

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2016
Fecha de evaluación: 2 de diciembre de 2016
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2016

La persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción en Colombia como una herramienta eficaz en la prevención de la corrupción

*Juanita María Ospina Perdomo***

Citar este artículo

Ospina, J. (2016). La persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción en Colombia como una herramienta eficaz en la prevención de la corrupción. *Revista Via Iuris*, 20, pp. 81-104.

RESUMEN

La corrupción se edifica como uno de los principales problemas en Colombia y como tal es hoy prioridad en la política pública. La lucha eficiente contra este fenómeno obliga a la adopción de herramientas que no se limiten a la persecución o represión de la corrupción sino que se enfoquen desde la prevención a impedir que el comportamiento llegue a realizarse. A partir de un estudio analítico-descriptivo se presenta un diagnóstico de las diferentes herramientas con que cuenta el Estado colombiano que favorecen la persecución de activos ilícitos, en este caso concreto, provenientes de la corrupción. De esta manera se señala la eficacia y suficiencia de estos, y su empleo y entendimiento efectivo por parte de las autoridades colombianas, y la importancia frente a una política de prevención de conductas de corrupción ante la eliminación de uno de los principales incentivos. Así podemos identificar las oportunidades de mejora, para que apoyándonos en un método teleológico político-criminal, realizar propuestas concretas para su mejoramiento.

* Artículo derivado del Proyecto de Investigación, *Persecución de activos ilícitos provenientes de la corrupción*, adscrito al Grupo de Investigación Derecho y Política. Línea Institucional de Investigación Desarrollo Humano Integrador en el Contexto Social Colombiano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria los Libertadores. Período (2014-2015). Bogotá (Colombia).

** Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en derecho administrativo de la misma Universidad y derecho comercial de la Universidad de los Andes. Magíster en derecho penal económico internacional de la Universidad de Granada en convenio con el Instituto de Altos Estudios Universitarios, y Doctoranda en derecho penal y política criminal de la Universidad de Granada, España. Fue coordinadora del área penal y docente investigadora de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores en donde desarrolló este proyecto de investigación. Actualmente es la Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, experta legal anticorrupción en la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y abogada litigante. Bogotá (Colombia). Correo electrónico: juanitaospina@yahoo.com

Palabras clave

Corrupción, extinción del derecho de dominio, comiso, identificación, congelamiento y disposición de bienes, cooperación y asistencia internacional.

The prosecution of illicit actives derived from corruption in Colombia as an effective tool in the prevention of corruption

Juanita María Ospina Perdomo

ABSTRACT

Corruption is one of the main problems in Colombia and as such is today`s priority in public policy. However, an efficient way to combat this phenomenon implies the adoption of different tools that are not limited to “persecution” or “suppression” of corruption behavior, and are focus on the prevention of this kind of conducts in order to avoid the behavior to be performed. Using an analytical-descriptive methodology, this article presents a diagnosis of the different tools that are included in the Colombian State that favor the prosecution of illicit assets-in this concrete case-that come from corruption, pointing out the effectiveness and adequacy of those, their employment and the effective understanding of them by the Colombian authorities, and the importance in front of a prevention policy against corruption through removing one of the main incentives; identifying the opportunities for improvement-on the basis of an teleological-criminal policy method, in order to make concrete proposals for its improvement.

Keywords

Corruption, extinction of ownership rights, confiscation, illegal asset identification, freezing and disposition, international cooperation and assistance.

A busca de ativos ilegais produto da corrupção na Colômbia como uma ferramenta eficaz na prevenção da corrupção

Juanita María Ospina Perdomo

RESUMO

A corrupção se considera como um dos principais problemas na Colômbia e, como tal, é agora uma prioridade na política pública. A luta eficaz contra este fenômeno, no entanto, exige a adoção de ferramentas que não se limitam a perseguição e repressão da corrupção, que se abordem da prevenção para evitar o comportamento que começa a dar frutos. A partir de uma pesquisa analítica-descritiva se apresenta um diagnóstico das diversas ferramentas disponíveis para o governo colombiano que favorecem o julgamento de bens ilícitos é apresentado- neste caso concreto

A partir de um estudo analítico-descritiva se apresenta um diagnóstico das diversas ferramentas disponíveis para o governo colombiano que favorecem o julgamento de bens ilícitos - neste caso concreto-produto da corrupção, observando a eficácia e suficiência desses, o emprego e compreensão efetiva deles pelas autoridades colombianas e a importância de encontrar a uma política de prevenção de comportamentos de corrupção antes de remover um dos principais incentivos; identificando oportunidades de melhoria para – sob uma abordagem teleológica- política criminosa, apresentar propostas concretas de melhoramento.

Palavras-chave

corrupção, a extinção do direito de propriedade, apreensão, identificação de ativos ilegais, congelamento e deposição, a cooperação internacional e assistência.

La poursuite des avoirs illicites dérivés de la corruption en Colombie comme un outil efficace vers la prévention de la corruption

Juanita María Ospina Perdomo

RÉSUMÉ

La corruption s'édifie comme une des principaux problèmes en Colombie et elle est une priorité totale dedans les politiques publiques. La lutte efficace contre ce phénomène, néanmoins, oblige à la implémentation des mécanismes que ne se limitent non seulement à la persécution ou à la réprimande de la corruption, mais qu'ils se concentrent depuis la prévention pour éviter l'exécution de comportements et conduites corruptes. À partir d'une étude analytique-descriptive, nous vous présentons un diagnostique des diverses outils étatiques qui aident à poursuivre des avoirs illicites, et dans ce cas concret- provenant de la corruption en segnalant l'efficacité et suffisance, l'utilisation et compréhension effective d'eux mêmes par les autorités Colombiennes, et l'importance vers une politique en faveur de la prevention des conduits associées à la corruption devant l'élimination de chaque des incentives principaux. En définitive, il est nécessaire de toujours identifier plein des opportunités d'amélioration pour- avec une fondation du méthode téléologique- politiques criminels, faire l'effort de proposer solidement des actions pour leurs rénovation.

Mots-dés

Corruption, l'extinction du droit de la propriété privée, confiscation, identification des avoirs illicites, le gel des avoirs et disposition juridique, de la coopération internationale et assistance.

INTRODUCCIÓN

La corrupción, entendida como el uso del poder para el favorecimiento de intereses particulares, es uno de los fenómenos de mayor gravedad en la actualidad por su efecto devastador, en constante crecimiento, frente a la estabilidad del sistema social y económico con extensión a los diferentes ámbitos de la sociedad:

La corrupción se puede entender como un fenómeno cíclico que se autorrefuerza y en donde sus causas y consecuencias se alimentan mutuamente. Factores como la desigualdad social, los inadecuados diseños institucionales, los incentivos perversos para el oportunismo, la impunidad frente a las prácticas corruptas, y la aceptación social de la corrupción son, en diferentes momentos, simultáneamente causas y consecuencias del fenómeno (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 18).

Esta se ha dinamizado y se ha ido asentando de manera permanente en nuestras instituciones¹, al punto que se han ido alterando los cánones de conducta usualmente aceptados, desdibujando los límites éticos con gran influencia en la sociedad en donde se ha ido originando una cultura de tolerancia frente a ella. La ineficacia de la administración en la persecución de la corrupción se ha hecho evidente ante la intensificación del comportamiento delictivo con importantes pérdidas en los planos político, económico y social. Es por esto que la lucha contra la corrupción hoy, se posiciona como uno de los principales objetivos en la política de Estado de forma que se prevenga su comisión y se persiga eficazmente a quienes incurrir en comportamientos que puedan ser constitutivos de conductas corruptas².

Ahora, si bien todo ello requiere de la asunción de diversas medidas que en su conjunto integren una política de lucha contra la corrupción, la propuesta se centra en un mecanismo de prevención dirigido a extinguir uno de los principales incentivos del actuar criminal, que no es otro que la obtención de réditos derivados de las conductas punibles. Y es que no se debe olvidar que el fenómeno es esencialmente lu-

crativo y mientras ello siga ocurriendo permanece un incentivo para que nuevas personas estén dispuestas a cometer comportamientos propios de corrupción: “En todos los hombres está presente la corrupción: sólo es una cuestión de cantidades”³ (Carlo Dossi). De esta manera, resulta esencial conocer ¿Cuáles son los mecanismos jurídicos existentes en el derecho interno y en el derecho internacional para hacer una persecución judicial efectiva de los activos ilícitos provenientes de la corrupción?

Se hace necesario sensibilizar sobre la importancia de adoptar una política integral de persecución de activos derivados de la corrupción, estudiando las herramientas con que se cuenta en la actualidad, su eficacia y empleo efectivo por las autoridades en Colombia. De esta forma se pueden generar propuestas que permitan la identificación, congelamiento y posterior adopción de medidas definitivas frente a los bienes provenientes de la corrupción como instrumento de prevención en la lucha contra esta. Así se identifican oportunidades que comprometen a los involucrados a acatar la ley, a la par que se fortalece el marco legal anticorrupción a partir de políticas de privación de los incentivos, que hacen de la comisión de la conducta corrupta una herramienta eficaz de prevención. En este primer documento se esboza el panorama actual en la persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo del presente documento se adoptó una metodología analítica-descriptiva, basada en la lectura e interpretación sistemática de códigos, leyes, decretos y sentencias judiciales, para establecer el estado actual de los mecanismos con que cuenta Colombia para identificar, congelar y adoptar medidas definitivas para la persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción, y sobre ello establecer un diagnóstico de la situación actual de nuestra legislación con un énfasis especial en el Nuevo Código de Extinción del Derecho de Dominio. Entonces, basados en un método teleológico-político-criminal realizar propuestas concretas para el mejoramiento de los mecanismos vigentes o para la incorporación de unos nuevos. Estas nuevas propuestas de mecanismos deberán pasar, necesariamente, por un control de constitucionalidad que establezca si la normatividad presentada es o no respetuosa de los valores,

1 Algunos autores consideran que se trata de un fenómeno sistémico.

2 A los efectos del proyecto de investigación, se ha asumido la “corrupción” en su concepción “pública”. De esta forma se entiende que constituye un acto de corrupción la realización de cualquiera de los comportamientos típicos contenidos bajo el Título XV de “Delitos contra la administración pública” en la parte especial del Código Penal (Arts. 397 y ss.).

3 Tomado de <http://socialphrases.com/quote.php?q=12363> - Carlo Dossi

principios y reglas que enmarcan y orientan constitucionalmente la actividad del Estado.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción en Colombia como una herramienta eficaz en la prevención de la corrupción

De la presentación de los mecanismos existentes en Colombia para la lucha contra la corrupción: un enfoque represivo y uno preventivo

Reconociendo la gravedad y trascendencia de este comportamiento, en Colombia se ha desarrollado una política pública integral que propende por el abordaje del fenómeno⁴, y conforme al cual se edifican en nuestro ordenamiento jurídico diversas herramientas para la lucha contra la corrupción, unas de corte represivo y otras con un enfoque preventivo. Se analizan a continuación.

Desde un enfoque represivo, en el cual se suelen asentar los esfuerzos del Estado, se cuenta con mecanismos como: persecución del comportamiento corrupto; implementación de mejoras y específicas técnicas de investigación que favorecen la identificación del comportamiento corrupto; y nuevos escenarios de negociación. De manera general frente a cada uno de ellos se tiene:

La persecución del comportamiento corrupto: se identifica que nuestra legislación ofrece, desde diferentes perspectivas, procedimientos que permiten atribuir responsabilidad de manera concreta a quienes concurren a su realización. Es así, que se han implementado sistemas de responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal asociadas a la comisión de conductas propias de corrupción.

4 El Gobierno Nacional, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, *Prosperidad para Todos*, incluyó en los soportes transversales para lograr la prosperidad democrática una sección de “Buen gobierno, participación ciudadana y lucha contra la corrupción” en el componente de Soportes Transversales para la Prosperidad Democrática. Dentro de esta sección se señala que las estrategias para reducir de este fenómeno, a mejorar la capacidad de investigación y sanción, y a desarrollar herramientas para luchar contra la impunidad en los delitos asociados a la corrupción, involucrando al sector privado y a actores sociales, y fortaleciendo el control social y político. Con estas orientaciones se inició una estrategia para formular una política pública integral contra la corrupción (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013).

La responsabilidad disciplinaria: regulada en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único⁵), se avoca el conocimiento de las faltas disciplinarias⁶ que se cometan por alguno de los sujetos disciplinables⁷ —por acción o por omisión— y siempre que se incurra en el comportamiento con dolo o culpa⁸. La finalidad no es otra que garantizar el principio de legalidad y como tal el correcto ejercicio de la función pública: “Esta disciplina busca la buena marcha y el buen nombre de la administración pública y por ello sus normas se orientan a exigir “[...] a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones [...]” (Corte Constitucional, 2002).

La responsabilidad disciplinaria, dentro del concepto “falta disciplinaria” claramente cobija cualquier comportamiento asociado a la corrupción, pues en últimas, ello supone el desvío del camino previsto en la legalidad y el ejercicio de la función pública para el provecho de intereses particulares. La inclusión dentro de esta especial forma de responsabilidad se obtiene de la lectura llana de los deberes (Ley 734, 2002, art. 34), prohibiciones (Ley 734, 2002, art. 35), régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses (Ley 734, 2002, art. 36), así como del contenido de

5 Se hace referencia a la ley 734 de 5 de febrero de 2002: “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”; Publicada en Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Se debe aclarar que en la actualidad cursa en el Congreso un proyecto de reforma que quiere llevar a la expedición de un nuevo Código Disciplinario Único (Gaceta del Congreso No. 401, 2014).

6 Señala el Art. 23 de la Ley 734 de 2002: “Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.”

7 Aquellos a los que se refiere el Art. 25 de la Ley 734 de 2002.

8 Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “[...] el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican *mutatis mutandi* en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado” (Corte Constitucional, 2002).

las faltas gravísimas⁹ que de forma específica consagra la legislación.

En la responsabilidad Fiscal, regulada en la Ley 610 de 2000, corresponde determinar y establecer responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta¹⁰, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado (Ley 610, 2000, art. 1). Es de contenido netamente económico y propende por la recuperación de lo que constituye el daño patrimonial derivado de la indebida gestión fiscal. Allí reposa su relación con los actos de corrupción, en tanto aquellos son uno de los mecanismos que emplean quienes, en ejercicio de la gestión fiscal, deciden sobreponer sus propios intereses respecto de los que en su rol representan, generando un aprovechamiento de los recursos estatales.

Finalmente, en lo que concierne a la responsabilidad penal, se advierte que la misma supone el ejercicio del mecanismo de mayor agresividad para el control social y que bajo criterios de necesidad y de ultima ratio, conlleva a la tipificación de especiales y selectivos comportamientos para la garantía de bienes jurídicos tutelados (principio de lesividad) dentro del Código Penal (Ley 599, 2000) y cuyo procedimiento se contiene en las Leyes, 600 de 2000 y 906 de 2004. Como tal, se trata de la persecución de aquellos delitos, así reconocidos por el

legislador, que se cometan a título de acción o por omisión y siempre que se edifique un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Para los efectos que aquí se analizan se entiende que se relaciona con la corrupción en tanto se edifique alguno de los tipos penales contenidos en el Título XV “Delitos contra la administración pública”. Igualmente, aquí podrían incluirse los comportamientos que se han venido estructurando en nuestra legislación, que se adecúan a actos de corrupción y que tienen un tratamiento desde el derecho administrativo sancionador, como es el caso de las conductas que podrían edificarse como actos de corrupción privada (actos que se enmarcan en la Ley de competencia desleal o comportamientos anticompetitivos) o incluso en el contexto de la corrupción pública (colusión en la contratación) que se investiga por la Superintendencia de Industria y Comercio, o como el de soborno transnacional y nacional que genera responsabilidad administrativa a personas jurídicas a través de un proceso que lidera la Superintendencia de Sociedades (Ley 1778, 2016).

Implementación de mejoras y específicas técnicas de investigación que favorecen la identificación del comportamiento corrupto

Derivado de lo anterior, y en el marco de los diversos procedimientos establecidos para la persecución del acto corrupto, se evidencia la incorporación de herramientas que propenden por facilitar la identificación y posterior persecución de la conducta. Ello con un mayor auge desde la expedición de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), en donde se evidencia la búsqueda de la optimización de la investigación y judicialización de los delitos asociados a conductas de corrupción. Se llama la atención, entre otros, del Capítulo II de la citada ley en donde se adoptan diferentes disposiciones en este sentido, tales como: 1) La eliminación o disminución de beneficios cuando se trate de actos de corrupción; 2) la ampliación de términos a efectos de “prescripción de la acción penal”; 3) la ampliación de términos para el adelantamiento de cada una de las etapas procesales (reconociendo la dificultad inherente en la investigación y judicialización de estos delitos); 4) la implementación de específicas técnicas de investigación en el marco de delitos de corrupción (p.e. operaciones encubiertas contra la corrupción); 5) la implementación de nuevos escenarios que favorezcan la adopción de medidas contra personas jurídicas que se beneficien de actos de corrupción (Ley 1474, 2011, art. 34)).

9 Se debe recordar que de conformidad con el contenido del Art. 42 de la Ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias se clasifican en gravísimas, graves y leves. Se adecúan a través de tipos abiertos y la naturaleza de la falta se establecerá conforme al contenido del Art. 43 de la misma ley. Únicamente se acude al método de consagración *numerus clausus* en lo que concierne a las faltas gravísimas que sí se integran de forma taxativa y completa en el Art. 48 de la ley antes mencionada.

10 [...] bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal [...]” (CC; C-840/2001). Allí se aborda el contenido de lo que supone la Gestión fiscal y, sobre el particular, se afirma: “El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta, sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. La locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa.

Nuevos escenarios de “negociación”: asimismo, desde la implementación del sistema penal acusatorio, se ampliaron los escenarios que propician escenarios de “negociación” y que en el marco de una política criminal encaminada a la lucha contra este fenómeno trascienden a efectos de identificar actos de corrupción y desvertebrar grandes organizaciones criminales estructuradas para la defraudación de la función pública. Se destacan los preacuerdos y el principio de oportunidad. Adicional a estos mecanismos, desde un enfoque represivo, se cuenta con mecanismos tales como la pérdida de investidura¹¹, el mecanismo de las audiencias públicas (Cepeda, 2011, p. 12), o incluso la revocatoria del mandato (Ley 134,1994), entre otros. Sin embargo, se rescatan las aquí señaladas como las de mayor trascendencia práctica en nuestro país.

No obstante, se destaca la necesidad de adecuar o reforzar estas medidas a efectos que resulten eficientes para afrontar importantes retos que conlleva la lucha contra la corrupción¹², como lo son:

La nueva concepción del delincuente

Se debe reconocer que se trata de un sujeto diferenciado del que se traía como “delincuente tradicional”, con mayor gravedad ante la profesionalización constante y la asunción de nuevas formas de organización, asimilables a verdaderas estructuras organizadas, en forma de empresa. Por esta razón, ha sido necesario implementar verdaderos cambios en la gerencia de la investigación, permitiendo atacar este fenómeno con igual relevancia que comportamientos como el narcotráfico o el terrorismo, y combatiéndolo de la misma forma que se opera con el crimen organizado.

La transnacionalidad del fenómeno

El fenómeno de la corrupción no suele asentarse en un único territorio, por esta causa se genera una transnacionalidad que impone un deber de los diferentes Estados de actuar en forma coordinada y coherente en la lucha eficaz contra la corrupción. Adquirieron relevancia la cooperación y asistencia internacional (inteligencia financiera, intercambio de información y de pruebas, asistencia judicial, medidas cautelares, etc.).

11 Constituyó una audacia de los constituyentes de 1991 ponerle fin a la casi milenaria institución de la inmunidad parlamentaria para sustituirla con el fuero de los congresistas ante la Corte Suprema de Justicia y con la pérdida de investidura que tramita el Consejo de Estad [...] (Cepeda, 2011, p. 12).

12 [...] las debilidades de las herramientas y mecanismos para prevenir, investigar y sancionar, facilitan oportunidades para prácticas corruptas en todos los niveles del poder (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 20).

El dinamismo propio de las conductas

La variedad de formas que puede alcanzar el comportamiento corrupto impide asumir una política única de seguimiento de la actividad criminal. Todos los días surgen nuevas modalidades de comisión de delitos, en asocio de diversos actores, todo lo que impide detectar con facilidad la comisión del delito y en todo caso combatir eficazmente el fenómeno:

El fenómeno de la corrupción es dinámico y de rápida adaptación; razón por la cual la gestión anticorrupción debe concentrarse en los factores o eslabones que encadenan el círculo vicioso y no solo en resolver algunas causas y consecuencias coyunturales (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 19).

Por lo anterior, adquiere vigencia la necesidad de un cambio de enfoque hacia la prevención de esta conducta. Desde un enfoque de prevención se pueden aplicar algunas prácticas: la adopción de programas de cumplimiento y la persecución de los réditos del delito.

En lo que respecta a los programas de cumplimiento como herramientas de autorregulación que permitan la identificación, medición y control de riesgos, desde la incorporación de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) se han adoptado los siguientes programas: Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano (Ley 1474, 2011, art. 73)¹³ y Plan de Acción de las Entidades Públicas (Ley 1474, 2011, art. 74)¹⁴.

13 Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal deberá elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano. Dicha estrategia contemplará, entre otras cosas, el mapa de riesgos de corrupción en la respectiva entidad, las medidas concretas para mitigar esos riesgos, las estrategias anti-trámites y los mecanismos para mejorar la atención al ciudadano. El Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción señalará una metodología para diseñar y hacerle seguimiento a la señalada estrategia. Parágrafo. En aquellas entidades donde se tenga implementado un sistema integral de administración de riesgos, se podrá validar la metodología de este sistema con la definida por el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.

14 A partir de la vigencia de la presente ley, todas las entidades del Estado a más tardar el 31 de enero de cada año, deberán publicar en su respectiva página web el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión. A partir del año siguiente, el Plan de Acción deberá estar acompañado del informe de gestión del año inmediatamente anterior. Igualmente publicarán por dicho medio su presupuesto debidamente desagregado, así

Asimismo, se ha trabajado en la eliminación de los incentivos a través de la persecución de los réditos del delito, como mecanismo para la prevención de la conducta delictiva, lo que además se ha identificado como uno de los aspectos centrales en la lucha contra la corrupción¹⁵. Los mecanismos vigentes en Colombia para la persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción (o en general de cualquier otra actividad ilícita) son: El comiso y la Extinción del derecho de dominio. Aun cuando se trata de herramientas que en principio se muestran eficaces para perseguir —en el marco de un proceso penal o fuera de él— los réditos de los delitos asociados a actos de corrupción, en la práctica se muestran insuficientes o al menos de poca o nula utilización.

También se cuenta con herramientas como: La Contaduría General de la República¹⁶; La incorporación de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades así como de conflictos de interés¹⁷; la introducción de nuevos métodos para asegurar la transparencia en los procesos de compras y contratación del Estado¹⁸.

A continuación, se centra el análisis de aquellos mecanismos eliminación de los incentivos a través de la

persecución de los réditos del delito como mecanismo para la prevención de la conducta delictiva.

De la necesidad de adoptar desde un enfoque de prevención la lucha contra la corrupción, y de los mecanismos para la eliminación de los incentivos a través de la persecución de los réditos del delito

Aun cuando no se pretende aducir que devengan innecesarios los mecanismos previstos para reprochar el comportamiento corrupto, sí es verdad que en una sociedad como la nuestra y dado el crecimiento desmedido que en los últimos años ha alcanzado la corrupción, no basta esperar a su comisión para reaccionar con castigos que, a la postre, se muestran insuficientes y que en forma alguna han permitido un mejoramiento hacia una cultura transparente y honesta. Cada día adquiere mayor relevancia la implementación de mecanismos que propendan por la prevención, no sólo desde la ampliación de penas de los delitos asociados a actos de corrupción (finalidad de prevención general de la pena) sino también generando el convencimiento en torno a la ausencia de generación de riqueza derivado del comportamiento delictivo. Es por ello que el enfoque se realiza desde la perspectiva de la persecución de réditos del delito como una forma de eliminar el incentivo y como tal prevenir el acto corrupto.

Si se quisiera realizar desde la perspectiva del delincuente un análisis costo-beneficio, se podría identificar que el delito asociado a los actos de corrupción se motiva sobre la base de la obtención de un provecho, en la mayoría de los casos de índole económica. Visto ello así, el beneficio esperado lo constituirá la ventaja indebida que se producirá como consecuencia del comportamiento delictivo (Tratándose del delito de “peculado”, p.e., el agente esperará la apropiación de aquellos recursos o bienes del Estado). El costo, por su parte, se verá representado en la eventual consecuencia jurídica que se atribuya al agente por la comisión del delito, factor en el que juegan elementos tales como: la probabilidad de ser descubierto en la comisión del delito, factor que normalmente contempla el delincuente como poco probable más aún en esta clase de comportamientos que suponen la profesionalización del autor; la eficiencia y eficacia de la administración de justicia en la persecución de los delitos; la prevención general que supone la pena en abstracto como medio para desincentivar la comisión del delito; y la imposibilidad de asegurar los réditos o beneficios derivados del comportamiento (entendiendo que ellos suponen la finalidad del mismo).

como las modificaciones a este o a su desagregación. Parágrafo. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta estarán exentas de publicar la información relacionada con sus proyectos de inversión.

15 De otra parte, no se puede desconocer la necesidad de articular las herramientas de investigación, juzgamiento y sanción de la corrupción, con estrategias para la persecución eficaz de los capitales y bienes ilícitos (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 54).

16 Oficinas nuevas como la de la Contaduría General de la Nación ha demostrado ser una institución que ha tenido un papel fundamental en ordenar las cuentas del Estado, en hacer un inventario apropiado de los bienes públicos, con lo cual se han establecido salvaguardas que cuando no existieron, seguramente, facilitaron todo tipo de manejos y apropiaciones indebidos (Cepeda, 2011, pp. 12-13).

Así se evidencia, además, del contenido de la “Misión” de la entidad: “Somos la entidad rectora responsable de regular la contabilidad general de la nación, con autoridad doctrinaria en materia de interpretación normativa contable, que uniforma, centraliza y consolida la contabilidad pública, con el fin de elaborar el Balance General, orientado a la toma de decisiones de la administración pública general, que contribuye a la gestión de un Estado moderno y transparente.” (Contaduría General de la Nación, s.f.).

17 No sólo en el marco de la Ley 734 de 2002, sino además, en el marco de actividades concretas, p.e. en el marco de contratación estatal se consagra un régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el Art. 8º de la Ley 80 de 28 de Octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, publicada en el Diario Oficial el 28 de Octubre de 1993.

18 Se reconoce que la Contraloría General de la República ha logrado avanzar significativamente en introducir métodos electrónicos que pueden ayudar a asegurar transparencia en el sistema de compras y de contratación del Estado (Cepeda, 2011, pp. 12-13).

En la práctica este análisis de costos se ha visto seriamente cuestionado. Ello principalmente por cuanto el delincuente no suele contemplar la probabilidad de ser descubierto (normalmente se identifica como un riesgo bajo); pero incluso, de imaginarse que se inicia una indagación en su contra, debido a la experiencia práctica de la administración de justicia en Colombia, se tiene la visión de una justicia precaria que pone en evidencia la dificultad de procesar por delitos de corrupción (ineficacia), la toma de tiempos extensos para la obtención de resultados (ineficiencia) y en todo caso, en supuestos exitosos para la justicia, la imposición de una pena que en nada se compadece de la que se ha consagrado en el marco punitivo (desvirtuando la “prevención general” pretendida) como consecuencia de múltiples beneficios de los que resulta acreedor el agente. A lo anterior se suma, que aún bajo supuestos de privación de la libertad, en términos cortos según se expresó, al cumplir la pena, la persona condenada puede gozar de los réditos que ha generado el comportamiento delictivo habiendo alcanzado el fin inicial que incentivó la comisión del delito.

En la actualidad no existen estudios concretos que se dirijan a analizar la persecución de réditos provenientes de la corrupción. En su mayoría la persecución de activos ilícitos se asienta en conductas criminales como el lavado de activos, el terrorismo, el narcotráfico y conductas afines.

Los mecanismos con que cuenta el Estado Colombiano se han subempleado siendo evidente un manifiesto desconocimiento de las herramientas disponibles, además de una concentración en la persecución criminal omitiendo la búsqueda de los réditos que dichos punibles han permitido a los autores delictivos, con un mensaje a la sociedad frente a que el crimen sí paga, erigiéndose en un incentivo para la incursión en actividades criminales. Aún hace falta implementar varios de los mecanismos que internacionalmente se tiene el deber de crear, y que resulten efectivos para la identificación, congelamiento y final disposición de bienes provenientes de la corrupción; así como aquellos que favorezcan una efectiva cooperación ante solicitudes extranjeras y una debida y responsable administración de los bienes que se han congelado o frente a los que se ha tomado medida definitiva a favor del Estado¹⁹.

19 Ello incluso se reconoció en el documento Conpes No. 167 de 2013 (p. 54): “Para el caso del decomiso, la falta de capacitación de los fiscales en temas de persecución de activos, así como la tendencia a enfocar las investigaciones en la condena del sujeto, conduce a que en los procesos no se inicien investigaciones dirigidas

También hace falta sacar un mayor provecho, en esta línea, de los mecanismos de negociación de que han sido dotados los funcionarios desde la implementación del sistema penal acusatorio, requiriendo información para la identificación de activos ilícitos²⁰ (modificando el enfoque permitiendo su empleo como mecanismo para generar la prevención del comportamiento). Es claro que se encuentra consagrado normativamente el deber de identificar esos bienes que se originan en la actividad criminal, entre otros: como consecuencia de disposiciones constitucionales básicas como lo son los derechos a la igualdad y a la propiedad privada, lo que sólo subsiste sobre la base del principio de legalidad²¹; pero además, con fundamento en indicaciones concretas que obligan a la persecución de esos recursos que tienen su origen en actos propios de corrupción. Entre otros, se citan las siguientes:

- a. Señala la Ley 190 de 1995 (art. 36) que en todo proceso por delito contra la administración pública “[...] será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada [...]”²². De incumplirse

a la identificación, ubicación y persecución de los activos ilícitos. De otro lado, la extinción de dominio se ha utilizado primordialmente para perseguir activos provenientes del narcotráfico y solo en pocas ocasiones se ha aplicado para los bienes provenientes de la corrupción. Además, una dificultad adicional para la identificación y ubicación de estos activos es el hecho de que usualmente son sacados rápidamente del país hacia jurisdicciones con pocos controles frente al lavado de dinero.”. Se hace la aclaración que cuando el documento hace referencia al “decomiso” debió figurar “comiso” que es la figura jurídica prevista para la finalidad allí descrita, según se expone líneas adelante, debiendo señalar que el decomiso es una figura del derecho administrativo.

- 20 Además de la normatividad que exige el reintegro de al menos parte del incremento patrimonio derivado de la conducta punible lo cual de estar ausente impide, generando una verdadera prohibición, celebrar el preacuerdo (Código de Procedimiento Penal, 2004).
- 21 Artículo 65. Constitución en parte civil. Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. Parágrafo. La parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución (Ley 610 de 2000).
- 22 En relación con este artículo se pronunció la Honorable Corte Constitucional: “[...] En la Constitución no se encuentra norma alguna que impida al legislador regular libremente la constitución de parte civil por delitos cometidos contra la administración pública. De otro lado, parece razonable que se amplíe la competen-

- la obligación aludida constituye causal de mala conducta para el funcionario correspondiente.
- b. Asimismo, se ha otorgado una potestad facultativa a los contralores para constituirse como parte civil cuando se trate de delitos que atenten contra el patrimonio del Estado (Ley 610, 2000, art. 65), como es el caso del enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, entre otros.
 - c. Esta obligación se reitera en el Código de Procedimiento Penal, tanto el contenido en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004.

Es así que en el marco de la Ley 600 de 2000 y bajo la figura de la “parte civil”, consagra el Art. 137 lo siguiente:

En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil.

Cuando la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, estará a cargo del Director Ejecutivo de la Administración Judicial o por el apoderado especial que designe. [...]” (negritas fuera del texto original) (Ley 600, 2000, art. 137)

De esta forma se entiende que a la entidad le constituye un interés legítimo para la recuperación del patrimonio público afectado, así como los derechos a la verdad y a la justicia que imponen su participación en la actuación penal a partir de la constitución como parte civil. En lo que concierne a la Contraloría General de la República, le asiste similar interés en tanto ejerce control de la gestión fiscal de la administración lo que explica que pueda constituirse como parte civil en los procesos penales por delitos contra

la administración pública (a los que nos referimos al inicio integran los actos de corrupción):

[...] En efecto, el artículo 267 de la Carta establece que la finalidad constitucional de la Contraloría es la de realizar el control de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, para lo cual puede incluso promover procesos penales (artículo 268, numeral 8, CP). Sin embargo, si bien la Contraloría tiene un interés en la recuperación del patrimonio público, ese interés no es excluyente ni exclusivo, sino principal, y puede concurrir con el interés que tiene la entidad perjudicada en la recuperación del patrimonio perdido, habida cuenta de que las entidades son las responsables directas de la gestión fiscal y, por ende, también tienen interés en la reparación pecuniaria.

Adicionalmente, la entidad perjudicada puede estar interesada no sólo en la recuperación del patrimonio público, sino, por ejemplo, también tener interés en esclarecer con detalle los hechos para, luego, examinar los factores internos, de diverso orden, que contribuyeron a la realización del hecho punible [...] (Corte Constitucional, 2002).

En lo que corresponde a los delitos cometidos bajo la vigencia del nuevo sistema penal acusatorio:

[...] serán aplicables las disposiciones previstas en la Ley 906 de 2004, en especial lo relacionado con el incidente de reparación integral, previsto en su artículo 137, de acuerdo con el cual las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, justicia y a la reparación, tienen la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación.

El derecho de las víctimas a la reparación integral, comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas [...] (Dirección Nacional de Fiscalías, 2010).

En este entendido, dispone el Art. 137 de la Ley 906 de 2004 la forma de intervención de las víctimas en el marco del proceso penal.

- a. Ello se reafirma en la Circular Conjunta expedida el día 1 de Octubre de 2010 de la Fiscalía General de la Nación y la Auditoría General de la República en que se insiste en el deber de las

cia de las personas jurídicas de derecho público a la defensa de los intereses patrimoniales del Estado que a cada una le corresponde cuidar y vigilar, y que son los que resultan inmediatamente afectados con las conductas ilícitas (1996).

entidades públicas de constituirse como víctimas o parte civil en los procesos penales que se adelanten por delitos que las afecten:

Ante el alarmante monto de demandas y condenas contra el Estado, el grave detrimento patrimonial, y la escasa recuperación de los recursos del erario, la Dirección Nacional de Fiscalías conjuntamente con la Auditoría General de la República acuden a los señores fiscales y controladores, para que con su debida colaboración se afirme el cumplimiento del deber que le asiste a las entidades públicas de hacerse parte en los procesos penales en los que se advierte la existencia de conductas punibles que atentan contra el patrimonio público.

- b. Finalmente, se cuenta con la posibilidad de adoptar diversas medidas frente a personas jurídicas empleadas en la comisión de delitos relacionados con actos de corrupción (Art. 91 de la Ley 906 de 2004²³ y Art. 34 de la Ley 1474 2011) y allí se advierte la posibilidad de vincular como terceros civilmente responsables a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar por delitos de esta naturaleza. Entre ellas la posibilidad de vincularlas como terceros civilmente responsables:

[...] En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas [...] (Ley 1474 de 2011, art. 34).

Con ello se deja sentada la existencia de un deber concreto orientado a la búsqueda en la recuperación de los bienes que se han sustraído del Estado con ocasión, entre otros, de alguno de los delitos contra la administración pública y que se edifican como actos propios de corrupción. Pero a esta obligación se añan las disposiciones que permiten el ejercicio de

este deber-derecho y a su vez que propenden por la garantía de la recuperación de activos derivados de la corrupción. Es así, que el marco normativo procesal contempla variedad de normas que propenden por facilitar su adecuada identificación y ubicación, posterior congelamiento y adopción de medidas definitivas a través de las figuras del comiso y la extinción del derecho de dominio.

Panorama general sobre las figuras del comiso y la extinción del derecho de dominio

Se ha destacado que las figuras de comiso y extinción de dominio se erigen en mecanismos fundamentales a efectos de procurar la persecución de réditos de los delitos asociados con actos de corrupción. El sustento constitucional de ambas figuras asienta sobre la garantía del derecho de propiedad de conformidad con el contenido de los Arts. 34²⁴ y 58²⁵ Constitucional²⁶ de manera que se salvaguarda sobre la base de la existencia de títulos válidos y honestos que se ajusten a los principios éticos y normativos para su adquisición así como a las directrices en torno a la que debe ser su destinación (función social y ecológica). En estos términos lo expuso la Corte Constitucional:

Se indicó que el constitucionalismo colombiano, de manera progresiva, había configurado un completo régimen del derecho de dominio y demás derechos adquiridos. De acuerdo con él, para su adquisición se exige un título legítimo y para su mantenimiento se precisa del cumplimiento de una función social y ecológica y de la no concurrencia de motivos de utilidad pública o interés social legalmente acreditados. Si el primer presupuesto no concurre, hay lugar a la extinción de dominio por la ilegitimidad del título y la acción se basa en el artículo 34 superior. Si el segundo presupuesto no concurre, hay lugar a la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad y la acción se basa en el artículo 58 constitucional. Finalmente,

23 En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

24 Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (Constitución, 1991).

25 Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. [...] La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica (Constitución, 1991).

26 Constitución Política de Colombia de 1991.

si concurren los motivos de utilidad pública o interés social legalmente acreditados, hay lugar a la expropiación. [...] Ello es así por cuanto se trata de una acción constitucional pública, consagrada directamente por el constituyente, relacionada con el régimen constitucional del derecho a la propiedad y que prevé los efectos sobrevinientes en caso de ilegitimidad del título generador del dominio. Un dominio amparado en un título injusto se extingue, indistintamente de que para la consecución de tal título se haya cometido o no una conducta punible. Éste es el carácter de la acción y de allí por qué resulte vano todo esfuerzo por ligarla a la responsabilidad penal y al fallo en que ésta se declare (2003a).

Ello no resulta novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, pues si bien figuras como la comisión y la extinción del derecho de dominio no se concebían en el pasado, lo cierto es que desde siempre se ha advertido que los derechos en Colombia gozan de protección en la medida, únicamente, que los mismos se ajusten a la legalidad. En la Constitución de 1886, por ejemplo, se traían instituciones tales como: la protección de los derechos adquiridos con justo título (art. 31); la procedencia de la expropiación (arts. 31, 32 y 33); la proscripción de la pena de confiscación (art. 34); La protección de la propiedad literaria y artística (art. 35); el carácter inmodificable de las donaciones inter vivos o testamentarias (art. 36); y la proscripción de bienes raíces que no sean de libre enajenación y de obligaciones irredimibles (art. 37), fija como condicionamiento “la legitimidad de su momento originario”. Si bien, no consagró una regla jurídica que generara consecuencias ante la ilegitimidad del título, sí era evidente que sí se protegían los derechos adquiridos²⁷ con justo título con arreglo a las leyes civiles y los derechos que no satisfacían esa exigencia no se protegían²⁸.

27 Los derechos adquiridos que garantiza el artículo 58 constitucional, son aquellas situaciones concretas consolidadas en vigencia de la ley que es interpretada, reformada o derogada por la subsiguiente, en ejercicio de la cláusula general de competencia asignada al Congreso de la República. De manera que no todas las situaciones generadas en vigencia de la antigua disposición debe mantenerse de cara a la nueva, porque de ser así no tendrían objeto tales facultades y el ordenamiento no podría responder a las necesidades cambiantes de una sociedad en permanente transformación (Corte Constitucional, 2002a).

28 No obstante, las implicaciones de tal desprotección quedaron relegadas a la ley civil, a través de la regulación de los títulos ilegítimos, y a la ley penal, a través de la regulación de instituciones como el decomiso y el comiso (Corte Constitucional, 2003a).

Con la reforma Constitucional de 1936 se limitó aún más el derecho de propiedad²⁹, aun sin configurar una regla jurídica expresa que generara consecuencias concretas ante la carencia de legitimidad del título, sin embargo, en su desarrollo llevó a sentar las bases de las figuras que hoy se contienen en nuestro ordenamiento jurídico y que propenden por la persecución de réditos del delito, en particular, para el nacimiento de la “extinción del derecho de dominio” en la Constitución de 1991³⁰:

La Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional, dignidad humana y democracia pluralista, sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afincó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y

29 Como puede advertirse, mediante la reforma constitucional de 1936 se limitó mucho más el derecho de propiedad. Hasta entonces existían como límites un condicionamiento en el título; un mandato de prevalencia del interés público sobre el interés privado, con la expropiación como su principal manifestación, y la ley y el derecho ajeno como límites a su ejercicio arbitrario. Pero a partir de 1936, el panorama cambió. Así, el mandato de prevalencia se amplió, pues también el interés social primaba sobre el interés privado; a la ley y al derecho ajeno como límites al ejercicio arbitrario de la propiedad se sumó su función social y las razones de equidad podían hacer viable una expropiación sin indemnización. Las consecuencias de la ilegitimidad del título siguieron relegadas a la ley. Igual cosa ocurrió con las consecuencias del incumplimiento de la función social de la propiedad pues, como luego se verá, a partir de entonces, mediante una copiosa legislación, se abrió camino la extinción del dominio como una consecuencia del incumplimiento de la función social de la propiedad privada (Corte Constitucional, 2003a).

30 La cual surge formalmente desde la Constitución de 1991, sin perjuicio de la presencia de otras alternativas que obraban en la ley y que permitían la extinción del derecho de dominio a favor del Estado cuando se había adquirido mediante la comisión de conductas punibles, ampliándose a eventos diversos: “[...] pues la acción procede cuando el dominio se ha adquirido por actos de enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social y ello es así con independencia de la adecuación o no de tales hechos a un tipo penal (Corte Constitucional, 2003a). En igual sentido: “Hasta la expedición de la Constitución de 1991, la extinción de dominio procedía con ocasión exclusivamente de la comisión de conductas punibles. Así, mediante la incorporación del artículo 34 al texto superior, el constituyente extendió el ámbito de procedencia de la acción a causales distintas a la comisión de conductas penales, pues se previó expresamente que la acción procede cuando el dominio se ha adquirido por actos de enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social, con independencia de la adecuación o no de tales hechos a un tipo penal (Corte Constitucional, 2011).

relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general.

Así, ya desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales.

La regulación del derecho de propiedad se incardina en ese marco. Ella está contenida en el Título II, "De los derechos, las garantías y los deberes". En particular, en el capítulo II, este regula una serie de instituciones como la protección de la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (art.58), la procedencia de la expropiación (arts. 58 y 59), la promoción estatal del acceso a la propiedad (art.60), la protección de la propiedad intelectual (art. 61), la imposibilidad de variar el destino de las donaciones (art. 62), la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público (art. 63) y la promoción del acceso progresivo a la propiedad de la tierra (art. 64).

Aparte de ello, la Carta, en el capítulo I del Título II, protege el derecho de propiedad mediante la proscripción de la pena de confiscación y consagra una institución directamente relacionada con el derecho de propiedad: la declaración de la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (art. 34).

De acuerdo con esto, se observan tres modificaciones muy importantes:

1. En primer lugar, le atribuyó a la propiedad una función ecológica.
2. En segundo lugar, ordenó la protección y promoción de formas asociativas y solidarias de propiedad.
3. Y en tercer lugar, si bien el constituyente prescindió de la expresión justo título al consagrar

la protección para la propiedad privada y los derechos adquiridos, optando sólo por mantener la expresión "con arreglo a las leyes civiles", hizo algo que hasta entonces no había hecho el constituyente colombiano: consagró una institución directamente relacionada con el derecho de propiedad y, a través de ella, señaló el efecto producido en el caso de derechos adquiridos sin justo título o sin arreglo a las leyes civiles: La declaración de extinción del dominio (Corte Constitucional, 2003a).

De manera que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, desde la Constitución de 1886, inclusive, se ha reconocido la exigencia de licitud para el título que origina el derecho de propiedad a falta del cual no se logra consolidar derecho alguno, y menos aún, puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. Surge un derecho apenas aparente que no llega a consolidarse ni es susceptible de ser saneado permitiendo que en cualquier momento el Estado pueda desvirtuar esta apariencia:

[...] la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente: los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda.

Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado.

Luego, no concurren argumentos para exigir que la garantía constitucional de los derechos adquiridos se extienda a los bienes adquiridos ilegítimamente (Corte Constitucional, 2003a).

Traído lo anterior a los delitos de corrupción supone claramente que cuando la propiedad se origina en la actividad ilícita o cuando la misma se destina para dicho cometido, en efecto se carece de derecho protegible por nuestro ordenamiento jurídico y no puede garantizarse la riqueza, siendo, por el contrario, deber de las autoridades perseguir aquella a través de las herramientas con que cuenta en el ordenamiento

jurídico y que se circunscriben al comiso y a la extinción del derecho de dominio.

En lo que respecta al Comiso, se tiene que es: “[...] la figura jurídica por cuyo medio los bienes³¹ del penalmente responsable que provienen o son producto directo o indirecto del delito o han sido utilizados o destinados a ser utilizados como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, pasan a poder de la Fiscalía General de la Nación, previo agotamiento del procedimiento previsto en la ley, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe. [...] (Corte Suprema de Justicia, 2012). Se encuentra regulada en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal³². Se trata de una consecuencia o sanción accesoria³³ que tiene por fin lograr la privación definitiva del derecho de dominio de un bien o derecho que posee su titular y que se traslada al Estado dada la vinculación del mismo con un delito:

Aunque en materia penal el comiso no está catalogado en estricto sentido como una pena, sí se trata de una consecuencia jurídica de la conducta punible, toda vez que el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos (Corte Constitucional, 2012).

Se evidencia así, como se venía exponiendo, que la conducta delictiva no es un medio legítimo de obtención de riqueza:

[...] La protección estatal de la propiedad no cobija a la riqueza que proviene de la actividad de-

lictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito.

De esta manera, la naturaleza y fines del comiso están vinculados a una estrategia de política criminal orientada a la prevención general y especial del delito. En efecto, una eficaz labor investigativa tendiente a identificar no sólo al delincuente, sino a los medios e instrumentos que despliega para la preparación y ejecución de la actividad criminal, así como el destino y ubicación de los beneficios que la actividad delictiva reporta, con fines de incautación, son objetivos que se encuentran en la base de esta institución (Corte Constitucional, 2012).

Esta figura, de enorme trascendencia, puede utilizarse en el curso del proceso penal y contra los bienes del penalmente responsable, precisamente por edificarse los supuestos antes aludidos y encontrarse un vínculo de la propiedad con los delitos por los que está siendo investigado³⁴. Ello supondría que es deber de la Fiscalía General de la Nación identificar y perseguir los bienes que tengan algún vínculo con el delito y dentro de la misma actuación penal procurar que se adopte decisión definitiva de comiso. Por su parte la figura de la extinción del derecho de dominio “[...] es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado”. Se evidencia que tiene como sustento, igualmente, los postulados en que se asienta el derecho de propiedad (Constitución, arts. 34 y 58). Para obtener la extinción del derecho de dominio se requiere acudir a la acción de extinción del derecho de dominio (Corte Constitucional, 2014), que se trata de una acción autónoma, pública y constitucional que si bien deriva en un pronunciamiento o declaración judicial definitiva, (la norma es clara en

31 De conformidad con el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004, parágrafo 2: “[...] se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

32 Así mismo, deben tenerse en consideración los artículos 83 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004) y que hacen referencia a las medidas cautelares previo al comiso de los bienes y recursos, y al trámite consecuente que se debe adelantar.

33 Sin que pueda, por este hecho, confundirse con la figura de la confiscación, figura que se ha entendido como “[...] el apoderamiento de la totalidad o de parte considerable de los bienes de una persona, por parte del Estado, sin compensación o indemnización (Corte Constitucional, 2006)”. Esta figura se abolió en Colombia desde el año 1830, norma que se ha venido reiterando hasta su consagración actual en el art. 34 de la Constitución Política de Colombia de 1991 (Corte Constitucional, 2003).

34 Previo a decretar el comiso de los bienes, pueden adoptarse medidas cautelares consistentes en: medidas materiales de incautación y ocupación; medidas jurídicas de suspensión del poder dispositivo (Código de Procedimiento Penal, 2004, Ley 906, artículo 83) siempre que se tengan motivos fundados respecto de las condiciones que dan origen a la medida. La incautación y ocupación de bienes o recursos con fines de comiso se somete a audiencia de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes. Una vez decretado el comiso, los bienes pasan en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes. Al final puede procederse o al comiso definitivo, a la destrucción cuando ello proceda (artículo 87) o a su devolución (artículos 88, 89 y 90).

establecer que debe declararse la extinción mediante sentencia), no constituye una sanción³⁵, sino una ausencia de derecho protegible por el Estado colombiano y por ende la declaración de su extinción a favor del mismo. Esta acción es eminentemente real, es decir, recae en forma directa respecto del bien de que se trate, independiente de quien pueda figurar como su titular, verificando en cada caso la legitimidad de un título, y la función de la propiedad en un caso concreto, lo que se transmite en el tiempo y en la cadena de tradición considerando que lo que no genera derecho no puede tampoco ser transferido a un tercero.

Es además una acción sea constitucional (consagrada por el poder constituyente primario); pública: “[...] porque el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social”; judicial (con garantía del debido proceso), autónoma e independiente (en tanto “procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado [...]” y directa, en tanto se supedita a la demostración de los supuestos consagrados por el constituyente: a) enriquecimiento ilícito; b) perjuicio del tesoro público; c) grave deterioro de la moral social (Corte Constitucional, 2003a).

Lo cierto es que con tristeza podemos reconocer que el crimen se ha convertido en una de las principales fuentes de riqueza en la sociedad y, debido a factores como la impunidad y una expandida cultura de la ilegalidad, es también una de las más seguras y estables en el tiempo. Es un círculo vicioso que se ha convertido en la inspiración misma del delito. Hoy existe una clara voluntad por crear un nuevo mensaje: la ganancia ilícita no puede volcarse en contra de la sociedad y no puede llegar a desarticular o desestabilizar la economía colombiana. La criminalidad no es fuente de riqueza y de existir, aquella debe ser perseguida, permitiendo con ello desincentivar la criminalidad. Ya se cuenta con herramientas como el comiso y la extinción del derecho de dominio, pero aún hace falta profundizar sobre su contenido, alcan-

ce y naturaleza y de esta forma permitir su aplicación eficiente y eficaz en la persecución de réditos derivados de la corrupción.

Las figuras del comiso y la extinción del derecho de dominio en la prevención de la corrupción en Colombia

Una vez expuesto lo anterior, es evidente que en Colombia se cuenta con herramientas eficientes y eficaces en la persecución de activos derivados de la corrupción. No obstante ello, en su aplicación se observa que son mecanismos de escasa utilización y como tal, no sólo se están incumpliendo parámetros del derecho internacional sino además obligaciones precisas en el derecho nacional que impiden enviar el mensaje pretendido frente a que “el delito no paga”. Ello incluso se reconoció en el Conpes, Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013:

Actualmente, las dos herramientas con las que cuenta el país para la persecución de bienes por corrupción presentan dificultades en su aplicación. Para el caso del decomiso³⁶, la falta de capacitación de los fiscales en temas de persecución de activos, así como la tendencia a enfocar las investigaciones en la condena del sujeto, conduce a que en los procesos no se inicien investi-

36 No debe hablarse aquí de “decomiso” sino de “comiso”. El decomiso es una figura del derecho administrativo: “Existen normas con las que se faculta a ciertas autoridades el decomiso administrativo de bienes, como a los funcionarios de la DIAN, a través del Decreto Ley 1092 de 1996, donde se establece que aquellos pueden adelantar operativos tendientes a determinar el ingreso de moneda legal colombiana o moneda extranjera en cantidades superiores a las autorizadas o mercancías que vulneren los parámetros de importación e exportación, realizando diligencias de control y prevención y en desarrollo de éstas, incautar divisas o mercancías. La Ley 30 de 1986 dio facultades a la Policía Nacional para ocupar bienes inmuebles que sean destinados al cultivo, conservación, elaboración, almacenamiento y comercialización de plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producir cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, Asimismo incautar bienes muebles cuando sean utilizados para el transporte de estas mercancías y cualquier elemento que sirva para su procesamiento. La Ley 99 de 1993 (Código del Medio ambiente) indica que la autoridad ambiental (DAMA o CAR) podrá decomisar provisionalmente especies de fauna y flora en vías de extinción, así como los instrumentos con los que se produjo daño a los recursos naturales y al medio ambiente.

El Decreto 2535 de 1993 determina que es el Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de la autoridad militar y policiva, quien dispondrá el decomiso de armas, municiones y explosivos. La Ley 685 de 2001, artículo 161 del Código de Minas, determina que los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no estén amparados por concesión minera, y se comprobará su procedencia ilícita. [...]” (Feria & Caballero, 2010).

35 En este sentido, (Corte Suprema de Justicia, 2007).

gaciones dirigidas a la identificación, ubicación y persecución de los activos ilícitos. De otro lado, la extinción de dominio se ha utilizado primordialmente para perseguir activos provenientes del narcotráfico y solo en pocas ocasiones se ha aplicado para los bienes provenientes de la corrupción. Además, una dificultad adicional para la identificación y ubicación de estos activos es el hecho de que usualmente son sacados rápidamente del país hacia jurisdicciones con pocos controles frente al lavado de dinero (p. 54).

Así las cosas, y de manera general, se evidencia que en lo que respecta al comiso es una figura de escasa utilización. En parte, y derivado de la experiencia en la capacitación a funcionarios judiciales a cargo de las investigaciones por temas de corrupción, así como a través de una lectura de las sentencias que se han emitido por la Honorable Corte Suprema de Justicia frente a actos de “corrupción”, se observa que existe un desconocimiento sobre la forma de empleo de la figura. Ello probablemente ocurre en tanto el comiso tiene como único desarrollo unos cuantos artículos en el Código (Ley 906, 2004, arts. 82 a 84), que no sólo dan la impresión de carecer de relevancia dentro de la actuación penal sino que además se incorporan dentro de un mismo capítulo con medidas que no son de comiso y que si bien recaen sobre bienes dentro de la actuación penal cumplen finalidades diversas dentro de la misma³⁷.

Asimismo, la variación de jurisprudencia que ha tenido el Consejo de Estado y que, de forma genérica, se torna más exigente frente a la “falla en el servicio de la rama judicial” ha derivado en un temor generalizado frente a la asunción de diversas medidas por parte de los operadores jurídicos que prefieren abstenerse a generar una posible responsabilidad individual en cabeza suya por la adopción de decisiones que afecten los bienes del sujeto. Ahora, también es cierto que al recaer esta potestad exclusivamente en cabeza del fiscal a cargo de la actuación penal y preferir este concentrarse en obtener resultados en torno a la identificación del presunto responsable, lleva a que la persecución de activos se edifique en un segundo plano, confundiendo el alcance de lo que

es la indemnización que debe (por virtud de la Ley) perseguir la Entidad del Estado y que lleva inmersa la recuperación de los réditos perdidos con ocasión del acto de corrupción, frente al comiso como forma de extinción del derecho de propiedad que carece de protección constitucional en atención a las normas previamente anotadas.

En materia de extinción del derecho de dominio se replican varios de los problemas anteriormente mencionados. En este caso, en menor medida en lo que se refiere al “desconocimiento”, pues claramente desde la expedición de la Ley 1708 de 2014 se ha hecho un esfuerzo por reforzar los conocimientos y el entendimiento sobre la figura, se ha capacitado a los funcionarios a cargo de esta acción en todo el país y se ha profundizado, especialmente, en lo que respecta a cooperación y asistencia jurídica internacional. De esta forma, y teniendo en cuenta que aun cuando las herramientas son eficientes y eficaces, e identificando algunos de los problemas que han llevado a su inaplicación, se identifican algunas oportunidades de mejora, conforme se expone en seguida.

Lo primero, y es tal vez el más sencillo, *se debe reforzar el que el Estado figure como víctima en las actuaciones penales por actos de corrupción*. Si bien, son variadas las disposiciones que imponen la obligación en cabeza de la entidad afectada de presentarse y constituirse como víctima y en la misma línea tener pretensiones acordes a dicha calidad (verdad, justicia y reparación), en la práctica son escasos los escenarios en donde se cumple con dicho presupuesto. Se debe recalcar la importancia de lo anterior, primordialmente considerando que los derechos que le asiste al Estado como víctima de actos de corrupción priman sobre los fines que se persiguen con el comiso o con la extinción del derecho de dominio:

Los derechos de las víctimas deben primar sobre el interés estatal en decretar el comiso o la acción de extinción de dominio sobre los bienes de propiedad del autor o partícipe del injusto, o de los ilícitamente adquiridos (Feria & Caballero, 2010, p. 23).

De esta forma, ha de sensibilizarse al Estado, en todas sus dependencias e instituciones, sobre la trascendencia de este deber, capacitarse sobre la forma de llevarlo a cabo en especial a través de la defensa

37 Los bienes dentro de la actuación penal pueden cumplir una finalidad de servir como objeto del delito, elemento material probatorio o evidencia física, servir para efectos de reparar a las víctimas del delito, con fines de comiso o con fines de extinción del derecho de dominio (Feria & Caballero, 2010).

jurídica del Estado³⁸ y finalmente, se deben tomar medidas en todos los eventos en que no se cumpla con el deber, adelantando las actuaciones disciplinarias correspondientes (precisamente esta parte es la que se ha venido omitiendo). Asimismo, y de forma paralela, *se debe capacitar y sensibilizar sobre la figura del comiso y reforzar su aplicación*. Concretamente:

- a. Se suele asociar, de manera incorrecta, la figura de comiso con la figura de extinción del derecho de dominio y por ello en algunos eventos el funcionario prefiere que la decisión sobre los bienes se tome en un proceso independiente por lo que deja de aplicar la figura del “comiso” sobre la confianza de un posible proceso posterior de extinción del derecho de dominio. Es por ello que resulta trascendente capacitar sobre el alcance de ambas figuras. Ambas, según se expuso ampliamente, si bien se sustentan sobre una misma finalidad, se edifican en escenarios diferentes en especial en tanto la acción de extinción del derecho de dominio es una acción real que recae sobre bienes con independencia de quienes figuran como titulares de los mismos, por su parte, el comiso se encuentra ligado a la existencia de responsabilidad penal y por ello, tiene un límite frente a los bienes del penalmente responsable. Incluso y en el marco de un proceso penal, es de más fácil aplicación la figura del comiso (dándose los elementos de la responsabilidad penal) que en una actuación diferente en donde el funcionario debe demostrar la ausencia de existencia de buena fe exenta de culpa.
- b. Se debe concientizar sobre su aplicación para todos los delitos dolosos sin que ello se restrinja al lavado de activos o el narcotráfico. En este sentido, si se utiliza un vehículo, p.e. para realizar lo que se ha conocido como “paseos millonarios” es procedente el comiso sobre el automotor empleado, más aún cuando se trate de actos de corrupción, y de acuerdo a la modalidad, debe el funcionario identificar si se dan los supuestos del art. 82 sobre alguno de los bienes del penalmente responsable.

38 En especial haciendo referencia a la multiplicidad de mecanismos que se ofrecen a quien figura como víctima dentro de la actuación penal, no sólo en términos de actuación (cerca de los derechos que le asisten a un sujeto procesal en atención al desarrollo que sobre el particular ha hecho la Corte Constitucional) y que permiten a la víctima participar activamente en la identificación del presunto responsable de la conducta delictiva, sino especialmente las herramientas que se consagran en la ley para garantizar el restablecimiento del derecho de la víctima y consecuente reparación de perjuicios.

- c. Se debe sensibilizar sobre la importancia de la persecución de activos derivados de la corrupción como parte integral del rol que cumple el funcionario jurídico (fiscal y juez) en la actuación penal que no se limita a la identificación de un delito y de su presunto responsable, sino en general a la garantía de los derechos de la víctima (art. 250 de la Constitución y alineado con lo previamente expuesto) y la persecución de aquellos bienes que tienen su origen o su empleo en la comisión del delito (a la luz del contenido del Art. 82 de la Ley 906/04):

En materia penal, la legislación colombiana ha establecido que los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, pasarán a manos de la Fiscalía General de la Nación, a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente. No obstante, la ley deja a salvo los derechos de las víctimas y de los terceros de buena fe. Aunque en materia penal el comiso no está catalogado en estricto sentido como una pena, sí se trata de una consecuencia jurídica de la conducta punible, toda vez que “el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos”. La protección estatal de la propiedad, “no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito”. De esta manera la naturaleza y fines del comiso están vinculados a una estrategia de política criminal orientada a la prevención general y especial del delito. En efecto, una eficaz labor investigativa tendente a identificar no sólo al delincuente, sino a los medios e instrumentos que despliega para la preparación y ejecución de la actividad criminal, así como el destino y ubicación de los beneficios que la actividad delictiva reporta, con fines de incautación, son objetivos que se encuentran en la base de esta institución (Corte Constitucional, 2012).

- d. Se debe capacitar sobre la oportunidad y forma de solicitar medidas cautelares con fines de comiso y la forma de demostrar los elementos en que se sustenta para que, en sentencia definitiva, se adopte la decisión correspondiente.

- e. Una propuesta que facilitaría que se adopte esta decisión en mayor medida podría ser el habilitar a las víctimas del delito a realizar esta solicitud. Ya la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el particular advirtiendo que no puede la víctima solicitar medidas cautelares con fines de comiso, menos aún el comiso o la extinción del derecho de dominio:

No escapa a la Sala, desde luego, que hoy en día las facultades de las víctimas, conforme se destacó en aparte precedente de este fallo, no se restringen al tema netamente económico, pues les asiste también los derechos a la verdad y la justicia, en cuyo ejercicio están legitimadas para buscar el esclarecimiento cabal de los hechos y propender por la sanción de los autores acorde con las circunstancias de la conducta cometida.

No obstante, es claro que la extinción de dominio o el comiso no se relacionan con tales derechos, pues en tanto esas medidas implican que la propiedad de los bienes sobre los cuales recaen pase a poder del Estado, para nada una decisión de dicha naturaleza redundaría a favor de los intereses de la víctima del delito, en cuanto ello ni contribuiría a la reparación de los perjuicios causados ni comportaría la modificación de la atribución penal o la imposición de una sanción mayor (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Lo anterior tiene sentido en tanto se evidencia que —como ocurre en el caso de la medida prevista en el art. 91 de la Ley 906 de 2004— la naturaleza y fin que persigue el comiso no es la satisfacción de los derechos de las víctimas, sino “[...] que obedece con mayor acierto a una medida de política criminal que involucra una finalidad preventiva (especial y general) frente al fenómeno delictivo, y es a su vez portadora de un mensaje ético en el sentido que el delito no es un medio legítimo para producir riqueza, de donde deviene que la propiedad que protege el orden jurídico es aquella que se obtiene por medios ilícitos (Corte Constitucional, 2012).

No obstante, habilitar esta posibilidad sobre el entendido que con ello se materializa el que se haga “justicia” (derecho que se ha reconocido a la víctima), así como el interés que tiene la comunidad sobre la adopción de este tipo de medidas y sin que ello se contravenga con el rol de la víc-

tima en la actuación penal (no altera el carácter adversarial propio de la Ley 906 de 2004), permitiría una mayor aplicación de la figura compartiendo la responsabilidad con un tercer sujeto en la actuación penal.

- f. Asimismo, se debe capacitar sobre las herramientas para la identificación, congelamiento y disposición de los bienes, en particular cuando los mismos se encuentran en otros Estados debiendo entrenar a los operadores jurídicos frente a los mecanismos de cooperación y asistencia internacional.

En general existen serios vacíos sobre los mecanismos para la identificación de los bienes. Los mecanismos de congelamiento y disposición en el contexto nacional se encuentran previstos en la norma (bien sea que se trate de comiso o de extinción del derecho de dominio), pero nada se dice sobre la forma de identificación. Aún se recurre a modalidades obvias y se restringe a aquello que es objeto de registro (y ni siquiera sobre todos los bienes sujetos a registro sino limitados a vehículos e inmuebles). Es por ello que reforzar el conocimiento sobre los mecanismos de “identificación” resulta esencial al momento de perseguir los bienes provenientes de delitos de corrupción debiendo recordar que la “inteligencia financiera nacional e internacional es la única herramienta eficaz y eficiente para la identificación y ubicación de bienes provenientes de la corrupción” (Martínez, s.f., p. 9). En este sentido, la actuación coordinada con la UIAF en Colombia, y por intermedio suyo con las unidades de inteligencia financiera a través del mundo (asistencia jurídica internacional), además en virtud del convenio Egmont, resulta esencial para la identificación y ubicación de bienes:

El intercambio de información entre las FIU (Financial Intelligence Unit) ofrece ventajas frente a los mecanismos tradicionales de asistencia judicial, en términos de eficiencia y eficacia. Las FIU pueden ayudar a ubicar bienes a partir de información informal no confirmada, que normalmente no sirve como evidencia en un proceso penal, y allana el camino para que una vez ubicados los bienes, las autoridades centrales de los países realicen la solicitud formal de asistencia judicial para el congelamiento y posterior decomiso de los bienes (Martínez, (s.f.), p. 13).

En especial, se debe resaltar el rol que las unidades de inteligencia financiera a lo largo del mundo pueden cumplir en la prevención y lucha contra la corrupción, y en particular, frente a la persecución de activos provenientes de la corrupción, utilizando para ello los mecanismos que ya se han desarrollado ampliamente en el Grupo Egmont, y que resultan de mayor eficiencia y rapidez (frente a los mecanismos de cooperación tradicionales). Si bien la información que se comparte a través de la agencias de inteligencia financiera no constituye "evidencia" formalmente en el marco de las actuaciones penales, sí permite ubicar y congelar potenciales bienes provenientes de la corrupción y, preparar así, las bases para la cooperación internacional formal (Egmont Group, s.f., p. 10).

Asimismo se debe profundizar sobre los mecanismos para el congelamiento y disposición de bienes, en especial en un contexto internacional. Se insiste que en el contexto nacional, ello se encuentra definido en la norma en donde se disponen las "medidas cautelares" procedentes (congelamiento) y la forma de tomar la decisión definitiva que supone la extinción del derecho con las consecuencias correspondientes según se trate de comiso o de extinción de dominio (disposición). Sin embargo, bajo una creencia ya superada frente a la jurisdicción, no se suelen adoptar decisiones sobre bienes ubicados en el exterior. Ello desconoce la variedad de tratados y convenios internacionales que propenden por generar mecanismos de asistencia y cooperación internacional (no sólo para la investigación sino en general para la persecución de activos provenientes de la corrupción).

Se llama la atención de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (incorporada a Colombia a través de la Ley 1573 de 2012), la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)" (incorporada a través de la Ley 970 de 2005), la "Convención Interamericana contra la Corrupción" (incorporada a través de la Ley 412 de 1997) y la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos" (incorporada a Colombia a través de la Ley 800 de 2003). Disposiciones todas que consagran, por un lado, la importancia de adoptar mecanismos para la persecución de activos derivados de la corrupción, pero además que consagran disposiciones para la cooperación y asistencia internacional, se llama especialmente la atención sobre el contenido de la

Convención de Naciones Unidas contra la corrupción que dispone un capítulo completo para dicho fin.

Los funcionarios desconocen el contenido de las disposiciones y en particular la forma de hacerlo operativo. Incluso al momento de buscar la forma de llevar a cabo solicitudes de cooperación o asistencia internacional se debe acudir a un Manual que se ha expedido por la Fiscalía General de la Nación y que no se encuentra a libre disposición de los funcionarios (que en su mayoría lo desconocen) sino que se debe requerir a la Oficina de Asuntos Internacionales (Dirección de Gestión Internacional), de la Fiscalía General de la Nación, dificultándose, aún más, el empleo de los mecanismos a disposición de los funcionarios, siendo esencial capacitar sobre el contenido de la Guía de Trámites relativos a la Dirección de Gestión Internacional.

Se debe reforzar a través de campañas en la comunidad la denuncia de bienes susceptibles de extinción del derecho de dominio. La Fiscalía General de la Nación solo puede operar en forma reactiva (no preventiva), lo que supone que sólo entra a indagar la comisión de delitos cuando tiene conocimiento de los mismos, e igualmente, sólo entra a evaluar si procede la acción de extinción del derecho de dominio cuando conoce de bienes que sean susceptibles de ello. Existe una mayor cultura de la denuncia cuando se trata de conductas delictivas pero no así respecto de bienes que pueden ser susceptibles de extinción del derecho de dominio. Es por lo anterior, que como mecanismo eficiente en la persecución de bienes provenientes de la corrupción, se deben fortalecer las campañas que propendan por la "denuncia" de bienes sobre los que proceda la acción, recordando además que la Ley 1708 de 2014 consagró un incentivo por la denuncia en el art. 120 en los siguientes términos:

Artículo 120. Retribución. El particular que reporte de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, podrá recibir una retribución hasta del 5% del producto que el Estado obtenga por el remate de dichos bienes. Cuando el Estado los destinase para una entidad pública o para el cumplimiento de uno de los fines que le son propios, la retribución se determinará por el valor comercial del bien.

La tasación la propondrá motivadamente la Fiscalía y la decidirá el Juez, quien de encontrarla razonable la

hará figurar en la sentencia, guardando reserva de la identidad el particular.

En la medida en que crezcan las denuncias de bienes, aumentará la adopción de decisiones frente a aquellos, edificándose el mecanismo en eficiente en la persecución de activos provenientes de la corrupción.

Son estas algunas de las recomendaciones que se observan a la luz de los vacíos u oportunidades de mejora que se han encontrado en la legislación en Colombia, a efectos de procurar una persecución eficiente de los bienes provenientes de actos de corrupción como mecanismo eficaz de prevención de la corrupción, eliminando el principal incentivo del comportamiento y de esta forma disuadiendo al agente de la comisión del mismo.

CONCLUSIONES

La corrupción entendida como el uso del poder para el favorecimiento de intereses particulares, es uno de los fenómenos de mayor gravedad en la actualidad por su efecto devastador en constante crecimiento, frente a la estabilidad del sistema social y económico con extensión a los diferentes ámbitos de la sociedad.

La ineficacia de la administración en la persecución de la corrupción se ha hecho evidente ante la intensificación del comportamiento delictivo con importantes pérdidas en los planos político, económico y social. Es por esto que la lucha contra la corrupción se posiciona hoy, como uno de los principales objetivos en la política de Estado de forma que se prevenga su comisión y se persiga eficazmente a quienes incurrir en comportamientos que puedan ser constitutivos de conductas corruptas.

Se edifican en nuestro ordenamiento jurídico diversas herramientas para la lucha contra la corrupción, unas de corte represivo y otras con un enfoque preventivo. Con un enfoque represivo se cuenta con mecanismos como: persecución del comportamiento corrupto (disciplinaria, fiscal y penalmente); implementación de mejoras y específicas técnicas de investigación que favorecen la identificación del comportamiento corrupto; y nuevos escenarios de “negociación”. Con un enfoque preventivo, se cuenta con herramientas como: la adopción de programas de cumplimiento (plan Anticorrupción y de atención al ciudadano y plan de acción de las entidades públicas); y la persecución de los réditos del delito. En lo que respecta

a la persecución de los réditos del delito, como herramienta orientada a la eliminación de los incentivos, mecanismo para la prevención de la conducta delictiva, se tiene que se cuenta con: el comiso y la extinción del derecho de dominio. Aun, cuando se trata de herramientas que en principio se muestran eficaces para perseguir, en el marco de un proceso penal o fuera de él, los réditos de los delitos asociados a actos de corrupción, en la práctica se muestran insuficientes o al menos de poca o nula utilización. Se destaca la importancia de adoptar mecanismos de persecución de los réditos del delito como incentivo negativo para la comisión del delito, partiendo de un análisis “costo-beneficio”, eliminando la finalidad que en principio persigue el delincuente.

Los mecanismos con que cuenta el Estado colombiano se han subempleado, siendo evidente un manifiesto desconocimiento de las herramientas disponibles, además de una concentración en la persecución criminal omitiendo la búsqueda de los réditos que dichos punibles han permitido a los autores delictivos, con un mensaje a la sociedad frente a que el crimen sí paga, erigiéndose en un incentivo para la incursión en actividades criminales. Hace falta implementar varios de los mecanismos que internacionalmente se tiene el deber de crear y que resulten efectivos para la identificación, congelamiento y final disposición de bienes provenientes de la corrupción; así como aquellos que favorezcan una efectiva cooperación ante solicitudes extranjeras y una debida y responsable administración de los bienes que se han congelado o frente a los que se ha tomado medida definitiva a favor del Estado.

Hace falta, además, sacar un mayor provecho en esta línea, de los mecanismos de negociación de que han sido dotados los funcionarios desde la implementación del sistema penal acusatorio, requiriendo información para la identificación de activos ilícitos (modificando el enfoque, permitiendo su empleo como mecanismo para generar la prevención del comportamiento).

Las figuras de comiso y extinción de dominio se erigen en mecanismos fundamentales a efectos de procurar la persecución de réditos de los delitos asociados con actos de corrupción, sobre la base de una propiedad que carece de protección constitucional. Se abordó el origen, contenido y análisis de cada una de estas figuras, exponiendo sus principales elementos y destacando su importancia y la necesaria aplica-

ción en el contexto de persecución de activos ilícitos provenientes de la corrupción.

Lo cierto, es que con tristeza, podemos reconocer que el crimen se ha convertido en una de las principales fuentes de riqueza en la sociedad y, debido a factores como la impunidad y una expandida cultura de la ilegalidad, es también una de las más seguras y estables en el tiempo. Es un círculo vicioso que se ha convertido en la inspiración misma del delito.

Ya se cuenta con herramientas como lo son el comiso y la extinción del derecho de dominio, pero aún hace falta profundizar sobre su contenido, alcance y naturaleza y de esta forma permitir su aplicación eficiente y eficaz en la persecución de réditos derivados de la corrupción.

Entre otros, hace falta reforzar el que el Estado figure como víctima en las actuaciones penales por actos de corrupción, debiendo adoptarse consecuencias en los eventos que se omita este específico deber que está llevando a que se ocasionen importantes perjuicios al Estado. Adicionalmente, se debe capacitar y sensibilizar sobre la figura del comiso y reforzar su aplicación aban-

donando aquel temor infundado o el desconocimiento sobre su aplicación, más allá del lavado de activos y el narcotráfico, incluso se podría facultar a la víctima para que lo solicite, impulsando de esta forma su empleo. También se debe capacitar sobre las herramientas para la identificación, congelamiento y disposición de los bienes, en particular cuando los mismos se encuentran en otros Estados, debiendo entrenar a los operadores jurídicos frente a los mecanismos de cooperación y asistencia internacional. Y finalmente, se recomienda reforzar, a través de campañas en la comunidad, la denuncia de bienes susceptibles de extinción del derecho de dominio recordando el alcance del art. 120 de la Ley 1708 de 2014 que genera una retribución (incentivo) a quien denuncie, en forma eficaz, bienes susceptibles de extinción del derecho de dominio.

En todo caso, hoy existe una clara voluntad por crear un nuevo mensaje: la ganancia ilícita no puede volcarse en contra de la sociedad y no puede llegar a desarticular o desestabilizar la economía colombiana. La criminalidad no es fuente de riqueza y de existir aquella debe ser perseguida, permitiendo con ello desincentivar la criminalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cepeda, F. (2011). *Narcotráfico, financiación política y corrupción*. Bogotá: Ecoe.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Conpes No. 167*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: Legis.
- Contaduría General de la Nación. (s.f.) *Direccionalmente estratégico*. Recuperado el 17 de enero de 2016 de http://www.contaduria.gov.co/wps/portal/internetes/home/internet/contaduria/nuestra-entidad/nuestra-entidad/direccionamiento-estrategico!/ut/p/b1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAFGj-zOINzPyDTEPdQoONTA1MDBwN-TA0tTYL8jNyDDIEKIoEKjIHCBhZOQWam-Pk6WBp4hwSGBbr6uRhbmRsTphyvwnP-cxNvAMCgh2CQw1N3b2NidSPw7gaEBI-v59Hfm6qfkFuaGhEuaMiAJFTtyY!/dl4/d5/L2dBISEvZOFBIS9nQSEh/
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-180 de 14 de Abril de 1994. (MP. Hernando Herrera Vergara).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-038 del 5 de Febrero de 1996. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-840 de 9 de Agosto de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-058 de 4 de febrero de 2002a. (MP. Álvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-155 de 5 de Marzo de 2002b. (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-228 de 3 de Abril de 2002c. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 740 de 28 de agosto de 2003a. (MP. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C -1006 de 28 de octubre de 2003b. (MP. Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 22 de febrero de 2006. (MP. Jaime Araújo Rentería).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-540 de 6 de julio de 2011. (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-782 de 10 de Octubre de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia No. 27.015 de 18 de abril de 2007, MP. Julio E. Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 39.659 de 17 de Octubre de 2012. (MP. María del Rosario González de Lemos).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 41.369 de 9 de Diciembre de 2014. (MP. María del Rosario González Muñoz).
- Dirección Nacional de Fiscalías, Auditoría General de la República. (2010). Circular, Constitución como parte civil en los procesos penales. Bogotá: Fiscalía general de la Nación.
- Egmont Group. (s.f.). *The role of the FIU in fighting corruption and recovery stolen assets*. Recuperado el 17 de enero de 2016 de <http://www.egmontgroup.org/library/download/229>.
- Feria, P., & Caballero, W. (2010). *Bienes en el Proceso Penal*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Guía de Trámites relativos a la Dirección de Gestión Internacional-Fiscalía General de la Nación.
- Martínez, W. (s.f.). *Persecución de bienes provenientes de la corrupción*. Recuperado el 17 de enero de 2016 disponible de http://www.urosario.edu.co/Subsitio/VII-Jornadas-de-Derecho-Penal/documentos/Persecucion_bienes/
- Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. D.O. 28 de Octubre de 1993.
- Ley 134 de 1994. *Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana*. 31 de mayo de 1994. D.O 41373.
- Ley 190 de 1995. *Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa*. 6 de junio de 1995. D.O 41.878.
- Ley 412 de 1997. *Convención Interamericana contra la corrupción*. 29 de marzo de 1996. D.O 43168.
- Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. 24 de julio del 2000. D.O 44.097.

- Ley 600 de 2000. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. 24 de julio del 2000. D.O 44.097.
- Ley 610 de 2000. *Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. 18 de agosto de 2000. D.O 44.133.
- Ley 734 de 2002. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. 13 de febrero de 2002. D.O 44.708.
- Ley 800 de 2003. *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. 15 de noviembre de 2000. D.O 45131.
- Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. 1 de septiembre de 2004. D.O 45.658.
- Ley 970 de 2005. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. 31 de octubre de 2003. D.O 45970.
- Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. 12 de julio de 2011. D.O 48.128.
- Ley 1573 de 2012. *Convención para combatir el hecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE*. 21 de noviembre de 1997.
- Ley 1708 de 2014. *Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio*. 20 de enero de 2014. D.O 49.039.
- Ley 1778 de 2016. *Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*. 2 de enero de 2016. D.O 49.774d
- Proyecto de Ley 195 de 2014. *Por medio del cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario*. Publicado en la Gaceta del Congreso No. 401/2014.