

## **ENTREGA DE VEHÍCULOS**

### **SEGUNDO DOCUMENTO**

**MARZO 29 DE 2005.**

#### **PRESENTACIÓN**

El tema relacionado con la entrega de vehículos, no ha sido en ningún caso pacífico. El primer documento, producto del Conversatorio Interinstitucional, ha sido dedicado al tema. Ahora, se presenta un nuevo documento después de varias semanas de ocuparse este espacio de reflexión en otros diversos, con nuevos aportes. Pero las dificultades en torno de este tema, no se presentan tan sólo con el nuevo Código. Ha sido una constante en el caso colombiano: en la década de los 30, frente a las reformas, se suscitó; ocupó un espacio de debate muy significativo en los debates de 1971 y luego, en el proyecto de 1974 y también en el código de procedimiento penal que siguió a los debates de la Asamblea Nacional Legislativa de 1991. Es un tema que ha ocupado las reformas sustantivas y procesales. Hoy, desde luego, con los avances en torno de la discusión sobre el carácter de la propiedad, si es derecho fundamental o no, con el avance en torno al significado y alcance de las medidas cautelares sobre bienes, el tema se ha vuelto más complejo. De ello dan cuenta, de nuevo, los siguientes aportes.

En el caso de este nuevo documento, no se registran actas de los debates suscitados en el grupo -éstos se dieron en el marco de la elaboración del primer documento-; se registran aportes escritos de los diversos funcionarios judiciales. Documento preparado y editado por el Prof. Dr. Alejandro Aponte.

#### **PRIMER APORTE**

Javier García prieto, Juez 48 penal municipal en función control de garantías

#### **ACLARACIÓN**

Previo al análisis del tema que nos ocupa, bueno es presentar un esquema de cómo ha quedado estructurado legalmente el asunto de las medidas cautelares en general, dejando constancia que desde el punto de vista de la sistemática adoptada, no se ha normativizado en la forma más adecuada. Para una mayor comprensión de los diversos puntos objeto de discusión las medidas cautelares de conformidad con el nuevo código, se propondría la siguiente estructura:

## **MEDIDAS CAUTELARES**

### **1. CLASE DE MEDIDAS EN BIENES DEL PROCESO PENAL**

#### **1.1 MEDIDAS MATERIALES**

1.1.1. INCAUTACIÓN ( ART 83)

1.1.2. OCUPACIÓN ( ART 83)

1.1.3. DESTRUCCIÓN ( ART 87)

#### **1.2 MEDIDAS JURÍDICAS**

1.2.1. SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO (ART 85)

1.2.2. ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO (ART 85)

### **2. CLASIFICACIÓN DE MEDIDAS SEGÚN SU FINALIDAD**

## **2.1 CON FINES DE COMISO**

- 2.1.1. INCAUTACIÓN (ART 83)
- 2.1.2. OCUPACIÓN (ART 83)
- 2.1.3. DESTRUCCIÓN (ART 87)

## **2.2 CON FINES PREVENTIVOS**

- 2.2.1. SUSPENSIÓN DE PERSONERÍA JURÍDICA (ART 91)
- 2.2.2. CIERRE TEMPORAL ESTABLECIMIENTO (ART 91)
- 2.2.3. CANCELACIÓN REGISTROS FRAUDULENTOS DE BIENES SOMETIDOS A REGISTRO (ART 101)

## **2.3 CON FINES INDEMNIZATORIOS**

- 2.3.1. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR (ART 97)
- 2.3.2. EMBARGO Y SECUESTRO (ART 92)
- 2.3.3. ENTREGA PROVISIONAL (ART 101- Dicha figura no es viable en el actual sistema)

### **El caso concreto de la devolución de vehículos:**

Se discute si con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 906 del 2004 particularmente el artículo 100, en el caso de los delitos culposos especialmente lo referente a homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, la expresión PROVISIONALMENTE es indicativo de que dicha entrega sea objeto del trámite de una audiencia preliminar, al amparo de lo preceptuado en los artículos 153 y 154 numeral 8 del CPP.

El eje de la cuestión se centra en señalar un planteamiento positivo y uno negativo con respecto a dicho interrogante.

En el presente escrito se sustentaran las razones por las cuales se concibe que la entrega provisional de vehículos involucrados en accidentes de tránsito, no es objeto de audiencia preliminar.

### **COMISO Y MEDIDA CAUTELAR.**

El artículo 100 de la ley 599 del 2000 regula en la misma norma y bajo la figura del comiso, dos situaciones diferentes. La primera, el comiso propiamente dicho regulado en el primero y segundo apartado, regulando a su vez dos circunstancias fácticas diferentes, una la de instrumentos y efectos con los que se hallan cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución y que no sean de libre comercio, y otra cuando los bienes usados tengan libre comercio, pertenezcan al penalmente responsable y sean utilizados para la realización de la conducta o bien provengan de su ejecución.

La medida de comiso en el contexto del artículo 100 de la ley 599 de 2000, recaería sobre bienes de titular indeterminado, que provengan de la ejecución del delito y que no tengan libre comercio, y también sobre bienes utilizados para la realización de la conducta punible o prevengan de su ejecución y que además tengan libre comercio y pertenezcan al penalmente responsable, expresión ésta última que significaría la existencia de condena ejecutoriada, a través de la cual se hubiere declarado al ciudadano como penalmente responsable de la conducta ilícita, en delito doloso.

El apartado 3 y 4 de dicho artículo 100 hace referencia a los delitos culposos. Allí se hace referencia a la entrega provisional al propietario y/o legítimo tenedor, que así lo hubiere solicitado, salvo la circunstancia de que se hubiere decretado su embargo y secuestro. De igual manera se determinaba en el párrafo final que la entrega sería definitiva cuando se hubiesen pagado los perjuicios, hubieren embargos suficientes para cubrir las indemnizaciones, o hubiesen transcurrido 18 meses sin que se afectaren dichos bienes.

La ley 600 de 2000 en su artículo 67 plantea, en concordancia con el artículo 100 del CP, la figura del comiso y en la misma norma regula lo concerniente al comiso propiamente dicho referente a bienes que no tienen libre comercio y, tratándose de los que tienen libre comercio, regula lo referente a los delitos culposos y su entrega definitiva, regula bienes incautados en determinados delitos (redacción declarada inconstitucional por asuntos de formalidad) y establece un párrafo especial referente a los bienes que tuvieron que ver con delitos contra el orden económico y social.

Pero en la ley 906 en donde todo aquello que en pretérita oportunidad se encuentra mezclado en una sola norma, comienza a ser objeto de regulación específica, diferenciando, para el tema que nos ocupa, la normatividad en cuanto a medidas cautelares indicando que las mismas son de orden material y de orden jurídico, señalando como materiales la incautación, la ocupación, y la destrucción y como medidas jurídicas la suspensión del poder dispositivo y la acción de extinción de dominio. De igual manera especifica la finalidad de cada una de dichas medidas, unas con fines de comiso, otras con fines preventivos, y otras con fines indemnizatorios. Todas ellas tienen como marco referencial la acción penal, entendida ésta, en general, como la potestad del Estado de persecución del delito, en cabeza de la Fiscalía e igualmente en ese contexto se comienza a sistematizar en forma más coherente cada una de ellas imponiendo una serie de condiciones para el ejercicio de las mismas.

La ley 906 del 2004 es la primera norma de carácter procesal penal que en general y a pesar de muchas deficiencias y contradicciones internas, puede decirse que se estructura conforme

a parámetros de orden internacional (derechos humanos-Derecho humanitario) e igualmente sigue la ruta, marcada por la Constitución Nacional, normativizando conceptos y premisas dadas por la Honorable Corte Constitucional. Es decir, a partir de éste Código se comienzan a dar en serio los primeros pasos de la constitucionalización del derecho penal en su arista procesal.

La premisa central sobre la que se erige el nuevo Código procesal, me atrevo a afirmar, la constituye el hecho de la “salvaguarda de los derechos fundamentales en un Estado Social y democrático de Derecho” premisa que delimita el accionar de Estado en el ejercicio de la persecución penal, y le traza los límites, le otorga facultades y le impone prohibiciones, en virtud de la facultad de configuración, y mediante la reglamentación legal, a todos aquellos que de una u otra manera, se conviertan en intervinientes en dicho ejercicio, Fiscalía-Victimistas-Infractor-Defensa- Jueces.

Es en ese contexto en el cual hay que darle una interpretación razonable al tema que nos ocupa.

### **Tratamiento dado a las figuras del comiso y las medidas cautelares.**

Entre algunas de las similitudes que tienen, éstas se encuentran en la regulación de las facultades de persecución penal del Estado en relación con los bienes que se ven involucrados en desarrollo de las actividades delictivas. Pero, igualmente, dentro de las diferencias, nos centraremos aquí en una sola, entre otras, en la finalidad de dichas medidas.

El comiso tiene como finalidad específica que los bienes, que son objeto del mismo, salgan de la órbita de dominio de los particulares y entren a la órbita de dominio del Estado con el fin de destruirlos, o de que pasen al Estado a título de propietario de éstos, tanto en forma directa, como a través del procedimiento de extinción de dominio. Para ello establece como paso previo un acto jurisdiccional consistente en la revisión de legalidad del acto de ocupación e incautación, para que a través de dicho acto jurisdiccional se proceda a la **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO DE LOS BIENES** (medida jurídica) con miras a decidir su comiso por parte del Juez de conocimiento, generando con ello que los bienes pasen en titularidad al Estado -en cabeza de la Fiscalía General de la Nación o de lo que la ley determine- y dicha finalidad tiene como sustento o que los bienes no son de libre comercio, o son producto directo o indirecto del delito, o son instrumentos para la ejecución del mismo, independientemente de que tengan titular o no, haya o no imputado.

Resumiendo, entonces, el comiso procede cuando se realiza incautación y ocupación; sobre dichos bienes se resuelve a través del Juez de Garantías la suspensión del poder dispositivo mientras que el Juez de conocimiento, una vez decretado el comiso por éste, ordena que los bienes pasen en propiedad al Estado para efectos de destruirlos si es el caso, queden en cabeza de la Fiscalía o bien tengan una destinación específica de conformidad con la ley.

A diferencia del comiso, las medidas de embargo y secuestro no tienen como finalidad que los bienes y/o recursos pasen a manos del Estado. Los mismos, como tales, tienen como

objeto que éstos sirvan de soporte de una indemnización a quien acredite la calidad de víctima. Sustancialmente, dichas medidas, sólo pueden recaer sobre bienes de quien resulta penalmente responsable y sólo sobre los de éste, pues a diferencia de la ley 600 (Art. 72), queda proscrita al interior del proceso penal, en el contexto de la ley 906, cualquier medida jurídica sobre los bienes del tercero civilmente responsable, persona que según la ley, es la que responde por el daño causado por la conducta del condenado y se subraya ésta expresión. **CONDENADO** indicando con ello que ha de existir decisión judicial que así lo declare. En ese contexto siendo las medidas de embargo y secuestro dirigidas a los bienes del penalmente responsable, y sólo a los de éste, es por lo que se requiere como requisito esencial la formulación de imputación.

No de otra manera se puede interpretar de manera sistemática el articulado de los capítulos II-III- y IV y los fines que cada una de ellas se propone, imponiendo para cada caso requisitos de orden sustancial y procesal, pues sólo de esta manera se puede hablar del ejercicio de la acción penal y de la protección de los derechos de todos y cada uno de los intervinientes, pues si bien es bueno hablar de derechos en abstracto, la afectación de estos únicamente se materializa en el caso particular y solamente se puede a través de la singularidad y concreción del caso, y en el actuar judicial, garantizar a todos y cada uno de los intervinientes el ejercicio y respeto de los mismos.

### **¿Cuál podría ser la interpretación adecuada del artículo 100 de la ley 906?**

En desarrollo del debate se han presentado diversos argumentos por los diferentes participantes del mismo en las mesas de discusión.

La Fiscalía General de la Nación sustenta que la devolución de vehículos en el caso de los accidentes de tránsito ha de ser objeto de una audiencia preliminar con base en los siguientes argumentos:

El primero de ellos se encuadra en el marco constitucional y legal, derivado de la interpretación de la expresión “funcionario judicial...” indica que para el artículo 100 del CPP, dicha expresión se refiere al Juez de Garantías, pues para el caso en concreto, la Fiscalía no tiene facultades jurisdiccionales teniendo en cuenta el artículo 250 de la Constitución Nacional.

El argumento de la Fiscalía en ese contexto es válido, es decir en abstracto, pero solamente puede ser razonablemente aceptable, si media la imputación que ella haga en la persona, pues solamente así puede hablarse de medida cautelar. Sin que medie dicha imputación, al contrario, no es posible afectar bienes ( para el caso en concreto), pues ello significaría imponer una medida cautelar en oportunidad anterior a aquella en la cual se activa el derecho de defensa y sería tanto como afectar a un ciudadano con medida de aseguramiento sin que hubiere imputación, con el argumento de proveer una posible imposición de medida de aseguramiento. Y es bueno dejar claro que los bienes a afectar deben pertenecer al imputado

(el vehículo) pues en el caso que no lo sea, más gravoso y violatorio del debido proceso, sería gravar bienes de un tercero sin razón jurídica para ello, pues la medida cautelar es jurídica y esa decisión jurídica que efectivamente le corresponde al Juez de Garantías, sólo puede tener un fundamento y éste es la imputación. Es mas, ni siquiera con imputación se pueden gravar bienes de un tercero (conocido como tercero civilmente responsable), pues para ello se requiere un presupuesto esencial y consistente en la sentencia de condena (lo que favorece a las aseguradoras). Por lo tanto el argumento expuesto por la Fiscalía sólo puede ser aceptable en el marco de la imputación.

Un segundo argumento presentado por la Fiscalía, consiste en señalar que como el vehículo es un objeto con el cual se comete el delito, éste puede ser objeto de comiso de conformidad con el artículo 100 del CP y que para ello no se requiere que exista querrela. Aquí si el argumento es más desafortunado y no articula sistemáticamente el artículo 100 del CP con el artículo 100 del CPP. Reacuérdesse que el CP y el CPP del 2000 en materia de delitos culposos en accidente de tránsito, algunos requerían querrela, partiendo del resultado de la lesión y además en el contexto de esas normas no se discutió el problema que hoy se debate y que emerge con la implementación del sistema acusatorio. ¿Será que en el pasado tomábamos decisiones arbitrarias, sin que ello fuera nuestro propósito, precisamente por la falta de esta discusión?

En el actual contexto legal, tenemos elementos de juicio diferentes. El primero, con la ley 906 del 2004, hay un mayor desarrollo legislativo, pues distingue en medidas materiales y en medidas jurídicas. El gran tema son las medidas cautelares; unas son de orden material y otras de orden jurídico, y entre estas últimas se encuentra la suspensión del poder dispositivo, el cierre temporal, la cancelación de registros, la prohibición de enajenar, los embargos y secuestros y la famosa entrega provisional que en nuestro sentir, dentro del contexto de la nueva preceptiva procesal, no tiene cabida jurídica. A pesar de dicha confusión, desde el punto de vista de la norma, (aún con las contradicciones anotadas) el Código hace una diferenciación entre comiso y medida cautelar. Segundo: hoy todas las lesiones culposas en accidente de tránsito son querrelables. Estos dos aspectos centran la diferencia y obligan a una reinterpretación lógica y razonable entre la ley 599, y la ley 906. En cuanto a lo primero, remitimos a la interpretación de inicio del presente artículo y en cuanto a lo segundo indico.

Liga la Fiscalía su argumento de la “entrega provisional” con los derechos de las victimas. Pero, si la misma ley determina que en los casos de lesiones personales culposas, cualquiera fuere el resultado, se requiere querrela de parte (artículo 74), dicho requisito de procedibilidad o procesabilidad- como quiera llamarse- impide a la Fiscalía actuar a *motu proprio* por más que invoque la justicia y la verdad. A la víctima le corresponde ejercer sus derechos por los mecanismos legales que le sean propios. No pueden la Fiscalía, ni los Jueces, abrogarse el derecho de las víctimas como argumento, cuando la víctima no ejerce sus derechos consagrados en la ley, máxime cuando querrela significa, ni más ni menos, que el afectado o víctima es el que decide si se ejercita o no la acción penal. Sin embargo, ello no implica que la Fiscalía deje de cumplir su función consagrada en el artículo 114 numeral 6, en concordancia con el artículo 11 de la ley 906, sólo que para el caso en concreto de los delitos

querellables, tiene que contar con la querrela de la víctima; de lo contrario, no puede actuar por más que quiera a nombre de la verdad y la justicia o por más que el in suceso sea injusto.

Otro aspecto de la argumentación de la Fiscalía, es que el artículo 100 busca una especial protección a las víctimas de los delitos culposos, en especial tratándose de accidentes de tránsito. No obstante: ¿podrá argumentarse ello cuando la misma ley faculta a la víctima para solicitar o no la intervención del Estado a través del mecanismo de la querrela?

Dicho argumento bien puede tener un contenido de validez y solamente se puede hacer efectivo mediante el acto de imputación. Solo mediante ésta, que requiere primero la querrela, luego la conciliación como requisitos esenciales antes de formularla, es que las víctimas no tendrían que acudir a la jurisdicción civil. Además, es la víctima también la que escoge a cuál de las jurisdicciones acudir; ello es su potestad que no puede ser interferida por actos voluntariosos del ente Fiscal.

La ley le otorga unos derechos a las víctimas y una forma específica de ejercerlos para el caso que nos ocupa. Es por ello por lo cual para las lesiones en accidente de tránsito no podemos invocar in genere la protección de la víctima como argumento para ligarlo a una entrega provisional mediante actuación del Juez de Garantías.

En ese mismo marco conceptual de la protección de la víctima cabe la pregunta: ¿ha de hacerse “entregas provisionales” de los vehículos? Podría cuestionarse de nuevo: ¿y, por qué no, si de proteger los derechos de las víctimas en general se trata, no le limitamos con provisionalidad no uno, sino todos los bienes a quien de pronto en el futuro puede ser imputado? La respuesta es una sola: porque no hay imputación. Solo a través de ella se le puede imponer, al tenor del artículo 97, la prohibición de enajenar bienes muebles e inmuebles sometidos a registro y solo así es que podemos afectar bienes con medidas de embargo y secuestro y no con el comiso como refieren otros, para garantizar el pago de los daños y perjuicios por parte del imputado, lo que indica que los bienes deben ser de este y no de otra persona.

En conclusión, solamente en el marco de la imputación, se puede entender una medida de embargo y secuestro, sistemáticamente no es posible pensar en una entrega provisional teniendo como referente el artículo 97 y la posibilidad de un embargo y de un secuestro que recaería sobre todos los bienes del imputado y no solo sobre un vehículo que no daría mayores garantías a las víctimas. Por fuera de la imputación, no hay posibilidad de intervenir bienes que garanticen indemnizaciones futuras y es por ello que la expresión “entrega provisional” sería abiertamente inconstitucional. Pero es más, como lo anote anteriormente- lo cual ha de ser objeto de otro debate- desde el punto de vista sistemático la posibilidad de una entrega provisional de un bien no se compadece con la naturaleza del sistema acusatorio.

También ha argumentado la Fiscalía que el artículo 100 establece un tratamiento de excepción a la regla general sobre la oportunidad para hacer efectivas las medidas cautelares al establecer la entrega provisional. No he encontrado argumento diferente, en los materiales

que he tenido a la vista, que el de la protección a la víctima, argumento que ya ha sido criticado en renglones anteriores.

Otro argumento presentado es que siendo la entrega, provisional, ello implica una restricción a la propiedad y que por tal motivo debe ser objeto de trámite de audiencia preliminar. Ello es cierto en la medida en que hacer una entrega provisional significa que esta no es definitiva y como tal, efectivamente sería limitativa del derecho de propiedad. Pero ¿Cómo y en que circunstancia en concreto es que el funcionario judicial puede afectar derechos? ¿A quien se le deben afectar esos derechos? En desarrollo de la actuación penal y al amparo del respeto al debido proceso, los artículos 94 y 96 del CP han de interpretarse en concordancia con el nuevo procedimiento y en ese marco la afectación de bienes requiere de unos presupuestos sustanciales y procesales. Con respecto a los segundos el presupuesto esencial está en la formulación de la imputación cuando se trate del presunto penalmente responsable. Cuando se trata de responsabilidad solidaria, el procedimiento establece otro requisito sustancial, la sentencia de condena. En ese marco, se concluye nuevamente que para darle aplicación al artículo 100, necesaria es la imputación, sin ella no es viable la toma de decisiones que restrinjan derechos tanto del futuro imputado, como de un tercero.

Quienes tenemos facultades jurisdiccionales, estamos en la obligación de darle protección a los derechos de quienes interviene en el proceso independientemente de la naturaleza de cada uno de ellos. La Constitución faculta al poder jurisdiccional para limitar derechos e imponer obligaciones. La ley en el marco del poder de configuración del legislativo, nos indica el cuándo, el cómo y el por qué, el poder jurisdiccional puede interferir los derechos de los ciudadanos y en el caso que nos ocupa espero haber dado suficientes razones para demostrar que en los casos de accidente de tránsito, lesiones, mientras no se haga imputación, el vehículo con el que se ocasionan las lesiones no puede ser objeto de afectación alguna. Mientras la imputación no se dé los vehículos deben ser tratados como evidencia macro elemento, y ser devueltos sin ninguna restricción a sus propietarios, poseedores o tenedores. Una vez hecha la imputación, cabe la posibilidad de afectar bienes del imputado, si y sólo si, pertenecen a éste, dando aplicación a los artículos 92-97 y 100 de la ley 906. En el caso de que el rodante sea de un tercero, únicamente se pueden ejercer acciones, si está de por medio una sentencia de condena.

### **Segundo aporte:**

Las siguientes son reflexiones elaboradas por Juan Pablo Lozano Rojas, Juez 4o Penal Municipal con Función de Control de Garantías. Se trata de tesis compartidas por otros jueces, entre ellos los doctores José Polidoro Bernal, María Elvira Espinoza, Gabrielina Molina.

Los siguientes son fundamentos que se aducen frente a la postura de que el Juez de Control de Garantías niegue a la Fiscalía la solicitud de entrega de vehículos. Ellos son los siguientes:

1. De acuerdo con la Constitución Nacional (artículo 116, reformado por el acto legislativo 03 del 2002), los Fiscales son funcionarios judiciales y, como tales, aplicando el principio rector del artículo

22 del C.P.P, están facultados para ordenar el restablecimiento del derecho, hasta antes de que se formule la imputación, pues una vez formulada la imputación, ese restablecimiento del derecho lo debe hacer el Juez. Se considera ésta la interpretación razonable de dicha norma, la cual autoriza a la Fiscalía General de la Nación y al Juez restablecer el derecho, o volver las cosas a su estado anterior.

2. La entrega provisional de un vehículo no involucra ni afecta derechos fundamentales, ya que el derecho a la propiedad no es un derecho fundamental; dicha entrega no es una medida cautelar. Además, se debe entender que para ordenar la entrega provisional de un vehículo, no se requiere hacerlo mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, no se requiere una ponderación entre el interés legítimamente perseguido por la Administración de Justicia y el valor o derecho sacrificado al investigado, pues la vinculación de un vehículo a una investigación penal, no es ordenada por ningún funcionario judicial; tampoco lo es su desafectación. Ello, habida cuenta que tanto la una como la otra, son dispuestas por la ley (artículos 100 y 256 y s.s. del C.P.P.), y por esa razón la entrega provisional de un vehículo es un acto de mero trámite, que puede ser **ordenada** por un fiscal, el cual está facultado para ello, de acuerdo con el parágrafo del artículo 161 del C.P.P.

3. Las solicitudes de los Fiscales en favor de terceros, adolecen de **falta de legitimación**, habida cuenta que dentro de sus funciones legales y constitucionales, ellos solamente están facultados para hacer peticiones a nombre de la Fiscalía General de la Nación, y en favor de la víctima.

4. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 88 y 99 del C.P.P., el fiscal tiene facultades para la devolución de bienes incautados, y se le permite ordenar la restitución de bienes a la víctima.

5. Finalmente, los vehículos involucrados en accidentes de tránsito, se convierten por ese hecho en elementos materiales de prueba, objeto de cadena de custodia (macroelemento), y por tal razón la custodia del mismo es de competencia de la Fiscalía General de la Nación, y en ese carácter de custodio, le compete definir la solicitud que hagan los terceros sobre la entrega provisional del mismo (artículo 257 del C.P.P.).

### **Tercer aporte:**

Las siguientes son reflexiones aportadas a la discusión por José Reyes Rodríguez Casas, Juez cuarto penal del circuito especializado.

Para abordar el interrogante, acerca del funcionario a quien le compete, dentro de los trámites penales, adoptar la decisión de entregar bienes, es necesario advertir que para abordarlos consistentemente, es preciso plantear diversas categorías de situaciones, cuya resolución entre ellas debe ser coherente, en función de propósitos que cada evento encarga. (se busca la coherencia en las decisiones, de acuerdo a las diversas categorías de bienes).

**Categoría uno:** Bienes que son aprehendidos por organismos de seguridad a propósito de actos delictivos, que no están llamados al comiso y que tampoco están comprometidos en delitos culposos (Inc.1 Art. 100 C.P.P.), o que en consecuencia de la Fiscalía no le resulten útiles como elementos materiales probatorios. La devolución tendrá que hacerla, de plano e inmediatamente, la Fiscalía.

**Categoría dos:** Bienes de los cuales razonablemente pueda inferirse que son productos directo o indirecto del delito, o utilizados o destinados a ser utilizados en comisión de delitos dolosos, mezclados o encubiertos (Art. 82 C.P.P.) Una vez incautados u ocupados éstos, la Fiscalía tendrá que pedir al Juez de Garantías que legalice lo actuado y adopte medida de suspensión del poder dispositivo sobre los mismos, y sólo en caso de que así proceda, el debate que surja entorno a su entrega, reconocimiento de tercero de buena fe, etc., habrá de darse ante el juez. Esta competencia subsistirá provisoriamente, hasta que el Juez de conocimiento decida de manera definitiva.

**Categoría tres:** Bienes que tengan carácter de elementos materiales probatorios, que no están llamados al comiso ni a extinción de dominio. En término que no puede superar los seis meses, serán devueltos por el fiscal a quien tenga derecho a recibirlos. Si fueron cubiertos con medidas de suspensión del poder dispositivo, la decisión habrá de adoptarla el juez de Control de Garantías.

**Categoría cuatro:** Bienes afectados con medidas cautelares, a petición del Fiscal o de las víctimas, en pos de proteger el derecho a indemnización de perjuicios. El levantamiento de las medidas, también a petición de la Fiscalía o de las víctimas, será decisión del Juez de control de Garantías.

**Categoría cinco:** Bienes sujetos a registro, sobre los cuales obra restricción al derecho de propiedad, durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación. En razón a que esta limitación encuentra su razón de ser también en la protección de derechos indemnizatorios, y en razón a que es impuesta por el juez a petición del fiscal -comportando comunicación a la oficina de registro correspondiente que materialmente significa sacarlo del comercio- la controversia que se suscite a partir de dicha afectación, deberá resolverla el Juez de Control de Garantías.

**Categoría seis:** Afectación de bienes en delitos culposos. Al igual que en las dos categorías anteriores que hacen parte del capítulo III, medidas cautelares, si los bienes están comprometidos en delitos culposos y la limitación al derecho de propiedad bajo el modo de entrega provisoria, haya su razón de ser en el afán de garantizar derechos indemnizatorios, pero degradando efectos nocivos de mayor intervención –embargo o secuestro- y frente a la dinámica de permanente productividad que esta clase de bienes ostentan, la Fiscalía o la víctima tendrán que solicitar al Juez que los afecte con dicho propósito, que no significa embargarlos ni secuestrarlos, sino que dada la devolución o reclamación para mantener el *statu quo* sobre ellos, se intervenga en el derecho de propiedad,

disponiendo que la devolución sea sólo provisoria, hasta que el juez de conocimiento no adopte la definitiva.

Entonces, la competencia del Juez de Garantías sólo podría activarse por la petición de afectación sobre el derecho de propiedad que haga la Fiscalía o la víctima en tal caso, y sólo en ese, podrá ordenar la devolución provisoria. Si la Fiscalía o la víctima guardan silencio, bien sea porque no existe querrela, o porque ésta declina su interés indemnizatorio, el juez no cuenta con la facultad para resolver un conflicto que no se le ha presentado en la dinámica de partes, y unilateralmente, sin fundamentos de necesidad, ponderación, legalidad e interés de la parte afectada con el hecho, disminuir o afectar el derecho a la propiedad. Considero imperativo que se requiera al juez la afectación del derecho de propiedad, y sólo a partir de la limitación que dicha decisión embarga sobre el mismo, entrar a resolver la provisionalidad de la entrega. De lo contrario, el Fiscal tendrá que entregar el bien y esta entrega será definitiva, porque la ley no le ha concedido la facultad para afectar derechos fundamentales como es el de la propiedad, en la medida que refiere la norma.