

Instrumentación cautelar del comiso*



Manuel Alberto Restrepo Medina**

Recibido: 2 de agosto de 2006

Aprobado: 20 de agosto de 2006

RESUMEN

El cambio en las características de la delincuencia, del derecho penal clásico al derecho penal de la globalización, ha llevado también a un cambio en la respuesta institucional para confrontarla; en ese orden de ideas, más que en la restricción de la libertad individual, el énfasis se ha puesto en la persecución de los beneficios patrimoniales obtenidos a través de la actividad delictiva. Ello ha llevado a recuperar y redimensionar la figura del comiso, para cuya eficacia ha sido menester acudir a su instrumentación cautelar. De esta última se ocupa el presente artículo, al examinar el régimen colombiano sobre la materia, contrastarlo con el del derecho español, y evaluar su eficacia como herramienta de política criminal del Estado.

Palabras clave: comiso, medida cautelar, delincuencia organizada.

ABSTRACT

The change in the characteristics of delinquency from a perspective of classis criminal law to globalized criminal law has required a change in institutional responses to it.; in that sense, more than in just the restriction of the individual freedom, the emphasis has been placed on in the pursuit of the patrimonial benefits obtained through the criminal activity. It has moved into the area of recovery and reconceptualization of property subject to forfeit. This requires an examination of the use and effectiveness of preventative or precautionary measures. In regard to the last point, it is the object of this article, when examining the Colombian law on the matter, to contrast it with that of the Spanish law, and to evaluate their effectiveness as a tool of state criminal policy.

Key words: Forfeit, precautionary measure, organized delinquency.



* El presente artículo ha sido escrito en desarrollo de la investigación adelantada por el autor para la elaboración de su tesis doctoral que versa sobre la administración cautelar de bienes con fines de comiso y cuenta con el patrocinio institucional de la Universidad del Rosario.

** Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. E-mail: marestre@urosario.edu.co.

INTRODUCCIÓN

El comiso, que para el derecho penal clásico tenía una importancia marginal, bajo el entendido de que en razón de la declaración de responsabilidad penal el Estado le imponía al responsable, como pena accesoria a la principal, la privación del dominio sobre los bienes empleados para la comisión del delito o que provinieran de su ejecución, ya fuera para ser destruidos por razón de su peligrosidad o para evitar que ellos se emplearan nuevamente para la ejecución de otros delitos,¹ en el derecho penal de la globalización ha adquirido un importante relieve como instrumento para combatir las formas contemporáneas de la delincuencia organizada y transnacional que mayor impacto generan sobre la sociedad actual.²

Hoy existe una realidad distinta que se caracteriza, como lo plantean Puleio y Fonzo,³ por el desarrollo de la economía criminal, que tiene efectos devastadores sobre la economía legal, contamina los circuitos financieros y crediticios, altera la marcha de los mercados recurriendo a instrumentos extraños al mundo empresarial legal, favorece la economía sumergida y la sustracción de masas financieras al cobro fiscal.

Esa nueva realidad ha determinado una reacción desde el derecho penal, no solamente con la tipificación de nuevos comportamientos delictivos y el incremento de la cooperación y la asistencia judicial internacionales, sino con el empleo y afinamiento de herramientas ya existentes, pero de las cuales no se había hecho un uso relevante, como lo son la extradición y el comiso o decomiso.

En ese sentido, desde el derecho internacional se ha instado a los Estados para adoptar fórmulas en su derecho interno que faciliten



¹ En ese sentido, Bettiol resume la significación que dentro de esta concepción se atribuye al comiso, al señalar que si bien se dirige a lograr una finalidad preventiva, no depende de la peligrosidad del sujeto y por tanto no se encamina a lograr la readaptación a la vida social del autor del hecho, sino a eliminar cosas que son peligrosas por sí mismas o que mantenidas por el sujeto hagan probable que se empleen para cometer nuevas infracciones. Bettiol, Guisepppe, *Derecho Penal*, trad. de José León Pagano. Bogotá, Temis, 1965, p. 797.

² Choclán Montalvo plantea que la regulación del comiso inscrita en los patrones del derecho penal clásico no está en condiciones de proporcionar un instrumento útil a los órganos encargados de la persecución penal para eliminar las ventajas patrimoniales derivadas del delito en los niveles más altos de criminalidad, y es absolutamente ineficaz para combatir el poder económico de la criminalidad organizada. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 15-21.

³ Puleio, Francesco y Fonzo, Ignazio, "Reflexiones sobre la lucha contra la delincuencia organizada", en Ramírez Montes, Sandra Patricia et al., *Delincuencia organizada y sistema acusatorio*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 204.

la persecución, ya no sólo de los instrumentos y efectos del delito, sino y principalmente, de la ganancia ilícita obtenida con su realización, y para lograr ese propósito se ha encontrado en la ampliación del objeto del comiso uno de los mecanismos idóneos.

Como lo afirma José Luis Conde,⁴ dadas las posibilidades que ofrece la estructura financiera mundial para introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos de todo tipo de conductas especialmente lucrativas, el comiso ha sido aceptado como una herramienta adecuada para combatir eficazmente la delincuencia organizada, y en particular aquella con motivación económica.

En ese orden de ideas, y especialmente inducidas a partir de la Convención de Viena de 1988, las diferentes legislaciones han venido adaptando su normativa sobre el comiso a esos requerimientos formulados por la comunidad internacional. Ejemplo de esas adaptaciones son las modificaciones recientes a la regulación del comiso en las legislaciones colombiana –Ley 906 de 2004– y española –Ley Orgánica 15, de noviembre 23 de 2003–.

La vigencia que ha cobrado la institución del comiso con esa finalidad, puesta de relieve por las Naciones Unidas al concebirla “como arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial”, hace que el estudio de la misma tenga hoy plena actualidad, y que el análisis de sus diferentes facetas sirva para mostrar la adecuación o inadecuación de los cambios legislativos al propósito que se le ha querido dar como herramienta de lucha contra la criminalidad organizada.⁵



⁴ Conde, José Luis, El comiso de bienes en el derecho español. Presupuestos de su adopción y límites en su aplicación, en www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Ponencias/ComisoDerechoEspa%C3%B1ol.doc

⁵ Precisamente este artículo pretende avivar el interés por el estudio de esta institución, de la cual, aparte de las referencias generales presentes en los manuales y tratados de derecho penal, la doctrina nacional no se ha ocupado con suficiencia y solamente pueden identificarse los siguientes artículos al respecto, en orden cronológico: Bernal Cuéllar, Jaime, “El comiso frente al Nuevo Código Penal”, en revista *Derecho penal y criminología*, Vol. 4, No. 15, septiembre-diciembre de 1981; Henao Ospina, Marino, “El comiso: análisis de la institución”, en revista *Derecho penal y criminología*, Vol. 4, No. 15, septiembre-diciembre de 1981; Valencia M., Jorge Enrique, “Algo más sobre el comiso”, en Giraldo Marín, Luis Carlos (director), *Estudios de derecho penal en homenaje al Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola*, Cali, Colección Pequeño Foro, 1983; Mejía Escobar, Carlos E., Comiso, “Confiscación, secuestro y depósito”, en *Cinco estudios sobre la ley 2ª de 1984*, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1984; González Navarro, Antonio Luis, “El comiso”, en *Revista de Derecho Penal*, No. 42, Bogotá, abril-mayo de 2004. En la literatura jurídica española, cuyo régimen jurídico es el que se ha tomado como

Así, la eficacia del comiso depende en buena medida del aseguramiento de los bienes decomisables antes de que se produzca el pronunciamiento judicial definitivo sobre los mismos, a través de medidas cautelares reales, cuyo decreto y práctica responde a las características del régimen general de la tutela cautelar judicial.

Ahora bien, en atención a las particulares connotaciones que ha adquirido la delincuencia económica empresarial, característica del derecho penal de la globalización, los distintos regímenes jurídicos, inducidos por instrumentos de derecho internacional como la Convención de Viena de 1998, han impulsado la adopción de medidas cautelares especiales tratándose de los delitos de narcotráfico, blanqueo de capitales o lavado de activos y otras conductas relacionadas.

En el particular caso colombiano, la manera como se ha respondido a esa exhortación de la comunidad internacional, más que a través de una regulación especial para el comiso en relación con esos delitos, ha sido mediante la creación de una figura procesal autónoma, de carácter patrimonial, independiente del proceso penal, denominada acción de extinción del dominio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto del presente artículo consiste en presentar el régimen jurídico de instrumentación cautelar del comiso en el derecho colombiano, con especial detenimiento en su aplicación a las conductas punibles más representativas de la denominada delincuencia empresarial transnacional, teniendo como referente de comparación el régimen español, y efectuar algunas consideraciones sobre la eficacia de dicho régimen, a partir de su contenido y aplicación.

1. INSTRUMENTACIÓN CAUTELAR DEL COMISO

Las medidas cautelares, como manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, responden a la necesidad o con-

referencia para el estudio comparativo con el caso colombiano en el presente artículo, el tema del comiso ha suscitado preocupaciones recientes y, en esa medida, aparte de referencias encontradas en los libros de comentarios al Código Penal, se encuentran los trabajos de Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada, Comares, 2004; Choclán Montalvo, ob. cit.; Aguado Correa, Teresa, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Universidad de Sevilla, en www.criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf; Conde, ob. cit.

veniencia 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.⁶

Por ello, 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,⁷ y siempre que al bien sobre el cual ella recaiga le sea atribuible la naturaleza de decomisible con cierto grado de probabilidad.⁸

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.⁹

Como señala Pérez,¹⁰ 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.

En la legislación argentina, la reforma introducida al Código Penal por la Ley 25.815 de 2003, establece una amplia potestad cautelar judicial para garantizar el comiso, al establecer que el juez puede adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.



⁶ Serrano Butragueño, Ignacio, "De las consecuencias accesorias", en AA.VV., *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, Comares, 1998, p. 868.

⁷ *Ibíd.*, pp. 867-868.

⁸ Choclán Montalvo, ob. cit., p. 91.

⁹ *Ibíd.*, p. 91.

¹⁰ Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, 2 edición, Bogotá, Temis, 1977, pp. 839-841.

Gauna¹¹ señala que aunque se trata de reglas de naturaleza procesal, que técnicamente no deberían estar en el Código Penal, no hay duda sobre su razonabilidad, y desde el punto de vista de una política criminal, puede resultar conveniente, en un Estado federal, fijar pautas de procedimiento comunes para la judicatura, en atención a que la mayoría de códigos de procedimiento de los Estados no autorizan expresamente la adopción de medidas cautelares distintas del secuestro ni abarcan la amplia gama de bienes a los que ahora resulta aplicable la disposición comentada, y ninguno permite hacerlo desde el inicio de las actuaciones judiciales.

En el Código de Procedimiento Penal colombiano vigente,¹² las medidas cautelares orientadas a lograr la efectividad del comiso son la incautación y ocupación de los bienes y recursos del penalmente responsable, y la suspensión de su derecho dispositivo, que recaen tanto sobre los instrumentos –bienes utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio para su ejecución–, como sobre los efectos –bienes que provengan o sean producto directo o indirecto del delito–.

Dentro de las treinta y seis horas siguientes al acto de aprehensión o incautación, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías para realizar la audiencia de revisión de la legalidad de la actuación, y si aquel encuentra acreditados los requisitos, impone al sindicado la prohibición de disponer de los correspondientes bienes o recursos; la misma decisión procede ser impuesta a petición del fiscal, aun si los bienes no han sido previamente aprehendidos o incautados, y en uno y otro caso los bienes objeto de la medida pasan a la Fiscalía General de la Nación para su administración.¹³

La prohibición puede ser levantada por el juez de control de garantías a petición del fiscal o de cualquier parte legitimada, y en todo caso la parte acusadora puede solicitar al mismo funcionario la devolución de los bienes, salvo que sean necesarios para la indagación o investigación, o que haya lugar a promover una acción de extinción del dominio.¹⁴



¹¹ GAUNA, Omar R., Actualización del Código Penal, en www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/05/0000556.pdf.

¹² Véase la referencia efectuada a las medidas cautelares reales en el proceso penal en García Sarmiento, Eduardo y García Olaya, Jeannette M., *Medidas cautelares introducción a su estudio*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 299-304.

¹³ *Ibíd.*, pp. 299-300; Espitia Garzón, Fabio, *Instituciones de derecho procesal penal*, 5 edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 320-321.

¹⁴ García Sarmiento y García Olaya, ob. cit., p. 300.


En este último caso, las medidas cautelares que se pueden decretar son la suspensión del poder dispositivo, y el embargo y secuestro preventivos. Como consecuencia de aquélla, a partir de la providencia que la ordene se presenta ilicitud en el objeto respecto de cualquier acto, contrato o negocio jurídico de constitución de derechos o de adquisición o transferencia del dominio sobre los bienes objeto de extinción.¹⁵

Así, mientras que la nueva normativa colombiana, contenida en la Ley 906 de 2004, establece como medidas cautelares con fines de comiso la suspensión del poder dispositivo y la incautación u ocupación, el régimen de la extinción de dominio, contenido en la Ley 793 de 2002, prevé como tales la suspensión del poder dispositivo, y el embargo y secuestro.

Procesalmente, mientras que las cautelas en materia penal están sujetas hoy a la decisión del juez de garantías, tratándose de las que conciernen a la acción de extinción del dominio, ellas siguen estando en la órbita de los fiscales; en esos mismos eventos la actividad probatoria se radica en cabeza de cada una de esas autoridades.

Igualmente, mientras permanezcan vigentes las medidas cautelares, la administración de los bienes decomisables corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en tanto que la de los extinguidos compete a la Dirección Nacional de Estupefacientes,¹⁶ salvo los bienes incautados por delitos de narcotráfico y conexos, los cuales también pasan a la administración de esta última, conforme a las reglas especiales que se expondrán más adelante.

En la normativa española,¹⁷ aparte de las disposiciones cautelares especiales para determinados delitos, son aplicables al régimen general del comiso las medidas cautelares reales contempladas tanto en el procedimiento penal como en el procedimiento civil, a saber: la fianza y el embargo, cuando ellas procedan para garantizar la eficacia del pronunciamiento judicial que pueda recaer sobre el comiso, especialmente para asegurar el comiso de reemplazo.

 ¹⁵ Espitia Garzón, ob. cit., p. 431.

¹⁶ Sobre las diferencias entre el comiso y la extinción del dominio en la legislación colombiana, véase Espitia Garzón, *Ibid.*, pp. 433-435.

¹⁷ Sobre la tutela cautelar judicial con fines de comiso en la legislación española véase Choclán Montalvo, ob. cit., pp. 93-97.

Cuando el embargo recaiga sobre alguna empresa o grupo de empresas o acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social o del patrimonio común, es procedente en forma complementaria el decreto de la medida de administración judicial de la empresa, teniendo en cuenta su previsión en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la aplicabilidad de su régimen cautelar al proceso penal, a pesar de la manera restrictiva en que se encuentra prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto de los bienes muebles son también aplicables las medidas de custodia y conservación por parte del juez de instrucción o de la policía judicial dentro de las primeras diligencias; tales medidas consisten en la consignación de las pruebas del delito que puedan desaparecer, y la recolección y custodia de aquellos elementos conducentes a la comprobación de su ocurrencia y a la identificación del delincuente, pruebas y elementos que pueden consistir en elementos de naturaleza decomisible.

En relación con los bienes inmuebles y muebles sujetos a registro, la anotación preventiva de la querrela, por analogía a la de la demanda civil, sirve para dar publicidad a la existencia del proceso penal y por ende posibilita la declaración de nulidad de los negocios jurídicos sujetos a la eficacia registral que puedan llevarse a cabo sobre los bienes decomisables con posterioridad a su inscripción, ya que en tal evento el tercero no puede alegar la buena fe a su favor.

2. RÉGIMEN CAUTELAR DEL COMISO EN RELACIÓN CON LA DELINCUENCIA ECONÓMICA ORGANIZADA¹⁸

En el régimen jurídico colombiano, la Ley 30 de 1986 dispuso que los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cual-



¹⁸ Sobre el fenómeno criminológico de la delincuencia económica, su origen y manera de actuar, y las dificultades y medios de lucha para afrontar esta forma de criminalidad, véase Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique, *La delincuencia económica*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, *passim*, quien resume la bibliografía disponible sobre el tema y a la cual me remito. De manera más específica, pero inscritas dentro de la misma temática, se encuentran las siguientes obras de reciente edición, que incorporan los desarrollos investigativos sobre la materia en el derecho comparado: Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, *El lavado de activos en el mercado de valores*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004; Hernández Quintero, Hernando, *Los delitos contra el sistema financiero en el Nuevo Código Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

quier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte utilizados para la comisión de tales delitos, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, fueran decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes el cual, por resolución, podría destinarlos provisionalmente al servicio oficial o a entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o en depósito.

El decomiso al que se refiere esta disposición fue entendido por la Corte Suprema de Justicia¹⁹ no en el sentido del comiso sino en el de una medida cautelar que no es en sí misma una pena ni representa el despojo estatal del patrimonio del delincuente, sino la aprehensión de los elementos materiales con los cuales se perpetró un delito como medida policiva tendiente a los fines de investigación, a impedir la prosecución de las actividades delictuales, y a garantizar la eficacia de la pena que pueda decretarse por los hechos de que se trate.

En el evento de ordenarse el decomiso referido, quien tenga un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tiene preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslativo del dominio, debiendo el Consejo –hoy la Dirección Nacional de Estupefacientes– dar aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho; cuando se trate de bienes sujetos a registro de propiedad, debe notificarse inmediata y personalmente a quienes figuren inscritos en el respectivo registro.

Excepcionalmente, puede ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuere el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieron participación alguna en ellos ni en el destino ilícito dado a esos bienes. La providencia que ordene la devolución debe ser consultada y sólo surte efectos una vez confirmada por el superior.

Con posterioridad, el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal de 1991 estableció que los inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves y artefactos navales, marítimos y fluviales, au-



¹⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de Sala Plena, enero 21 de 1988, ponentes Jesús Vallejo Mejía, Dídimo Páez Velandia. Publicada en *Gaceta* No. 2434, p. 50.

tomóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicaciones y radio, y demás bienes muebles, así como los títulos valores, dineros, divisas, depósitos bancarios y, en general, los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento estuviera atribuido a los jueces regionales, o que provinieran de su ejecución, quedarían fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación hasta que quedara ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva.²⁰

De la aprehensión, incautación u ocupación de los bienes que estuvieran sujetos a registro de cualquier naturaleza debía darse aviso inmediato al funcionario correspondiente, por el jefe de la unidad de policía judicial que la hubiera efectuado. La inscripción se haría en el acta y no estaría sujeta a costo ni turno alguno; efectuada ésta, todo derecho de terceros que se constituyera sobre el bien sería inoponible al Estado. Siempre que se produjera la incautación u ocupación de bienes, el responsable de la unidad de policía judicial debía levantar un inventario, del cual se enviaría copia a la Dirección Nacional de Estupefacientes si a ello había lugar.

Como lo recuerda López Peñaranda,²¹ en esta época el comiso únicamente operaba sobre los bienes de comercio restringido pero no sobre los de libre comercio, salvo la previsión consagrada en el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, que permitía el comiso de todo tipo de bienes de propiedad de los encartados, siempre que hubieran sido empleados en la comisión de los delitos referentes a dicha ley (narcotráfico y conexos), y que luego se amplió a las infracciones contempladas en el Decreto 1856 de 1989.

Con posterioridad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 55 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el Decreto 099 de 1991 y convertido en legislación permanente por el Decreto 2271 de ese



²⁰ Velásquez señala que esta forma especial de comiso fue justificada por los voceros del discurso oficial como un mecanismo para poner freno a ciertas formas especialmente graves de criminalidad, tales como el terrorismo o el tráfico de drogas ilegales, sin perjuicio de la existencia de normas especiales que también se refieren a formas especiales de comiso; el artículo 13 de la Ley 40 de 1993 para el secuestro, el artículo 89 del Decreto 2535 de 1993 para el tráfico de armas, municiones y explosivos, y el artículo 47 de la Ley 30 de 1986 y los artículos 1º y 2º del Decreto 2272 de 1991 para el tráfico de drogas. Véase Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho penal parte general*, 3 edición, Bogotá, Temis, 1997, p. 787.

²¹ López Peñaranda, Gerardo, *Extinción de dominio, alternatividad, medidas cautelares en el proceso penal*, Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1998, pp. 46-47.

mismo año, se consagró el comiso de todos los bienes muebles e inmuebles, efectos, dineros, acciones, divisas, derechos o beneficios de cualquier naturaleza que fueran objeto de esos delitos, que hubieran sido empleados en su ejecución o que se hubieran originado en la misma.

Como lo pone de presente Espitia,²² el régimen patrimonial consagrado en la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, por lo cual, aunque el decreto de las medidas cautelares reales con fines de comiso está sujeto a las previsiones del nuevo sistema acusatorio, la administración provisional de los bienes corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes y la destinación definitiva al Consejo Nacional de Estupefacientes.

En la legislación española, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal, los bienes, efectos e instrumentos relativos a la realización de las actividades delictivas de narcotráfico, pueden ser aprehendidos y puestos en depósito desde las primeras diligencias. Agrega que los bienes que sean de lícito comercio pueden ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas, siempre que se garantice su conservación y mientras se tramita el proceso.

Para Conde,²³ lo anterior implica que solamente los bienes de lícito comercio que hayan sido aprehendidos pueden ser empleados provisionalmente por la policía judicial, con la única finalidad de combatir el narcotráfico, mientras que los que sean de ilícito comercio, principalmente la droga incautada, deben ser remitidos para los análisis correspondientes, conservados y puestos a disposición de los órganos judiciales competentes para los fines procesales y probatorios pertinentes y, en su caso, destruidos.

Añade el mismo autor que tratándose de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la destrucción es la regla general, salvo que el juez considere necesaria su conservación. Si aquella es ordenada, deben conservarse en todo caso muestras suficientes para efectos de comprobaciones o investigaciones posteriores, y dejarse constancia de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y me-

²² Espitia Garzón, ob. cit., p. 320.

²³ Conde, ob. cit.

didada de los efectos destruidos, e incluso de su valor si el mismo no puede ser establecido con posterioridad a la destrucción.

Por su parte, la aprehensión y el depósito de los bienes es vista por Cerezo²⁴ como una alusión a la posible adopción de un embargo o secuestro de carácter preventivo, con el único objeto de garantizar la efectividad del comiso, tanto para poder establecer la identidad de los objetos aprehendidos como su preexistencia y naturaleza para su valoración posterior por el órgano judicial que debe dictar la resolución definitiva.

Agrega la misma autora que por tratarse de una medida cautelar de índole procesal, su aplicación requiere la adopción mediante auto o providencia motivada, y la notificación a la persona poseedora de los bienes, con el fin de permitirle que interponga los recursos que legalmente procedan en su contra para oponerse a la desposesión.

La utilización provisional por la policía judicial no solamente atañe a su empleo para el cumplimiento operativo de sus labores, sino que implica que los instrumentos, efectos y ganancias del delito puedan ser utilizados bajo la modalidad de entrega vigilada para fines de investigación policial, evento que ha sido criticado por la doctrina española al no requerir autorización judicial previa, que es la misma situación que se presenta en el régimen colombiano.

La entrega vigilada supone diferir la incautación de las sustancias prohibidas y de las ganancias ilícitas, con el fin de permitir su tránsito controlado, de manera que las mismas, bajo la vigilancia de la autoridad, entren y salgan del territorio de un determinado Estado sin interferencia de sus agentes, evitando la aprehensión inmediata que es ordenada con carácter general en otras disposiciones, para descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de estos delitos y prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.²⁵

Dada la profesionalización de las organizaciones criminales y el empleo por parte de ellas de complejos sistemas de ocultamiento de bienes, la administración judicial cautelar de empresas²⁶ adquiere



²⁴ Cerezo Domínguez, ob. cit., p. 94.

²⁵ Choclán Montalvo, ob. cit., pp. 85-86.

²⁶ Las consideraciones que siguen sobre la administración judicial de empresas como medida cautelar sobre los bienes incautados con fines de comiso han sido tomadas del texto de Conde, ob. cit.

particular relevancia como medio de conservación de su valor durante el trámite del proceso penal. Esta medida se encontraba regulada inicialmente por el Decreto-Ley del 20 de octubre de 1969, y posteriormente lo está por la Ley 1 de enero 7 de 2000, de manera prácticamente idéntica.

Con la administración cautelar, aparte de protegerse el interés general, consistente en evitar que por una gestión directamente perjudicial o descuidada se frustre la ejecución de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la sentencia, dentro de las cuales se cuenta la destinación de los bienes decomisados al Fondo establecido por la Ley 36 de diciembre 11 de 1995, se salvaguardan los derechos de los trabajadores y de los acreedores, y se permite que la entidad empresarial siga funcionando.

Al ser afectada la empresa con un embargo integral o que recaiga sobre la mayor parte del capital social, el juez debe resolver si mantiene a los administradores y designa un interventor, o si sustituye a aquéllos y en su lugar designa administradores judiciales, que deben tener acreditada idoneidad en actividades empresariales y ser inscritos en el registro mercantil, de ser procedente. Además, si la administración judicial afecta inmuebles, la medida también debe inscribirse en el registro de la propiedad.

La nueva administración tiene los mismos derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades ordinarias de la administración reemplazada, especialmente para actuar en juicio y realizar, conforme a los usos mercantiles, los actos de dirección, gestión y disposición que sean necesarios o convenientes.

No obstante, sobre estos últimos está limitada en los casos de enajenación o gravamen de participaciones en la empresa o de ésta en otras, de bienes inmuebles o de otros bienes o derechos que por su importancia el juez haya señalado, eventos en los cuales este último debe aprobar o rechazar la propuesta de los administradores, previa convocatoria a los interventores y dando cuenta al Ministerio Fiscal.

El administrador judicial debe rendir cuenta de su gestión en los plazos que le fije el juez y al terminar la administración, y en cada caso debe presentar una memoria justificativa de las medidas adoptadas y de las operaciones realizadas. Las cuentas presentadas han de ser puestas en conocimiento de los interventores y del Ministe-

rio Fiscal, quienes pueden impugnarlas, y en tal caso, una vez oídos los administradores, corresponde al juez tomar la decisión que estime pertinente.

Para informarse y controlar la actividad de la empresa por parte de los administradores judiciales, pueden designar interventores a los propietarios o titulares de los bienes y derechos embargados, pero si hubiere participaciones no embargadas, sus propietarios o titulares también están habilitados para su designación. En la legislación precedente, los acreedores y los empleados y trabajadores de la empresa embargada también tenían derecho de nombrar un interventor.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que la destinación de los bienes decomisados en los delitos por tráfico de drogas es el Fondo creado por la Ley 36 de diciembre 11 de 1995, éste estaría legitimado tanto para participar como interventor en defensa de sus intereses, como facilitando personas para el cargo de administrador.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EFICACIA DE LA INSTRUMENTACIÓN CAUTELAR DEL COMISO

La eficacia del comiso está condicionada al aseguramiento cautelar de los instrumentos, efectos y ganancias derivadas del delito durante el trámite del proceso penal. Así, la asunción física y jurídica de los mismos por parte del Estado desde el momento en que ellos son ocupados o incautados hasta cuando se produce el pronunciamiento judicial definitivo ordenando el comiso o la devolución, implica el deber oficial de su custodia y conservación.

A su turno, la aplicación por parte de fiscales y jueces del régimen cautelar sobre los instrumentos y efectos del delito requiere del señalamiento de la importancia y trascendencia que la institución del comiso tiene como elemento central de la política criminal del Estado dentro de la estrategia de la lucha contra la delincuencia y en particular contra la criminalidad organizada de motivación económica.

No obstante, a pesar de la expedición de la Ley 906 de 2004, que adopta un estatuto para el proceso penal inscrito en el sistema acusatorio, dentro del cual se actualizó la regulación de la institución, el comiso sigue estando caracterizado por un injustificado abandono y desinterés, hasta el punto que no existe una política frente al tema, como sí parece haberla frente a la extinción de dominio.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 8(2): 151-170, julio-diciembre de 2006

Esta problemática se refleja, por una parte, en la carga administrativa que debe ser asumida por el aparato judicial en relación con los bienes afectados a los procesos penales, y, por otra parte, en la inactividad procesal sobre los mismos, ya que en muchos casos no hay un pronunciamiento de fondo sobre los bienes y solamente se actúa respecto de ellos a petición de la parte interesada, y no de oficio, como tendría que ser.

Hay en la actualidad, de acuerdo con las cifras que maneja la Fiscalía General de la Nación,²⁷ más de 1.500.000 bienes que se encuentran abandonados en los despachos judiciales o en las agencias de policía, en bodegas y parqueaderos, cuya conservación, custodia y mantenimiento le generan enormes costos a la administración de justicia.

Aparte del problema de gestión y administración gerencial de estos bienes,²⁸ en el fondo resalta la falta de una reflexión dogmática o jurídica sobre los aspectos patrimoniales del delito, los cuales han sido tratados como asuntos intrascendentes o secundarios, pues son entendidos como simples efectos causales subordinados a una declaración previa de responsabilidad penal.

En ese orden de ideas, tampoco ha habido preocupación por otros aspectos igualmente relevantes relacionados con la institución del comiso, tales como el efecto que tiene su aplicación sobre los fines generales de la pena o la protección de los derechos fundamentales de los afectados con su decreto, tanto cautelar como definitivamente, ni se ha efectuado un estudio de derecho comparado que muestre el estado actual del régimen colombiano frente a las novedades incorporadas en otras legislaciones.

Las aseveraciones anteriores, para los fines del presente artículo, tienen una evidencia contundente en el hecho de que casi dos años después de haber entrado en vigencia la Ley 906 de 2004, aún no ha sido creado el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, no existe ningún proyecto de



²⁷ Fuente: DVGN Oficio No. 002541 de diciembre 16 de 2005.

²⁸ Sobre esta problemática véase Restrepo Medina, Manuel Alberto, "El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción del dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 5, No. 2, Bogotá, octubre de 2003, pp. 242-256.

ley en trámite en ese sentido, y ni siquiera se lleva un registro público nacional tanto de los bienes incautados u ocupados con fines de comiso como de los afectados con esta medida.

Es más, las circunstancias de que la nueva regulación del comiso esté contenida en el Código de Procedimiento Penal y no en el Código Penal, y que aquél entre en aplicación en forma progresiva en los distintos distritos judiciales del país y no en todos al mismo tiempo, sumado a que la entrada en vigencia en cada uno de ellos únicamente aplica para los delitos que se cometan de esa fecha en adelante pero no para los llevados a cabo con anterioridad, hacen que en muchos casos persista la aplicación del régimen anterior que presenta no sólo las dificultades ya señaladas, sino también serios inconvenientes derivados de esa regulación.

En efecto, en dicho régimen el comiso se ubica sin ningún criterio sistemático dentro del capítulo referente a la responsabilidad civil derivada del hecho punible, de modo que la Fiscalía asume en muchas ocasiones los costos de la administración de bienes que están destinados a garantizar los intereses particulares de la parte civil y que, incluso, pueden ser irrelevantes para el proceso penal. Aún más, con esa regulación puede llegar a suceder que el sujeto activo indemnice a la víctima con el producto del delito.

Naturalmente que esa regulación todavía no está a tono con las recomendaciones internacionales que permiten estructurar una política criminal que combata el macodelito, golpeando las finanzas de las organizaciones criminales, dado que el mismo sigue estando concebido, en buena medida, no como reproche sancionatorio del Estado en respuesta al delito, sino como mecanismo de restablecimiento del equilibrio en las relaciones entre particulares, en este caso, sujetos activos y víctimas del delito.

Esas normas no incorporan la posibilidad del comiso sustitutivo o indirecto, el cual permite al Estado desligar la causalidad entre los bienes objeto de la medida y la actividad ilícita, frente a la dificultad objetiva que se presenta especialmente para atacar a la delincuencia organizada, de comprobar las relaciones entre las actividades delincuenciales de una persona y la propiedad de bienes determinados, de manera que basta con probar el beneficio ilícito por un monto determinado para que a esa persona se le puedan decomisar bienes equivalentes.

Por otra parte, y retomando la nueva legislación, en ella también se echa de menos que no se haya previsto la ampliación del comiso de los efectos, o si se quiere, del comiso de las ganancias ilícitas, a los eventos de enriquecimiento de una persona jurídica derivado de la comisión de un delito por parte de una persona natural, individualmente o como parte de un órgano colegiado, en provecho de aquélla.

De la misma manera, tampoco se desarrollan los mecanismos de cooperación y asistencia judicial internacionales que permitan solicitar a terceros Estados la incautación con fines de comiso de bienes que se encuentren dentro de sus territorios, y una vez decretada la medida, la transferencia de la propiedad al Estado requirente, o su venta y el traslado del producto a este último. En la legislación colombiana tal previsión se encuentra contemplada en relación con la extinción del dominio, pero no hay una previsión similar respecto del comiso.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que a pesar de las reformas recientemente introducidas a la figura del comiso, Colombia se encuentra al margen de las tendencias internacionales que ven en esa institución un instrumento jurídico de prevención general, dirigido a desincentivar y desestimular las actividades delictivas, especialmente aquéllas de motivación económica, y mientras ello siga siendo así, no puede esperarse ni cabe exigir un balance positivo acerca de la aplicación de las normas que regulan su instrumentación cautelar.

CONCLUSIONES

Los mecanismos de instrumentación cautelar del comiso, cuyo decreto y práctica se inscriben dentro de los mismos parámetros del régimen general de la tutela cautelar judicial, en su carácter de medidas reales, abarcan desde regulaciones amplias como la del derecho argentino, hasta regímenes taxativos, como el colombiano y el español, que las determinan en la ocupación y la incautación o la fianza y el embargo, respectivamente.

Existen además reglas especiales del comiso para combatir la delincuencia organizada transnacional de motivación económica. Así, mientras en la legislación española se han incorporado reglas especiales para afectar más decididamente los beneficios patrimo-

niales derivados del narcotráfico y el blanqueo de capitales, al ampliar el ámbito de aplicación del comiso, incluso respecto de las personas jurídicas, en la legislación colombiana ese propósito no se ha buscado por esa vía, sino a través de la creación de una figura procesal autónoma, independiente de la responsabilidad penal, denominada acción de extinción del dominio.

En concordancia con esa especialidad, la legislación española prevé una normativa específica para el aseguramiento cautelar de los bienes afectos a esta forma de actividad delictiva, que a la regulación general añade la utilización provisional por la policía judicial y la administración judicial de empresas. En cambio, la instrumentación cautelar del comiso en el régimen colombiano, en los delitos de narcotráfico y conexos, se rige por el régimen general de las medidas cautelares, dado el enfoque de su política criminal, que ha centrado los esfuerzos de la afectación de los beneficios patrimoniales de las actividades delictivas en el ejercicio de la acción de extinción del dominio.

A pesar de la existencia de un régimen jurídico de instrumentación cautelar del comiso, con algunas especialidades para los delitos que caracterizan la delincuencia transnacional de motivación económica, la eficacia de su aplicación es bastante cuestionable en la medida en que no existe una apropiación por parte de los operadores de la institución del comiso de su idoneidad como mecanismo de política criminal del Estado en respuesta a las manifestaciones y características contemporáneas con que se expresa la delincuencia de la globalización.

Para lograr la eficacia pretendida con el relieve dado a la institución del comiso, hay que comenzar por la realización de una reflexión dogmática sobre la misma, que aborde y abarque todas sus facetas, y que a través de su puesta en escena desde el ámbito académico suscite el interés que su aplicación demanda en ese nuevo contexto por parte de los operadores judiciales. En ese sentido, los planteamientos contenidos en el presente artículo no son más que un abrebocas para ese propósito de mayor envergadura.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Correa, Teresa, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Sevilla, en www.criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf.
- Bernal Cuéllar, Jaime, "El comiso frente al Nuevo Código Penal", *Revista derecho penal y criminología*, Vol. 4, No. 15, septiembre-diciembre de 1981.
- Bettiol, Guiseppe, *Derecho penal*, Trad. de José León Pagano, Bogotá, Temis, 1965.
- Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada, Comares, 2004.
- Conde, José Luis, El comiso de bienes en el derecho español. Presupuestos de su adopción y límites en su aplicación, en www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Ponencias/ComisoDerechoEspa%C3%B1ol.doc.
- Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001.
- Espitia Garzón, Fabio, *Instituciones de derecho procesal penal*, 5 edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- García Sarmiento, Eduardo y García Olaya, Jeannette M., *Medidas cautelares introducción a su estudio*, Bogotá, Temis, 2005.
- Gauna, Ómar R., Actualización del Código Penal, en www.infobae-profesional.com/adjuntos/documentos/05/0000556.pdf
- González Navarro, Antonio Luis, "El Comiso", *Revista de derecho penal*, No. 42, Bogotá, abril-mayo de 2004.
- Henaos Ospina, Marino, "El comiso: análisis de la institución", *Revista derecho penal y criminología*, Vol. 4, No. 15, septiembre-diciembre de 1981.
- Hernández Quintero, Hernando, *Los delitos contra el sistema financiero en el Nuevo Código Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- López Peñaranda, Gerardo, *Extinción de dominio, alternatividad, medidas cautelares en el proceso penal*, Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1998.
- Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique, *La delincuencia económica*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, *El lavado de activos en el mercado de valores*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

- Mejía Escobar, Carlos E., Comiso, confiscación, secuestro y depósito, en *Cinco estudios sobre la Ley 2ª de 1984*, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1984.
- Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, 2 edición, Bogotá, Temis, 1977.
- Puleio, Francesco y Fonzo, Ignazio, Reflexiones sobre la lucha contra la delincuencia organizada, en Ramírez Montes, Sandra Patricia et ál., *Delincuencia organizada y sistema acusatorio*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2005.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto, "El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción del dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 5, No. 2, Bogotá, octubre de 2003, pp. 242-256.
- Serrano Butragueño, Ignacio, "De las consecuencias accesorias", en AA.VV., *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, Comares, 1998.
- Valencia M., Jorge Enrique, "Algo más sobre el comiso", en Giraldo Marín, Luis Carlos (director), *Estudios de derecho penal en homenaje al dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola*, Cali, Colección Pequeño Foro, 1983.
- Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho penal parte general*, 3 edición, Bogotá, Temis, 1997.