El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 23 de marzo de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma parcialmente

Radicación Nro. : 660016000035-2017-02938-00

Procesado: JAIDER MANZANO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / COMISO DE VEHÍCULO INSTRUMENTO EN LA COMISIÓN DEL DELITO – REQUISITOS / RODANTE PROPIEDAD DE UN TERCERO / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN / COMPETENCIA DE LA UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO / CONFIRMA PARCIALMENTE.** • Como punto de partida se puede decir, acorde con lo consignado tanto en el artículo 100 C.P. como en el artículo 82 C.P.P. que el comiso es una sanción que implica la pérdida del derecho de dominio, o de derechos afines, que el declarado penalmente responsable tenga o ejerza sobre ciertos bienes que hayan sido utilizados como instrumentos para la comisión de un delito o que provengan o sean fruto de la ejecución del reato, los cuales pasarían a poder del Estado o de la Entidad designada para tal fin, que en este caso sería la Fiscalía General de la Nación por intermedio del Fondo Especial para la Administración de Bienes.

De igual forma, se torna necesario precisar que para la procedencia de la sanción del comiso es menester determinar tanto la clase de bienes que serían susceptibles de dicha pena como la naturaleza del reato en su ámbito subjetivo, ya que acorde con las normas antes citadas, el comiso siempre procederá sobre los bienes que no tenga libre comercio, mientras que en aquellos que sean de libre comercio, dicha pena se aplicará solamente en los eventos en los cuales se esté en presencia de un delito doloso, siempre y cuando que los instrumentos utilizados para la comisión del delito o que provengan de su ejecución sean de propiedad del declarado penalmente responsable.

(…)

En suma, si uno de los presupuestos exigidos por las normas consagradas en los aludidos artículos 100 C.P. y 82 C.P.P. es que para la procedencia de la sanción del comiso, en los eventos en los que el instrumento utilizado para la comisión de un delito doloso sea un bien de libre comercio, se requiere que el bien sea de propiedad del declarado penalmente responsable, vemos que al estar demostrado en el presente asunto que el vehículo incautado no era de propiedad del reo sino de otra persona , es obvio que no sería procedente la aplicación de dicha sanción por no satisfacerse el cumplimiento del anterior requisito. Por lo indicado, la Corporación confirmará parcialmente lo decidido en ese particular sentido por parte de la titular del juzgado de conocimiento.

(…)

De conformidad con lo anterior, tanto el señor fiscal como la parte interesada en la restitución, estaban en el deber de acudir ante el señor juez de control de garantías con miras a levantar la medida cautelar y disponer la entrega. No obstante, en criterio de la Sala Mayoritaria ese proceder era estrictamente indispensable en lo atinente a la figura del comiso, no frente a la iniciación de una potencial extinción de dominio, como quiera que este instituto está orientado por el principio de autonomía y no depende para su comienzo y desarrollo del trámite del proceso penal, e incluso tanto el comiso como la extinción de dominio pueden correr en forma paralela o simultánea dado que no son en modo alguno excluyentes.

(…)

En ese contexto, la Sala Mayoritaria es del criterio que la decisión de la funcionaria de instancia se debió limitar a negar el comiso con fundamento simple y llanamente en que el bien no era de propiedad del procesado, sin penetrar o adelantar criterios con respecto al valor suasorio de los medios de convicción aducidos para obtener la restitución del bien a favor del propietario. Lo dicho, como quiera que la definición de ese asunto debía quedar diferida a la autoridad competente de adelantar el trámite de extinción de dominio, dado que el automotor permanecerá a disposición de la Unidad de Extinción de Dominio para el pronunciamiento respectivo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**M.P. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado mediante acta # 285 del 22 de marzo de 2018: H: 3:40 p.m.

Pereira, veintitrés (23) de Marzo de Dos mil dieciocho (2018).

Hora: 9:20 a.m.

Procesado: JAIDER MANZANO

Delitos: Tráfico de estupefacientes

Rad. # 660016000035-2017-02938-00

Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Se desata recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Ministerio Publico en contra de un fallo que se abstuvo de ordenar el comiso de un rodante

Decisión: Confirma parcialmente el proveído opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los sendos recursos de alzadas interpuestos tanto por la Fiscalía como por el representante del Ministerio Publico en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del diecinueve (19) de enero hogaño, en la cual, además de declararse la responsabilidad criminal del Procesado **JAIDER MANZANO** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de transportar, se abstuvo de ordenar el comiso de un rodante y en consecuencia ordenó su devolución a la persona que figuraba como su propietario.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con los medios de conocimiento aducidos en la actuación, se tiene que los hechos tuvieron ocurrencia a eso de las 00:05 horas del 19 de agosto del 2.017 a la altura del peaje del corregimiento de *“Cerritos”,* lugar en donde efectivos de la Policía Nacional le practicaron una requisa a un camión de placas SUD-470, que llevaba el tráiler # R41835, de la marca Chevrolet, modelo *Kodiak,* el cual era conducido por el ciudadano JAIDER MANZANO, quien al parecer se dirigía de Cali hacia Manizales.

Como consecuencia de la requisa, los agentes del orden se percataron que el vehículo tenía varios compartimentos ocultos o caletas, en cuyo interior hallaron escondidos un total de 417 paquetes de una sustancia vegetal, así como un paquete que contenía una sustancia pulverulenta, las que al ser posteriormente sometidas a la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H), respectivamente resultaron ser compatibles con marihuana y cocaína, arrojando respectivamente un peso neto de 196.128,4 gramos y 299,5 gramos.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 20 de agosto del 2.017 ante el Juzgado 1º Penal Municipal de esta localidad con funciones de control de garantías, en las cuales: a) Se le impartió legalidad a la captura del ciudadano JAIDER MANZANO; b) Se le imprimió legalidad tanto a la incautación de los estupefacientes como a la del vehículo en el cual eran transportados esos narcóticos, al que posteriormente se le impuso la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo con fines de comiso; c) Al indiciado se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en concurso homogéneo, tipificados en el artículo 375 C.P. incisos 1º y 3º; d) Al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. En las calendas del 13 de octubre del 2.017, la Fiscalía suscribió un preacuerdo con la Defensa, en el que el Procesado aceptaba los cargos endilgados en su contra, a cabio de que la Fiscalía degradara su participación de autor a cómplice. De igual forma en dicha negociación se estableció que las penas a imponer se rebajarían en un 40%, por lo que las mismas quedarían en 78,8 meses de prisión y el pago de una multa de 800,4 salarios mínimos mensuales legales vigentes (*s.m.m.l.v.).*
3. El 7 de noviembre del 2.017, el ciudadano GUILLERMO ALFONSO PAREDES VALDERRAMA, por intermedio de apoderada judicial, presentó ante la Fiscalía un memorial en el cual solicitaba la devolución del rodante incautado, alegando ser su legítimo propietario y que el mismo se lo había entregado en calidad de arriendo al Sr. JAIDER MANZANO.
4. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual, el 14 de noviembre de 2.017, se realizaron las audiencias de aprobación del preacuerdo, el anuncio del sentido del fallo e individualización de penas. Posteriormente el 19 de enero de los corrientes se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía como el representante del Ministerio Publico.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Se trata de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del diecinueve (19) de enero de los corrientes, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JAIDER MANZANO por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, quien fue condenado a purgar una pena de 76 meses y 24 días de prisión, y el pago de una multa equivalente a 800,4 s.m.m.l.v. De igual forma, por no cumplirse con los presupuestos legales, al declarado penalmente responsables no se le concedió el disfrute de subrogados ni sustitutos penales.

El fundamento del fallo condenatorio estuvo soportado en la decisión del procesado de aceptar los cargos endilgados en su contra como consecuencia del preacuerdo al que llegó con la Fiscalía, aunado a que con los demás medios de conocimiento se demostraba su captura en flagrancia por parte de efectivos de la Policía Nacional, en el momento en el que transportaba en un tracto-camión un alijo en el cual estaban ocultos unos paquetes de unas sustancias estupefacientes resultaron ser compatibles con marihuana y cocaína.

De igual forma, en la sentencia confutada el Juzgado *A quo* negó el comiso del tracto-camión incautado, levantó las medidas cautelares que lo gravaban, y en consecuencia, acorde con lo reglado en el artículo 88 C.P.P. ordenó su devolución al Sr. GUILLERMO ALFONSO PAREDES VALDERRAMA, quien acreditó tanto su condición de propietario de ese rodante como su ajenidad en la comisión del reato.

Los argumentos invocados en el fallo opugnado para no ordenar el comiso del vehículo incautado, se fundamentaron en establecer que en el proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el articulo 82 ibídem para su procedencia, porque con las pruebas aducidas al proceso se demostró que el bien no era de propiedad del Procesado sino del Sr. GUILLERMO ALFONSO PAREDES, quien a su vez se lo había arrendado, según constaba en el contrato adiado el 12 de agosto de 2.016, en el que se le arrendaba ese automotor a JAIDER MANZANO por el termino prorrogable de un año.

Además, en la sentencia de marras se dijo que el dueño del automotor no tuvo nada que ver con la comisión del delito, por lo que el derecho de dominio que detentaba sobre ese vehículo no era posible ser afectado con una orden de comiso.

**LAS ALZADAS:**

Las inconformidades expresadas por los recurrentes en contra del fallo opugnado, están relacionadas con la decisión tomada en dicho proveído en el sentido de no ordenar el comiso del vehículo incautado y su subsiguiente devolución a quien acreditó fungir como su propietario.

En tal virtud, los apelantes expusieron los siguientes argumentos:

1) La Fiscalía, como tesis de su discrepancia, inicialmente expuso que el tercero que reclamó la devolución del vehículo en el pasado había deprecado ante el Ente Acusador una similar petición de restitución, la cual el 9 de noviembre del 2.017 fue despachada desfavorablemente con base en el argumento consistente en que sobre ese rodante ya se habían compulsado copias con destino hacia la Unidad Nacional de Extinción de Dominio, para que en esas dependencias se iniciara el correspondiente proceso extintivo sobre ese bien.

Asimismo, el apelante adujo que tenía sus más serias dudas frente a la ajenidad del conocimiento que tenía el propietario sobre el empleo dado al camión para la comisión del delito, así como sobre la validez de los documentos aducidos por el reclamante para sustentar sus pretensiones, lo que le hacía pensar que se estaba en presencia de un contrato fraudulento hecho con la proterva intención de pretender recuperar el bien, por lo siguiente:

* El contrato aparece autenticado el 12 de diciembre del 2.017, pero el mismo databa del 12 de agosto del 2.016, por lo que fue suscrito 7 días antes de la ocurrencia de los hechos.
* Las clausulas consagradas en el contrato no son las propias del arrendamiento de un vehículo utilizado para el servicio público de transporte sino para el servicio particular, tanto es así que del valor del canon de arrendamiento, $2.000.000,oo mensuales, se nota que se estaba en presencia de algo demasiado irrisorio para un vehículo de semejantes características.
* Durante el devenir del proceso, el encausado nada dijo sobre la existencia del contrato de arrendamiento ni se supo de la existencia del propietario del vehículo, hasta cuando este último hizo su aparición el 9 de noviembre del 2.017 para solicitar la devolución del rodante, arguyendo la condición de propietario y 3º de buena fe, sin decir nada sobre la existencia del contrato de arrendamiento, del cual, extrañamente apareció una copia autenticada a la víspera de proferirse la sentencia.

2) El Ministerio Público, para expresar su inconformidad con el proveído opugnado, adujo que en el presente asunto no se cumplían con los requisitos requeridos para la procedencia de la devolución del tracto-camión utilizado para la comisión del delito, debido a que el incidente de entrega se propuso *ad portas* de proferirse la sentencia, a lo que se le debía adicionar que era poco el valor probatorio de los medios de conocimiento allegados por el incidentalista, con la finalidad de demostrar su ajenidad en la comisión del delito, debido a que a los mismos no se les pudieron ejercer en debida forma la contradicción ni la inmediación.

De igual forma el apelante expresó sobre las suspicacias que generaba sobre que en la inicial petición de entrega no se hiciera referencia alguna a la precaria tenencia del rodante por parte del ahora condenado, pero que ahora si se haga alusión sobre ese tópico.

Asimismo el recurrente expuso que el bien era susceptible de la acción de extinción de dominio, lo que a su vez incidía para que no se pudiera acceder a la petición del reclamante, ya que en el proceso estaba plenamente demostrado que el rodante, ante la presencia de caletas o de bodegas ocultas, había sido habilitado para ser utilizado como instrumento para la comisión de un delito, lo que se adecuaba a la causal de extinción de dominio consagrada en el # 6º del artículo 16 de la ley 1.708 de 2.014. Además, como quiera que esos compartimientos debieron haber sido producto de un arduo trabajo, ello permitía inferir que el dueño del vehículo no podía ser ajeno a la existencia de los mismos.

Finalmente, el apelante argumentó que en la sentencia se incurrió en una grave omisión, porque a pesar que en una audiencia preliminar el rodante fue afectado con la medida cautelar de la suspensión del dispositivo con fines de comiso, en el fallo se ordenó la entrega del bien sin que se dijera nada sobre el levantamiento de tal gravamen, lo que implicaba que el mismo se mantuviera vigente.

Con base en todo lo expuesto, los apelantes solicitaron la revocatoria parcial del fallo confutado, y que en consecuencia se ordene la declaratoria de comiso del camión de placas SUD-470, de la marcha Chevrolet, modelo Kodiak.

**LA RÉPLICA:**

Durante el término del traslado para alegar como no recurrente, la apoderada del 3º interviniente ejerció su derecho de réplica, en el cual se opuso a las pretensiones de los apelantes, las que fueron catalogadas por la no recurrente como carentes de asidero jurídico por ser producto de erróneas interpretaciones de las normas y de los principios procesales penales.

Los alegatos de la no recurrente, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

* No es cierto, como lo afirma la Fiscalía, que el contrato de arrendamiento del vehículo haya sido suscrito 6 días después de cometido el delito, ya que ese contrato data del 15 agosto del 2.016 mientras que el delito se perpetró el 9 de agosto de 2.017, o sea cuando dicho contrato tenía más de un año de vigencia.
* Los apelantes incorrectamente están pretendiendo inferir una actitud sospechosa como consecuencia del mutismo asumido por el Procesado frente a la existencia del contrato de arrendamiento del rodante, lo cual implicaría el desconocimiento del derecho que le asistía a guardar silencio y a la no autoincriminación, en cuya virtud no estaba en la obligación de decir nada sobre esos tópicos.
* Lo argüido por los apelantes para manifestar que el propietario del vehículo si sabía de la destinación ilícita que se le estaba dando a ese rodante, son contrarios al debido proceso, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, máxime cuando en el proceso se logró demostrar con pruebas documentales tanto la propiedad que el 3º interviniente detentaba sobre el vehículo, como su ajenidad sobre las andanzas criminales llevadas a cabo por el arrendatario de ese rodante.
* Es reprochable el comportamiento de la Fiscalía, la cual, de manera precipitada decidió remitir el automotor hacia la Unidad Nacional de Extinción de Dominio, sin que se hubiera decidido judicialmente la suerte de ese rodante, lo cual a su vez le ha causado al propietario de ese automóvil un gravísimo detrimento patrimonial.

En consecuencia de todo lo dicho, la no recurrente solicitó la confirmación de la providencia opugnada en todo aquello que tiene que ver con los reproches formulados por los apelantes.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos de este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidad sustancial o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a los sujetos procesales, que de manera negativa pueda incidir para que la Sala se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación.

**- Problema jurídico:**

De los argumentos del disenso esbozados por los apelantes y la no recurrente, considera la Sala que se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con todos los presupuestos legales necesarios para poder ordenar el comiso del camión de placas SUD-470, de la marcha Chevrolet, modelo Kodiak, el cual fue utilizado por el Procesado JAIDER MANZANO como instrumento para la comisión del delito de tráfico de estupefacientes?

**- Solución:**

Para poder resolver el problema jurídico puesto a consideración de la Colegiatura, en un principio se torna necesario para la Sala llevar a cabo un breve y somero análisis respecto de las características de la institución jurídica del comiso, su procedencia y a partir de qué momento los Jueces que cumplen las funciones de Conocimiento pueden pronunciarse sobre la misma.

Como punto de partida se puede decir, acorde con lo consignado tanto en el artículo 100 C.P. como en el artículo 82 C.P.P. que el comiso es una sanción que implica la pérdida del derecho de dominio, o de derechos afines, que el declarado penalmente responsable tenga o ejerza sobre ciertos bienes que hayan sido utilizados como instrumentos para la comisión de un delito o que provengan o sean fruto de la ejecución del reato, los cuales pasarían a poder del Estado o de la Entidad designada para tal fin, que en este caso sería la Fiscalía General de la Nación por intermedio del Fondo Especial para la Administración de Bienes.

De igual forma, se torna necesario precisar que para la procedencia de la sanción del comiso es menester determinar tanto la clase de bienes que serían susceptibles de dicha pena como la naturaleza del reato en su ámbito subjetivo, ya que acorde con las normas antes citadas, el comiso siempre procederá sobre los bienes que no tenga libre comercio, mientras que en aquellos que sean de libre comercio, dicha pena se aplicará solamente en los eventos en los cuales se esté en presencia de un delito doloso, siempre y cuando que los instrumentos utilizados para la comisión del delito o que provengan de su ejecución sean de propiedad del declarado penalmente responsable.

En lo que atañe con los delitos culposos que sean perpetrados con bienes de libre comercio, se tiene que acorde con lo reglado en los artículos 100 del C. P y del C.P.P. dichos bienes no serían susceptibles de la sanción de marras, debido a que los mismos se erigen como una especie de garantía para el eventual pago de la indemnización de los perjuicios irrogados a las víctimas del delito.

Frente a lo anterior, la Sala considera ilustrativo traer a colación lo que sobre la procedencia de la sanción del comiso ha expuesto la Corte, de la siguiente manera:

“La lectura reposada de las normas transcritas revela lo siguiente:

1. El comiso es procedente en los siguientes eventos:

a. Sobre los instrumentos y efectos que no tengan libre comercio, con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, independientemente de su atribución a título de dolo o culpa.

**b. 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.**

En este caso, el comiso sólo es procedente respecto de los bienes y recursos del penalmente responsable, en el entendido que el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, desarrolla lo consignado en el artículo 100 del Código Penal, y este faculta la medida exclusivamente en lo que toca con “…bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución”

Bajo este criterio, es posible acudir al mecanismo en los casos en los que los bienes de propiedad del penalmente responsable: (i) provengan o sean producto directo o indirecto del delito; (ii) son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos; (iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; (iv) sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos.

(::::)

**La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del C.P., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito.**

2. Todas las hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe.

3. Respecto a los delitos culposos, cuando se trate de bienes que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. Entrega que será definitiva, cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.

En consecuencia, sobre dichos bienes procederán las medidas cautelares de embargo y secuestro, de conformidad con lo estatuido en el capítulo III, del Título II del C. de P. P., con el fin de garantizar el pago de los perjuicios ocasionados con la conducta punible…”[[1]](#footnote-1).

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, para la Sala no existe duda alguna que no le asiste la razón a los recurrentes, por lo que en consecuencia la *A quo* estuvo atinada en la decisión confutada, debido a que en el proceso no se cumplían con los presupuestos requeridos para la procedencia de la sanción del comiso, si nos atenemos a lo siguiente:

* Es cierto que se estaba en presencia de un delito doloso, como lo es el delito de tráfico de estupefacientes.
* Igualmente es un hecho indubitable que el vehículo incautado, o sea el camión de placas SUD-470, de la marca Chevrolet, modelo Kodiak, fue utilizado por el Procesado como herramienta o instrumento para la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.
* También es verdad que el Procesado JAIDER MANZANO no era el propietario del rodante incautado, del cual solamente fungía como un simple y mero tenedor por detentar la condición de arrendatario, ya que el propietario del mismo resultó ser el Sr. GUILLERMO ALFONSO PAREDES VALDERRAMA, como bien se acreditó con los respectivos certificados expedidos por parte del registro único nacional de tránsito (RUNT), así como de las fotocopias de las tarjetas de propiedad de dicho rodante, documentos estos en los cuales aparecía el ciudadano PAREDES VALDERRAMA como el titular del derecho de dominio sobre el vehículo Chevrolet, tipo camión de placas SUD-470.

En suma, si uno de los presupuestos exigidos por las normas consagradas en los aludidos artículos 100 C.P. y 82 C.P.P. es que para la procedencia de la sanción del comiso, en los eventos en los que el instrumento utilizado para la comisión de un delito doloso sea un bien de libre comercio, *se requiere que el bien sea de propiedad del declarado penalmente responsable*, vemos que al estar demostrado en el presente asunto que el vehículo incautado no era de propiedad del reo sino de otra persona[[2]](#footnote-2), es obvio que no sería procedente la aplicación de dicha sanción por no satisfacerse el cumplimiento del anterior requisito. Por lo indicado, la Corporación confirmará parcialmente lo decidido en ese particular sentido por parte de la titular del juzgado de conocimiento.

Superado ese primer problema, pasa a pronunciarse la Sala en relación con el trámite que se le ha dado en este caso particular a la solicitud de restitución impetrada por parte de la apoderada del tercero interviniente. Y en tal sentido se tiene lo siguiente:

El delegado fiscal argumenta que con antelación la apoderada había presentado una solicitud de entrega del vehículo incautado, la cual, como ya se dijo, fue despachada desfavorablemente por parte del ente acusador con base en el argumento consistente en que sobre ese rodante, el 03 de octubre del 2.017 se ordenó la compulsa de copias con destino a la Unidad Nacional de Extinción de Dominio, para que en esas dependencias se iniciara el correspondiente proceso extintivo[[3]](#footnote-3). Asimismo, bien vale la pena acotar que a pesar de ser cierto que la Fiscalía no adujo prueba alguna para demostrar tales afirmaciones, ni sabemos cuáles fueron las razones de hecho o de derecho en las que sustentó su decisión negativa, no se puede desconocer que la apoderada del 3º interviniente en sus alegatos de no recurrente expresamente ha reconocido que ello sucedió, por lo que se debe tener como un hecho cierto, el consistente en que la Fiscalía antes de que el presente asunto relacionado con la restitución del bien incautado hubiera sido ventilado ante el Juzgado de Conocimiento, se había pronunciado de manera negativa ante una petición deprecada en sentido afín, con base en el argumento consistente en que se compulsaron las copias pertinentes para que la Unidad Nacional de Extinción de Dominio iniciaría el correspondiente proceso extinto en contra del vehículo cuya devolución reclamaba el ciudadano GUILLERMO ALFONSO PAREDES.

Podría pensarse, en principio, que ese proceder de la Fiscalía es anómalo, en cuanto:

1. Carecía de competencia para pronunciarse sobre la procedencia o no de una petición de devolución de bienes afectados con medidas cautelares con fines de comiso, debido a que dicha competencia radicaba exclusivamente en los Jueces, en especial de aquellos que cumplen funciones de control de garantías, como bien lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia # C-591 de 2.014, en la cual se declaró la inexequibilidad de apartes del articulo 88 C.P.P. en los siguientes términos:

“El orden jurídico atribuye al juez de control de garantías la función de revisar con posterioridad (dentro de las 36 horas siguientes) la legalidad de las medidas cautelares de incautación y ocupación sobre bienes susceptibles de comiso, adoptadas por el fiscal y ejecutadas por la policía judicial, bajo la consideración de que se trata de actuaciones que pueden afectar derechos fundamentales del imputado, de los sujetos pasivos del delito, o de terceros de buena fe, tal como lo reconoce el artículo 82 C.P.P.

Comoquiera que la decisión de poner fin a estas medidas, a través de la devolución de los bienes a quien tenga derecho a recibirlos, afecta los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso de la víctima, de los terceros de buena fe y el propio imputado, debe contar con la intervención del juez de control de garantías, no a través de una revisión posterior, sino mediante la adopción de una decisión de naturaleza judicial con carácter dispositivo sobre dichos valores, tal como se prevé con respecto al levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo previsto en el inciso segundo del precepto acusado. Tanto la incautación de bienes muebles como la ocupación de inmuebles, comportan severas limitaciones al poder dispositivo de dichos bienes, comoquiera que tratándose de valores sujetos a registro (inmuebles y vehículos) dichas medidas deben ser inscritas, y en lo que concierne a los muebles, el poder de disposición se afecta con la incautación misma.

**En este orden de ideas, la decisión de devolución de los bienes incautados con fines de comiso a quien tenga derecho a recibirlos, debe adoptarse al igual que aquella que dispone sobre el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo sobre bienes susceptibles de comiso, en audiencia ante el juez de control de garantías (Art. 153), a solicitud del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión.**

37. Cuando los bienes han sido objeto de medidas materiales de incautación u ocupación con fines de comiso (Art. 88 C.P.P.), la actuación de autorizar la devolución a quien tenga derecho a recibirlos, trasciende la competencia del fiscal de proveer al aseguramiento de los elementos materiales de prueba, y puede afectar derechos fundamentales (acceso a la justicia, debido proceso, reparación integral), de las víctimas, de terceros con legítimas pretensiones sobre los bienes, o del propio imputado. Se trata de una decisión que involucra potestad dispositiva, comoquiera que implica definir quién tiene derecho a recibir los bienes del penalmente responsable, que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o que hubiesen sido utilizados en delitos dolosos como medio o instrumento para su ejecución.

Una decisión de tal naturaleza es propia del juez de control de garantías, en cuanto involucra potestad jurisdiccional y demanda la apertura de un escenario de discusión (audiencia preliminar), para que quienes tengan expectativas legítimas sobre los bienes incautados u ocupados con fines de comiso puedan hacerlas valer ante la autoridad con poderes jurisdiccionales.

(:::)

40. A partir de las consideraciones anteriores se puede concluir que la regulación establecida en el inciso primero del artículo 88 del código de procedimiento penal, según la cual “por orden del fiscal” serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tuviere derecho a recibirlos, en las hipótesis allí previstas, excede los límites constitucionales a la facultad de configuración que se adscribe al legislador comoquiera que restringe el derecho de los ciudadanos (víctimas, terceros de buena, e incluso del propio imputado) a acceder a una instancia judicial (la audiencia ante el juez de control de garantías) para discutir sus pretensiones, adscritas a los bienes incautados u ocupados con ocasión de la comisión de un delito doloso.…”[[4]](#footnote-4).

1. El inciso 2º del artículo 85 C.P.P. establece lo siguiente:

“Presentada la solicitud, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes y recursos cuando constate alguna de las circunstancias previstas en el artículo 83. ***Si determina que la medida no es procedente, el fiscal examinará si el bien se encuentra dentro de una causal de extinción de dominio, evento en el cual dispondrá en forma inmediata lo pertinente para que se promueva la acción respectiva***…”[[5]](#footnote-5).

De conformidad con lo anterior, tanto el señor fiscal como la parte interesada en la restitución, estaban en el deber de acudir ante el señor juez de control de garantías con miras a levantar la medida cautelar y disponer la entrega. No obstante, en criterio de la Sala Mayoritaria ese proceder era estrictamente indispensable en lo atinente a la figura del comiso, no frente a la iniciación de una potencial extinción de dominio, como quiera que este instituto está orientado por el principio de autonomía y no depende para su comienzo y desarrollo del trámite del proceso penal, e incluso tanto el comiso como la extinción de dominio pueden correr en forma paralela o simultánea dado que no son en modo alguno excluyentes.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con uno de los reproches formulados por el representante del Ministerio Publico, quien puso en tela de juicio el poder suasorio de los medios de conocimiento aducidos por la apoderada del 3º interviniente, debido a que en su opinión los mismos contrariaban los principios de contradicción e inmediación, la Sala dirá que le asiste algo de razón a la tesis propuesta por el representante del Ministerio Publico, porque acorde con el diseño dado por el legislador al esquema procesal penal vigente, se tiene que son prácticamente restringidos los espacios procesales habidos en el proceso para hacer eficaz los principios de contradicción e inmediación en aquellos eventos en los cuales en la fase del Juzgamiento un tercero solicita la restitución de un bien que ha sido objeto de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo con fines de comiso; lo que no acontecería en aquellos casos en los que una petición similar sea deprecada en la fase de la investigación, si se tiene en cuenta que acorde con las voces del articulo 88 C.P.P. ese tipo de peticiones deber ser dilucidadas en una audiencia preliminar[[6]](#footnote-6) llevada a cabo ante los Jueces que cumplen funciones de Control de Garantías, vista pública que obviamente se llevaría a cabo con respeto de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

No desconoce la Sala que en sistemas procesales penales abrogados, ese tipo de peticiones deprecadas por terceros, o sea por personas distintas de los sujetos procesales, en las cuales se solicitaba la devolución del objeto material del ilícito, se tramitaban de manera incidental[[7]](#footnote-7), pero en la actualidad, a pesar de las directrices trazadas por los principios de integración y de la coexistencia[[8]](#footnote-8), esos incidentes procesales, por contrariar los postulados que orientan los principios de celeridad, inmediación y publicidad, no serían compatibles con el esquema procesal penal regulado en la ley 906 de 2.004. Pero a pesar de la aludida falencia habida en el actual esquema procesal, a fin de garantizar la eficacia de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, la Sala es de la opinión que cuando en la fase del juicio un tercero le solicita al Juez del Conocimiento la devolución o restitución del objeto material del ilícito o del instrumento con el que el reato se perpetró, el cual había sido afectado con medidas cautelares con fines de comiso, debe abrir un espacio para que el tercero interviniente proponga sus pretensiones y haga valer sus pruebas, en contra de lo cual la Fiscalía y los demás intervinientes podrán hacer uso de los derecho de confrontación, contradicción y replica.

En el caso en comento, a pesar de estar en presencia de un proceso abreviado, dicho espacio procesal fue abierto por la titular del Juzgado *A quo* en el devenir de la audiencia de individualización de penas, en la cual la Fiscalía se opuso a las pretensiones de restitución del tercero interviniente y en consecuencia solicitó el comiso del rodante utilizado para transportar los narcóticos, con base en el argumento consistente en que pretéritamente dicho vehículo había sido afectado con medidas cautelares con fines de comiso y que el 3 de octubre del 2.017 ese automotor fue puesto a disposición de la Unidad Nacional de Extinción de Dominio[[9]](#footnote-9). A su vez, en esa vista, la apoderada del tercero interviniente, controvirtió la posición asumida por la Fiscalía y expuso las razones de hecho como de derecho por la cuales, en su opinión, se le debería entregar al Sr. GUILLERMO ALFONSO PAREDES el camión incautado, para lo cual adujo las pruebas del caso, con las que pretendía demostrar la ajenidad de PAREDES VALDERRAMA en las andanzas criminales de JAIDER MANZANO.

En ese contexto, la Sala Mayoritaria es del criterio que la decisión de la funcionaria de instancia se debió limitar a negar el comiso con fundamento simple y llanamente en que el bien no era de propiedad del procesado, sin penetrar o adelantar criterios con respecto al valor suasorio de los medios de convicción aducidos para obtener la restitución del bien a favor del propietario. Lo dicho, como quiera que la definición de ese asunto debía quedar diferida a la autoridad competente de adelantar el trámite de extinción de dominio, dado que el automotor permanecerá a disposición de la Unidad de Extinción de Dominio para el pronunciamiento respectivo.

**- Conclusiones:**

Acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

Muy a pesar que el vehículo incautado es un bien de libre comercio el cual fue utilizado como herramienta para la comisión de un delito doloso, no era procedente la sanción de comiso debido a que ese bien no era de propiedad del procesado, sino de un tercero, y en tal sentido, el Tribunal confirmará parcialmente la decisión adopta por la titular del juzgado de primera instancia.

La Sala Mayoritaria, actuando en consonancia con lo solicitado tanto por el delegado fiscal como por el agente del Ministerio Público, no está de acuerdo con la orden de entrega o restitución proferida por el juzgado de conocimiento respecto del camión de placas SUD-470 que llevaba el tráiler # R41835, de la marca Chevrolet, modelo Kodiak, a favor del ciudadano GUILLERMO ALFONSO PAREDES VALDERRAMA, y en su lugar se dispondrá que el bien quede a disposición de la Unidad de Extinción de Dominio adscrita a la Fiscalía General de la Nación, acorde con lo indicado en el cuerpo motivo de esta providencia. En tal sentido se modificará el fallo de primer grado.[[10]](#footnote-10)

Se hace constar que habida consideración a que el magistrado disidente Dr. MANUEL YARZAGARAY BANDERA en su inicial ponencia había ordenado la entrega de ese vehículo, salvará parcialmente su voto en tal sentido debido a que la Sala Mayoritaria no compartió esa específica determinación.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR PARCIALMENTE** lo resuelto en la sentencia proferida por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del diecinueve (19) de enero hogaño, en la cual, además de declararse la responsabilidad criminal del Procesado **JAIDER MANZANO** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de transportar, se abstuvo de ordenar el comiso del camión de placas SUD-470, de la marca Chevrolet, modelo Kodiak.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso la entrega de ese automotor a la persona que alega su propiedad; y en su lugar se dispone dejar el citado vehículo a disposición de la UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO adscrita a la Fiscalía General de la Nación, autoridad que definirá lo pertinente con respecto al destino que debe dársele al tractocamión marca Chevrolet Kodiak, modelo 2007, de servicio público, número de motor 9SZ30609, identificado con placas SUD-470

**TERCERO:** Declarar que en contra del Fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de las oportunidades procesales pertinentes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

-Salva parcialmente el voto-

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 2ª Instancia del diez (10) de agosto de 2.016. SP11015-2016. Rad. # 47660. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-1)
2. Vehículo adquirido el 27 de abril de 2010. [↑](#footnote-ref-2)
3. Así lo hizo saber la Fiscalía durante su intervención en la audiencia de individualización de penas celebrada el 14 de noviembre de 2.017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional: Sentencia # C-591/14. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. Negrillas en cursiva son nuestras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Según se desprende de lo consignado en el artículo 88 C.P.P. la competencia de los Jueces que cumplan funciones de Control de Garantías para resolver ese tipo de peticiones iría ***«hasta antes de la formulación de la acusación»***, lo que quiere decir que después de impetrada la acusación, la competencia para atender esa peticiones le correspondería a los Jueces Penales que cumplan funciones de conocimiento. [↑](#footnote-ref-6)
7. Al respecto se pueden consultar los artículos 138 y 139 de la ley 600 del 2.000. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre la aplicación de estos principios, se puede consultar la Sentencia del 08 de abril de 2008, Rad. # 25306, proferida por la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Registros # 16:00 al # 18:00. [↑](#footnote-ref-9)
10. El anterior proceder de la Sala Mayoritaria se encuentra en armonía con lo dispuesto en un caso de similar connotación por la Sala de Casación Penal, concretamente en decisión proferida en el radicado 23086 de fecha 03 de abril de 2008, por medio de la cual la H. Corte Suprema de Justicia dispuso lo siguiente: “En esas condiciones, sobre el bien objeto de investigación, la Sala no dispone su entrega a los propietarios, habida consideración que ello lo deberá establecer la **Fiscalía General de la Nación Unidad de Extinción de dominio**, pues su procedencia depende del resultado de las pesquisas que allí se inicien sobre el particular” […] “RESUELVE: […] **Quinto: Ofíciese** por secretaria de la Sala, con destino a la **Fiscalía General de la Nación, Unidad de Extinción de Dominio**, a fin de dejarle a disposición la bodega ubicada en la carrera 44 A No. 31-210 de Medellín, con base en las razones esbozadas en la parte final de esta providencia”.  [↑](#footnote-ref-10)