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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / DESTINO DEL VEHÍCULO INCAUTADO / COMO NO SE SOLICITÓ NI PRACTICÓ MEDICA CAUTELAR SOBRE EL MISMO, COMPETE A LA FISCALÍA DECIDIR SI LO ENTREGA O PROMUEVE EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.**

… entre las medidas cautelares existe la incautación –la cual recae sobre bienes muebles- y la ocupación -que recae sobre bienes inmuebles-, las cuales tienen como finalidad sacar del comercio los bienes y recursos considerados como susceptibles de comiso, mientras se toma una decisión definitiva al respecto. Y que existen las medidas jurídicas de protección, entre las cuales está la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro.

Es abiertamente comprensible e indiscutible, que para garantizar el comiso de un bien que fue utilizado para la realización de un injusto, se requiere que PREVIAMENTE la Fiscalía haya solicitado ante el juez de control de garantías alguna de las dos medidas cautelares dispuestas por el código de procedimiento penal, ya sean ellas materiales o jurídicas. Sin embargo, analizado con detenimiento este asunto, se observa que la Fiscalía no hizo ninguna solicitud de medida cautelar del vehículo marca Hyundai de placa GGK-923, toda vez que revisado el audio de la audiencia de formulación de imputación no se aprecia petición alguna en tal sentido…

… ante la ausencia de una medida cautelar contra el referido bien, no le corresponde a la judicatura resolver sobre la entrega del mismo; en consecuencia, fue acertada la decisión de la falladora de primer nivel en el sentido de disponer que sea la Fiscalía General de la Nación quien frente al vehículo marcha Hyundai GGK-923 tome uno de los siguientes dos caminos: (i) entrega el automotor; o (ii) lo deja a disposición de la Fiscalía de Extinción de Dominio.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

 Pereira, nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN No 799

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Septiembre 10 de 2019. 9:35 a.m. |
| Imputados:  | EC Y OTROS |
| Cédula de ciudadanía: | 94.497.919 Expedida en Cali (V.), 25.530.626 expedida en miranda (C.), y 1.112.228.996 expedida en Cali (V.), respectivamente. |
| Delito: | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  |
| Víctima: | La salud pública  |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía contra la sentencia de agosto 16 de 2019, en lo que respecta a la decisión de no ordenarse la entrega definitiva de un vehículo. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.Los hechos objeto de investigación tuvieron ocurrencia en febrero 17 de 2019 en el kilómetro 86 de la vía Andalucía – Cerritos, jurisdicción de esta ciudad, cuando servidores adscritos a la Policía Nacional en un puesto de control le hicieron señal de pare al conductor del vehículo de servicio particular, marca Hyundai, de placa GGK-923, para realizar un registro a los pasajeros, procedimiento en el que se hallaron en los guardabarros traseros del automotor 33 paquetes con sustancia vegetal verde con características a marihuana y un paquete con sustancia rocosa color beige similar a cocaína, motivo por el cual fueron capturados. La sustancia incautada arrojó un peso de 16.600 gramos para cannabis sativa y 1.594,6 gramos de cocaína y sus derivados.

## 1.2.- Por esos hechos, la Fiscalía formuló imputación (febrero 18 de 2019) a EC Y OTROS ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira (Rda.), en calidad de coautores a título de dolo por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes –art. 3765 inciso 1° C.P.-, en la modalidad de transportar, cargo que los indiciados NO ACEPTARON. Se les impuso medida de aseguramiento en centro carcelario

**1.3.-** Ante la no aceptación de cargos la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (abril 08 de 2019), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en el que se les atribuyó a **EC Y OTROS** idéntico cargo. Antes de dar comienzo a la audiencia de formulación de acusación -y luego de varios aplazamientos- (julio 17 de 2019) la Fiscalía informó que había llegado a un preacuerdo en el que los acusados aceptaban el cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes si a cambio se degradaba la participación de coautores a cómplices y se fijaba la pena de prisión y multa en 70 meses y 729.53 s.m.l.m.v., respectivamente. Por parte de la titular del juzgado de conocimiento se impartió legalidad al preacuerdo.

1.4.- En agosto 16 de 2019 la juzgadora emitió sentencia por medio de la cual: (i) condenó a **EC Y OTROS** a la pena de 70 meses de prisión, y multa de $604.135.4645 por la conducta punible de tráfico de estupefacientes, en los términos del preacuerdo; (ii) les impuso inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad; (iii) les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal; y (iv) dejó a disposición de la Fiscalía el vehículo marcha Hyundai, color rojo, modelo 1998, se placa GGK-923 para que se decida si lo entrega o lo dejan a disposición de la Fiscalía General de Nación para que adelante el respectivo proceso de extinción de dominio, por encontrarse el automotor en la circunstancia descrita por el numeral 5 del artículo 16 de la Ley 1708/14.

1.5.- Inconforme con la determinación adoptada -en relación con la no entrega definitiva del automotor- la Fiscalía interpuso recurso de apelación.

2.- Debate

**2.1.**- Fiscal -recurrente-

Solicita se revoque la decisión respecto a no ordenarse la entrega del vehículo de placa GGK-923 incautado en la investigación, y argumentó:

El artículo 85 C.P.P. dice que en la formulación de imputación o en audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías la Fiscalía podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo con fines de comiso, por lo que se tendrá en cuenta el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad de la económica.

Por su parte el artículo 88 C.P.P. señala que antes de formularse la acusación y en un término que no exceda de seis meses serán devueltos los bienes y recursos incautados, pero la Corte Constitucional en sentencia C-591/14 declaró inexequible el aparte de la norma que autorizaba a la fiscalía ordenar dichas entregas, por tanto, corresponde a los jueces de garantía o de conocimiento disponer la entrega de los vehículos.

En su momento le solicitó a la falladora la entrega del vehículo para que el mismo no quedara a la deriva, máxime cuando la Fiscalía no tiene ningún interés en ese bien, por cuanto el automotor se encuentra dañado; en consecuencia, asegura, la Fiscalía no puede ordenar la entrega del vehículo, y no iniciará proceso de extinción de dominio.

**2.2.**- Las partes no recurrentes no se pronunciaron.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 178 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra una providencia susceptible de ese recurso y por una de las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Corporación se contrae básicamente a determinar si fue acertado por parte de la funcionaria a quo haber dispuesto que sea la Fiscalía la que adopte una decisión definitiva con respecto al destino del automotor de placas GGK-923; y, de acuerdo con el resultado del anterior interrogante, se establecerá si se debe confirmar la sentencia, aclararla, modificarla, o revocarla total o parcialmente.

**3.3.- Solución a la controversia**

Atendiendo a que el objeto de discusión no se centra en aspectos relacionados con la responsabilidad penal de los condenados, sino en la decisión judicial adoptada en el fallo en relación con el vehículo utilizado para el delito contra la Salubridad Pública, únicamente hará referencia la Sala a este concreto tema:

En la determinación de primera instancia la funcionaria dispuso que fuera la Fiscalía Quince Unidad de Salud de esta ciudad quien determinara si entregaba el vehículo marcha Hyundai, color rojo, modelo 1998, de servicio particular con placa GGK-923, o lo deja a disposición de la Fiscalía de Extinción de Dominio por encontrarse en la circunstancia descrita en el numeral 5º del artículo 16 de la ley 1708/14. Sin embargo, la representante del ente acusador considera que la entrega debe ser de manera definitiva a favor del señor BELISARIO DE JESÚS ROSERO GAVIERA quien figura como propietario, y que corresponde a la jueza de conocimiento emitir dicha orden.

Para resolver lo anterior, es importante tener claridad sobre dos aspectos legales debidamente diferenciados y diferenciables: El primero de ellos, es la figura de las **medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso;** y, el segundo, el **comiso y su procedencia.** Por tanto, nos remitiremos al siguiente marco normativo:

Artículo 100 C.P.: “**Comiso**. 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. Igual medida se aplicará 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”.

Artículo 82 de la Ley 906 de 2004: “**Procedencia.** El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, *sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe*.

Artículo 83 C.P.P.: **Medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso**. Se tendrán como medidas materiales con el fin de garantizar el comiso la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo. Las anteriores medidas procederán cuando se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros.

Artículo 85, ibídem: **Suspensión del poder dispositivo.** En la formulación de imputación o en audiencia preliminar el fiscal podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, que se mantendrá hasta tanto se resuelva sobre el mismo con carácter definitivo o se disponga su devolución. 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 anterior. 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. En todo caso, para solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, el fiscal tendrá en cuenta el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración.

Se extrae de lo anterior que entre las medidas cautelares existe la **incautación** –la cual recae sobre bienes muebles-y **la ocupación** -que recae sobre bienes inmuebles-, las cuales tienen como finalidad sacar del comercio los bienes y recursos considerados como susceptibles de comiso, mientras se toma una decisión definitiva al respecto. Y que existen las medidas jurídicas de protección, entre las cuales está la **suspensión del poder dispositivo** de los bienes sujetos a registro.

Es abiertamente comprensible e indiscutible, que para garantizar el comiso de un bien que fue utilizado para la realización de un injusto, se requiere que PREVIAMENTE la Fiscalía haya solicitado ante el juez de control de garantías alguna de las dos medidas cautelares dispuestas por el código de procedimiento penal, ya sean ellas materiales o jurídicas. Sin embargo, analizado con detenimiento este asunto, se observa que la Fiscalía no hizo ninguna solicitud de medida cautelar del vehículo marca Hyundai de placa GGK-923, toda vez que revisado el audio de la audiencia de formulación de imputación no se aprecia petición alguna en tal sentido, ni pronunciamiento del juez de garantías en cuanto a alguna medida cautelar contra ese rodante. Tan cierta es esa afirmación, que la fiscal en la audiencia celebrada en julio 17 de 2019 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito, reconoció que no existe una afectación contra dicho automotor. Es más, ni siquiera el vehículo fue puesto a disposición del juzgado de conocimiento.

Aunque la representante del ente acusador asevera que el artículo 88 C.P.P. le impide realizar la entrega del vehículo, por cuanto la Corte Constitucional en sentencia C-591/14 declaró inexequible la expresión “por orden del fiscal”, esa facultad sí es procedente cuando no existe ninguna medida cautelar, y así lo dejó consignado la misma sentencia:

“31. La medida de incautación y ocupación de bienes con fines de comiso cuenta con la intervención del juez de control de garantías, en cuanto afecta derechos subjetivos, y eventualmente derechos fundamentales. La medida que la levanta debe así mismo garantizar el ejercicio de potestad jurisdiccional y el acceso de los posibles afectados a un espacio de discusión ante la autoridad con poder dispositivo sobre derechos subjetivos. **Escenario distinto es aquél en que el fiscal, en el ejercicio de su potestad constitucional de “asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la cadena de custodia” aprehende bienes con fines de investigación, sin que estos se encuentren afectados con medida material o jurídica alguna, caso en el cual la devolución, se efectuará directamente por el fiscal una vez examinados y levantados los registros correspondientes.** -negrilla y subrayado de la Sala-

Por lo anterior, y ante la ausencia de una medida cautelar contra el referido bien, no le corresponde a la judicatura resolver sobre la entrega del mismo; en consecuencia, fue acertada la decisión de la falladora de primer nivel en el sentido de disponer que sea la Fiscalía General de la Nación quien frente al vehículo marcha Hyundai GGK-923 tome uno de los siguientes dos caminos: (i) entrega el automotor; o (ii) lo deja a disposición de la Fiscalía de Extinción de Dominio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de recurso, con las aclaraciones y observaciones indicadas en el cuerpo motivo.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**