los perjudicados.” (Estudios Socio Jurídicos, 2006).

Existen dos modalidades: la Incautación entendida como la aprehensión o posesión ejercida por la autoridad competente de los bienes muebles respecto de los cuales se solicitará el comiso y la Ocupación que recae sobre bienes Inmuebles, para el mismo fin.

Las mismas son ordenadas directamente por el Fiscal General de la Nación o sus delegados tal como lo dispone el artículo 250 de la Constitución Nacional o por acción de la Policía Nacional o Judicial, en ejercicio de sus funciones de control, prevención o por legislación especial.

Una vez materializada la orden de incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso o por acción de la policía judicial en especial en casos de flagrancia, el Fiscal debe comparecer ante el juez con función de control

de garantías dentro de las 36 horas siguientes a efectos de legalizar la orden y el procedimiento.

La audiencia de control de legalidad de la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso no es facultativa o discrecional de la Fiscalía sino que es de carácter obligatorio, al respecto preciso la Corte Suprema de Justicia (C:S. de J, 2012) :

“ ...consecuentemente con lo anterior, el aquí acusado no gozaba de libre determinación como lo entendió el a-quo, de solicitar respecto de los elementos a que se ha hecho mención, alguna de las medidas restrictivas consagradas en el artículo 83 de la Ley 906 de 2004, sino que estaba en la perentoria obligación de promover la audiencia a que se refieren los artículos 84 y 85 de dicha codificación y en desarrollo de la misma, proceder de conformidad con los preceptos legales ya citados, deber funcional que omitió o rehusó (para el caso es lo mismo: “*No hizo lo que podía y debía hacer*” o “*se resistió hacer lo que podía y debía hacer, es decir negó su deber jurídico*),sin explicación o justificación válida, acreditada y atendible.“

La consecuencia de no legalizar dentro del término previsto la incautación u ocupación de bienes o recursos es la inmediata devolución definitiva del bien a quien acredite ser su propietario, poseedor o tenedor legítimo, en los términos del artículo 88 del c.p.p., así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en decisión de segunda instancia (C.S.J., 2012)

“En ese contexto, el incumplimiento del plazo previsto en el canon 84 *ibídem* para efectuar el control de legalidad de la incautación u ocupación de bienes, comporta la devolución del elemento aprehendido a quien acredite tener mejor derecho sobre el mismo, en tanto se hace necesario restablecer la garantía fundamental afectada. Subsanada tal falencia, si la Fiscalía

encuentra elementos probatorios indicativos de la utilización del objeto como medio o instrumento del delito, debe reiniciar el trámite de incautación con fines de comiso u orientar el bien hacia la acción de extinción de dominio, pero, ahora sí, acatando los términos y procedimientos indicados en la ley. “

Sin embargo, cabe aclarar que existen normas con las que se faculta a ciertas autoridades el decomiso administrativo de bienes, como es el caso de 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.

Así mismo, 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 e igualmente 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.

De tal suerte, 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, en caso que los hechos investigados, pueden constituir un 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.

En consecuencia, no se puede considerar la aprehensión de bienes realizada por la autoridad administrativa como incautación con fines de comiso, pues la Fiscalía solo podrá ordenar tal medida material una vez conozca de la existencia de los bienes y estos sean dejados a su disposición y en por tanto se inicie la respectiva acción penal.

De otra parte, se debe precisar que existen bienes o recursos sobre los cuales no procede la medida material con fines de comiso, porque su naturaleza no lo permite; entre los que cabe destacar:

a. 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 acápite 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 (C.S. de J., 2007). La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha dicho al respecto:

“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.” (C.S.de J., 2008) .

b. Tampoco procede esta medida cuando se trata de un bien que no tiene protección constitucional, en el entendido de que no es posible el 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, 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, 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.” (GONZALEZ NAVARRO, 2004).

Por su parte la Corte Constitucional frente a las armas de fuego precisó:

“ 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.” (C-077, 1993).

“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 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 cuáles son por esencia revocables.” (C-038, 1995).

“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.” (C-096, 1995).

Así las cosas, resultaría contrario a toda lógica que si el fin del comiso es sancionar patrimonialmente a quien ha cometido un delito y en consecuencia sus bienes pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación, se afectara con medidas cautelares con fines de comiso bienes y recursos que están fuera de comercio (alucinógenos) o sobre los cuales no puede recaer la propiedad y cuyo monopolio es del mismo Estado, es así, que cuando se aprehenden armas de fuego que materializan una de las causales de flagrancia en el punible de Porte ilegal de armas, una vez se fije como E.M.P. y se agoten las actividades investigativas necesarias se deberá entregar de forma definitiva el arma de fuego a su tenedor constitucional, las Fuerzas Militares Colombianas.

2.4.1.2. Medida jurídica:

Es igualmente, una medida cautelar, instrumental y provisional orientada a garantizar la efectividad del comiso en la respectiva sentencia definitiva de condena.

El legislador Colombiano estableció como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo de los Bienes, 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.

Esta medida se solicita ante el Juez con función de control de garantías, en audiencia preliminar, la cual se mantendrá hasta tanto se resuelva sobre el comiso con carácter definitivo o de 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, porque debe existir la aprensión material de los bienes o recursos para que pueda solicitarse la medida jurídica.

Si el fiscal no solicita la suspensión del poder dispositivo sobre los bienes incautados y ocupados; el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación no podrá asumir la administración de los mismos y no podrán ser objeto de seguro alguno.

El levantamiento de las medidas materiales y la jurídica, debe ser considerado por el Fiscal y solicitarla ante el juez de conocimiento o ante el juez de control de garantías según el caso, cuando opere una de las formas de terminación anticipada o se profiera sentencia absolutoria. También, cuando no es necesaria para los fines establecidos, como por ejemplo, cuando inicialmente se solicitó incautación con fines de comiso de bienes producto del ilícito (Ejemplo : hurto de automotores), pero posteriormente aparece una víctima que reclama dichos bienes como medio de reparación o el bien es el objeto material sobre el que recayó el punible, en este caso, se priorizan los derechos de las víctimas, debiendo ordenar la entrega definitiva del bien a la víctima o solicitar alguna de las medidas de protección, patrimoniales o cautelares con fines de reparación o restablecimiento del Derecho y proceder a ordenar y solicitar el levantamiento de las medidas con fines de comiso ordenadas y decretadas.

2.4.2. Administración de Bienes con fines de Comiso

En cuanto a la administración de los bienes con fines de comiso corresponde al Fondo Especial de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, lo ideal sería que se diferenciara e independizarán los almacenes o bodegas de bienes incautados

y de bienes como elementos material probatorio, pues tal como se indicó son hipótesis de afectación con finalidades diversas.

Es así, que los bienes afectados cautelarmente con fines de comiso deben ser administrados y custodiados, según reglamentación especial que existe para tal efecto, dependiendo el tipo de bien, y el delito precedente y de convenios realizados por la Fiscalía General de la Nación con otras instituciones y en desarrollo de la Ley 016 de 2014 y la reglamentación realizada a través de la Resolución No 1745 del 01 de octubre de 2014 proferida por el Fiscal General de la Nación, con relación a la de la Organización, funcionamiento y los Sistemas de Administración del Fondo Especial para la administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

Tal reglamentación prevé la creación de un fondo cuenta creado para tal fin y desarrolla la destinación provisional, Enajenación, Donación a entidades Públicas, Depósito, Destrucción o Chatarrización, Permuta, Contratos de arrendamiento, administración o fiducia, Comodato, entre otros, como los sistemas para administrar los bienes incautados u ocupados con fines de comiso.

2.5 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 de 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.

Con la adopción de la acción de extinción del dominio el constituyente de 1991 artículo 34, 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 en sentencia C 194 de 1998 respecto a la naturaleza de la acción estableció:

“Es una acción constitucional consagrada por el poder constituyente ordinario.” “...es una acción pública, porque el ordenamiento jurídico Colombiano solo 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”.

La Ley 793 de 2002, fijó los principios y procedimientos de la citada acción estableciendo su naturaleza constitucional, pública y jurisdiccional ,directa 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,, a partir del 20 de julio de 2014 entró a regir La Ley 1708 de 2014 como el Código de Extinción de Dominio y que con relación a los aspectos precitados resulta idéntica a la anterior Legislación.

El artículo dieciséis de la Ley 1708 de 2014 determina que se declarará extinguido el dominio, sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: (i) Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita. (ii) Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga de su destrucción. (iii) Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas. (v) Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas. (vi) Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados o sus características particulares, permitan a establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas. (vii) Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias u otros beneficios derivados de los anteriores bienes. (viii) Los de procedencia lícita utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia. (ix) Los de procedencia lícita mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia. (x) Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa. (xi) Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes de producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos. Igualmente, procederá la acción de extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte cuando en ellos concurra cualquiera de las causales precitadas.

La acción procede respecto a cualquier actividad ilícita, según lo previsto en las normas del Código Penal y las disposiciones complementarias.

El procedimiento para la Acción de Extinción de Dominio tiene dos etapas una inicial o pre procesal preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación, la cual comprende tres fases la inicial, la de fijación provisional de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación y la del requerimiento al juez para que declare bien sea la extinción de dominio o la improcedencia de esta y una etapa de juzgamiento a cargo del juez, durante esta etapa los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción.

La fase inicial tendrá como propósito la identificación de bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio, buscar y recolectar pruebas que permiten determinar que opera alguna de las causales establecidas en el artículo 16 de la citada legislación; identificar los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio, acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y causales de extinción de dominio y recolectar la prueba que permita inferir razonablemente, la buena fe exenta de culpa.

El Fiscal seccional o especializado según el caso al momento de proferir la resolución de fijación provisional de la pretensión ordenará, mediante providencia independiente y motivada, las medidas cautelares que comprenden el embargo, secuestro y la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades establecimientos de comercio o unidades de explotación económica y la suspensión del poder dispositivo se inscribirá de inmediato en el registro que corresponda, las cuales no podrán exceder de seis(6) meses término dentro del cual el Fiscal decidirá entre el archivo de la acción o la procedencia de la resolución de fijación provisional de la pretensión .

Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán a disposición de la Dirección nacional de Estupefacientes, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y lucha contra el Crimen Organizado -FRISCO- en calidad de secuestro o depositario.

Contra la resolución de fijación provisional de pretensión no procederá recurso alguno.

La resolución que ordena las medidas cautelares será objeto de control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes, quien revisará la legalidad formal y material, en especial y para efectos de declarar la ilegalidad determinará si se presenta alguna de las circunstancias previstas en el artículo 112 del Código de Extinción de Dominio (C.E.D.)

Posteriormente, y luego de la comunicación de la resolución de la fijación provisional de la pretensión, los sujetos procesales e intervinientes podrán presentar las oposiciones, aportar las pruebas que tengan en su poder y que quieran hacer valer en el trámite u optar por parte del afectado a una sentencia anticipada de extinción de dominio, sobre todos o algunos de los bienes objeto del proceso, en los términos del artículo 133 y s.s. del C.E.D.

Dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término para presentar oposiciones, el fiscal presentará ante el juez competente requerimiento de extinción de dominio o declaratoria de improcedencia. El término podrá ser prorrogado por el fiscal una única vez por treinta días adicionales, siempre y cuando se acredite que los actos de investigación y contradicción demandan más tiempo para su ejecución.

Son medios de prueba primando la libertad probatoria, entre otros, la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio, a su vez el artículo 162 refiere como técnicas de investigación viables de utilización dentro de la acción los registros y allanamientos, Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, recuperación de información dejada al navegar por internet, vigilancia de personas y cosas, búsqueda selectiva en base de datos, agentes encubiertos, escucha y grabación entre presentes; actos que deben ser controlados en su legalidad ante los jueces de extinción de dominio.

Concluido el término probatorio y surtido los respectivos traslados si el Fiscal presenta ante los jueces el acto de requerimiento de extinción de dominio se dará

inicio a la etapa de juicio mediante auto de sustanciación en donde el juez avoca conocimiento el cual será notificado según los presupuestos previstos en los artículos 137 a 141 del C.E.D., se decretará la práctica de pruebas no recaudadas en la fase inicial a petición de las partes o de oficio. Concluida la práctica de las mismas se alegará de conclusión y vencido el traslado de estos, dentro de los treinta días siguientes se emitirá sentencia por el Juez de extinción de Dominio.

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

3. Formas de resolver la situación jurídica del bien en el proceso penal.

La Situación Jurídica del bien se entiende como la forma en que el Fiscal, el juez con función de garantías o el juez de conocimiento -según el caso- decide definitivamente las condiciones del bien o bienes o los recursos afectados dentro de la acción penal.

Son formas de resolver la situación jurídica de los bienes o recursos afectados en el proceso penal (i) La entrega o devolución del bien. (ii) La Destrucción. (iii) La sentencia y auto por medio de la cual se deja a disposición del juez civil los bienes objeto de cautela con fines de reparación a favor de las víctimas del injusto. (iv) La sentencia que ordena el comiso. iv) La orden de remisión para el inicio de la acción de extinción de dominio.

3.1. Devolución de bienes (Artículo 88 del C.P.P.)

Opera sobre bienes o recursos que sean de libre comercio, que no se requieran para ninguno de las finalidades del mismo dentro de la acción penal, es decir, cuando no son necesarios para la indagación o investigación como evidencia o elemento material probatorio, cuando son los objetos materiales del ilícito, 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 ser afectados con medida cautelar como medio de reparación para 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 C.P.P. Para este efecto, se debe investigar cuidadosamente tal calidad y recordar que las autoridades judiciales penales (Fiscales y jueces), no declaran la existencia de derechos reales, solo los reconoce.

Dentro de la acción penal no es procedente desarrollar una acción real de carácter ordinario , pues es competencia exclusiva de la jurisdicción civil.

3.1.1. Competencia para ordenar la devolución de bienes o recursos:

A partir de lo previsto por la sentencia C. 591 de 2014 , que declaró inexecutable parcialmente el artículo 88 del c.p.p. queda claro que el fiscal podrá

ordenarla la devolución , dentro de los seis meses siguientes a su aprehensión material 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 la extinción de dominio, o no se hayan afectado cautelarmente con fines de reparación.

En consecuencia la devolución de bienes continua vigente como una forma de resolver la situación jurídica de los bienes por parte del Fiscal y dependiendo de la evolución y dinamismo del proceso investigativo y de la retroalimentación permanente que necesariamente deben tener las hipótesis criminales, 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 cautelar con fines de reparación y haya sido levantada la respectiva orden o cautela, igualmente en caso de ordenarse archivo por el fiscal o en aplicación del principio de oportunidad.

Al respecto, cabe considerar que bajo ninguna posibilidad un bien que haya sido objeto de medida cautelar con fines de comiso (incautación, ocupación y suspensión del poder dispositivo) puede ser devuelto por el Fiscal. Siempre se deberá solicitar la entrega ante el juez con función de Garantías así lo estableció la Corte Constitucional a partir de la declaratoria de Inexequibles de las expresiones *“Además de lo previsto en otras disposiciones de este código”*, *“y por orden del fiscal”* contenidas en el inciso primero del artículo 88 de la Ley 906 de 2004.

Destacando, como fundamento:

“.....Con base en las anteriores consideraciones concluye la Corte que la norma que autoriza al fiscal para que directamente, disponga sobre **la devolución, a quien tenga derecho a recibirlos**, de unos bienes que han sido afectados con medidas

materiales de incautación y ocupación, vulnera dos principios nucleares del sistema penal acusatorio: (i) la separación de funciones entre el fiscal y el juez de control de garantías, conforme al cual las decisiones que comporten potestad jurisdiccional solo pueden ser proferidas por este; y (ii) la radicación en el juez de control de garantías de las decisiones que afecten derechos fundamentales. La medida afecta los derechos fundamentales de acceso a la justicia de quienes tuvieren un interés legítimo en los bienes incautados u ocupados, particularmente el derecho de las víctimas a garantizar su expectativa reparatoria...”. (Sentencia C-591 -2014).

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 de devolución:

- 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 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

días), según lo previsto por el artículo 89 del c.p.p. 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 por edicto).

- 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.

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 del Fondo especial para la administración de bienes de la FGN, para que inicie las acciones legales consagradas en el inciso 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 dar inicio a la acción ordinaria de 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 perecederos 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 C.P.P.

Sin embargo, se considera que 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 en los artículos 1, 2, 13, 44, 46, 47, 58, entre otros, y demás normas concordantes

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, previa acreditación, que no hay víctimas interesadas 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 e indicando 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.

Especial consideración debe tenerse respecto a los bienes o recursos que constituyen el objeto material del delito de falsedad marcaria, 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 o quien haga sus veces, para inicio de las acciones previstas en los artículos 89 y 89A -bienes o recursos no reclamados, prescripción especial-.

3.2 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, Ley 44 de 1996).
- Derechos de autor. Artículo 270, Código Penal, Ley 1032 del 2006.
- Falsificación de moneda. Artículo 273, Código Penal.
- Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. Artículo 300, Código Penal.
- 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 fijación como evidencia, tomando las respectivas muestras y registrando 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 y se priorizará su labor de medio de convicción hasta que el titular de la acción penal lo considere pertinente, en caso que no se puedan tomar remanentes de muestra.

La destrucción es materializada 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 que determine 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 riesgo de los mismos.

3.2.1. Destrucción especial

Los bienes que no van a ser utilizados para ninguno de los fines 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 normatividad constitucional como, por ejemplo, lo previsto en el artículo 58: “La propiedad tiene una función social pero le es inherente una función ecológica” (subrayado fuera del texto), 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 normatividad especial prevista en la legislación ambiental (Ley 99 de 1993).

Se sugiere, de ser posible, previo a ordenar esta destrucción especial, contar con concepto técnico sobre el estado de los bienes y el riesgo de afectación al medio ambiente y a las personas encargadas a la tenencia o custodia de los mismos.

3.3. Sentencia o auto por medio de la cual se deja a disposición del juez civil los bienes objeto de cautela con fines de reparación.

Ejecutoriada materialmente la sentencia condenatoria en la acción penal y si aún están vigentes las medidas cautelares con fines de reparación la víctima puede optar por promover el incidente de reparación integral en el proceso penal. De no ser así, el juez de conocimiento debe levantar la medida cautelar e informar a la víctima que puede instaurar su reclamación ante la jurisdicción civil a través de acción ordinaria.

Ahora, si se promueve el incidente de reparación de forma extemporánea (Artículo 106 del c.p.p.) o el incidentante injustificadamente no asiste al trámite de las audiencias, o no se obtiene condena de perjuicios, se deberá solicitar el levantamiento de la medida cautelar que se haya ordenado ante el mismo juez de conocimiento.

A las partes se les podrá advertir que transcurridos quince (15) días después de la ejecutoria de la decisión del incidente de reparación integral, en caso de no haberse promovido proceso ejecutivo, se podrá solicitar al juez de conocimiento 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 de conocimiento, al juez civil.

“...El incidente de reparación integral adoptado en la sistemática de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por

supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral... Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito -reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional: "(...) si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, **la cual también está cobijada por la responsabilidad civil.** Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional (se ha resaltado)." (Sentencia C 409 de 2009).

Es importante advertir que dentro del concepto de justicia restaurativa se debe propender frente al restablecimiento y reparación de los daños causados por el punible, desde el inicio mismo de la acción penal en busca de evitar desarrollar el trámite del incidente de reparación integral, sino propendiendo por espacios de acuerdo a través de la conciliación o mediación, con obligaciones viables y efectivas, al respecto ha precisado nuestro máximo tribunal: "...Precisa la Sala de entrada que el fundamento fáctico en el que sustenta el actor su pretensión no configura la alegada violación del debido proceso, toda vez que en últimas ésta se fundamenta en que a su prohijado le fue imposible acceder a la rebaja de pena prevista en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, porque el a-quo emitió la sentencia sin esperar el plazo previsto para que, según las normas de entonces, la víctima o el enjuiciado promovieran el incidente de reparación integral." ... En la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004, a partir de la formulación de la

imputación y hasta antes de que se emita sentencia de primera o única instancia -para hacer referencia explícita al caso que ocupa la atención de la Sala- tiene el procesado la oportunidad de allegar los elementos materiales de conocimiento o de solicitar la práctica de pruebas que estime conducentes para acreditar la cabal satisfacción de la restitución del “*objeto material del delito o su valor*” y la indemnización de “*los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado*” con la respectiva conducta punible (Auto, 2011).

Sentado pues que el trámite incidental es la última opción para propender por el restablecimiento y reparación de los derechos derivados del delito, el trámite del Incidente de reparación integral está consagrado en los artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004.

3.4. Sentencia de declaratoria de comiso

En la audiencia de juicio oral durante los alegatos de conclusión, 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 al Fondo Especial de Administración de Bienes de la fiscalía General de la Nación.

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”. (Sentencia, 2008)

3.5. Orden dejando a disposición los bienes para inicio de la acción de extinción de dominio

El fiscal que avoca el conocimiento de una indagación o investigación penal y que ha afectado bienes de los previstos en alguna de las causales establecidas en la Ley 1708 de 2014, artículo 16; 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 o emitirá orden a la Dirección Nacional de Extinción del Derecho de Dominio 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 incursos dentro de alguna de las causales del artículo 16 del C.E.D.

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.

CONCLUSIONES

Las finalidades del bien dentro del proceso penal Colombiano las establece la Ley bajo cinco modalidades como (i) evidencia física o elemento material probatorio, (ii) objeto material del ilícito, (iii) susceptible de afectar con medida cautelar con el fin de reparar a la víctima del ilícito, (iv) susceptible de afectar con medida cautelar con fines de comiso y (v) susceptibles de iniciar la acción de extinción de dominio.

Es el fiscal como titular de la acción penal quien debe determinar cuál de las finalidades del bien priorizará dentro del proceso, privilegiando siempre los intereses de la víctima y de la investigación.

Es posible que un solo bien cumpla varias finalidades dentro del proceso penal.

En toda acción penal el fiscal tendrá como objetivo de investigación, identificar los bienes de todo orden, en cabeza del indiciado.

Definida la finalidad del bien ésta determina cuál es la entidad encargada de la custodia y administración de los bienes.

Dependiendo de la finalidad del bien, se resolverá la Situación Jurídica del mismo dentro del proceso penal exclusivamente por el Fiscal, juez con función de

garantías o juez de conocimiento, según el caso, bajo las siguientes modalidades:

(i) devolución definitiva de los bienes a quien acredite ser propietario, poseedor o tenedor de buena fe, (ii) destrucción en los casos que la ley disponga, (iii) sentencia declarando el comiso por los jueces de conocimiento respecto a los bienes previamente afectados a discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación, con medidas cautelares incautación, ocupación y suspensión de poder dispositivo, (iv) sentencia o auto del juez de conocimiento dejando a disposición del juez civil los bienes previamente afectados con medida cautelar con fines de reparación o indemnización para la víctima del punible y (v) orden dejando a disposición los bienes que estén previstos por la ley como susceptibles para iniciar la acción de extinción de dominio.

De la solicitud de medidas cautelares con fines de comiso no depende la legalidad de evidencia o elemento material probatorio en el proceso penal, por ser institutos legales de naturaleza diversa.

Los fiscales delegados y los jueces de la jurisdicción penal no tienen función declarativa respecto al derecho de propiedad, únicamente se reconoce cuando así se acredite y en tal sentido ordena el restablecimiento del mismo bajo los presupuestos del artículo 22 del c. p. p.

El delito no puede constituirse en fuente de derechos.

El derecho a la Propiedad no tiene carácter absoluto o intangible, puede ser limitado en especial cuando no cumple la función social o ecológica, cuando su adquisición no se ajusta a lo establecido por la ley y cuando entra en conflicto evidente con el interés general u otros derechos constitucionales, como es el caso de los derechos de las víctimas de delitos.

Por último, siempre que se pretenda afectar un bien dentro de la acción penal se debe evaluar y ponderar el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración

REFERENCIAS

Aguado Correa, Teresa. "La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España, 2003.

Auto 37177 (Corte Suprema de Justicia .Sala Penal 28 de Septiembre de 2011) Bernal Cuellar, Jaime. Intervención de Terceros en el Proceso Penal. Ed

Bedoya, Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Fiscalía General de la Nación, Bogotá Colombia .2008.

C.S.J. 20.918 (Corte Suprema de Justicia 06 de Agosto de 2003).

C.S.J. 25920 (Corte suprema de justicia 21 de Febrero de 2007).

C.S.J. 26310 (Corte Suprema de Justicia 16 de Mayo de 2007).

C.S.J. 28535 (Corte Suprema de Justicia 2008).

C.S.J. 28886 (Corte Suprema de Justicia 20 de Febrero de 2008).

C.S.J. 34547 (Sala Penal 27 de Abril de 2011).

C.S.J. 37733 (Corte Suprema de Justicia 27 de Junio de 2012).

C.S.J. 39659 (Corte Suprema de Justicia 17 de Octubre de 2012).

C-038 (Corte Constitucional 1995).

C-076 (Corte constitucional 25 de Febrero de 1993).

C-077 (Corte Constitucional 1993).

C-096 (Corte Costitucional 1995).

C-176 (Corte constitucional 1994).

C-194 (Corte constitucional 1998).

C-209 (Corte constitucional 21 de 03 de 2007).

C-210 (Corte Constitucional 21 de Marzo de 2007).

C-210 (Corte constitucional 21 de Marzo de 2007).

C-245 (Corte constitucional 1993).

C-370, Sentencia 370 (Corte Constitucional 18 de 05 de 2006).

C-370 (Corte constitucional 18 de 05 de 2006).

C-409 (Corte constitucional 2009).

C-423 (Corte constitucional 31 de Mayo de 2006).

C-425 (Corte constitucional 31 de 05 de 2005).

C-591 (Corte Constitucional 20 de Agosto de 2014).

Cano, Miguel y Lugo, Danilo. Auditoría forense en la investigación criminal del Lavado de dinero y activos. Bogotá, Editores Litográficos, 2006.

Circular Externa DFV-42, del Banco d la República del 6 septiembre de 2001.

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.

Código civil. (Artículo 665).

Colombia Congreso de la República,. (2010). Código civil. Leyer.

Estudios Socio Jurídicos. (2006). Instrumentación Cautelar del Comiso. 8, 151 a 170.

F.G.N. (2005). Manual de Policía Judicial. Bogotá.

F.G.N. (2004). Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia para el Sistema Penal Acusatorio. En *Resolución 0-6394*. Bogotá.

F.G.N. (2004). Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia para el Sistema Penal Acusatorio. En *Resolución 0-6394*. Bogotá.

F.G.N. (2005). Manual de Policía Judicial. En F. G. Nación. Bogotá.

Feria Bello, Patricia Jacqueline, Caballero Ariza, Wilson. Bienes en el Proceso Penal: Ed.2010.

Fiscalía general de la nación. (2004). Manual de Cadena de Custodia. Bogotá.

Gaviria Londoño, V. E. (2007). Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gonzalez Navarro, A. L. (2004). El Comiso. *Revista de Derecho Penal No. 42*.

Granados Peña, Jaime Enrique y otros. Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal. Bogotá, Editorial Legis, 2003.

Ley 1615. (15 de Enero de 2013). En C. C. República. Bogotá, Colombia.

Ley 906. (2004). En C. d. Colombia, *Código de procedimiento penal*.

Ley 30 de 1986: los bienes utilizados como instrumentos en la actividad del narcotráfico. Dirección Nacional de Estupefacientes.

Ley 207 1995.

Ley 793 de 2002, Ley de Extinción de Dominio.

Ley 397 de 1997.

Ley 40 de 1993.

Ley 282 de 1996.

Ley 733 de 2002.

Ley 1708 de 2014

Ley 685 de 2001.

Ley 93 de 1999.

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, A. (1981). Derecho penal parte general. Bogotá: Temis.

Saray Botero, N. (2013). *Incidente de Reparación Integral*. Bogotá: Ladiprint.

Uribe Garcia, S. (2008). La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. En *Reflexiones sobre el sistema acusatorio* (pág. 401). Medellín: Jurídica Sanchez.

Valencia Zea, A. O. (2007). Derecho Civil. En *Derechos Reales .Tomo II* (pág. 3). Bogotá: Temis.

Valencia Zea, A. O. (2007). Derecho Civil. En *Derechos Reales. Tomo II* (pág. 3). Bogotá: Temis.

Vélasquez Vélasquez, F. (2002). Manual de derecho penal. En *Parte General* (pág. 278). Bogotá: Temis.

Vélasquez Vélasquez, F. (2002). Manual de derecho penal. En *Parte General* (pág. 278). Bogotá: Temis.
