

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO Y SU APLICACIÓN A LOS FENOMENOS
COMPLEJOS DEL ESTADO EN COLOMBIA HOY**

**REFLEXIONES A PARTIR DEL ANALISIS DEL REGIMEN
JURIDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS COMO ESTUDIO DE
CASO**

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

**Tesis de Grado para Optar al
Título de Magister en Derecho
Administrativo**

BOGOTA, D. C., 1999-2001

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	v
1. EL CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA DROGA Y EL NARCOTRAFICO	1
2. EVOLUCION DE LA NORMATIVIDAD PARA AFRONTAR EL PROBLEMA DE LA DROGA Y AFECTAR LOS BENEFICIOS PATRIMONIALES DEL NARCOTRAFICO	41
2.1. PRIMERA ETAPA	41
2.2. SEGUNDA ETAPA	43
2.3. TERCERA ETAPA	45
2.4. CUARTA ETAPA	61
3. EL REGIMEN JURIDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS EN EL ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES Y EN LA LEGISLACION DE EXCEPCION EXPEDIDA ENTRE 1989 Y 1991 AL AMPARO DE LA DECLARACION DE ESTADO DE SITIO	92
3.1. LEY 30 DE 1986	92
3.2. LEGISLACION DE EXCEPCION	100
3.2.1. Decreto 2390 de 1989	102
3.2.2. Decreto 042 de 1990	110
3.2.3. Decreto 494 de 1990	117
3.2.4. Decreto 1146 de 1990	120
3.2.5. Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991	123
4. REGIMEN JURIDICO VIGENTE DE LOS BIENES INCAUTADOS	136
4.1. NORMAS DE EXCEPCION CONVERTIDAS EN LEGISLACION PERMANENTE	137

4.2.	DISPOSICIONES ESPECIALES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	140
4.2.1.	Caso Especial de Comiso	140
4.2.2.	Extinción del Derecho de Dominio	141
4.3.	REGIMEN DE LOS BIENES OBJETO DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO	142
4.3.1.	Bienes Susceptibles de Extinción del Dominio	143
4.3.2.	Afectación del Derecho de Propiedad de los Bienes Objeto de la Acción de Extinción de Dominio	153
4.3.3.	Consecuencias Jurídicas Derivadas de la Declaración de Extinción de Dominio	158
4.3.4.	Disposición y Destinación de los Bienes	162
4.3.5.	Funcionamiento del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha Contra el Crimen Organizado	171
5.	ADMINISTRACION DE LOS BIENES INCAUTADOS	186
5.1.	CONFORMACION DEL INVENTARIO	189
5.2.	SISTEMAS DE ADMINISTRACION	192
5.2.1.	Enajenación	193
5.2.2.	Contratación	202
5.2.2.1.	Arrendamiento	204
5.2.2.2.	Administración	205
5.2.2.3.	Fiducia	207
5.2.3.	Destinación Provisional	210
5.2.3.1.	Procedimiento	211
5.2.3.1.1.	Divulgación	211
5.2.3.1.2.	Presentación de Solicitudes	213
5.2.3.1.3.	Evaluación y Asignación	215
5.2.3.1.4.	Acto de Destinación – Obligaciones del Destinatario	218
5.2.3.2.	Destinaciones Específicas	224
5.2.3.2.1.	Incora	224
5.2.3.2.2.	Inpec	227
5.2.4.	Depósito Provisional	227

5.3.	CASOS ESPECIALES	229
5.3.1.	Dineros, Divisas y Títulos Valores	229
5.3.2.	Sociedades y Unidades de Explotación Económica	231
5.3.3.	Bienes de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas	232
5.4.	READJUDICACIONES	232
5.5.	DEVOLUCION DE BIENES	234
5.6.	DESTINACION DEFINITIVA	235
5.6.1.	Destinaciones Definitivas a Fines Específicos	237
5.7.	LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES INCAUTADOS EN CIFRAS	242
6.	LAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU APLICACIÓN A LOS FENOMENOS COMPLEJOS DEL ESTADO EN COLOMBIA HOY. REFLEXIONES A PARTIR DEL ANALISIS DEL REGIMEN JURIDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS	248
6.1.	CONSIDERACIONES GENERALES	248
6.2.	APLICABILIDAD DE LAS MODALIDADES DE EVASIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL REGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS	263
6.2.1.	Adopción de las Formas Jurídicas Propias del Derecho Privado	264
6.2.2.	Aplicación del Derecho Privado Dentro de Formas Institucionales de Derecho Público	265
6.2.2.1.	Aplicación en Función de la Naturaleza de la Actividad	266
6.2.2.2.	Aplicación en Función de la Fórmula Institucional	303
6.3.	CONSIDERACIONES FINALES	337
	BIBLIOGRAFIA	345
	ANEXO: PROYECTO DE LEY 026/02 – CAMARA	349

INTRODUCCION

El Estado contemporáneo se enfrenta a un conjunto de desafíos que han puesto en tela de juicio las estructuras administrativas, la toma de decisiones de políticas establecidas y la forma de pensar acerca de la administración pública y del servicio civil¹, derivando en un replanteamiento del papel que le compete cumplir y, por tanto, del régimen jurídico correlativo, máxime si se tiene en cuenta que los problemas que enfrentan los gobiernos no se reducen a la definición de medios operativos para su solución².

En efecto, tales retos se refieren principalmente a las limitaciones fiscales al crecimiento del sector público versus la infinidad de demandas efectuadas por ciudadanos mejor educados; a la búsqueda intensiva de formas más efectivas para implementar políticas públicas; al manejo de la incorporación a un mundo de interdependencia acelerada y de dinámica impredecible; a la presión creciente de parte de grupos empresariales y de la industria para

¹ ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Nueva Gerencia Pública: ¿Qué Tomar y Qué Dejar? Memorias del III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid: CLAD, 1998. p. 143-144.

² MARTINEZ REYES, Héctor. Atravesando la Burocracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 10.

promover un sector público más conducente a los negocios, a la inversión y al suministro eficiente de servicios; al cambio de valores que cuestionan la administración pública desde el interior y desde el exterior de la misma; a los cambios tecnológicos, especialmente con respecto al potencial para la difusión de la información; y a los cambios en los perfiles socio-demográficos, especialmente con el envejecimiento de las poblaciones³.

La respuesta adecuada y oportuna del Estado a estos retos no ha sido la más apropiada, por la presencia de una serie de factores negativos en la administración pública, tales como la fragmentación vertical y horizontal, conducente a la ineficiencia y a la duplicación, así como a retardos en el desarrollo y la implementación de las políticas; la elevada rotación entre los altos funcionarios del servicio civil, dando como resultado un alto nivel de inestabilidad de la administración pública; la falta de capacidades para la elaboración de las políticas, agravada por ese alto nivel de rotación y por la falta de inducción y de facilidades para el entrenamiento en servicio; y la debilidad de los sistemas de responsabilidad, causado por la falta de

³ ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Op. cit. p. 143-144.

instituciones básicas tales como las oficinas de auditoría⁴. A ellos se suman la falta de seguridad, la corrupción de los poderes públicos y la proliferación de fuentes impropias de enriquecimiento y beneficio fáciles, basados en actividades ilegales o puramente especulativas⁵.

Dentro de este contexto, el replanteamiento contemporáneo de los roles que competen al Estado, ha llevado en el plano jurídico no solamente a la consecuente modificación del régimen aplicable a tales actividades y a los sujetos, públicos o privados, que las llevan a cabo, sino que ha motivado una revisión de los paradigmas tradicionales del derecho público en general y del derecho administrativo en particular.

En efecto, a la par con la reformulación del alcance de las actividades que tradicionalmente se habían considerado como propias del Estado, los conceptos clásicos del derecho administrativo, consolidados dentro del modelo del intervencionismo estatal, han sido objeto de cuestionamientos y críticas desde un pasado relativamente reciente, y aún hoy lo siguen siendo,

⁴ Estas características de la administración pública actual son enunciadas por ORMOND y LÖFFLER en la misma obra, p. 162-163.

⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Editorial Comares, 1999. p. 115.

en la medida en que se ha puesto en duda su eficacia como mecanismo para solucionar los problemas propios de la acción administrativa del Estado.

Ello ha llevado a la progresiva adopción de reformas legislativas orientadas al logro de los cometidos estatales “sin necesidad de un régimen especial que contenga prerrogativas reconocidas tradicionalmente como inherentes al poder público”⁶, lo cual ha dado lugar a “la aplicación de regímenes especiales inspirados en principios y reglas originarias del derecho privado, del derecho mercantil, en coexistencia –con mayor o menor intensidad, según los modelos específicos adoptados- con principios y reglas del derecho público, tratando de preservar la consistencia y coherencia necesaria frente al ordenamiento general”⁷.

La sustitución de las fórmulas clásicas del derecho público para dar paso a la aplicación de los contenidos normativos propios del derecho privado tiene una justificación más concreta en el propósito de equilibrar las posiciones desde las cuales actúan y se interrelacionan los particulares y los agentes

⁶ TAFUR GALVIS, Alvaro. Estudios de Derecho Público. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997. p. 94.

⁷ Ibidem, p. 96.

estatales, así como en la intención igualmente importante de hacer más ágil y expedita la gestión de las entidades públicas.

Colombia no ha sido ajena a esa tendencia universal y es así como, al igual que la mayor parte de países en el mundo, se encuentra desde hace cierto tiempo en la búsqueda de un nuevo modelo de administración y por consiguiente de un derecho administrativo que le corresponda. Más exactamente, ella hace esfuerzos hoy para construir un modelo adaptado a las necesidades de un país enfrentado a inmensos desafíos de política interna que lo hacen singular entre los singulares del mundo⁸.

En efecto, el Estado actual y en especial el Estado colombiano, tiene que enfrentarse a situaciones cuya complejidad demanda soluciones no solamente normativas, las cuales, además, no pueden ser abordadas exclusivamente desde la perspectiva del derecho administrativo.

⁸ ZAMBRANO CETINA, William. Modernización y Derecho Administrativo. El Caso de Colombia. V Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panel Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el Marco de la Modernización del Estado, s.l. s.f. p. 3.

Esta complejidad, vista desde el derecho administrativo, se manifiesta en una mezcla de objetivos que van desde el puro afianzamiento del Estado de Derecho y su defensa frente a amenazas de los más variados actores, pasando por la afirmación de la responsabilidad del Estado, el fortalecimiento del principio de legalidad y del respeto a los derechos ciudadanos, la introducción de elementos de flexibilización de estructuras y de apertura de espacios de participación ciudadana que superen el simple discurso, hasta el necesario replanteamiento de la capacidad reguladora del Estado y de la noción de servicio público en un contexto de mundialización y libre competencia y la aclimatación y acompañamiento jurídico de la utilización de nuevas tecnologías e instrumentos de gestión que intente el diálogo entre gestión y Derecho⁹.

Una de tales situaciones es el denominado problema de la droga, fenómeno que ha sido uno de los más complejos y de mayor impacto negativo que ha tenido que enfrentar Colombia en sus últimas décadas y cuyas

⁹ Ibidem, p. 4.

manifestaciones básicas o hechos generadores han sido la producción, el procesamiento, el tráfico y el consumo¹⁰.

Dicha problemática ha tenido particular importancia e incidencia en los órdenes político, social y económico de la vida nacional, y frente a ella, el Estado colombiano ha obrado más reactiva que proactivamente, respondiendo muchas de sus medidas a la presión externa, más que a su propia convicción sobre el tratamiento de la situación.

Parte de la respuesta institucional a dicha problemática ha sido la expedición sucesiva de normas jurídicas, cuyo contenido atañe a la represión de las actividades relacionadas con la producción, tráfico y distribución de estupefacientes, y comprende, en parte, medidas para la afectación de los beneficios patrimoniales derivados de las mismas, las cuales se inscriben tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo.

Desde la perspectiva estatal, dentro de las estrategias para fortalecer la lucha antidrogas en el país y con el fin de coordinar el desarrollo y la

¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. Compromiso de Colombia Frente al Problema Mundial de la Droga: Plan Nacional. Santa Fe de Bogotá: Imprenta Nacional, 1995. p. 28.

ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes, se creó la Dirección Nacional de Estupefacientes como una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, patrimonio propio y régimen especial de contratación.

A dicha entidad corresponde el manejo administrativo de los bienes incautados, dentro del marco general de afectación de los beneficios patrimoniales derivados del narcotráfico, y los procedimientos normativos previstos para tal efecto se inscriben dentro de las categorías tradicionales del derecho administrativo.

Pese a la asignación de ese conjunto de funciones de carácter administrativo a la Dirección Nacional de Estupefacientes, la regulación atinente a este último aspecto no ha sido sistematizada ni unificada, debido a la dispersión en el tiempo de las leyes y decretos expedidos, y a que muchos de estos fueron proferidos al amparo del estado de sitio regido por la Constitución Política de 1886, algunos de los cuales quedaron sin vigencia y otros fueron convertidos en legislación permanente a raíz de la expedición de la Carta de

1991. A estas disposiciones que siguen rigiendo en la actualidad, deben sumarse las nuevas normas que han venido siendo proferidas tanto por el Congreso como por el Gobierno Nacional.

Por ello, resulta útil y conveniente, efectuar un estudio sistemático del tema de los bienes incautados como aspecto relevante dentro de la problemática de la droga y el narcotráfico, que, a la vez que permita una comprensión integral del tema, sirva como ejemplo ilustrativo de los fenómenos de los cuales tiene que ocuparse el Estado de hoy, con el fin de observar el papel que dentro de la parte normativa de la solución corresponde al derecho administrativo y el balance de la eficacia de su contribución para ese propósito.

El análisis de la regulación jurídica de los bienes incautados, permitirá tener una visión panorámica y crítica, de manera que ella facilite la exposición integral de dicho régimen y derive en unas conclusiones valorativas tanto sobre el tratamiento normativo del problema desde el ámbito del derecho administrativo y su pertinencia como aporte efectivo para su solución, como sobre el desenvolvimiento y las perspectivas de las tendencias actuales del derecho administrativo aplicados al tratamiento de fenómenos complejos por

parte del Estado colombiano hoy. Para ello se tendrá como punto de partida la perspectiva global de la comprensión del fenómeno de la droga y el problema del narcotráfico y la inserción de la normatividad específica sobre los bienes incautados dentro del conjunto constitucional, legal y reglamentario general adoptado por el Estado colombiano para enfrentarlo.

Con ese objeto, el contenido del presente trabajo de investigación se estructura en tres partes, distribuidas a lo largo de seis capítulos, de la siguiente manera:

- La primera parte, desarrollada en el capítulo 1º, corresponde a la ubicación contextual de la problemática de la droga y el narcotráfico, cuya presentación resulta necesaria para una mejor comprensión del tratamiento jurídico dado a la temática, considerada globalmente y particularizada luego en cuanto al régimen de los bienes incautados.
- La segunda parte, comprendida en los capítulos 2º a 5º, se ocupa de la evolución de la normatividad para afrontar el problema de la droga y afectar los beneficios patrimoniales derivados del narcotráfico, para luego detenerse de manera especial en el régimen jurídico de los

bienes incautados, inicialmente en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y los decretos de estado de sitio, y con posterioridad en la regulación vigente de conformidad con las normas de excepción adoptadas como legislación permanente y la ley 333 de 1996¹¹ y presentar, por último, la normatividad atinente a la administración de dichos bienes.

- La tercera parte, expuesta en el Capítulo 6º, a partir de la exposición precedente del régimen jurídico de los bienes incautados, cuyas categorías normativas se encuentran inscritas dentro del derecho clásico, y cuya administración no ha arrojado los resultados esperados por la normatividad vigente, realiza un análisis de esos contenidos actuales frente a la posibilidad de obtener el cumplimiento del propósito de la norma con la aplicación de las tendencias contemporáneas del derecho administrativo, empleando como hilo

¹¹ Llama la atención cómo esta ley, orientada a dotar al Estado de mecanismos ágiles y expeditos para extinguir el derecho de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita, a pesar de comprender un numeroso catálogo de hechos punibles que dan lugar al ejercicio de la correspondiente acción judicial, referidos a las distintas modalidades delictivas de corrupción administrativa, en la práctica se ha orientado casi exclusivamente a la extinción del derecho de dominio de los bienes habidos como producto del narcotráfico, dejando de lado la persecución de los incrementos patrimoniales que afectan directamente las arcas estatales y que podrían considerarse de mucha mayor gravedad moral y social que aquellos sobre los que se ha concentrado la aplicación de la ley.

conductor la utilización de las modalidades de la denominada “huida del derecho administrativo”, complementadas con referencias atinentes a otras tendencias del derecho administrativo actual cuya aplicación pudiera resultar pertinente.

Bajo esta perspectiva se realiza una aproximación tanto a la actividad de administración de los bienes incautados, a través de los mecanismos legales para llevarla a cabo (enajenación, contratación y destinación provisional), como a la estructura de la Dirección Nacional de Estupeficientes como órgano encargado de ejecutar esa actividad (naturaleza jurídica y sistema de administración pública), derivando hacia unas consideraciones finales que correlacionan el análisis jurídico, desde el derecho administrativo, del régimen de los bienes incautados, como parte de una política orientada a afectar los beneficios patrimoniales derivados del narcotráfico, con un planteamiento general sobre la situación actual del tratamiento de este fenómeno como un todo por parte del Estado y en particular del Estado colombiano.

1. EL CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA DROGA Y EL NARCOTRAFICO

Antes de abordar el tratamiento jurídico dado al tema del tráfico de estupefacientes y, en particular, a la afectación de sus beneficios patrimoniales, resulta conveniente hacer una presentación del contexto de la problemática generada por la droga y el narcotráfico, en procura de una mejor comprensión de la evolución y los contenidos de las correspondientes regulaciones normativas, pues, como ha sido puesto de manifiesto en la Introducción, la complejidad de la problemática ha implicado para el Estado la adopción de soluciones interdisciplinarias e intersectoriales, no solamente normativas, las cuales, además, no pueden ser asumidas exclusivamente desde la perspectiva del derecho administrativo.

No obstante la importancia y la incidencia que sobre la realidad nacional ha tenido el tema de la problemática de la droga y, para Colombia en particular, el de la producción y el tráfico, y sólo más recientemente el del consumo, son pocos los estudios rigurosos que se han llevado a cabo para la comprensión general del fenómeno.

Es más, mucho de lo que se ha escrito se basa en apreciaciones coyunturales, por lo general impregnadas de cargas emocionales derivadas de episodios de especial gravedad, como ocurrió en la época del denominado “narcoterrorismo”.

Siguiendo a SERGIO URIBE RAMIREZ¹², puede afirmarse que los escritos que se encuentran sobre el narcotráfico en Colombia son catalogables en tres grandes categorías, a saber: académicos, que dentro del rigor científico que demanda la academia han analizado casi todos los aspectos de la industria, cuya dificultad para la presente investigación, consiste en que su análisis, en la mayoría de los casos, se desarrolla dentro de un ámbito especializado por la naturaleza académica de las investigaciones; las publicaciones desarrolladas a partir de la vida de los protagonistas de los hechos, que carecen de rigor porque en sus análisis se hacen afirmaciones cuyo origen se desconoce y confunden la ficción con la realidad; y los estudios y publicaciones que evalúan la problemática dentro de un contexto muy preciso, sin intentar sobrepasar los límites de sus objetivos.

¹² URIBE RAMIREZ, Sergio. Los Cultivos Ilícitos en Colombia. En: THOUMI, Francisco et. al. Drogas Ilícitas en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ariel, 1997. p. 37.

Con base en los resultados obtenidos por las investigaciones correspondientes al tercer grupo de publicaciones, se efectuará en este capítulo una aproximación al contexto de la problemática de la droga y del narcotráfico, para luego, en los siguientes capítulos, y teniendo en cuenta la realidad del fenómeno conforme a tal descripción, presentar la evolución, el balance y las perspectivas de las medidas de afectación de los bienes patrimoniales como estrategia en la lucha contra el narcotráfico.

En este orden de ideas, uno de los primeros trabajos adelantado con pretensiones de integralidad, desarrollado con el rigor que supone la utilización del método científico, fue la investigación realizada por la Universidad de los Andes, publicada en 1991, con el título de Narcotráfico en Colombia: dimensiones políticas, económicas, jurídicas e internacionales.

Los resultados de este trabajo investigativo, muestran que el problema del narcotráfico en Colombia, desde su surgimiento como fenómeno notorio en la primera parte de la década de los setenta, hasta su consolidación como grave problema nacional, ha incidido en forma progresiva en la desestabilización social y política del país, pese a lo cual nunca fue ni ha sido

enfrentado con una política de Estado coherente y sostenida en el largo plazo¹³.

En efecto, a pesar de la preocupación y el esfuerzo de los diferentes gobiernos y de sus posturas valerosas, el panorama global muestra la ambivalencia estatal frente al fenómeno, pues mientras de un lado se incrementan las penas y se agudizan los operativos policivos y militares contra las manifestaciones terroristas del narcotráfico, de otro lado se promulgan medidas económicas y fiscales, como la compra de divisas por parte del Banco de la República o la amnistía tributaria, que facilitan la incorporación de los dineros de origen ilícito al circuito económico¹⁴.

El negocio de las drogas originó la aparición de un nuevo actor social que, mediante mecanismos eficaces de acumulación económica y aprovisionamiento paramilitar, desafió el orden establecido al no tener reconocimiento legal y buscó espacios de inserción política y social, apelando a estrategias como la intimidación y el soborno, las cuales, en su

¹³ ARRIETA, Carlos G. et al. Narcotráfico en Colombia: Dimensiones Políticas, Económicas, Jurídicas e Internacionales. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo, 1991. p. 17.

¹⁴ Ibidem, p. 18.

fase de confrontación con el Estado, se tradujeron en una exacerbación de la crisis de su legitimidad¹⁵.

En el plano nacional, la debilidad institucional del Estado colombiano para integrar el territorio nacional, cohesionar la sociedad civil y mediar los conflictos sociales, así como la polarización política y económica de la sociedad colombiana, han sido un acicate a la expansión y consolidación del negocio de los narcóticos, que ha logrado permear todas las instancias políticas, económicas y sociales¹⁶.

Por ello, concluye el estudio¹⁷,

(..) la política colombiana frente al fenómeno se ha caracterizado por ser ambivalente, incongruente y tolerante al moverse entre la represión y el diálogo; al amparo de esta actitud oscilante, el narcotráfico se consolidó al establecer fuertes anclajes en las instituciones públicas, los partidos políticos¹⁸, los gremios, los medios de comunicación, el deporte etc.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30-31.

¹⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁷ ARRIETA. *Op. cit.*, p. 32.

A la falta de definición de “una” política colombiana frente al problema, se suma la incidencia que este tiene más allá de las fronteras nacionales, especialmente dentro de los Estados Unidos, la cual condujo a que la relación de dependencia de Colombia con este país, determinara y limitara su propia capacidad decisoria para enfrentar la problemática derivada del narcotráfico, sobre todo teniendo en cuenta que “la relación entre las dos naciones no es la de aliados que unen fuerzas para enfrentar un problema común. Es más la de un país fuerte que exige sacrificios al otro, que es débil, sin darle mayor contraprestación”¹⁹.

La vinculación entre política internacional y política interna ha sido crucial en el asunto de las drogas al continuar influyendo decisivamente en la política exterior colombiana. Como quiera que el proceso de toma de decisiones se ha caracterizado por su complejidad, fragmentación, dispersión y contradicción, dando lugar a una notable falta de predominio de una racionalidad estatal unívoca y congruente frente al tema, ello permitió la

¹⁸ Que tuvo su punto culminante en los hechos que dieron origen al denominado Proceso 8.000.

¹⁹ Ibidem, p. 19.

creciente gravitación y presión oficial estadounidense en las relaciones bilaterales, “narcotizando” la agenda externa del país²⁰.

Por otra parte, frente al tamaño del negocio de los estupefacientes, el estudio de la Universidad de los Andes señala que el ingreso por las exportaciones de narcóticos, aunque tiene un tamaño menor del que normalmente se cree, que los investigadores sitúan entre US \$ 1.500 y US \$ 4.000 millones anuales, de todos modos ha tenido un efecto marginal positivo sobre la economía colombiana, pero del cual no se desprende que ésta haya sido determinante para el desarrollo económico o que tales exportaciones resulten benéficas en el largo plazo²¹.

Así, señala el documento²² que:

Con relación a los costos y beneficios que genera el narcotráfico, se concluyó que los últimos se presentan a corto plazo y que son de carácter netamente económico ya que proporcionan divisas a un país donde estas son escasas. Sin embargo, los costos tanto económicos como sociales son muy altos y se relacionan no solamente con los conocidos efectos de corrupción e ilegalidad,

²⁰ *Ibidem*, p. 37

²¹ *Ibidem*, p. 20.

²² *Ibidem*, p. 35.

sino también con distorsiones en el aparato productivo y en la dependencia de la economía, introduciendo grandes fluctuaciones.

Dentro de esta investigación de la Universidad de los Andes, el capítulo de la investigación elaborado por la Facultad de Economía, indica que si bien es cierto que la demanda induce la oferta, no necesariamente esta tiene que ubicarse en Colombia. La razón por la cual esto sucede es por la existencia de ventajas comparativas que ofrecen un marco propicio para el desarrollo de estas actividades, tales como la creación de un ambiente ideal para la movilización de excedentes y la instalación de toda la infraestructura requerida para la producción. Por ello, la solución del problema está ligada con la desaparición de esa ventaja comparativa, que consistiría en elevar los costos de la ilegalidad, fortalecer los sistemas judiciales y crear una estrategia para la inmovilización de los excedentes²³.

De otro lado, la investigación establece que las posiciones o discursos existentes en relación con el problema del narcotráfico, han contribuido a moldearlo y afectar directamente el fenómeno que está siendo enfrentado. Desde esta perspectiva, se ha mantenido y privilegiado desde el Estado la

²³ Ibidem, p. 35.

posición oficial de la represión extrema, sin considerar otras alternativas, como la política criminal del derecho penal mínimo o la descriminalización.

La postura gubernamental se apoya en la maximización del uso del derecho penal y en la declaratoria de una guerra contra las drogas, acorde con el planteamiento oficial del gobierno de los Estados Unidos en su insistencia por erradicar el problema en el extremo de la oferta. Bajo esta visión, la problemática se define como una realidad social en términos de narco-guerrilla-terrorismo, que sólo puede ser enfrentada con un incremento de la represión hasta sus últimas consecuencias²⁴.

El discurso oficial tiene sus antecedentes en las apreciaciones de Anslinger, Wright, Wolff y Tompkins, formuladas a principios de la década de los sesenta con respecto al problema de las drogas, que contribuyeron a la adopción de políticas sobre la materia, contenidas finalmente en la Convención Unica sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas de 1961. No obstante, muchas de tales apreciaciones, como la problemática de la adicción, la peligrosidad del consumo, la teoría de la escalada y la violencia

²⁴ Ibidem, p. 21-22.

desatada con la demanda de estupefacientes, han sido revaluadas, o por lo menos, sometidas a una fuerte crítica por los expertos en la materia²⁵.

Los críticos de la posición de la maximización del uso del derecho penal, señalan que la falta de coherencia en la estrategia adoptada y la ausencia de alternativas a la penalización de los narcóticos, determinaron como única salida la utilización del derecho penal, sin considerar aspectos básicos como la necesidad de la plena identificación del bien jurídico a tutelar, la claridad sobre la nocividad y la peligrosidad de las conductas por sancionar y el uso del sistema penal como mecanismo de control ante la inexistencia de opciones político-sociales para el manejo del problema²⁶.

La política criminal colombiana ha sido contradictoria desde sus inicios, errática en su desarrollo y dudosa en sus efectos sociales. Es más, la lógica de la represión penal, ha conducido a un vórtice trágico cuyo final aún no se vislumbra, pues, como se comprende, el proceso se auto-alimenta permanentemente. En efecto, desde esta perspectiva, dado que la solución al problema de la droga es la represión penal, si esta no es suficiente, el

²⁵ Ibidem, p. 28-29.

²⁶ Ibidem, p. 29.

problema tenderá a agravarse, y como el problema se ha agravado, se requiere aún más represión, y así sucesivamente²⁷.

Por último, la investigación propone una serie de acciones concurrentes para enfrentar el narcotráfico, considerando que el asunto confrontado no puede resolverse en forma inmediata y demanda una estrategia de contención de múltiples instrumentos no supeditada a una racionalidad exclusivamente represiva que sólo exacerba la problemática original. Dichas acciones consisten en la adopción de medidas de ordenamiento económico tendientes a dificultar el tráfico de narcóticos y reducir su rentabilidad para disminuir las ventajas comparativas que ofrece el país, la continuación de la política represiva con la inclusión de nuevas fórmulas y modalidades de represión para alcanzar resultados concretos previamente definidos, el fortalecimiento de la acción y la presencia estatal con el objeto de reducir la violencia y la exploración de la despenalización parcial del problema²⁸.

²⁷ Ibidem, p. 29.

²⁸ Estas propuestas son presentadas por el Rector de la Universidad de los Andes en la Introducción del informe final de la investigación, como aplicación de las conclusiones de los cuatro estudios que la componen.

En 1994 se publicó el ensayo titulado “Economía Política y Narcotráfico”, que hace parte de un proyecto de investigación del Instituto de Investigaciones para el Desarrollo Social de las Naciones Unidas, cuyo autor es el experto en economía FRANCISCO THOUMI.

En dicho estudio se hace una descripción del entorno macroeconómico del país en la segunda mitad del siglo XX, con el fin de explicar las condiciones en las cuales se desarrolló la industria de las drogas psicoactivas y se facilitó su florecimiento, señalando que la evolución de los indicadores económicos y las principales políticas gubernamentales en los últimos cincuenta años, si bien muestran un mejoramiento significativo del nivel de vida de la mayoría de los colombianos, también ponen en evidencia que el crecimiento económico a partir de la década de los ochenta ha declinado agudamente y que la adaptabilidad de esas políticas ha sido más efectiva para tratar los problemas de ajuste macroeconómico en el corto plazo, que los cambios estructurales necesarios²⁹.

²⁹ THOUMI, Francisco. Economía Política y Narcotráfico. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo, 1994. p. 53.

Por ello, el proceso de desarrollo del país presenta continuos y profundos problemas socioeconómicos, envueltos en una crisis institucional creciente en la que los marcos políticos y legales han sido cada vez más incapaces de lidiar con los conflictos sociales y los cambios económicos, y en la que el régimen político se encuentra erosionado en su legitimidad, en la medida en que no hay consistencia entre aquel y los valores y preferencias de la mayoría de los ciudadanos y, por ello, ni la sociedad refuerza el sistema legal ni hay presiones sociales para hacer que resulte costoso violar la ley³⁰.

Esa erosión de la legitimidad del régimen colombiano ha producido una creciente brecha entre las normas formales del comportamiento social, político y económico, fijadas por el sistema legal, y el comportamiento socialmente aceptado, que se refleja, por ejemplo, en niveles extremadamente altos de violencia, un gran crecimiento de la economía informal, un comportamiento económico extendido que es rapaz y ávido de rentas³¹ y un Estado cada vez más débil e ineficaz³².

³⁰ Ibidem, p. 59.

³¹ En este aspecto, Thoumi señala que la política económica se ha desarrollado más como choques entre sectores que como lucha de clases, es decir, que los trabajadores, los capitalistas y los administradores de un sector particular de la economía comprenden que pueden aumentar sus ingresos a costa de la sociedad, si se unen para presionar por políticas que incrementen las rentas del sector.

Dentro de este entorno se fue creando un clima de pérdida de lealtad hacia ideales nacionales amplios y de falta de credibilidad y acatamiento a la ley, que derivó hacia la percepción generalizada de su violación impune, incluyendo la posibilidad de obtener ingresos y activos cambiando, tergiversando o infringiendo las normas que regulan la actividad económica, situación que se presentó aparejada en forma casi simultánea del desarrollo de sistemas privados de resolución de conflictos, muchas veces recurriendo a la violencia, así como de la apropiación del Estado por unos pocos beneficiarios del sistema político clientelista³³.

De esta manera, infiere el autor, “la industria de las drogas psicoactivas aprovechó las ventajas de un proceso de descomposición social con raíces en los sistemas económico y político del país que ya había comenzado y se convirtió en un catalizador que lo aceleró rápidamente”³⁴.

³² THOUMI, Francisco. Op. cit., p. 60.

³³ Ibidem, p. 103.

³⁴ Ibidem, p. 106.

Así, prosigue THOUMI, el gobierno colombiano no tiene muchas opciones de políticas para lidiar con la industria de las drogas psicoactivas. Por un lado, dada la ilegalidad de la industria fuera de Colombia, el gobierno no puede legalizarla o despenalizarla para eliminar las altas ganancias que ella genera y, por otro lado, aunque puede intentar eliminar la industria con medidas represivas y confiscación de los activos acumulados ilegalmente, esas políticas no están llamadas a prosperar, debido a la misma debilidad del Estado, al muy elevado nivel de violencia que se requiere y a la significativa proporción de capital de los narcóticos invertido fuera del país³⁵.

Como quiera que la eliminación de las ganancias de las drogas depende de factores fuera del control del gobierno colombiano, y, teniendo en cuenta que no existe un ambiente internacional propicio a la legalización en el corto plazo, la única esperanza para restringir esas ganancias es un cambio en la demanda hacia otras drogas psicoactivas producidas y distribuidas por extranjeros³⁶.

³⁵ Ibidem, p. 112.

³⁶ Ibidem, p. 114.

Los grandes recursos de la industria de las drogas psicoactivas, la extendida ilegalidad de muchas actividades económicas y la gran economía subterránea de Colombia han proporcionado buenos canales para el lavado del capital de la industria en el país. Sin embargo, aunque la influencia económica de esta última es evidente en algunas regiones y sectores, debido a sus grandes inversiones en propiedad raíz, no es posible determinar hasta qué punto el capital generado por ella se ha invertido en la economía, aunque es muy probable que dicho capital se haya incorporado, por lo menos en forma indirecta, a muchas actividades económicas³⁷.

El tamaño de la industria de las drogas psicoactivas es un parámetro clave para determinar su impacto sobre la sociedad colombiana. Sin embargo, estimar el tamaño de la industria es una labor bastante difícil y problemática porque la información presenta un problema obvio: la mayor parte de ella es débil y obtenida indirectamente, y las diversas fuentes existentes han utilizado metodologías distintas y en ocasiones confusas³⁸.

³⁷ Ibidem, p. 168-169.

³⁸ Ibidem, p. 183.

Los esfuerzos de los autores³⁹ dedicados a la estimación del tamaño del ingreso colombiano de la industria de las drogas ilícitas, se han concentrado en medir el volumen de las exportaciones, los ingresos generados por ellas y el nivel de ganancias de sus empresarios. Estos cálculos, aunque inciertos, sugieren que las ganancias de la industria colombiana han fluctuado entre 2.000 y 5.000 millones de dólares por año, sin considerar la participación de los colombianos involucrados en el negocio en Bolivia, Perú y Estados Unidos⁴⁰.

También se han hecho cálculos con base en información de la balanza oficial de pagos, los cuales sitúan las ganancias entre 500 y 4.000 millones de dólares al año, cifras que son extremadamente grandes en relación con el tamaño de la economía colombiana, cuyo impacto puede ser dramático teniendo en cuenta la inversión del sector privado en el país, sobre todo porque una proporción del capital generado ilegalmente es actualmente propiedad de individuos que no son fácilmente identificables con la industria de las drogas y ha servido para financiar las fugas de capitales del país,

³⁹ Entre los que pueden destacarse Peter Reuter (1984), Ethan Nadelmann (1986), Brian Freemantle (1986), Scott MacDonald (1988), Carlos Caballero (1988) y J. W. Van Wert (1988).

⁴⁰ THOUMI, Francisco. Op. cit., p. 207.

sustituyéndolos por fondos de divisas ilegales, con lo cual se incrementa la importancia relativa del dinero sucio en la economía⁴¹.

Aparte del efecto catalítico de estimulación de un mayor desprecio por la ley y las normas sociales, el narcotráfico ha bloqueado los intentos de redistribución de la tierra en áreas rurales designadas para el programa oficial de reforma agraria, ha forzado la reorientación del gasto público de la promoción del crecimiento a la seguridad y el armamento, ha estimulado una mentalidad del enriquecimiento rápido, ha seleccionado sus inversiones con base en la necesidad de lavar y ocultar capital, con lo cual ha contribuido a una declinación en la tasa de crecimiento del PIB del país. Ello permite concluir que a la economía colombiana podría irle mejor sin la industria de las drogas ilegales que con ella⁴².

El gobierno colombiano ha seguido políticas muy cuestionables e inconsistentes hacia la industria de las drogas psicoactivas, basadas en la penalización y la represión. Dichas políticas han sido consistentes con las de

⁴¹ Ibidem, p. 208.

⁴² Ibidem, p. 259-260.

los Estados Unidos y han fracasado en ambos países: el consumo y la oferta de drogas ilegales han aumentado y la violencia relacionada con el narcotráfico ha alcanzado proporciones epidémicas en Colombia y en los guetos de Estados Unidos⁴³.

En cambio, otras políticas ayudaron o están ayudando las operaciones del negocio de las drogas. En efecto, las amnistías tributarias, la apertura de la economía a la competencia internacional, incluyendo la apertura de los mercados de capitales, la frecuente relajación de requisitos para venderle divisas al Banco de la República, están en contradicción con los principales objetivos de las políticas antidrogas⁴⁴.

La política alternativa de negociación con los narcotraficantes, si bien permite resolver el problema del narcoterrorismo, no determina ni implica la salida de los colombianos del negocio de las drogas ilegales, pues, de una parte, posibilita que los principales empresarios de las drogas ilícitas disfruten y legalicen sus capitales después de que cumplan sus sentencias, y de otra

⁴³ Ibidem, p. 287.

⁴⁴ Ibidem, p. 298.

parte, la rentabilidad del tráfico de narcóticos, fincada en su ilegalidad, hará que muchos empresarios de menor rango continúen con el negocio⁴⁵.

El problema fundamental enfrentado por el gobierno colombiano ha sido la inadecuación de las políticas seguidas, ya que ellas exigían una capacidad gubernamental muy fuerte para implementarlas, tanto en función de la legitimidad del régimen como de las instancias de control social, aspectos en los cuales el gobierno se encuentra en desventaja para adelantar cualquier política que no se rija por el mercado⁴⁶.

El proceso de deslegitimación del gobierno colombiano evolucionó al punto de que perdió la capacidad de implementar muchas políticas y se volvió extremadamente vulnerable a la industria de las drogas, de manera que en el corto plazo carece de alternativas de política significativas. El gobierno por sí solo no puede manejar los problemas creados por el negocio del narcotráfico y actuando solo, en el mejor de los casos, podrá ganar algún tiempo en medio de la violencia interna.

⁴⁵ Ibidem, p. xxv.

⁴⁶ Ibidem, p. 298.

No obstante y por ello mismo, el gobierno puede intentar otras estrategias de largo plazo para buscarle una solución al problema de la droga: involucrar instituciones no gubernamentales en esta lucha y estimular la cooperación internacional entre organizaciones no gubernamentales colombianas y estadounidenses como una manera de fortalecer el consenso alrededor de la necesidad de un cambio en la política norteamericana e internacional hacia la prevención, la investigación, el tratamiento y la educación. La solución de largo plazo al problema de la droga exige un cambio significativo de tales políticas, basado en la aceptación de las implicaciones de la economía de la industria de la droga, la psicología del consumo y la debilidad de los gobiernos colombiano y estadounidense⁴⁷.

En 1997, se publicó el volumen titulado “Drogas Ilícitas en Colombia: su impacto económico, político y social”, que reúne los resultados de siete investigaciones sobre temas relacionados con la industria de las drogas ilegales en Colombia, cuya realización fue financiada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

⁴⁷ Ibidem, p. 301-302.

El primer estudio expuesto es el relacionado con la extensión, técnicas y tecnologías para la producción y rendimientos y magnitud de los cultivos ilícitos. URIBE RAMIREZ señala la falta de confiabilidad de los datos consignados hasta entonces en los diferentes estudios sobre la materia, por cuanto se han basado en información de segunda mano y no ha existido verificación de campo sobre tales estimativos. Ello se refleja en los distintos debates que ha generado la determinación de la magnitud de los cultivos ilícitos en Colombia⁴⁸.

Con base en la metodología aplicada, el investigador llega a la conclusión de que la magnitud del negocio en el país no supera los US \$ 1.250 millones a nivel de finca y los US \$ 2.000 millones en los laboratorios, aunque por lo menos el 40 % de dicha cifra es el costo de los insumos importados, lo que reduce su impacto sobre la economía a unos US \$ 1.200 millones.

En los mercados terminales a precio de mayoristas, el valor anual del negocio podría representar entre US \$ 12.308 millones y US \$ 14.763 millones, de los cuales hay que reducir un 30 % de costos de decomisos y

⁴⁸ URIBE RAMIREZ, Sergio. Los Cultivos Ilícitos en Colombia. En: THOUMI, Francisco et. al. Drogas Ilícitas en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ariel, 1997. p. 38-39.

pérdidas, y sobre el saldo, otro 30% para cubrir el costo del transporte y lavado del dinero, con lo cual el valor final en manos de las organizaciones podría estar entre US \$ 6.031 millones y US \$ 7.233 millones, de los cuales se requieren US \$ 1.250 millones para cubrir costos de la base de cocaína y los costos de procesamiento. La proporción repatriada podría estar alrededor del 9.5 % del PIB, que para 1994 representaba US \$ 5.063 millones⁴⁹.

Los sectores de la economía identificados como los más vulnerables son la agricultura, la construcción y los servicios. La primera, por la generación de ingreso y empleo en las zonas rurales campesinas; la segunda, como fuente de adquisición de garantías colaterales, y el tercero, como facilitador de las actividades conexas a la industria de drogas ilícitas y el destino natural del contrabando de importaciones⁵⁰.

En cuanto al primer sector, la compra de tierras por los narcotraficantes ha contribuido a elevar los niveles de concentración de la propiedad en pocas

⁴⁹ Ibidem, pp. 116-117. Los datos fueron tomados por el autor de los precios de la calle suministrados por la División Antinarcóticos de la Policía Nacional de Colombia.

⁵⁰ ROCHA GARCIA, Ricardo. Aspectos Económicos de las Drogas Ilegales. En: THOUMI, Francisco et. al. Drogas Ilícitas en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ariel, 1997. p. 222-223.

manos, con el efecto de inducir un desplazamiento de campesinos a frentes de colonización y ciudades; ha sobrevalorado las tierras, desestimulando con ello el ingreso de empresarios agrícolas y ganaderos al mercado; ha contribuido a la financiación de las estrategias privadas de la contrainsurgencia, aumentando los niveles de violencia; ha reforzado una tradicional pauta ineficiente de destinación de las mejores tierras del país a la ganadería, en perjuicio de la agricultura y los bosques. Estas observaciones permiten concluir que el sector agrícola colombiano ha perdido mucho más de lo que ha ganado con el enriquecimiento de unos pocos grupos de narcotraficantes y su inversión de capitales en tierras⁵¹.

Frente a esta realidad, la extinción de dominio privado de las tierras adquiridas por enriquecimiento ilícito, y su reparto entre los campesinos sin tierra, apuntaría a la solución simultánea de tres grandes problemas nacionales: la reducción del poder feudal desmedido de los capos del narcotráfico, la reducción de la pobreza rural que opera como freno al desarrollo, y la superación de la violencia, en cuanto se lograría una reforma

⁵¹ REYES POSADA, Alejandro. Compra de Tierras por Narcotraficantes. En: THOUMI, Francisco et. al. Drogas Ilícitas en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ariel, 1997. p. 343.

agraria, que sería uno de los contenidos materiales de la negociación de paz con las guerrillas⁵².

Los costos económicos directos que para el Estado colombiano ha tenido la lucha contra la producción, comercialización, consumo de drogas psicoactivas y narcoterrorismo, aparte de los costos de oportunidad de utilizar los recursos públicos para tales fines en lugar de hacerlo para otros propósitos de la acción estatal, los efectos económicos y ambientales de la fumigación, la inseguridad jurídica y la violencia generada por determinadas políticas o legislaciones, y el menor recaudo fiscal derivado de una confrontación con los narcotraficantes, se han orientado al desarrollo de cuatro estrategias, que comprenden los programas de prevención y rehabilitación, los planes de sustitución y erradicación de cultivos, el control y represión de las actividades delincuenciales relacionadas con la producción y el tráfico de drogas, y la recopilación de pruebas, procesamiento y encarcelamiento de las personas y grupos que han llevado a cabo tales actividades⁵³.

⁵² Ibidem, p. 344.

⁵³ LOPEZ RESTREPO, Andrés. Costos del Combate a la Producción, Comercialización y Consumo de Drogas y a la Violencia Generada por el Narcotráfico. En: THOUMI, Francisco et al. Drogas Ilícitas en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ariel, 1997. p. 412, 441.

A título de ejemplo, en el año de 1994 se destinaron para prevención y rehabilitación \$ 5.958.6 millones, para justicia \$ 51.293.7 millones, para control y represión \$ 91.712.0 millones y para erradicación y sustitución de cultivos \$ 871.0 millones, para un total de \$ 149.835.3 millones (equivalentes a US \$ 181.2 millones a una tasa de cambio de \$ 826.50 para ese año), que representan el 0.27 % del PIB de ese año, el 1.25 % del gasto público total y el 2.87 % del gasto social⁵⁴.

Durante la administración de Gaviria se intentó modificar la tradicional política antinarcóticos colombiana, tratando de eludir la guerra contra las drogas de inspiración estadounidense, en favor de una alternativa nacional distinta, menos costosa, cuyo eje fundamental era la política de sometimiento, la cual, en la perspectiva jurídica sacrificaba la equidad en aras de la eficiencia, y, por tanto, la legitimidad de la estrategia reposaba en el terreno de los

⁵⁴ Ibidem, p. 454, 457-459.

resultados prácticos y su impacto político más que en el campo de los procedimientos ideales y su tramado legal⁵⁵.

En esa dirección, en principio, hubo un éxito parcial e importante del gobierno al desarticular el narcoterrorismo de origen antioqueño y reducir la capacidad de acción mafiosa de esa generación de traficantes importantes de Medellín. Empero, ese logro fue parcial e inconcluso, ya que, de una parte, la aniquilación de Escobar fue producto de la remilitarización de la lucha antidrogas y no del sistema judicial y carcelario y, de otra parte, el debilitamiento de la violencia antiestatal y contra la población inerte de parte de los actores del negocio ilícito, no produjo una reducción sensible del narco-paramilitarismo ni del narcotráfico en y desde Colombia.

De allí que al no descender notoriamente el procesamiento y tráfico de drogas de origen colombiano y no mejorar de modo sensible la detención interna y el juzgamiento nacional de los traficantes locales, le resultó cada vez más difícil al ejecutivo reivindicar las virtudes de su política oficial, y

⁵⁵ TOKATLIAN, Juan Gabriel. Política Pública Internacional contra las Drogas de la Administración Gaviria y las Relaciones entre Colombia y Estados Unidos. En: THOUMI, Francisco et. al. Drogas Ilícitas en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ariel, 1997. p. 553.

progresivamente revivió mucho de lo que identificó el comportamiento oficial antidrogas de los gobiernos precedentes⁵⁶.

Finalmente, el escrito más reciente sobre la problemática es fruto de una investigación adelantada por el Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, financiada por el Departamento Nacional de Planeación, el cual, en general y de acuerdo con la presentación que realiza JUAN GABRIEL TOKATLIAN en el prólogo, señala los sesgos, los inconvenientes y las contradicciones de la actual estrategia antidrogas⁵⁷.

En el primer documento de la investigación, se recogen los diagnósticos, ideas y sugerencias, planteados por expertos en el tema, cuyo resumen, como panorama global para ilustrar el contexto que se pretende en el presente capítulo, presenta las siguientes conclusiones pertinentes⁵⁸:

⁵⁶ Ibidem, p. 534-535.

⁵⁷ CAMACHO GUIZADO, Alvaro et. al. Las Drogas: Una Guerra Fallida. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo, 1999. p. ix.

⁵⁸ CAMACHO GUIZADO, Alvaro y LOPEZ RESTREPO, Andrés. Perspectivas Críticas sobre el Narcotráfico en Colombia: Análisis de una Encuesta. En: CAMACHO GUIZADO, Alvaro et. al. Las Drogas: Una Guerra Fallida. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo, 1999. p. 83-90.

1. La extensión de cultivos ilícitos ha aumentado durante la década de los noventa, pasando, según las cifras gubernamentales, de 37.500 hectáreas de coca en 1991 a 67.200 en 1996 y de 2.028 hectáreas de amapola a 6.300 hectáreas en los mismos años, aunque todos los expertos coinciden en afirmar que la extensión de los cultivos es superior a la reconocida por el gobierno. En cambio, no se han dado modificaciones importantes en la productividad del negocio, lo que incluye tanto el volumen de cosechas por hectárea como la cantidad de droga obtenida a partir de la materia prima vegetal.
2. La erradicación de cultivos también ha aumentado a lo largo de la década, pero ella no ha tenido impacto alguno sobre la dinámica de la producción y sólo ha afectado temporalmente algunos cultivos, presionando el desplazamiento hacia nuevas zonas, con el consecuente efecto ambiental negativo, tanto por la apertura de terrenos nuevos para el cultivo, como por la dispersión de químicos producida por las fumigaciones. Tampoco han operado los programas de sustitución, salvo los efectuados en las zonas indígenas, porque no se han ofrecido alternativas económicas reales y duraderas a los productores directos.

3. Los cultivos ilícitos siguen siendo una importante fuente de ingresos para los colonos campesinos y algunas comunidades indígenas, y especialmente, para la población flotante dedicada a la recolección de hoja de coca y látex de amapola. Dado que aquellos tienen la posibilidad de retornar a su modo de vida tradicional, en tanto que estos carecen de ella, los campesinos tienen una actitud más receptiva a los programas de erradicación y sustitución que los “raspachines”.
4. Existe un divorcio entre la acción represiva de la Fuerza Pública y los programas de sustitución de cultivos mediante créditos y asistencia técnica, aquella financiada con recursos del gobierno de los Estados Unidos y estos operando con créditos de la banca multilateral y en asociación cercana con el PNUD⁵⁹.

⁵⁹ La Fuerza Pública, en opinión de los expertos consultados por los autores, muchas veces actúa como ejército de ocupación sin considerar su efecto sobre la población local, lo cual favorece la acción de la guerrilla, la cual ha sido un actor importante en el proceso, no tanto en cuanto a la estimulación de los cultivos ilícitos, pero sí en el aprovechamiento de su existencia para obtener ingresos de los agentes comprometidos en el negocio.

5. El desmantelamiento de los grandes carteles ha producido una fragmentación del mercado, con un incremento en la producción y exportación de las drogas, diversificación de las rutas e incremento en la dificultad para controlar el negocio. Al propio tiempo el consumo de las drogas ilegales se ha incrementado y es previsible que siga creciendo.
6. El alcance de la presencia del narcotráfico en la vida colombiana sólo se explica por un alto nivel de aceptación hacia el enriquecimiento fácil y el uso de la violencia, presente en todos los estratos sociales, bien como una percepción de ser una forma legítima de ascenso social y acumulación de riqueza, ora como beneficiarios directos del negocio, del lavado de capitales o de las inversiones y gastos realizados por los narcotraficantes.
7. Existe coincidencia entre los encuestados –investigadores científicos y representantes de agencias estatales y gubernamentales- en una crítica de la política nacional frente a la problemática, señalando su carácter errático e incoherente, características que obedecen a que dicha política ha respondido a las demandas encontradas de los

narcotraficantes locales y del gobierno de los Estados Unidos, reclamando un cambio del eje de la política para crear una política estatal coherente y duradera, a partir de la comprensión de que la oferta y la demanda se entrelazan inextricablemente en lugar de buscar culpables en uno u otro extremo.

En el segundo documento de la investigación, se analiza el problema de las drogas ilegales en Colombia desde la perspectiva de sus relaciones internacionales, en la medida en que éstas se han “narcotizado”, puesto que las drogas se han convertido en el principal tema de fricción con sus principales socios comerciales y financieros, y la “desnarcotización” de la agenda exterior ha sido meta de todos los gobiernos colombianos al menos durante los últimos 15 años⁶⁰.

Esta investigación concluye que las opiniones y percepciones que se tienen en Estados Unidos sobre la temática de las drogas ilegales, están impregnadas de elementos moralistas que sitúan el problema en causas externas, para cuya solución se apoyan las políticas altamente punitivas, sin

⁶⁰ THOUMI, Francisco. Las Drogas Ilegales y Relaciones Exteriores de Colombia: Una Visión desde el Exterior. En: CAMACHO GUIZADO, Alvaro et al. Las Drogas: Una Guerra Fallida. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo, 1999. p. 93.

que exista un conocimiento siquiera aceptable de las estructuras de los mercados de las drogas en ese país, como tampoco existe en Europa⁶¹.

Prosigue el autor indicando que aunque el relevo presidencial en Colombia en 1998 eliminó el conflicto abierto entre los gobiernos de los dos países, no pueden esperarse cambios sustanciales en las políticas antidrogas estadounidenses, así como tampoco mucho apoyo internacional para confrontarlas, siendo poco en general lo que Colombia puede hacer para mejorar su posición internacional en relación con las drogas ilegales⁶².

En efecto, el país no puede eludir las realidades que trascienden las diferencias de poder e injusticia en las relaciones internacionales, tales como la percepción del resto de naciones de que la responsabilidad del problema descansa mucho más en la producción que en el consumo, la desconfianza internacional hacia el sistema político colombiano por su altísimo nivel de corrupción o la persistencia hacia el futuro de las políticas estadounidenses

⁶¹ Ibidem, p. 200-201.

⁶² Ibidem, p. 202.

como la certificación⁶³. No obstante y por estas mismas circunstancias, concluye THOUMI, es posible que al tener que enfrentarse a las presiones externas, finalmente la sociedad colombiana se vea forzada a resolver sus problemas fundamentales⁶⁴.

La presentación de estos cuatro estudios académicos, permite efectuar una aproximación rigurosa y científica a la problemática del tráfico ilícito de estupefacientes y sirve como referente para realizar un corte sobre el estado actual del tratamiento del fenómeno analizado y plantear perspectivas sobre el futuro del mismo⁶⁵.

Así, puede aseverarse que la evolución del fenómeno de la droga hasta la fecha, ha puesto de presente que su dinámica y expansión obedecen

⁶³ En ese sentido, la ayuda recibida por el gobierno colombiano a través del llamado Plan Colombia, refuerza la orientación de la política internacional en esta materia, pues enfoca la mayor parte de los recursos en atacar la oferta, especialmente en la destrucción de los cultivos ilícitos y persiste en tratar la problemática de los campesinos, indígenas y pequeños cultivadores bajo el esquema insuficiente de la sustitución de cultivos.

⁶⁴ THOUMI, Francisco. Las Drogas Ilegales y Relaciones Exteriores de Colombia: Una Visión desde el Exterior. En: CAMACHO GUIZADO, Alvaro et al. Las Drogas: Una Guerra Fallida. Op. cit., p. 203-204.

⁶⁵ Para la presentación de las ideas al respecto que se exponen a continuación, fueron de suma utilidad los artículos publicados por el diario colombiano El Espectador en sus ediciones del 6 al 13 de agosto de 2001, que reproducen un informe especial de FRANCES CAIRNCROSS del diario británico The Economist.

fundamentalmente a la rentabilidad económica que su comercio genera⁶⁶, y que la política predominante para confrontarlo ha sido la del prohibicionismo, la cual ha partido más de consideraciones moralistas que del reconocimiento del carácter de dicho fenómeno como un negocio que responde a los signos de la economía y del problema de salud pública que el consumo significa, lo cual, en buena medida, ha llevado a que no se hayan obtenido los resultados pretendidos en esa lucha.

La estructura de la industria de las drogas es simple y altamente rentable, características que la hacen fácil de organizar y difícil de contener. Sus productos son simples componentes de extractos agrícolas y químicos, cuya venta al consumidor final deja al descubierto un amplísimo margen entre los precios de importación y de venta al por menor. Así, la rentabilidad del negocio se deriva de producir bienes a una muy pequeña fracción del precio que sus clientes están dispuestos a pagar y de operar sacando provecho de la globalización, respondiendo con destreza a los cambios del mercado y de las rutas de transporte.

⁶⁶ El valor se establece principalmente en la cadena de distribución, mientras que la gente que cultiva o produce las drogas ilegales obtiene modestas ganancias.

En cada nivel, el precio y la estructura están establecidos en función del nivel de riesgo de su ejecución: incautación, encarcelamiento e incertidumbre, la cual surge porque los comerciantes no pueden depender de la aplicación de las leyes para hacer sus negocios, riesgos que hacen que la operación requiera un manejo disperso y gran confianza entre los partícipes.

Estados Unidos, como receptor de la mayor cantidad de drogas ilegales, ha liderado la más costosa política antidrogas del mundo, cuya ejecución ha probado ser una desconsoladora repetición del intento de ese país de prohibir la venta de alcohol entre 1920 y 1933. Ese experimento infló los precios del alcohol, promovió la oferta de licor falsificado, impulsó la proliferación de armas y del crimen, incrementó el consumo de licores fuertes y corrompió a una cuarta parte de los agentes federales, en tan sólo una década. Hoy, la actual política antidrogas de Estados Unidos parece ser tan perversa como en su momento lo fue aquella prohibición.

En adición a esta situación, las políticas estadounidenses limitan la libertad de los otros países para actuar y es difícil para un solo país definir su curso propio sin convertirse en un exportador. No obstante, las actitudes hacia la política cambian a través del tiempo y las políticas contra las drogas están

cambiando en muchos países, pues los gobiernos están gradualmente poniendo más énfasis en tratamiento que en castigo. Ello no significa que el camino hacia otras alternativas de confrontación del fenómeno se encuentre allanado, porque los países que intentan cambiar sus políticas enfrentan una dura resistencia en aquella nación y los países que exportan drogas siguen recibiendo una enorme presión para prevenir el comercio, cualquiera sea el costo para las libertades civiles y el medio ambiente.

El efecto neto de la aplicación de la política de la restricción ha sido el de generar una relocalización y una reorganización de la producción, pero no una reducción de la misma. La fase inicial de la lucha contra las drogas desplazó del mercado a las organizaciones más desorganizadas y violentas, pero, paradójicamente, hizo que aquellas que subsistieron se volvieran más cuidadosas, operando con bajos niveles de violencia y evitando atraer la atención hacia ellas, con lo cual la labor de persecución por parte de la policía se ha reducido, pues ella debe dar prioridad a detener las amenazas contra el orden público y la seguridad que el comercio de drogas puede traer.

Con la aplicación de las medidas de la política imperante se buscaba producir efectos sobre la oferta de drogas, de manera que la mayor

persecución elevara el precio, redujera la competencia y restringiera la oferta, pero a pesar de los crecientes esfuerzos de los gobiernos para detener el flujo de drogas, los precios y la calidad se han mantenido, no se ha desestimulado la compra o el uso de drogas y el proceso de aplicación de la ley ha hecho daño a las libertades civiles.

Si el encarcelamiento, por sí mismo, es poco probable que decida la guerra contra las drogas, dentro de las limitaciones que supone la preeminencia actual de la política de la restricción de la oferta, pero con la observancia de la tendencia a admitir que el problema real es la demanda, lo que resulta pertinente es el examen de otras alternativas, no necesariamente excluyentes, que permitan obtener mejores resultados que los hasta ahora alcanzados con la implementación de aquella.

Aquí importa responder a la pregunta de si el objetivo final debería ser la legalización tanto de la posesión como del comercio, así se matice su presentación con el establecimiento de restricciones al acceso que reflejen el peligro relativo de una droga e insistiendo en controles de calidad. La respuesta implica considerar que, aparte de la dificultad que entrañaría la determinación de quién y cómo distribuiría las drogas, su legalización

incrementaría el número de usuarios, independientemente de las restricciones que se aplicaran, debido a los efectos que una decisión en tal sentido produciría: reducción del precio, mejoramiento de las facilidades y condiciones de acceso, mejoramiento de la calidad, disminución del estigma social por su uso y desarrollo de prácticas legales de comercialización.

El resultado indeseable sería tener más usuarios y más adictos, sumando el consumo y comercio legalizado de las drogas a otras actividades que los gobiernos les permiten a los ciudadanos hacer con libertad, pese a su condición autodestructiva. Por ello, el primer paso es pensar en la adicción como un problema de salud pública y no solamente como un crimen, lo cual convierte a la prevención de la marginalización en el aspecto más importante de la política, de manera que se privilegie la aplicación del principio de oportunidad, en cuya virtud la actividad se mantiene ilegal, pero bajo ciertas circunstancias el fiscal público decide no actuar⁶⁷.

Esta aproximación a la problemática tendría que ir acompañada de campañas educativas sostenidas en el largo plazo y proyectos conocidos

⁶⁷ Este principio es el mismo adoptado en el código penal recientemente expedido en relación con la posibilidad judicial de prescindir de la aplicación de la pena cuando el delito de aborto se comete bajo determinadas circunstancias previstas por el legislador.

colectivamente como “disminuidores del daño”, cuyo ensayo en países como Suiza y Holanda ha permitido una reducción radical del crimen⁶⁸ y ha generado un ahorro en los costos del sistema hospitalario para la atención de pacientes.

Teniendo en cuenta que tanto el enfoque de la reducción del daño como cualquier otro que no sea la restricción de la oferta, suscita muchas resistencias en Estados Unidos, la única posibilidad de propiciar un cambio en la política imperante sería una reorientación de su política estatal, la cual, de llegar a producirse, se daría lentamente. No obstante, esa posibilidad de redireccionamiento de la política antidrogas del principal consumidor del mundo, motivada quizás por un cambio en la percepción de los electores, es tal vez la única alternativa real de ganarle la guerra a este flagelo.

⁶⁸ Según el informe de The Economist, dos terceras partes de los pacientes estabilizados con una dosis regular diaria de heroína consiguen empleo en el mercado abierto o en esquemas subsidiados por el Estado.

2. EVOLUCION DE LA NORMATIVIDAD PARA AFRONTAR EL PROBLEMA DE LA DROGA Y AFECTAR LOS BENEFICIOS PATRIMONIALES DEL NARCOTRAFICO

La normatividad expedida en Colombia alrededor del consumo, producción y tráfico de estupefacientes, aparece dividida en la reseña que hace el Plan Nacional para la Superación del Problema de la Droga⁶⁹, en tres etapas diferenciadas, a las cuales habría que adicionar una cuarta fase, que comienza con la aprobación y expedición de la llamada Ley de Extinción de Dominio.

2.1. PRIMERA ETAPA⁷⁰

La primera etapa parte de las Leyes 11 y 118 de 1920, mediante las cuales se reguló de manera general la importación y venta de drogas que generaran

⁶⁹ Este Plan fue adoptado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto No. 1956 de 1995, como estrategia orientada a reducir en forma progresiva y sistemática las causas y manifestaciones del problema de la droga a través de mecanismos de participación institucional y comunitaria, mediante la ejecución de cinco líneas de acción en los siguientes campos: fortalecimiento a la justicia, control e interdicción, desarrollo alternativo, prevención y rehabilitación, y cooperación internacional.

⁷⁰ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. Compromiso de Colombia frente al problema mundial de la droga: plan nacional. Santa Fe de Bogotá: Imprenta Nacional, 1995. p. 63.

“hábito pernicioso”, para lo cual se establecieron algunas formas de control sobre la producción y el tráfico de estupefacientes. Con posterioridad, el Decreto 1377 de 1930 trató sobre la prohibición para importar y vender marihuana.

El Código Penal de 1936 consagró las conductas penalmente sancionables y especialmente contempló la elaboración, distribución, venta o suministro clandestino o fraudulento de sustancias narcóticas o su conservación para los mismos fines, la destinación de local o establecimiento para el uso de drogas heroicas o estupefacientes o la permisión en ellos de tal uso.

Diez años después, mediante la expedición de la Ley 45 de 1946, se modificó el Código Penal para cambiar la expresión “sustancias narcóticas” por la de “drogas estupefacientes”. El proceso legislativo continuó con la expedición de una serie de normas que modificaban, complementaban y adicionaban aquel régimen, entre las que se pueden citar el Decreto 1858 de 1951, el Decreto 0014 de 1955 y el Decreto 1699 de 1964, expedido en uso de las facultades otorgadas al Ejecutivo por la Ley 27 de 1963, que adopta el denominado Estatuto de las Conductas Antisociales.

Igualmente, deben mencionarse el Decreto 1118 de 1970, expedido en uso de las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo por la Ley 16 de 1968, que en lo pertinente a esta materia atañe a normas de competencia en asuntos de carácter penal, y el Decreto 522 de 1971, mediante el cual se convierten en delitos algunos hechos tratados hasta entonces como contravenciones.

Simultáneamente a la promulgación de las disposiciones mencionadas, se expidió toda una normatividad en materia de salubridad pública, referida particularmente a las drogas, que parte de la Ley 68 de 1930 y llega hasta el Decreto 1164 de 1950.

2.2. SEGUNDA ETAPA⁷¹

La segunda etapa se inicia en el año 1974 a partir de la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes, Decreto 1188 de 1974, resultante de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 17

⁷¹ Ibidem, p. 63-64.

de 1973. Además, se crea el Consejo Nacional de Estupefacientes por medio del Decreto 1206 de 1973, el cual fue definido por el Decreto 1188 de 1974 como un órgano asesor del Gobierno Nacional para recomendar la formulación de políticas, planes y programas, así como los proyectos que las entidades públicas y privadas debieran adelantar para luchar contra el fenómeno de la droga en sus diferentes manifestaciones: producción, tráfico y consumo⁷².

Al citado Estatuto deben añadirse una serie de normas complementarias, entre las cuales se pueden citar los Decretos 570, 699, 1041, 1042, 1060, 1061 y 3065 de 1984, el 2689 de 1985, el 3665, 3667 y 3671 de 1986, como los más destacados, todos ellos referentes al establecimiento de conductas punibles relacionadas con el narcotráfico y a la determinación de las competencias para su investigación y juzgamiento, como medidas tendientes al restablecimiento del orden público en el territorio nacional.

⁷² Ibidem, p. 73.

2.3. TERCERA ETAPA⁷³

La tercera etapa se puede circunscribir a partir de la expedición del nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes o Ley 30 de 1986, con las demás normas que lo complementan, modifican y adicionan⁷⁴. Con el objeto de estructurar una entidad encargada de coordinar el desarrollo y la ejecución de las políticas adoptadas por el Gobierno Nacional y en especial por el Consejo Nacional de Estupefacientes en materia de control, prevención, rehabilitación y represión, se crea la Dirección Nacional de Estupefacientes como una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia.

La legislación complementaria que se expidió, fue adoptada con base en las facultades que correspondían al Presidente de la República durante el estado de sitio. El conjunto más relevante de estas normas fue convertido luego en legislación permanente por el Gobierno Nacional, en aplicación de lo dispuesto por el artículo transitorio 8 de la Constitución Política.

⁷³ Ibidem, p. 64.

⁷⁴ Como se verá en detalle más adelante, dichas disposiciones son los Decretos 1856 y 2390 de 1989, 042, 494, 1146 y 2790 de 1990 y 099 de 1991.

Así, como lo reseña el documento del Consejo Nacional de Estupefacientes⁷⁵, de acuerdo con el contenido del artículo 3º del Decreto 2272 de 1991 por medio del cual se convirtió en legislación permanente el Decreto 494 de 1990, adicionado por el Decreto 2159 de 1992, se definió la composición del Consejo Nacional de Estupefacientes de la siguiente manera:

- El Ministro de Justicia y del Derecho, quien lo preside, el de Defensa Nacional, el de Educación Nacional, el de Salud y el de Relaciones Exteriores.

- El Director Nacional de Estupefacientes, el Procurador General de la Nación, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, el Director General de la Policía y el Fiscal General de la Nación.

En la actualidad, las principales funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes pueden sintetizarse así:

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. Op. cit., p. 73-74.

- a) Formular las políticas, planes y programas que deben adelantar las entidades públicas y privadas, para la lucha contra la producción, el tráfico y el consumo de sustancias estupefacientes.
- b) Disponer la destrucción de los cultivos ilícitos por los medios que se consideren más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación de los ecosistemas del país.
- c) Dirigir y supervisar toda campaña destinada a prevenir el cultivo, producción, tráfico y consumo de sustancias estupefacientes.
- d) Reglamentar la duración y periodicidad con que los diferentes medios de comunicación deben adelantar campañas destinadas a prevenir las distintas manifestaciones del problema de la droga.
- e) Reglamentar la intensidad de la publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco y cigarrillos a través de los distintos medios de comunicación.

Así mismo, a raíz de la intensificación de la lucha antidrogas y con el fin de coordinar el desarrollo y ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes, se creó la Dirección Nacional de Estupefacientes mediante el Decreto 494 de 1990, norma que fue adoptada como legislación permanente por el Decreto 2272 de 1991, en el que se recogen las funciones de la antigua Oficina de Estupefacientes del Ministerio de Justicia, ampliándolas para una eficaz ejecución de las decisiones del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Con el fin de fortalecer la Dirección Nacional de Estupefacientes, en la reforma administrativa desarrollada en cumplimiento del artículo transitorio 30 de la Constitución Política, mediante el Decreto 2159 del 30 de diciembre de 1992, se ratificó su naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, patrimonio propio y régimen especial de contratación administrativa, para lo cual se fusionó con el Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Sus funciones principales continuaban siendo las de ejecutar las decisiones del Consejo Nacional de Estupefacientes, coordinar el desarrollo y ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes, así como las de mantener actualizado el inventario de bienes ocupados o decomisados por su vinculación directa al delito de narcotráfico y conexos, y vigilar su correcta utilización. Igualmente, le correspondía hacerse parte en los procesos en que se intentara la indemnización de perjuicios por decomiso de bienes. De otro lado, debía coordinar el funcionamiento del Comité Técnico Asesor y de los Consejos Seccionales de Estupefacientes. En este mismo orden de ideas debía supervisar la actividad de las entidades estatales y privadas que se encargaran de la prevención e investigación científica y de policía judicial, control y rehabilitación, así como mantener los contactos con gobiernos extranjeros y entidades internacionales.

La asignación y administración de bienes es una de las funciones importantes asignadas a la Dirección Nacional de Estupefacientes y tiene que ver con la administración provisional de los bienes incautados por su vinculación con el narcotráfico y delitos conexos, la cual implica la destinación provisional a entidades oficiales y fundaciones o corporaciones

sin ánimo de lucro reconocidas legalmente. Estas instituciones deben, además del beneficio que obtienen por la utilización del bien, velar por su mantenimiento y conservación hasta la decisión judicial definitiva, que puede ser la devolución a su propietario o la extinción del dominio a favor del Estado. La destinación definitiva de cualquier bien se realiza de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia⁷⁶.

De otra parte es pertinente señalar que en virtud de las facultades de control administrativo que ha conferido la ley al Consejo Nacional de Estupefacientes y a otras autoridades del sector central (Ministerio de Salud), estos órganos han proferido diferentes reglamentaciones tendientes a regular algunas actividades que eventualmente puedan servir de soporte al narcotráfico o para prevenir el abuso de sustancias que producen dependencia. Uno de estos controles se verifica fundamentalmente a través del Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes⁷⁷.

⁷⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Memoria al Congreso Nacional 1997-1998. Santa Fe de Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1998. p. 178-179.

⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, Op. cit., p. 64.

Dentro de esta misma etapa, se sanciona la Ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprueba la Convención de Viena, la cual, como lo señala ESPITIA GARZON⁷⁸,

(...) previó como propósito comprometer a los Estados signatarios en la adopción de medidas orientadas a “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”, estableciendo en su artículo 3º los comportamientos que deben tipificar las leyes internas con sanciones penales, entre ellos, la conversión o transferencia de bienes, los dirigidos a ocultar los bienes procedentes de dicha actividad y la adquisición de los bienes del mismo origen cuando ello se hace con conocimiento de la fuente, y en el 5º, que los Estados deberán adoptar mecanismos para hacer efectivo el decomiso del producto del delito o su equivalente. El Congreso colombiano registró una reserva a esta norma, por considerar que se trataba de una confiscación, la cual se encuentra proscrita por la Constitución, pero la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha reserva, mediante la sentencia C-176 de 1994.

Según lo indican SAAVEDRA y DEL OLMO⁷⁹,

(...) la citada Convención constituye una verdadera revolución si se compara su contenido con todas las anteriores que se han firmado a partir del Convenio de La Haya de 1911, y

⁷⁸ ESPITIA GARZON, Fabio. La Extinción del Derecho de Dominio. Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998. p. 33-34.

⁷⁹ SAAVEDRA R., Edgar y DEL OLMO, Rosa. La Convención de Viena y el Narcotráfico. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1991. p. 3.

especialmente de la “Convención Unica de Viena” de 1961, que fue adicionada por la de Nueva York de 1971, porque todas las precedentes se habían limitado única y exclusivamente a reprimir las conductas relacionadas con la siembra, fabricación y comercialización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Los mismos autores⁸⁰ agregan que la Convención de Viena constituye una revolución si se coteja su contenido con las anteriores,

(...) porque, al contrario de lo que sucedía con aquellas, esta específicamente contempla una serie de formas sancionatorias novedosas que no aparecían en ninguna de las precedentes convenciones firmadas para reprimir los estupefacientes, y porque fundamentalmente procura atacar o perseguir el narcotráfico por medio del decomiso de los bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad y de las sustancias y elementos utilizados en la producción de los estupefacientes y sicotrópicos. Es decir, que una de las finalidades principales de la Convención de Viena es actuar sobre los capitales del narcotráfico para tratar de garantizar una más efectiva persecución a este criminal comercio y controlar los precursores, solventes y disolventes utilizados en su producción, para evitar su procesamiento por la ausencia de materias primas.

Si examinamos el contenido de esta Convención, llegamos a la conclusión de que los Estados firmantes fueron conscientes de que la forma de represión tradicional no sólo no era suficiente para detener el narcotráfico, sino que, por el contrario, demostraba un auténtico fracaso; porque la verdad es que este ilícito comercio no sólo no se ha detenido, sino que ha prosperado en todas las latitudes. Es por esta verificación de la realidad por lo que los Estados partes deciden enfocar la

⁸⁰ Ibidem, p. 3-4.

persecución tanto contra las sustancias estupefacientes y sicotrópicas como también contra aquellas que son empleadas en los procesos de producción, esto es de los solventes, disolventes y precursores que intervienen en la elaboración de la morfina, la heroína, la cocaína etc.; pero de la misma manera que ataca y reprime a estos precursores, dirige también la acción a decomisar y perseguir el producto y los bienes derivados de este criminal comercio; a poner en movimiento una vasta y universal red de maquinaria judicial mediante lo que en la Convención se denomina “ayuda judicial recíproca”; a ampliar el alcance de la extradición igualmente a nivel universal, a posibilitar el intercambio de presos y el pago de las condenas judiciales impuestas por otros países cuando la extradición no sea posible por estar prohibida esta medida para los nacionales de nacimiento.

Estos mismos doctrinantes⁸¹, indican que

(...) un análisis detenido de la Convención demuestra que las medidas fundamentales de esta son el decomiso y la extradición. No sólo porque figuran como primeros artículos (5º y 6º) a continuación de los “Delitos y sanciones” (art. 3º) y de establecer la “competencia” de las partes para tomar estas medidas (art. 4º), sino también por su extensión en número de párrafos.

No es casual, además, que solo en estos dos casos se especifique claramente que, cuando las partes supediten la adopción de las medidas a la existencia de un tratado, se considerará la presente Convención como base jurídica para adoptarlas (arts. 5º, párrafo 4 f, y 6º, párrafo 3).

⁸¹ *Ibidem*, p. 100.

La Convención, entre las distintas acepciones de los vocablos utilizados en dicha normatividad, señaladas en el artículo 1º, define el decomiso como la “privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”.

En relación con el alcance de esta definición, SAAVEDRA y DEL OLMO⁸² comentan lo siguiente:

Al establecer las medidas, la Convención comienza por el decomiso porque todo indica que su finalidad principal son los bienes, tal como se ha venido sosteniendo. Además, al observar el inicio del artículo 5º, se ratifica esta afirmación:

“1. Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso

a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto.

b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º”.

⁸² Ibidem, p. 100-101.

De acuerdo con este artículo, operan dos clases de decomiso, uno referente al producto y otro a los bienes que se presume provienen del tráfico ilícito, en tanto en cuanto dicha medida puede recaer sobre “todas aquellas transacciones de carácter comercial que se pudieran realizar con dineros venidos directa o indirectamente del tráfico de estupefacientes o sustancias sicotrópicas”.

SAAVEDRA y DEL OLMO⁸³ precisan la distinción sobre las clases de decomiso de la siguiente manera:

1. *Del producto derivado de los delitos tipificados en la Convención. Recuérdesse en este punto que en el párrafo 1 del artículo 3º se consagran tres grandes grupos de actividades delictivas:*
 - a) *Las relacionadas con el cultivo de plantas de las cuales se extraen sustancias estupefacientes o sicotrópicas y todas las vinculadas con la producción, venta y transporte de estas.*
 - b) *Las conductas referentes a la fabricación, transporte o distribución de equipos, materiales o sustancias (de los cuadros I y II⁸⁴) utilizadas en el cultivo o producción de estupefacientes o sicotrópicos.*

⁸³ *Ibidem*, p. 56-57.

⁸⁴ Dichas sustancias son ácido lisérgico, efedrina, ergometrina, ergotamina, 1-fenil-2-propanona, seudoefedrina, acetona, ácido antranílico, ácido fenilacético, anhídrido acético, éter etílico, piperidina y las sales de tales sustancias siempre que su existencia sea posible.

- c) *Los comportamientos relativos a la conversión o la transferencia de bienes procedentes de tales delitos; la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de los bienes procedentes de estos hechos punibles; la adquisición, tenencia o utilización de bienes ilícitos y la posesión de equipos, materiales o sustancias, a sabiendas de que se utilizan en el cultivo o la producción de estupefacientes o sicotrópicos.*
2. *El decomiso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y de los materiales, equipos y otros instrumentos utilizados para cometer cualquiera de los delitos enunciados en el artículo 3º.*

Más adelante, los mismos autores⁸⁵ detallan, de acuerdo con el texto de la

Convención, qué se puede decomisar:

- *el producto de los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos (párrafo 2)*
- *el producto que se haya transformado o convertido en otros bienes (párrafo 6)*
- *el producto que se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas (párrafo 6, b)*
- *los ingresos o beneficios derivados del producto (párrafo 6, c, i)*
- *los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido (párrafo 6, c, ii)*
- *los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto (párrafo 6, c, iii).*

⁸⁵ SAAVEDRA R., Edgar y DEL OLMO, Rosa. *Op. cit.*, p. 101.

En la obra en comento⁸⁶, los autores indican, siguiendo nuevamente el texto de la Convención, que las medidas para lograr el decomiso deben comenzar por la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 5º. Así mismo, los tribunales y otras autoridades deben ordenar la presentación, incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales sin poder apelar al recurso del secreto bancario.

Según el artículo de las definiciones, se entiende por “embargo preventivo” o “incautación” la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, su custodia o control temporal, por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad competente.

Para SAAVEDRA y DEL OLMO⁸⁷,

⁸⁶ Ibidem, p. 65.

⁸⁷ Ibidem, p. 65.

Es claro que se trata de normas procesales que deben ser aplicadas por el juez que tenga adscrita la competencia para la investigación y fallo de este tipo de delitos. Partiendo de la tipicidad de todas las conductas referidas en el artículo 3º de la Convención, resulta evidente que está dentro de los deberes de la actividad jurisdiccional el utilizar todos los medios de investigación que sean indispensables no sólo para la demostración del cuerpo del delito o de la tipicidad de la conducta, del descubrimiento de los autores y de su posible responsabilidad, sino también el decomiso de los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el hecho ilícito o que provengan de su ejecución, y el embargo y secuestro preventivo de los bienes que sean necesarios para garantizar la indemnización a las víctimas o perjudicados con el delito.

También se faculta a los jueces competentes para ordenar o incautar los documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que las partes puedan negarse a cumplir lo allí dispuesto amparándose en el secreto bancario. “Ha sido tradición ininterrumpida que las fortunas conseguidas ilícitamente busquen en el secreto bancario la institución cómplice para conservar la impunidad y asegurar el producto obtenido con su delincuencia”⁸⁸.

En este sentido, los autores citados⁸⁹ señalan que:

⁸⁸ Ibidem, p. 66.

⁸⁹ Ibidem, p. 66.

La existencia de los denominados “paraísos fiscales” constituye la demostración de cómo determinados gobiernos de países y ciudades universalmente conocidos han sabido crear tales centros de encubrimiento para que los delincuentes eludan la acción de la justicia penal, y es por ello por lo que se consagra la prohibición de escudarse en el secreto bancario para negarse a proporcionar la información solicitada.

Más adelante, la Convención prevé el procedimiento que han de seguir los Estados parte para que las autoridades competentes del Estado requerido ordenen el decomiso del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos referidos a los delitos del artículo 3º, que se encuentren en su territorio. Así, las autoridades de la parte requirente pueden presentar un mandamiento de decomiso a las autoridades de la parte requerida, cuando se hayan declarado competentes. En efecto, el artículo 5º de la Convención presenta una forma novedosa de decomiso, pues conforme a ella, la orden la expiden las autoridades competentes del Estado requirente y las autoridades del Estado requerido la reciben simplemente para hacerla cumplir.

Sobre esta modalidad de decomiso, SAAVEDRA y DEL OLMO⁹⁰ opinan que:

⁹⁰ Ibidem, p. 66.

Esta es una muy innovadora forma de colaboración judicial internacional, ya que en realidad lo que en esta norma se establece es el cumplimiento por parte de las autoridades jurisdiccionales de un país de órdenes decretadas por funcionarios de la misma categoría de otro país, bien sea para que las autoridades nacionales decreten el decomiso solicitado por los jueces del Estado requirente, o bien para que ejecuten o cumplan los decomisos por ellos ordenados.

Debe aclararse que la actuación judicial adelantada por autoridades extranjeras, ha de verificarse de conformidad con el derecho interno o de acuerdo con lo previsto en los tratados bi o multilaterales firmados por los Estados comprometidos, y mientras no los haya, se considera la Convención como base necesaria y suficiente, con lo cual queda planteada la aplicación extraterritorial de la ley penal, prevista en la Convención al determinar las normas sobre la competencia. Conforme al literal d) del párrafo 4 del artículo 5º, para este trámite son aplicables los párrafos 6 a 19 del artículo 7 de la Convención, que prevé la denominada “asistencia judicial recíproca”.

Lo anterior plantea el problema de la destinación de los bienes incautados en esa condiciones, en relación con el cual SAAVEDRA y DEL OLMO⁹¹ indican que:

⁹¹ Ibidem, p. 66-67.

La actividad nacional de varios Estados tendiente al decomiso de bienes producto de hechos ilícitos evidentemente plantea la inquietud sobre el posible destino de ellos, pero precisamente el párrafo 5º del artículo que se analiza establece que la parte que haya decomisado tales bienes dispondrá de estos conforme a las disposiciones de su derecho interno. A pesar de la previsión anterior, en otros apartes del mismo párrafo se contemplan diversas alternativas relacionadas con el destino de los mencionados bienes, pues se prevé la posibilidad de concertar acuerdos con el fin de que: a) los bienes decomisados o el producto obtenido de su venta sea destinado a “organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico de “estupefacientes”, o b) dividirse con las otras partes y de acuerdo a criterios preestablecidos en cada caso, dichos bienes o el producto de su venta.

2.3. CUARTA ETAPA

Esta fase comienza con la expedición de la Ley 333 de 1996, por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita, en relación con cuya vigencia conviene comentar la evolución que han tenido en la normatividad colombiana las limitaciones al derecho de dominio de los bienes vinculados directa e indirectamente con actividades delictivas, en particular las relacionadas con la producción, transporte, distribución y consumo de sustancias psicoactivas.

Como lo señala ESPITIA GARZON⁹², tanto la extinción del derecho de dominio como otras afectaciones a los derechos reales no son instituciones ajenas a la tradición jurídica nacional, y en cuanto se relaciona con los delitos y el proceso penal, son múltiples las situaciones reguladas, referidas no sólo a la titularidad sino al disfrute de los derechos reales.

En efecto, respecto de los bienes provenientes de actividad ilícita o utilizados para la ejecución o consumación de delitos, la ley penal ha venido concibiendo diversas formas de afectación, entre las cuales se encuentran el decomiso de bienes provenientes de actividad ilícita, la destrucción de sustancias empleadas en el procesamiento de drogas y la destinación de bienes materia de ocupación o decomiso en procesos relacionados con actividades de narcotráfico.

En particular, respecto de los bienes muebles, inmuebles, títulos valores, dineros, divisas, depósitos bancarios y en general derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a procesos por delitos de conocimiento de los jueces de orden público (luego asignados a la justicia regional y hoy a los

⁹² ESPITIA GARZON, Fabio. Op. cit., p. 23-30.

jueces del circuito especializados) o que proviniesen de su ejecución, se dispuso que quedaban fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación, hasta la ejecutoria de la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva.

Sobre las características del decomiso en la Convención de Viena, señala ESPITIA GARZON⁹³:

Se predica del decomiso, que procede mediante sentencia judicial a favor del Estado y con la adjudicación definitiva por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes a algunas entidades, que opera sobre beneficios provenientes de bienes utilizados para el secuestro, a fin de aplicarlos a la prevención y represión de ese delito y, el de los bienes utilizados en la comisión del delito de hurto de petróleo y sus derivados, todos estos supuestos que entrañan formas de extinción del dominio

La figura del decomiso ha sido entendida como mecanismo con fines resarcitorios o tendiente a garantizar la eventual extinción de derechos reales principales y accesorios, pero en delitos de competencia de la justicia regional, se presenta como forma de extinción del derecho de dominio de bienes que no tienen libre comercio.

Y de tiempo atrás se ha hablado expresamente de extinción, bien de la propiedad de bienes que no son reclamados, ya de derechos reales principales y accesorios sobre bienes que, teniendo libre comercio, han sido utilizados como instrumentos

⁹³ Ibidem, p. 30-33.

de ejecución de delitos de competencia de la justicia regional o provienen de ellos.

En fin, con anterioridad a la emisión de la Ley 333 de 1996, el tema de la extinción de dominio había sido abordado a través de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, incorporada a la legislación interna mediante la Ley 67 del 23 de agosto de 1993.

Como lo afirma el mismo autor⁹⁴, de esta Convención hizo eco el inciso 2º del artículo 34 de la Carta, que estableció la extinción del derecho de dominio a favor del Estado, sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio público o con grave deterioro de la moral social.

Agrega en otro aparte de su libro⁹⁵,

(..) que más que consecuencia de un hecho punible, la ley consagra una serie de eventos que constituyen casos típicos de ilicitud de la causa o del objeto, hipótesis en las cuales el derecho no se constituyó por ser ineficaz el título o por inobservancia de la función social. Es que el Estado no puede proteger situaciones inexistentes o ineficaces en el mundo jurídico.

Para que el derecho de dominio y, en general, cualquier derecho real, accedan a la protección del Estado, se precisa que hayan

⁹⁴ Ibidem, p. 34.

⁹⁵ Ibidem, p. 40-41.

surgido como consecuencia inmediata de título y causa justos, esto es, no contrarios a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, y cumpla la función social que le es propia.

En este contexto, la extinción del derecho de dominio sobre efectos provenientes del delito, no resulta consecuencia penal de la conducta, sino la prospección jurídica de un acto inepto para producir efectos jurídicos o anular los existentes.

Como complemento de lo anterior, agrega que “la extinción del dominio no excluye la aplicación del decomiso, comiso, incautación, aprehensión, ocupación y demás medidas que se contemplen en la ley penal, en relación con los bienes que hayan sido instrumentos del delito o fruto del mismo”⁹⁶.

La disposición constitucional citada, fue desarrollada en el código de procedimiento penal expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y fue así como el artículo 340 estableció la extinción del derecho de dominio por sentencia judicial sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio público o con grave deterioro de la moral social, identificando como tales los delitos tipificados en la Ley 30 de 1986⁹⁷.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 53-54.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 34.

Antes de la expedición de la Ley 333 de 1996, SINTURA⁹⁸ indicaba que resultaba bastante completa la legislación nacional sobre decomiso de bienes, en particular con ocasión de la expedición de normas de excepción que posteriormente fueron recogidas como legislación permanente, y que dicha legislación permitía a Colombia cumplir cabalmente con las obligaciones asumidas al suscribir la Convención de Viena sobre narcotráfico, así como las recomendaciones expuestas por diversos organismos internacionales, en relación con la posibilidad de decomisar preventiva o definitivamente los bienes afectos a un ilícito, particularmente de narcotráfico y congelar los dineros en poder del sistema financiero que pudieran estar comprometidos en un delito de receptación, pero que se requería de una legislación más uniforme que recogiera la que se encontraba y aún se encuentra dispersa, considerando la dificultad que su manejo tiene para el intérprete.

⁹⁸ SINTURA VARELA, Francisco José. Concesión de Beneficios por Colaboración Eficaz con la Justicia; el Lavado de Activos, Normas Penales y Estados de Excepción. Santa Fe de Bogotá: Diké, 1995. p. 117, 129.

Por su parte, ESPITIA⁹⁹ señala que a pesar de que un entendimiento articulado tanto de la Convención de Viena como de los preceptos constitucional y legal citados, permitía la aplicación de la figura, a la extinción se le señalaban varias falencias, entre ellas: a) se le hacía depender de una sentencia condenatoria en el proceso penal; b) el elenco de los hechos generadores de extinción resultaba notoriamente insuficiente, sobre todo en relación con lo que pretendía la Convención de Viena; c) no se establecieron mecanismos para perseguir titulares diferentes al sindicado y, finalmente, d) no se habían desarrollado los mandatos de la Convención en relación con la persecución de bienes equivalentes. A estas inquietudes quiso responder la Ley 333 de 1996.

En la presentación realizada por el Ministro de Justicia y del Derecho a la denominada Ley de Extinción del Dominio, dice que su elaboración obedeció al propósito de incorporar al ordenamiento jurídico colombiano los instrumentos jurídicos que, al tiempo de satisfacer los compromisos internacionales de Colombia contenidos en el artículo 5º de la Convención de

⁹⁹ ESPITIA GARZON, Fabio. Op. cit., p. 34-35.

Viena, apuntaran a delinear el derrotero estatal de la lucha contra las organizaciones criminales¹⁰⁰.

La ley establece los mecanismos para declarar por sentencia judicial la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular, de los bienes provenientes directa o indirectamente de las actividades que más adelante se enumeran o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para su realización, así como del producto de tales bienes, sus derivados, frutos, rendimientos y de los recursos adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.

Las actividades que dan lugar al adelantamiento de la acción de extinción de dominio, según el contenido del artículo 2º, son las siguientes:

1. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares.

¹⁰⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Ley 333 de 1996. Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita. Santa Fe de Bogotá: Imprenta Nacional, 1997. p. 5.

2. Perjuicio del tesoro público que provenga de los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda, ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico, hurto sobre efectos y enseres destinados a defensa y seguridad nacionales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
3. Grave deterioro de la moral social, para lo cual se entienden como hechos generadores de ella, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicionen, el testaferrato, el lavado de activos, los delitos contra el orden económico o social y contra los recursos naturales, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, concusión, cohecho, tráfico de influencias, rebelión, sedición, asonada, o provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión.
4. Los eventos en que se utilicen bienes como medio o instrumento de actuaciones delictivas o se destinen a estas, salvo que sean objeto de

decomiso o incautación ordenada dentro del proceso penal mediante providencia en firme.

5. También procede cuando judicialmente se haya declarado la ilicitud del origen de los bienes y la acción penal se extinga o termine sin que se haya proferido decisión sobre los mismos o si terminado el proceso penal aparecen nuevos bienes.

Como quiera que la ley no ha establecido causales diferentes para que proceda la acción de extinción de dominio, la Corte Constitucional¹⁰¹ ha señalado que “mientras el legislador no enumere nuevas conductas como constitutivas de alguna de las causales constitucionales, no puede incoarse la acción de extinción del dominio, por cuanto ello implicaría flagrante violación del artículo 29 de la Carta Política”.

Por ello, dicha Corporación¹⁰², aunque declaró exequible la frase “por las demás causales, dichas entidades estatales deberán instaurar la acción con

¹⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/97 de octubre 23 de 1997, ponente José Gregorio Hernández Galindo. Publicada en Internet. p. 25.

¹⁰² Ibidem, p. 25.

absoluta independencia de la actuación penal”¹⁰³, contemplada en el artículo 10º, por cuanto se limita a contemplar que en el futuro –como resulta del artículo 34 de la Carta- podrán tener operancia nuevas causales no necesariamente delictivas hoy no establecidas, condicionó su constitucionalidad en el sentido de que, en guarda del principio de legalidad, mientras tales nuevas causales no se plasmen por el legislador, no se podrán iniciar procesos de extinción del dominio con base en razones distintas de las que emanan de los delitos enunciados en los artículos 2º de la Ley 333 de 1996 y 14 de la Ley 365 de 1997.

La Ley 333 fue demandada por inconstitucional, tanto respecto de algunos de sus artículos individualmente considerados, como en relación con la totalidad de su contenido, por aspectos de fondo y de forma en cuanto al trámite para su expedición.

Los cargos, en general, se fundaban en la presunta violación de los principios de irretroactividad de la ley y protección de los derechos de los terceros de

¹⁰³ Se refiere a los eventos diferentes de aquellos en que habiendo tenido los bienes origen en una actividad delictiva, la actuación penal haya terminado sin que en ella se haya declarado la extinción del dominio de los bienes considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del delito o se hubiere declarado sólo sobre una parte.

buena fe, así como de los artículos 58 y 34 de la Constitución Política, el primero que protege el derecho de propiedad y el segundo que prohíbe la pena de confiscación.

En relación con este último cargo, la Corte Constitucional¹⁰⁴ manifestó que si bien el artículo 34 de la Constitución Política prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la misma norma señala de inmediato que, 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.

Aquí, el máximo tribunal constitucional encuentra preciso distinguir este concepto, el de extinción del dominio, de otros a los que se refiere la Constitución y que también tocan con la propiedad, sus restricciones y su privación.

Así, en la sentencia citada¹⁰⁵ indica que

¹⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997, ponente José Gregorio Hernández Galindo. Publicada en Internet. p. 60.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 61.

(...) el artículo 58 de la Constitución, como lo hacía el 30 de la Carta Política de 1886, reformado en 1936, consagra, al lado de la garantía del derecho de propiedad y de los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, la función social de ellos –hoy adicionada con la ecológica-, la prevalencia del interés general sobre el individual y las distintas formas de expropiación.

La expropiación implica el ejercicio de una potestad, de la cual es titular el Estado Social de Derecho, que le permite, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales, quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo¹⁰⁶.

...

Aquella, como ya lo indicó la Corte Constitucional, implica la conversión de la propiedad privada en pública por motivos de utilidad pública o de interés social, por razones de equidad o por la necesidad de responder adecuadamente a los requerimientos de la guerra, pero “no se aplica a título de sanción por la conducta del propietario sino en desarrollo del principio constitucional de prevalencia del interés común sobre el particular, que debe ceder ante aquel en caso de conflicto”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-216 del 9 de junio de 1993).

Pero, además, prosigue la Corporación¹⁰⁷, la expropiación supone el reconocimiento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, la Carta exige su resarcimiento, mientras que,

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 61-62.

en el caso de extinción del dominio en la forma consagrada por el inciso 2º del artículo 34 constitucional, el supuesto primordial de la indemnización desaparece, dado el vicio original que empaña el dominio, hasta el punto de provocar que el Estado lo declare extinguido desde siempre.

En cuanto a la confiscación, rechazada en el ordenamiento colombiano, indica la Corte¹⁰⁸ en el mismo fallo que tampoco se confunde con la figura en estudio, pues si bien no ocasiona indemnización ni compensación alguna, así ocurre por tratarse de una sanción típicamente penal, y no del específico objeto patrimonial que caracteriza a la extinción de dominio.

De otra parte, la Corte¹⁰⁹ considera que la figura de la extinción del dominio prevista en el inciso 2º del artículo 34 de la Constitución, tampoco corresponde a una

(...) “constitucionalización” de los institutos legales conocidos como comiso e incautación de bienes, los cuales, sin perjuicio de aquella, siguen cumpliendo, respecto de todo proceso penal, el objetivo que les es propio, tanto para la investigación

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 62.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 75.

correspondiente como en lo relacionado con el vínculo existente entre el ilícito y la destinación a él de cierto bien, o entre el delito y el provecho ilegítimo que de él podría derivarse.

No se olvide que la extinción del dominio no cubre toda clase de delitos, al paso que el decomiso y la incautación de bienes son aplicables en términos generales, como lo contemplan las normas procesales pertinentes, a un cúmulo de hechos punibles que escapan a la excepcional medida contemplada por el artículo 34, inciso 2º, de la Constitución.

Respecto de esta institución, la Corte¹¹⁰, en la sentencia en comento manifestó:

La extinción del dominio en la modalidad prevista por el artículo 34 de la Carta traza límites materiales al proceso de adquisición de los bienes y simultáneamente otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y palpable el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos. La disposición constitucional da lugar a que se propicien las investigaciones, los trámites y los procedimientos orientados a definir –si prosperan las pretensiones de las entidades estatales que ejerzan la acción- que jamás se consolidó derecho alguno en cabeza de quien quiso construir su capital sobre cimientos tan deleznales como los que resultan del comportamiento reprochable y dañino.

De esta manera, la extinción del dominio a la que se refiere el artículo 34 de la Carta es la regulada en la Ley 333 de 1996, cuyo encuadramiento al texto

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 66.

constitucional analiza afirmativamente la Corte Constitucional¹¹¹ en los siguientes términos:

La sentencia mediante la cual, después de seguidos rigurosamente los trámites legales y una vez observadas las garantías del debido proceso, se declara la extinción del dominio, desvirtúa la presunción de que quien exhibía la titularidad de la propiedad de uno o varios bienes, que se procuró en contra del orden jurídico, la tenía de manera legítima.

Se trata, entonces, de una providencia judicial que no crea a partir de su vigencia el fenómeno de la pérdida de una propiedad que se tuviera como derecho -del cual se despojara al propietario-, sino que declara -como el artículo 34 de la Constitución lo estatuye claramente- que tal presunta propiedad, dado su irregular origen, nunca se hizo merecedora de la garantía ofrecida por la Constitución, ni a la luz del artículo 30 de la Carta Política anterior, ni con arreglo al 58 de la hoy vigente. Estos preceptos han partido del esencial presupuesto de la licitud para cobijar bajo el manto de la legitimidad y la tutela jurídica el derecho alegado por alguien. Resulta, entonces, que la sentencia es meramente declarativa: aquel que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio.

Y más adelante indica la Corte¹¹²:

¹¹¹ *Ibidem*, p. 62-63.

¹¹² *Ibidem*, p. 65.

El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social.

Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad¹¹³.

De otra parte, el cargo por vicios de trámite se refería a que esta ley, por ocuparse de la regulación de un derecho fundamental como lo es el de propiedad, ha debido tramitarse con arreglo a las disposiciones que determinan el tránsito de las leyes estatutarias, y no simplemente habersele dado, como en efecto se le dio, tratamiento y por tanto trámite de una ley ordinaria.

Frente a esta tacha de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional¹¹⁴ dijo:

¹¹³ La Corte, adicionalmente, establece una conexión entre el alcance de la protección del derecho de propiedad y el trabajo como pilar fundamental del Estado colombiano, al señalar que la Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y en el mérito que el trabajo implica, y se lo desestimularía en alto grado si se admitiera que sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio personal y familiar.

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997. Op. cit., p. 54-55.

En cuanto a la normatividad ahora impugnada, es claro que su objeto no consiste en establecer limitaciones o restricciones a derechos fundamentales que la Carta Política haya garantizado pura y simplemente -lo que haría indispensable el trámite estatutario en guarda de su intangibilidad y aún podría conducir, según la magnitud de aquellas, a la inexequibilidad de lo que se dispusiera-, sino que mediante su expedición se busca contemplar los mecanismos institucionales, y especialmente procesales, para desarrollar una norma de la propia Constitución que, de suyo y expresamente, consagró una forma jurídica orientada a declarar el no reconocimiento de un derecho, por tener éste un origen turbio, lo cual en nada se opone a la garantía, allí mismo contemplada, de que en Colombia no se aplicará la pena de confiscación.

Es decir, no son las disposiciones de la Ley las que introducen en el ordenamiento la extinción del dominio, ni tampoco las que prevén las causales de ella, es decir, no se puede atribuir al legislador la creación de la figura, en cuanto toca con derechos fundamentales de orden constitucional. Es la propia Constitución la que plasma en esa materia la norma básica, luego si los demandantes echan de menos la jerarquía del mandato, quejándose de que se la haya dejado en el plano ordinario cuando ha debido dársele rango estatutario, por la materia de la cual se ocupa, su pedimento de inconstitucionalidad pierde sentido en cuanto la regla mencionada, respecto de la garantía constitucional, tiene su mismo nivel -el de la propia Constitución- y goza, desde luego, de autoridad superior a la de las leyes estatutarias.

Si de lo que se trataba era de preservar un trámite exigente para introducir en el ordenamiento tal figura, en cuanto vino a relativizar ciertos derechos, la precaución ha sido tomada, y de sobra, pues la regla correspondiente sufrió el difícil tránsito procedimental aplicable a la Asamblea Nacional Constituyente.

Que el legislador en desarrollo del mandato constitucional, al precisar el alcance de las causales constitucionales, concrete los hechos que dan lugar a la extinción del dominio, señale los procedimientos aplicables y establezca las respectivas

competencias, no significa que regule derecho fundamental alguno. El objeto de la Ley en estudio no consistía en ello, sino en la determinación de los mecanismos judiciales aptos para la efectividad de una institución creada por el propio Constituyente.

Por otro lado, si de derechos fundamentales se trata, el de propiedad no lo es per se, sino que ese carácter depende de las circunstancias en que se encuentre el titular, tal como lo ha subrayado esta Corporación, y para alcanzar tal nivel, debe estar unido, en el evento correspondiente, a derechos que primariamente sean fundamentales.

Un derecho que, desde la propia Constitución, presenta limitaciones tan profundas como la función social de la propiedad, la posibilidad de expropiación, en algunos casos sin indemnización, la ocupación temporal por causa de guerra y la extinción del dominio, no puede tener, con efectos absolutos y definitivos, la naturaleza de derecho fundamental.

Pero, además, no puede haber derecho fundamental a la adquisición ilícita de bienes, que es el supuesto del cual parten el artículo 34 de la Constitución y la Ley 333 de 1996.

En síntesis y tomando las palabras de la Corte Constitucional¹¹⁵,

(...) la extinción del dominio (...) es una institución autónoma, de stirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal¹¹⁶, con previa observancia

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 64-65, 70.

¹¹⁶ Sobre la independencia del proceso penal, la Corte Constitucional en la misma sentencia indicó que la naturaleza de la institución prevista en el artículo 34, inciso 2º de la Carta Política no se convierte en penal por tal circunstancia, pues uno es el motivo que da lugar al ejercicio de la acción y otro es el efecto de la sentencia, que en esta materia no consiste en una pena sino en la declaración judicial de que por los hechos pasados -fundados en el delito- no pueden en el futuro invocarse por quien pasaba por propietario, para defender un “derecho” suyo que ni antes ni después estuvo amparado por la Constitución. Y ello sin que

de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna.

...

Ello es así porque la “pérdida” de la que habla el artículo acusado de la Ley no es tal en estricto sentido, por cuanto el derecho en cuestión no se hallaba jurídicamente protegido, sino que corresponde a la exteriorización a posteriori de que ello era así, por lo cual se extingue o desaparece la apariencia de propiedad existente hasta el momento de ser desvirtuada por la sentencia.

Es claro que, mientras tal providencia no esté en firme, ha de presumirse que dicha apariencia corresponde a la realidad, pues suponer lo contrario implicaría desconocer las presunciones de inocencia y buena fe plasmadas en la Constitución, pero ya ejecutoriado el fallo, acaba esa apariencia, entendiéndose que sustancialmente, y a pesar de haber estado ella formalmente reconocida, jamás se consolidó el derecho de propiedad en cabeza de quien decía ser su titular.

la sanción patrimonial de que trata dependa de la suerte del proceso penal ni de la responsabilidad de esa índole por el delito en cuestión.

Es más, agrega la Corte que no es necesario, en términos estrictamente constitucionales, que se haya iniciado o que esté en curso o haya habido un proceso penal para que la acción de extinción del dominio pueda iniciarse ni tampoco para que prospere. Todo depende del catálogo de conductas que el legislador haya señalado como constitutivas de enriquecimiento ilícito, grave deterioro de la moral social o perjuicio del Tesoro Público. Bien puede él incorporar comportamientos sancionados en la ley penal como delictivos, o aludir a actos u omisiones que, aunque no elevados a la categoría de punibles, o habiéndola perdido, sí contraríen la moral o causen agravio al interés patrimonial del Estado.

De otro lado, la ley dispuso en el último artículo que trata de la vigencia, que si bien ella regiría a partir de su promulgación, la extinción de dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aún tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la ley¹¹⁷, agregando que, en todo caso, se entenderá que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, causa un grave deterioro de la moral social y es conducta con efectos permanentes.

Esta norma propició una demanda en su contra por considerar que era atentatoria de los derechos adquiridos, frente a la cual, la Corte Constitucional sostuvo su exequibilidad, con base en las consideraciones que se indican a continuación, para llegar a concluir que el “supuesto esencial de

¹¹⁷ Este inciso se completaba con la expresión “siempre que dicha adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos haya sido realizada con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a esta medida de extinción, así la legislación haya modificado o modifique la denominación jurídica, sin perjuicio del término de prescripción de que trata el artículo 8 de esta ley”, la cual fue declarada inexecutable por la Corte en esa misma sentencia, considerando que los vicios que afectan el patrimonio mal habido jamás pueden sanearse y por ende el Estado no puede quedar inhibido para perseguirlos. A su turno, aduciendo la unidad de materia, también se declaró inconstitucional el artículo 9º, pues este, contra el claro sentido intemporal del precepto constitucional -refiriéndose a la extinción judicial del dominio- consagra una prescripción de la acción, dando lugar al saneamiento, no querido por la Carta, de las fortunas ilícitas.

la garantía de la irretroactividad de la ley es la legitimidad del derecho consolidado según el orden jurídico anterior”¹¹⁸.

Así disertó la Corte¹¹⁹:

El artículo 34 de la Constitución Política rechaza, en términos absolutos, toda protección jurídica a la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. No solamente se ha prohibido, de manera perentoria, que hacia el futuro se incrementen los patrimonios personales de las personas sometidas al orden constitucional colombiano por la vía de las indicadas modalidades ilícitas, sino que se ha ordenado, en el más alto nivel de la juridicidad, que las autoridades estatales persigan las fortunas que a ese título ya se habían obtenido, inclusive antes de entrar a regir la Carta Política. Y eso es así porque, a la luz de la Constitución de 1886, los comportamientos que hoy describe la norma citada tampoco generaban derecho alguno, como quiera que el artículo 30 de esa codificación sólo garantizaba la propiedad y los demás derechos adquiridos “con justo título, con arreglo a las leyes civiles”, de tal manera que cuando, con base en cualquiera de los delitos que el artículo 2º de la Ley examinada, una persona creyó adquirir el derecho de propiedad sobre un bien o grupo de bienes, ya sabía, antes de la existencia del artículo 34 de la Constitución de 1991, sobre el carácter ilegítimo de su pretendido derecho y acerca de que él, ante el Estado colombiano, carecía de toda protección.

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997. Op. cit. p. 88.

¹¹⁹ Ibidem, p. 83.

Por tanto, no solamente es constitucional que se contemple la viabilidad de extinguir el dominio de bienes adquiridos en tales condiciones en épocas anteriores a la vigencia de la actual Constitución, sino que ésta resulta violada por cualquier determinación legal que delimite en el tiempo, pasado o futuro, la acción correspondiente.

Con posterioridad, por medio de la Ley 365 de 1997, que establece normas tendientes a combatir la delincuencia organizada, se creó dentro del título de los delitos contra el orden económico social, un capítulo sobre lavado de activos¹²⁰, que tipificó esta conducta como adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar o administrar bienes que tuvieran su origen, entre otras actividades, en las relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o darles a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o legalizarlos, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir tales conductas sobre bienes que hubieran sido declarados de origen ilícito, inclusive si tales actos se cometían total o parcialmente en el exterior.

¹²⁰ Con posterioridad, por medio de la Ley 526 de 1999, se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero, como unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Hacienda, con funciones de intervención estatal para detectar prácticas asociadas al lavado de activos

Las penas imponibles a tales comportamientos tenían una agravación cuando para su realización se efectuaran operaciones de cambio o de comercio exterior, se introdujeran mercancías al territorio nacional, así fuera legalmente o de contrabando, o fueran desarrolladas por personas pertenecientes a una persona jurídica, sociedad u organización dedicada al lavado de activos o por los jefes, administradores o encargados de tales personas, sociedades u organizaciones.

Por otra parte, ese articulado también penalizaba al empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omitiera el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el Decreto 663 de 1993 para las transacciones en efectivo.

Estos tipos penales fueron reiterados por la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el Código Penal actualmente en vigencia.

En materia procesal, la Ley 365 de 1997 modificó el artículo 340 del estatuto penal adjetivo entonces vigente, que trataba de la extinción del derecho de

dominio, señalando que su declaración judicial versaría sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio público o con grave deterioro de la moral social, quedando a salvo, en todo caso, los derechos de terceros de buena fe.

Para los efectos de la declaración de extinción, se consideraría que causaban grave deterioro de la moral social, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modificaran o adicionaran, así como los delitos de secuestro simple, secuestro extorsivo, extorsión, lavado de activos, testaferrato, los delitos contra el orden económico y social y contra los recursos naturales, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, concusión, cohecho, tráfico de influencias, rebelión, sedición y asonada.

De acuerdo con esta norma, los bienes y recursos sobre los cuales se declarara la extinción del dominio, ingresarían, sin excepción alguna, al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha Contra el Crimen Organizado, y serían asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Agregaba la norma en mención que en las investigaciones y procesos penales adelantados por delitos de extorsión, secuestro extorsivo, testaferrato, lavado de activos, delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modificaran o adicionaran, enriquecimiento ilícito de servidores públicos, de particulares, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contratos celebrados sin requisitos legales, emisión de moneda o de efectos o valores equiparados en moneda, ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico, hurto sobre efectos y enseres destinados a la seguridad y la defensa nacionales, delitos contra el patrimonio económico que recayeran sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva, la declaración sobre el origen ilícito de un bien mueble o inmueble era independiente de la responsabilidad penal del sindicado y de la extinción de la acción penal o de la pena, procediendo la extinción del dominio en estos casos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 333 de 1996.

Salvo que el proceso terminara por demostración de la inexistencia del hecho, la declaración de que un bien mueble o inmueble fuera de origen ilícito se haría en la resolución inhibitoria, en la resolución de preclusión de la

investigación, en el auto de cesación de procedimiento o en la sentencia. En la misma providencia y con miras al adelantamiento del proceso de extinción del derecho de dominio se ordenaría el embargo y secuestro preventivo de los bienes declarados de origen ilícito.

Estas disposiciones de la Ley 365 de 1997 que modificaron el artículo 340 del código de procedimiento penal entonces en vigor, fueron derogadas con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, por la cual se expidió el código de procedimiento penal que actualmente rige en el ordenamiento jurídico colombiano, cuyo artículo 68 adoptó una fórmula más sencilla y que evita cualquier tipo de contradicción que pudiera suscitarse con las demás normas vigentes al respecto, al disponer que la extinción del dominio se rige por el procedimiento establecido por la ley, remitiendo entonces y para todos los efectos a las disposiciones ya comentadas de la Convención de Viena y la Ley 333 de 1996.

Mediante los Decretos 1122 de 1999 y 266 del año 2000, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por las leyes 489 de 1998 y 573 de 2000, respectivamente, pretendió modificar algunas disposiciones de la ley de extinción del dominio y profirió otras relacionadas con la

administración de los bienes incautados, pero en ambas ocasiones tanto las disposiciones que otorgaban las facultades como los decretos expedidos con base en ellas, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional¹²¹.

En todo caso, existen disposiciones especiales de carácter reglamentario expedidas por el Gobierno Nacional y contenidas en los Decretos 306 de 1998 y 1461 de 2000, este último sustitutivo del 1458 de 1997, que regulan lo relativo a la administración de los bienes incautados y a la estructura y funcionamiento del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, cuya presentación y análisis se efectuará de manera pormenorizada en los capítulos siguientes.

Por último, al reorganizarse la estructura del Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante el Decreto 1890 de 1999, como quiera que el Ministro del ramo preside el Consejo Nacional de Estupefacientes y que la Dirección Nacional de Estupefacientes se encuentra adscrita a dicho Ministerio, se pretendió por parte del Gobierno Nacional disponer de una dependencia

¹²¹ Las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Gobierno Nacional en la Ley 489 de 1998, fueron declaradas inexecutable mediante la sentencia C-702/99 de septiembre 20 de 1999. El Decreto 1122 de 1999, fue declarado inexecutable a través de la sentencia C-923/99 de Noviembre 18 de 1999. La Ley 573 de 2000 y el Decreto 266 de 2000, fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-1316/2000 de septiembre 26 de 2000.

encargada institucionalmente de atender las funciones de la Cartera de Justicia en relación tanto con la temática de la droga como con la Presidencia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Así, se establecieron en el numeral 3º del artículo 3º como funciones del Ministerio de Justicia en relación con la política de drogas y actividades relacionadas las siguientes:

- a) Coordinar la formulación y adopción de políticas sobre la problemática de las drogas y demás actividades relacionadas, para la consideración y aprobación del Consejo Nacional de Estupefacientes.
 - b) Promover el cumplimiento de las políticas y planes de lucha contra las drogas y formular propuestas para su debida ejecución.
 - c) Fijar políticas específicas en asuntos relacionados con la problemática de las drogas y actividades relacionadas, así como representar al país y llevar la titularidad del mismo en los foros y organismos regionales e internacionales sobre estos aspectos y sobre las iniciativas de
-

cooperación de las naciones centradas en tales materias, y colaborar en las negociaciones bilaterales y multilaterales correspondientes, todo ello en coordinación con las autoridades de política exterior.

- d) Realizar el seguimiento a los compromisos adquiridos en materia de cooperación técnica y/o judicial bilateral y multilateral en los temas relacionados con la problemática de las drogas, criminalidad organizada y actividades conexas, en las cuales el Ministerio sea parte.
- e) Diseñar y promover políticas en materia de lavado de activos, administración de bienes incautados y acciones de extinción de dominio.

Para el cumplimiento de estas funciones, le corresponde en particular a la Dirección de Política de Drogas y Estupefacientes, de acuerdo con el artículo 16, lo siguiente:

1. Preparar estudios para la formulación de políticas sobre la problemática de las drogas y demás actividades relacionadas.

2. Promover el cumplimiento del Plan Nacional Antidrogas y formular propuestas para su debida ejecución.
3. Elaborar propuestas de reformas legislativas en estas materias y hacer seguimiento al trámite de las mismas.
4. Asesorar al Ministro de Justicia y del Derecho en el ejercicio de sus funciones como Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes.
5. Asistir al Ministerio en su participación en foros y organismos internacionales en materia de política de drogas y estupefacientes y demás actividades relacionadas.
6. Realizar el seguimiento a los compromisos adquiridos en materia de cooperación técnica y/o judicial bilaterales o multilaterales en los temas relacionados con la problemática de las drogas, criminalidad organizada y actividades relacionadas, en los cuales el Ministerio sea parte.

3. EL REGIMEN JURIDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS EN EL ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES Y EN LA LEGISLACION DE EXCEPCION EXPEDIDA ENTRE 1989 Y 1991 AL AMPARO DE LA DECLARACION DE ESTADO DE SITIO

3.1. LEY 30 DE 1986

Con la expedición de la Ley 30 de 1986, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes, por primera vez el Estado colombiano se ocupa en forma particular, aparte de las disposiciones generales al respecto contenidas en la legislación penal y procesal penal, de la afectación jurídica de los bienes relacionados directa o indirectamente con los delitos de narcotráfico y conexos o provenientes de tal actividad.

Así, el artículo 47 del Estatuto dispuso que los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y

demás medios de transporte¹²², utilizados para la comisión de tales delitos, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, sean decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución podría destinarlos provisionalmente al servicio oficial o a entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o en depósito.

Quien tenga un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tiene preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslativo del dominio, debiendo el Consejo –hoy la Dirección Nacional de Estupefacientes– dar aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplican a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

¹²² Conforme a los artículos 44 y 45 del Decreto Reglamentario 3788 de 1986, cuando se trate de un medio de transporte, la autoridad correspondiente debe levantar de inmediato un acta, copia de la cual se envía al Consejo Nacional de Estupefacientes con oficio informativo y otra se deja en poder de la persona que conduzca el medio de transporte. En el acta se debe hacer constar en forma clara y precisa la identificación del vehículo, los objetos y elementos materia del ilícito, el nombre del propietario del vehículo y el de la persona que lo conduzca, así como los nombres e identidad de las demás personas involucradas en el hecho.

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

Cuando se trate de bienes sujetos a registro de propiedad, debe notificarse inmediata y personalmente a quienes figuren inscritos en el respectivo registro.

Si se trata de contravenciones, el artículo 73 dispuso que si no es posible identificar al contraventor y los elementos y medios de transporte han sido abandonados, se ordene el decomiso definitivo por las autoridades competentes, para que el Consejo proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 antes mencionado.

El artículo 48 estableció que si transcurridos los términos legales de la fecha de decomiso, los bienes decomisados no son reclamados por ninguna persona, el Consejo Nacional de Estupefacientes ordene su destinación

definitiva a la entidad o su remate, correspondiendo a la Secretaría Ejecutiva del Consejo velar por el cumplimiento de esta disposición.

Para efectos de lo anterior, el artículo 46 del Decreto Reglamentario 3788 de 1989 dispuso que se considerara como término legal el de noventa días calendario contados a partir de la fecha de decomiso del bien, vencido el cual sin que quien considere tener un derecho sobre el bien presente reclamo ante el juez o ante el Consejo Nacional de Estupefacientes, conforme al artículo 48 de la Ley 30 de 1986, el Consejo proceda a destinarlo definitivamente o a ordenar su remate.

Por otra parte, y completando las reglas procedimentales sobre los bienes incautados, el artículo 49 del Estatuto señaló que la Oficina de Estupefacientes del Ministerio de Justicia informara al juez del conocimiento del proceso al cual estuvieran vinculados los bienes decomisados, sobre el destino dado a los mismos por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Dentro de los diez días siguientes a la asignación del bien, este debe ser retirado por la entidad destinataria, previa elaboración de un acta en la cual conste el estado en que lo recibe, con la obligación por parte de la Secretaría

Ejecutiva del Consejo de llevar una relación completa de los bienes y de las entidades asignatarias.

Respecto de la constitucionalidad de las disposiciones reseñadas, la Corte Suprema de Justicia¹²³, entidad entonces competente para efectuar tales pronunciamientos, frente al cargo de violación de la prohibición de la confiscación, previamente a la declaratoria de exequibilidad de las mismas, distingue las acepciones de lo que suele denominarse comiso o decomiso de bienes utilizados directa o indirectamente en la perpetración de un hecho punible, a saber:

- a) *El de una medida precautelativa que no es en sí misma una pena ni representa el despojo estatal del patrimonio del delincuente, sino la aprehensión de los elementos materiales con los cuales se perpetró un delito como medida policiva tendiente a los fines de investigación y a impedir la prosecución de las actividades delictuales.*
- b) *El de medida accesoria de una pena, como lo señaló la Corte en fallo de agosto 3 de 1972, o más correctamente, el de una pena que puede ser principal o accesoria. Así lo toma el Diccionario de la Real Academia, que no establece distinción alguna entre el decomiso y comiso,*

¹²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de enero 21 de 1988, ponentes Jesús Vallejo Mejía, Dídimo Páez Velandia. Publicada en Gaceta No. 2434. p. 50.

de los cuales dice: “pena de perdimiento de la cosa, en que incurre el que comercia en géneros prohibidos” (primera acepción) o “pena accesorio de privación o pérdida de los instrumentos o efectos del delito” (cuarta acepción).

Para la Corte¹²⁴, el contenido de la norma impugnada alude a la primera acepción, sin que quepa duda de que por ley puede ordenarse el decomiso de los bienes que aparezcan con la comisión, en este caso, de los delitos descritos en el Capítulo V de la Ley 30 de 1986, con fines investigativos, para impedir que continúen siendo utilizados ilícitamente o, incluso, para garantizar la eficacia de la pena que pueda decretarse por los hechos de que se trate.

Ahora bien, si los bienes son de terceros que nada tienen que ver con el hecho punible, no sufren el despojo pues la norma dispone su entrega en depósito, si se trata de muebles, y si son inmuebles, tiene la obligación el Consejo de informar a quienes figuren en el registro para el ejercicio de sus derechos.

¹²⁴ Ibidem, p. 50-51.

Además, el inciso segundo de la disposición prevé la intervención judicial sobre el particular, para garantizar aún más los derechos de terceros ajenos al hecho punible, por lo cual, concluye la Corte, la norma es constitucional no solamente por este aspecto, sino porque también está garantizado el derecho de dominio de que son titulares sobre dichos bienes los terceros que los hayan adquirido con justo título y buena fe, en la medida en que es imperativa su citación a la respectiva actuación administrativa.

Si en ella demuestran su ajenidad al destino ilícito dado a los bienes, tienen derecho a la restitución del bien o al valor de su remate, según corresponda, y si no logran acreditar su titularidad lícita y su no participación en ese destino ilícito, su derecho se extingue por la utilización o uso indebido del mismo, lo que pone de presente que éstos han dejado de cumplir la función social que exige la Constitución y han sido empleados como medio idóneo o apto para la comisión de delitos.

No puede aceptarse de ninguna manera que para quienes no acrediten la lícita titularidad de los bienes y su inimputabilidad en los hechos delictuosos, se haya dispuesto una expropiación con violación de las exigencias constitucionales que esta institución tiene, ya que la ausencia de interés

legítimo de dicho propietario no permite su enfrentamiento con el interés legítimo de la comunidad, presupuesto necesario para que el Estado adquiriera el dominio por ese modo.

No se trata de una confiscación, sino de una sanción por no utilizar la propiedad con la finalidad social que le es propia, la cual, con base en el artículo 30 de la Carta (se refiere la Corte a la de 1886), ha dado origen a trámites administrativos referidos especialmente a la extinción del dominio por el no uso de predios rústicos, pero que bien puede la ley extender a todas las manifestaciones del dominio, tanto inmueble como mueble, urbano como rural.

Además, las decisiones administrativas adoptadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, están sometidas al control de legalidad mediante las acciones contencioso administrativas pertinentes, conforme a las reglas del Código de la materia.

Por la misma razón se declara la exequibilidad de los artículos 48 y 73,

(...) pues la ausencia de personas interesadas en reclamar la devolución de dichos bienes o el transcurso de los términos para

acreditar el dominio y la lícita utilización, hacen suponer un implícito reconocimiento de la ilicitud de la destinación de esos bienes y por ende de que ellos no cumplen la función social que exige el artículo 30 de la Constitución Nacional¹²⁵.

Frente al artículo 48, la Corte plantea como objeción la no determinación del término para el ejercicio de la función, quedando la posibilidad del arbitrio con detrimento del derecho ajeno, pero como, conforme se anotó, el Decreto Reglamentario 3788 de 1986 estableció dicho término, la Corporación entiende que no hay lugar a ninguna tacha de inconstitucionalidad.

Finalmente, respecto del artículo 49, la Corte se limita a indicar que como está estrechamente vinculado con otros que en la misma providencia han sido declarados exequibles, por este motivo se declara también su exequibilidad.

3.2. LEGISLACION DE EXCEPCION

El Gobierno Nacional, para hacer frente a las manifestaciones de violencia terrorista del narcotráfico desatadas al finalizar la década de los años

¹²⁵ Ibidem, p. 51.

ochenta, como respuesta a la acción estatal en contra de sus actividades y particularmente para presionar la no extradición de nacionales, con base en las facultades derivadas de la declaración del estado de sitio, vigente desde 1984, estructuró entre 1989 y 1991, un sistema judicial extraordinario y especial para la investigación y el juzgamiento de tales delitos.

En tal virtud, se dictaron las normas sobre el procedimiento y las competencias, se incrementaron las penas de las conductas punibles relacionadas con el narcotráfico y sus delitos conexos, y dentro de tales medidas, se adoptaron disposiciones relacionadas con los bienes incautados u ocupados con ocasión de la investigación de esos hechos punibles. Como quiera que muchas de estas disposiciones, que fueron modificadas sucesivamente y en muy corto plazo, se convirtieron luego en legislación permanente con base en el artículo transitorio 8 de la Constitución de 1991, su presentación no solamente constituye un elemento de referencia histórica, sino que, aún hoy, en buena parte, conforma el derecho aplicable en esta materia.

En este orden de ideas, el Decreto Legislativo 1856 de 1989, estableció el decomiso y la ocupación de los bienes vinculados directa o indirectamente o

provenientes del narcotráfico, normatividad de excepción que fue declarada exequible en su totalidad mediante sentencia de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia del 3 de octubre de 1989. Con posterioridad, el Decreto Legislativo 1893 de 1989 fijó el procedimiento bajo el cual el Tribunal Superior de Orden Público llevaría a cabo la destinación definitiva de dichos bienes, pero la Corte en sentencia de la misma fecha que la antes citada, declaró la inexecutable de varias de sus disposiciones, al considerar que dicho procedimiento no podía ser independiente del que correspondía para el juzgamiento de los delitos de narcotráfico y conexos.

3.2.1. Decreto 2390 de 1989

Por causa de tal situación, se expidió el Decreto 2390 de 1989, que, en lo pertinente a los bienes afectos a dichos ilícitos, dispuso que los agentes que hubieren practicado el decomiso o la incautación, informaran al juez competente sobre este hecho, o si no existiere proceso, procedieran a formular la correspondiente denuncia penal (artículo 2º) y elaboraran un acta de inventario para ser remitida al juez del conocimiento y copia de la misma al Consejo Nacional de Estupefacientes, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes (artículo 3º).

El Consejo, a su turno, debería decidir sobre la destinación provisional de los bienes y el juez del conocimiento sobre la destinación definitiva de acuerdo con la providencia o sentencia que le pusiera fin al proceso, la cual podría confirmar la destinación definitiva. Si la sentencia fuere condenatoria, el inculcado perdería definitivamente la propiedad del bien o bienes decomisados u ocupados, y si fuere absolutoria debería ordenarse su devolución.

Según el artículo 4º, los terceros que alegaran propiedad sobre los bienes materia de la ocupación o el decomiso y solicitaran su devolución, deberían comparecer personalmente, asistidos de apoderado si lo estimaran conveniente, ante el juez del conocimiento, dentro de los cinco (5) días siguientes a su citación o emplazamiento, con el fin de que demostraran su propiedad sobre ellos, su procedencia legítima y el fin para el cual estaban destinados. Si los terceros no se presentaren en el plazo señalado, ello se consideraría como un indicio grave sobre la ilicitud de la procedencia y destinación de dichos bienes.

En la sentencia, el juez decidiría definitivamente sobre la destinación de los bienes; la devolución se ordenaría en caso de que se demostrara plenamente la licitud de su procedencia y destinación, mediante auto interlocutorio que debería consultarse con el superior.

Se aclara además que en el supuesto de que la restitución no fuera posible, el Estado quedaría obligado a resarcir los perjuicios ocasionados a su dueño, pues la incautación o decomiso de los bienes de que se viene tratando sólo es legítima cuando se impone como sanción por la comisión de los delitos a que alude el Decreto, con lo cual la jurisprudencia establece un reconocimiento expreso de la responsabilidad extracontractual del Estado en esta materia.

De acuerdo con el artículo 5º, la destinación de los bienes, tanto en forma provisional por el Consejo Nacional de Estupefacientes, como en forma definitiva por parte del juez competente, debería efectuarse, entre otras, a las siguientes entidades:

1. Los bienes inmuebles rurales al Fondo Nacional Agrario.

2. Los bienes inmuebles urbanos, a las entidades vinculadas o adscritas al Ministerio de Salud, a la Cruz Roja, a la Defensa Civil y a otros organismos de utilidad común, dentro de los criterios fijados por el Consejo o por el juez competente.
3. Los automóviles, bienes muebles de cualquier naturaleza, no especialmente destinados, títulos valores, dinero, divisas, al Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional o al DAS.
4. Los aviones, avionetas y helicópteros, al Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, FAC y Satena, según distribución realizada por el Ministerio de Defensa Nacional.
5. Las armas y municiones, al Ministerio de Defensa Nacional y al DAS.
6. Los equipos de comunicaciones y radio, al Ministerio de Defensa Nacional.
7. Los semovientes y maquinaria agrícola, al Fondo Nacional Agrario, de acuerdo con la destinación de los respectivos inmuebles.

8. Los bienes muebles de valor artístico o literario, a Colcultura.
9. Las naves y artefactos navales, marítimos y fluviales, al Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, DIMAR Y SENARC, según distribución realizada por el Ministro de Defensa Nacional.

Respecto de las disposiciones de este Decreto, la sala plena de la Corte Suprema de Justicia¹²⁶, en el control automático de constitucionalidad, señaló que tales normas establecen

(...) un procedimiento judicial que viene a colmar el vacío normativo originado en la declaración de inexequibilidad del Decreto 1893 de 1989, en cuya sentencia (la número 78 de octubre 3 de 1989) esta Corporación consideró que no obstante la conexidad de aquel Decreto con los motivos que se esgrimieron en el que declaró el estado de sitio (el número 1038 de 1984), sus normas eran ostensiblemente inconstitucionales “por establecer un procedimiento administrativo independiente del procedimiento judicial propio para los delitos de narcotráfico y conexos dentro del cual se materializa definitivamente el comiso penal”, desvirtuándose así no sólo la naturaleza de aquel instituto penal, sino además las garantías del debido proceso penal, toda vez que por ser el decomiso consecuencia ineludible del delito, la pérdida del bien o bienes a favor del Estado debe

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de enero 23 de 1990. Publicada en Gaceta No. 2440. p. 15.

declararse como pena principal o accesoria en la misma sentencia condenatoria de quien resultó penalmente responsable de su comisión y no por Juez distinto ni con arreglo a un procedimiento administrativo separado del penal propiamente dicho.

Dice la Corte¹²⁷ que

(...) la violación del artículo 34 de la Constitución Nacional por el artículo 3º del Decreto, según el cargo que formula el ciudadano interviniente, es totalmente impertinente, pues esta disposición no es la que permite o autoriza la ocupación o el decomiso de los bienes referidos, ya que su finalidad no es otra que reglar el procedimiento conforme al cual deben proceder las autoridades cuando actúen en desarrollo del mandato del artículo 1º del Decreto 1856, que es la norma que ordena el decomiso u ocupación de los bienes y beneficios económicos vinculados directa o indirectamente al tráfico de estupefacientes y que la Corte declaró exequible mediante la sentencia número 69 de octubre 3 de 1989.

El artículo 5º en armonía con el artículo anterior determina las entidades públicas que pueden ser beneficiarias de los bienes ocupados o decomisados, para lo cual se ha tomado en cuenta la naturaleza de estos, su ubicación y la utilidad que puedan prestar al organismo al que están destinados.

Se impugna el anterior precepto por ser contrario al artículo 3º de la Constitución por no ser taxativo al señalar las entidades que pueden ser destinatarias de los bienes ocupados y decomisados y permitir que el Juez o el Consejo Nacional de Estupefacientes puedan a su arbitrio asignar dichos bienes a otras entidades.

¹²⁷ Ibidem, p. 18.

Para el examen de este cargo, considera la Corte, en primer término, que la norma sí señala la función; la radica en cabeza del organismo o funcionarios citados y les fija la oportunidad en que deben realizarla y el alcance de la misma; por ello cumple con los presupuestos que exige el principio fundamental que se estima vulnerado y si bien se admite cierto grado de discrecionalidad no puede concluirse que su ejercicio es arbitrario, pues ni el Consejo Nacional de Estupefacientes ni el Juez podrán escoger a su talante la entidad destinataria, dado que de acuerdo con los lineamientos que les traza el legislador de excepción siempre deberán elegir entre entidades públicas o privadas que cumplan funciones de utilidad común, entre los que contempla la norma por vía de ejemplo.

Tiende el artículo 4º a garantizar el derecho de propiedad en los terceros de buena fe, para cuyo efecto señala un trámite especial dentro del proceso penal, para que estos tengan la oportunidad de demostrar la propiedad, procedencia legítima y el fin lícito al que estaban destinados los bienes, circunstancias todas que debe esclarecer plenamente el interesado para que el Juez penal proceda a ordenar su devolución mediante auto interlocutorio.

Esta disposición fija un plazo de cinco días para comparecer al proceso penal y ya dentro de él, por los trámites propios del incidente respectivo, el propietario debe demostrar su derecho, frente a cuya constitucionalidad la Corte dijo lo siguiente¹²⁸:

¹²⁸ Ibidem, p. 19.

Estima la Corte que el emplazamiento para comparecer al proceso penal es una garantía más que ofrece el ordenamiento jurídico a quien crea tener derecho al bien, pues el simple hecho de que las autoridades incauten el bien debe llevar a que un propietario inocente inicie motu proprio las averiguaciones del caso sobre tal acción; si no lo hace, surge un indicio de que el bien está vinculado a un ilícito, directa o indirectamente, con mayor razón si emplazado, deja transcurrir el término para comparecer sin hacerlo, lo cual no significa que por ello pierda la propiedad del bien, sólo que el juez puede vincularlo al proceso como sindicado y si dentro de él se comprueba su vinculación al ilícito, entonces sí procede la imposición como pena accesoria el decomiso del bien.

Para terminar el análisis de estas normas del Decreto 2390 de 1989 en cuanto a la afectación de los bienes vinculados a los ilícitos contemplados en el Decreto 1856 del mismo año, la Corte¹²⁹ tampoco encuentra que el artículo 4º vulnere el 40 superior,

(...) pues si bien este precepto prohíbe que pueda litigarse en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito, permite a la vez que el legislador pueda establecer excepciones a este precepto, que es cabalmente lo que el Ejecutivo en ejercicio de las facultades legislativas que le confiere el artículo 121 de la Constitución, ha dispuesto al otorgarle al propietario de buena fe la posibilidad de comparecer sin apoderado a hacer valer sus derechos, si considera que ello le resulta más conveniente.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 20.

3.2.2. Decreto 042 de 1990

Mediante el Decreto Legislativo 042 de 1990, se adicionaron los Decretos 1856 y 2390 de 1989, al considerar, de una parte, que el decomiso de los bienes y efectos vinculados a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o provenientes de ellos, debía otorgar al Estado la facultad de administrar por conducto de los destinatarios provisionales dichos bienes, a fin de adoptar las medidas de conservación, preservación y rendimiento de los mismos, en beneficio de la economía nacional, y de otra parte, que resultaba indispensable dictar las medidas necesarias para evitar que los valores, dineros, acciones y bienes muebles e inmuebles vinculados a dichos delitos pudieran ser objeto de transacciones o prácticas dirigidas a evadir la efectividad de los decomisos u ocupación de los mismos.

El artículo 1º de este Decreto, dispuso que los títulos valores, bienes muebles o inmuebles, divisas, depósitos bancarios, derechos de cualquier naturaleza y en general los beneficios económicos a que se referían los Decretos 1856 y 2390 de 1989, que fueran decomisados u ocupados por los agentes incautadores competentes, se entregaran inmediatamente al

Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante el traslado del acta de decomiso correspondiente.

En el caso de dinero o divisas, conforme al artículo 2º, su administración correspondería a los destinatarios provisionales o a los depositarios, sin perjuicio de las acciones que correspondiera adelantar a la Superintendencia de Control de Cambios, a la cual el Consejo daría traslado de las resoluciones sobre asignación provisional o depósito. De acuerdo con el artículo 3º, los destinatarios o depositarios de estas especies monetarias se legitimarían con copia de la resolución expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, tendrían para todos los efectos legales los derechos y obligaciones del secuestro y ejercerían las funciones de tal sobre los bienes puestos a su disposición, dentro de los respectivos procesos penales.

En tal virtud, a dichos depositarios y destinatarios se les asignaron, de conformidad con el artículo 4º, las siguientes facultades administrativas:

- a) Efectuar los giros y transferencias sobre el exterior o el interior para colocar los dineros en depósito en el Banco de la República, para lo cual las divisas debían convertirse a moneda nacional.

- b) Convenir con el Banco de la República la inversión, por este último, de tales dineros en títulos de deuda pública del orden nacional o de entidades de derecho público.
- c) Efectuar el cobro de los títulos, a fin de obtener la liquidez necesaria sobre los valores, dineros, acciones, depósitos y divisas, para lo cual podrán llenar los espacios dejados en blanco por los firmantes de los documentos, sin que para ello requieran de las instrucciones del suscriptor¹³⁰, a fin de hacerlos valer contra cualquiera de las personas que hayan intervenido en la transacción. Estas facultades sólo podrían utilizarse para llevar a cabo los actos de administración de los valores destinados a los destinatarios o depositarios.

El artículo 1º del Decreto 1273 de 1990 adicionó a esta disposición del Decreto 042 de 1990, la facultad, incorporada como literal d) al artículo 4º, de celebrar contratos de fiducia de administración para destinar

¹³⁰ Como se indica más adelante, esta frase fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia.

recursos provenientes de divisas previamente convertidas a moneda nacional a los fines que se convengan en los respectivos contratos.

De otra parte, el artículo 5º del Decreto 042, estableció que las decisiones de asignación provisional continuarían siendo de ejecución inmediata y el recurso de reposición sobre las mismas se entendería otorgado en el efecto devolutivo.

Finalmente, respecto de la intervención de los terceros que alegaran propiedad sobre los bienes incautados, solicitando su devolución, se modificó el artículo 4º del Decreto 2390 de 1989, estableciendo en el artículo 6º del Decreto 042, que la devolución sería decidida por el juez del conocimiento, ya no mediante auto interlocutorio, sino en la sentencia, quedando igualmente sometida tal determinación al grado de consulta al superior, pero dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte, la cual, expresamente, dispuso que a la par con tal declaratoria, recobraba vigencia la norma anterior del Decreto 2390.

La Corte Suprema de Justicia¹³¹, al examinar la constitucionalidad del Decreto 042, aseveró que el mismo

(...) establece un procedimiento complementario del señalado por el Decreto 2390 de 1989, que consiste principalmente en establecer las reglas a las cuales deben someterse tanto el Consejo Nacional de Estupefacientes, como las personas a las que éste entregue en administración los bienes o valores decomisados u ocupados, según los términos de los Decretos 1856 y 2390 de 1989.

Estas disposiciones del Decreto 042, dice la Corte¹³²,

(...) establecen el procedimiento para la administración de dinero, divisas y títulos valores decomisados, otorgándole a su destinatario provisional o depositario las facultades que el Código de Procedimiento Civil señala para el secuestre, adicionadas con autorizaciones para realizar giros y transferencias y para convenir con el Banco de la República sobre su inversión, así como para tomar las medidas necesarias para obtener la liquidez de los títulos valores.

Es este último caso, el literal c) del artículo 4º, autoriza a realizar las transacciones necesarias para obtener la mencionada liquidez a los depositarios provisionales, para lo cual podrán llenar los espacios dejados en blanco por los firmantes de los documentos, sin que para ello requieran las instrucciones del

¹³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena, de febrero 22 de 1990. Publicada en Gaceta 2440. p. 296-297.

¹³² *Ibidem*, p. 297.

suscriptor, a fin de hacerlos valer contra cualquiera de las personas que hayan intervenido en la transacción.

Si bien es cierto que esta norma va encaminada no sólo a buscar la liquidez sino a evitar la evasión del objeto del decomiso, también lo es que la frase “sin que para ello requieran las instrucciones del suscriptor”, constituye una evidente violación del Estatuto Superior, en cuanto da a los depositarios provisionales de los títulos valores una autorización tan amplia y discrecional que desconoce derechos legítimos de quien emite el título o de terceros, garantizados por la Carta, con desconocimiento absoluto del derecho de defensa y de la protección debida a su patrimonio, derechos consagrados en los artículos 26 y 30, respectivamente, de la Constitución Nacional.

En consecuencia, las instrucciones del suscriptor que deben ser respetadas son las acordadas al momento de la emisión de los títulos, y no las que pueda dar el suscriptor con posterioridad al evento del decomiso de dichos títulos, pues obviamente en este caso el secuestro o depositario no tiene por qué acatar o someterse a esas nuevas instrucciones (...)

En lo demás, agrega la Corte¹³³, estas disposiciones sólo persiguen, como ya se indicó, la preservación y rendimiento de una especie de bienes decomisados, complementando de esta manera los Decretos 1856 y 2390 de 1989, los cuales, a su turno, ya habían sido declarados ajustados a la Carta por la misma Corporación. Lo mismo se puede predicar del artículo 5º del Decreto 042, que adiciona los artículos 1º y 5º de los Decretos 1856 y 2390 de 1989, respectivamente, señalando los recursos que proceden contra las

¹³³ *Ibidem*, p. 298.

decisiones que en materia de destino provisional, depósito y administración tome el Consejo Nacional de Estupefacientes respecto de los bienes decomisados e indicando el efecto en el cual proceden, todo lo cual es competencia del legislador extraordinario, acorde con las previsiones del artículo 121 de la Carta y que por otra parte garantiza el principio del debido proceso.

El artículo 6º de la norma que se revisa modifica el artículo 4º del Decreto 2390, en cuanto a la oportunidad procesal para ordenar la devolución de los bienes decomisados cuando “se demuestre plenamente la licitud de su procedencia y destinación”. La disposición inicial ordenaba que ésta se decidiera “mediante auto interlocutorio”, mientras la contenida en el Decreto 042 de 1990 señala que se hace “en la sentencia”.

La Corte considera esta última contraria a la Carta, pues no se justifica que un incidente como este, cuya naturaleza es accesorio, tenga que esperar a la sentencia para ser resuelto, pues ello constituye una violación de los derechos del tercero que ha demostrado plenamente la licitud de la procedencia y destinación del bien decomisado, ya que al no ser parte en el

proceso penal, la decisión de su derecho no tiene por qué definirse en la sentencia, que es el acto jurídico que resuelve la situación del procesado. Así, con la declaratoria de inexequibilidad de este artículo, recobró vigencia la disposición del Decreto 2390 que determinaba que el asunto en litigio se resolvería mediante auto interlocutorio que debería consultarse con el superior.

3.2.3. Decreto 494 de 1990

En desarrollo del Decreto 1038 de 1984, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, se profirió el Decreto Legislativo 494 de 1990, el cual propende por el fortalecimiento administrativo y operativo del Consejo Nacional de Estupefacientes para que pueda cumplir con las diversas funciones que le fueron asignadas para combatir el narcotráfico por los Decretos Legislativos antes comentados.

Para tal efecto, se crea la Dirección Nacional de Estupefacientes, como organismo ejecutor de las decisiones del Consejo, en condición de Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia, a la cual se le establecen como funciones:

- Coordinar el desarrollo y la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes.
- Elaborar el inventario de los bienes ocupados o decomisados por su vinculación directa o indirecta al delito de narcotráfico y conexos, velar por su correcta disposición, utilización, destinación provisional o definitiva, o su devolución.
- Defender los intereses de la Nación en los procesos que se intenten contra ella por ocupación o decomiso.
- Coordinar el funcionamiento del Comité Técnico Asesor de los Consejos Seccionales de Estupefacientes y servir de representación legal al Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Para la Corte Suprema de Justicia¹³⁴, al efectuar el control de constitucionalidad de este Decreto, las medidas así descritas resultan complementos necesarios de las dictadas con anterioridad, especialmente los Decretos 1856 y 2390 de 1989 y 042 de 1990, y buscan garantizar su eficacia, encontrando que el Decreto 494 tiene conexión directa con los hechos perturbadores del orden público, en cuanto se dirige a hacer efectivas las medidas que se han venido tomando para combatir el delito de narcotráfico y sus conexos, a partir de la Ley 30 de 1986.

La creación de un organismo administrativo con los fines indicados, señala la Corte, se enmarca dentro de la facultad del legislador extraordinario, con base en la cual puede crear organismos administrativos y asignarles funciones que la Carta no haya entregado de modo expreso y excluyente a otros órganos estatales.

¹³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de la sala plena de mayo 3 de 1990. Publicada en Gaceta 2440. p. 510-511.

3.2.4. Decreto 1146 de 1990

El Decreto Legislativo 1146 de 1990, también expedido con base en las facultades del estado de sitio, se ocupó de regular aspectos específicos de los bienes afectos a los delitos referidos, cuando ellos se traten de naves o aeronaves.

Así, en el artículo 18 se dispuso que el hallazgo por autoridad competente de sustancias sicoactivas en una nave o aeronave de servicio público que se encontrare en cumplimiento de rutas o itinerarios o en la prestación de servicios autorizados por las autoridades portuarias o aeronáuticas, con ocasión o por acción directa de informaciones o peticiones del comandante o capitán de la misma, su propietario, armador o explotador, el agente marítimo o el empleado responsable para este efecto de la empresa de transporte público, marítimo o aéreo de que se trate, no daría lugar al decomiso de la nave o aeronave, ni a que se le fijara ninguna caución, a fin de que el medio de transporte público pudiera continuar cumpliendo sus operaciones e itinerarios, sin impedimento por esta causa.

En el artículo 19 se estableció que los transportadores de servicio público marítimo o aéreo tendrían derecho preferencial para recibir en depósito o a cualquier título no traslativo de dominio, la nave o aeronave, bien fuera propia, arrendada o fletada, que se hubiera visto involucrada por su utilización en la comisión del delito de narcotráfico y conexos, estando en operación legítima en el tráfico o servicio público desde o hacia el país, en cumplimiento de itinerarios o rutas autorizadas.

En los casos de decomiso de naves o aeronaves de servicio público marítimo o aéreo, la presentación personal como tercero interviniente se hacía extensiva al capitán o agente de la nave o aeronave, quienes podrían estar asistidos de apoderado si lo estimaban conveniente, para solicitar la devolución del artefacto al juez del conocimiento.

Según el artículo 20, cuando el Consejo Nacional de Estupefacientes debiera decidir sobre el depósito, decomiso o destinación de naves, debía invitar al Director de la DIMAR para escuchar su concepto.

Conforme al artículo 21, la resolución de entrega en depósito de la nave o aeronave al propietario, fijaría como caución o garantía la suma que el

Consejo estimara adecuada, no inferior en todo caso a mil salarios mínimos legales mensuales ni superior al valor comercial de la nave o aeronave. Esta caución, según el artículo 22, podría consistir en una garantía bancaria o póliza de compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, o garantía de asociaciones o clubes de protección e indemnización aceptados por la DIMAR, la cual debería tener vigencia hasta el proferimiento del fallo definitivo de última instancia y tres meses más.

El artículo 23 estableció que, para no obstaculizar el transporte público internacional de mercaderías y evitar perjuicios a terceros usuarios, el administrador de aduana respectivo, previo concepto escrito del Comandante de Policía Antinarcóticos del lugar, o quien hiciera sus veces, podría autorizar a los transportadores públicos aéreos o marítimos, para efectuar el trasbordo o descarga de las demás mercancías no involucradas directamente en el ilícito investigado, pudiéndose ordenar que tal trasbordo se efectuara en presencia de las autoridades policiales y judiciales.

En relación con estos artículos, la Corte Suprema de Justicia¹³⁵ dijo que este tratamiento especial, en beneficio del normal desarrollo del servicio público de transporte aéreo y marítimo, lo encuentra equitativo y avenido al régimen constitucional, pues considera que en los supuestos normativos las conductas punibles han sido adelantadas por personas que no tienen la responsabilidad de la prestación del servicio y, en todo caso, con el derecho de destinación preferencial y la reclamación de devolución por el capitán o agente, operan las garantías de los derechos de los terceros inocentes.

3.2.5. Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991

En el Decreto 2790 de 1990, por medio del cual se integraron en una sola jurisdicción los jueces de orden público y los especializados, creando mecanismos jurídicos para su protección y la de los demás intervinientes en los procesos penales de su competencia, se dictaron varias disposiciones relacionadas con los bienes afectos a dichos procesos, las cuales, casi enseguida, fueron modificadas por el Decreto 099 de 1991, de la siguiente manera:

¹³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de la sala plena de julio 19 de 1990. Fotocopia. p. 36-37.

- Según el artículo 53 del Decreto 2790, los inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves y artefactos navales, marítimos, fluviales, automóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicaciones y radio y demás bienes muebles, así como los títulos valores, dineros, divisas, depósitos bancarios y, en general, los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos a que se refiere el artículo 9º del Decreto, o que provengan de su ejecución, quedarían fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación, hasta que resultara ejecutoriada la providencia sobre entrega definitiva.

La incautación u ocupación de bienes muebles o inmuebles sólo podría ordenarse cuando existiera al menos prueba sumaria sobre su vinculación a alguno de los delitos mencionados por el Decreto.

De la aprehensión o incautación de bienes sujetos a registro se debería dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente, la cual efectuaría la inscripción en el acto, sin sujeción a ningún turno,

verificada la cual cualquier derecho de terceros que se radicara sobre el bien sería inoponible al Estado.

En caso de devolución, la orden de entrega definitiva a los particulares únicamente podría hacerse efectiva una vez ejecutoriada la decisión judicial.

Por último, siempre que se produjera la incautación u ocupación de bienes, se debía levantar un acta con el inventario de ellos debidamente identificados, de la cual se remitiría una copia a la Dirección Nacional de Estupefacientes para los efectos señalados en el Decreto.

El Decreto 099 adicionó este artículo 53, al señalar que la salida del comercio de los bienes aprehendidos, incautados u ocupados, procedería hasta la ejecutoria de la providencia de entrega o adjudicación definitiva, que es la parte novedosa de la disposición, ya que la ausencia de esta última referencia podría haber llegado a interpretarse como que a pesar de la orden judicial del comiso y la posterior asignación definitiva o la restitución al propietario, los bienes

continuarían gravados con aquella medida cautelar; con esta adición, tanto en la devolución como en la destinación definitiva, a partir de la ejecutoria de la decisión, ello implicaba el levantamiento de la restricción de su libre circulación comercial.

- De acuerdo con el artículo 54 del Decreto 2790, las autoridades de policía judicial deberían proceder a la inutilización de pistas de aterrizaje y la destrucción de cultivos, plantaciones y drogas incautadas, así como de los insumos o sustancias precursoras ubicados en zonas de difícil acceso y cuya conservación representara grave peligro para la seguridad o salubridad pública, en diligencia adelantada según el procedimiento previsto en la Ley 30 de 1986, dejando constancia de ella en un acta, de la cual se enviaría copia a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Los demás insumos, sustancias precursoras o elementos útiles para el procesamiento de cocaína u otra sustancia que produzca dependencia, previa identificación pericial con presencia del agente del ministerio público, debían ser puestos a disposición o a la orden de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual podría determinar su

uso inmediato por una entidad oficial, su remate para fines lícitos comprobados o su destrucción si implicaban grave peligro para la salubridad o seguridad pública. En el evento de utilización, los elementos se avaluarían previamente por una entidad civil y su valor o el del remate, si lo hubiere, se reembolsaría al propietario en caso de que el proceso terminara con auto inhibitorio, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

Las variaciones introducidas por el Decreto 099 consistieron en la referencia expresa a la aplicación de la norma que obliga a la identificación técnica y a la determinación de la cantidad y el peso de las sustancias incautadas, dejando constancia de ello en un acta previamente a su destrucción, copia de la cual habría de remitirse a la Dirección de Estupefacientes; la acreditación de la condición de legítimo al propietario a quien hubiera que reembolsar el valor de los bienes utilizados o rematados; y la referencia expresa de no requerirse autorización previa de la Dirección Nacional de Estupefacientes para proceder a la destrucción en las circunstancias indicadas, manteniendo eso sí la obligación de remitirle copia del acta de la diligencia correspondiente.

- Conforme al artículo 55 del Decreto 2790, los demás bienes muebles o inmuebles, efectos, dineros, acciones, divisas, derechos o beneficios de cualquier naturaleza vinculados directa o indirectamente con delitos de competencia de los jueces de orden público como objeto de los mismos, o que hubieran sido utilizados para su comisión o que provinieran de ésta, serían ocupados o incautados por las autoridades de policía judicial y puestos a disposición o a la orden de la Dirección Nacional de Estupefacientes dentro de las 72 horas siguientes, junto con copia del acta de inventario detallado.

La Dirección, mediante resolución, podría destinarlos provisionalmente, así como su producto, conforme al procedimiento vigente, además de a las entidades ya contempladas en el Decreto 2390 de 1990, al servicio de las Direcciones Nacional de Instrucción Criminal y de Carrera Judicial y, previa autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, al Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación de este organismo. En ningún caso los bienes podían destinarse a la entidad a la cual perteneciera la Unidad que adelantara las diligencias preliminares.

En la resolución de asignación provisional que dictara la Dirección se dispondría que la entidad beneficiaria designara un depositario para cada caso. Este, una vez posesionado, tendría todos los derechos, atribuciones o facultades y estaría sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades, que para los secuestres judiciales determinan las leyes, debiendo rendir cuenta mensual de su administración a la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual podría solicitar su relevo cuando lo estimara necesario, con base en posibles manejos irregulares o inadecuados. Este organismo comunicaría a las autoridades de registro, la destinación provisional.

Salvo lo previsto en el Decreto 2187 de 1990 sobre el decomiso administrativo o la multa contravencional, los bienes serían objeto de decomiso a favor del Estado y adjudicados definitivamente por el juez a alguna de las entidades previstas tanto en el Decreto 2390 de 1989 como en el mismo Decreto 2790, al momento de dictar sentencia, dejando a salvo la afectación de ellos al pago de perjuicios. Su decisión también se haría conocer de la autoridad de registro correspondiente.

Las armas y explosivos se enviarían a la Industria Militar, conforme a las previsiones de las normas legales vigentes.

Este artículo también fue modificado por el Decreto 099, el cual dispuso que la Dirección Nacional de Estupefacientes, previa autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, pudiera destinar también los bienes, además de las entidades previstas en el 2790, al Departamento Administrativo de Seguridad, a la Policía Nacional, a las Fuerzas Militares, a la Procuraduría General de la Nación y a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, entidad esta que en el artículo modificado no requería autorización previa del Consejo para ser destinataria.

Así mismo, dispuso que una vez ordenado el decomiso de los bienes por el juez competente en la sentencia y dejando a salvo su afectación al pago de los perjuicios, la destinación definitiva de los bienes ya no la hiciera éste, sino la Dirección Nacional de Estupefacientes, a alguna

de las entidades mencionadas en el mismo artículo, con la obligación de dar a conocer la decisión a la oficina de registro correspondiente¹³⁶.

- El artículo 56 del Decreto 2790 dispuso que para hacer efectivos los derechos de adjudicación definitiva o provisional, así como el de administración, la entidad beneficiaria tendría tanto en la indagación preliminar como en el sumario y la causa de los procesos penales a los que estuvieren vinculados los respectivos bienes, los mismos derechos y facultades que en el régimen ordinario la ley otorga a un tercero interviniente o incidental, pudiendo para tales efectos otorgar poder a los abogados pertenecientes a la entidad o dependencia.
- Finalmente, el artículo 57 estableció que el dominio de los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos de narcotráfico y conexos, se extinguiría a favor del Estado si transcurrido un año desde

¹³⁶ Con base en ello, también se dispuso que la Dirección adjudicara definitivamente los bienes que a la fecha de vigencia del Decreto 099 hubieran sido decomisados a favor del Estado y puestos a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante sentencia ejecutoriada.

Así mismo, se le facultó para disponer el remate de bienes cuyo decomiso hubiera sido dispuesto en sentencia definitiva, previa autorización del Consejo, destinando su producto a las cuentas especiales establecidas en el artículo 64 del mismo Decreto, a las cuales también deberían destinarse los dineros incautados con excepción de las divisas.

la fecha en que procesalmente hubiera surgido el derecho a ser reclamada la devolución por los procesados o por terceros, este no se ejerciere, o desde su aprehensión cuando se tratara de bienes sin dueño conocido.

Vencido ese término, el juez, de oficio o a petición del ministerio público, avisaría al interesado por correo certificado a la última dirección que apareciera en el proceso, o mediante publicación en un periódico de amplia circulación en el lugar, según el caso, que en un plazo no mayor de un mes, contado a partir de la fecha de la remisión o la publicación del aviso, debería justificar por medio idóneo la no reclamación oportuna de los bienes, so pena de su pérdida a favor del Estado. Transcurrido ese plazo, el juez decidiría lo pertinente mediante auto interlocutorio, susceptible del recurso de apelación.

Si el bien no estuviere a disposición de ningún juez competente, el procedimiento anterior lo adelantaría la Dirección Nacional de Estupefacientes, cuya decisión, necesariamente motivada, tendría apelación ante el Consejo Nacional de Estupefacientes.

El Decreto 099 aludió en forma más amplia a la extinción de los derechos reales principales y accesorios, precisó que el cómputo del año para la procedencia de la extinción comenzaría a correr a partir de la fecha de citación de los titulares inscritos para que comparecieran al proceso a ejercer su defensa y estableció que respecto de estos bienes no procedería en ningún caso la declaratoria de vacantes o mostrencos.

Conforme lo indica la Corte Suprema de Justicia¹³⁷ en la revisión de constitucionalidad de los artículos 53 a 57 del Decreto 2790 de 1990,

(...) la destrucción de los elementos y bienes vinculados o provenientes de los ilícitos puede ser ordenada por las autoridades cuando, en el ejercicio de sus funciones orientadas a la represión del delito y a la eliminación de los factores de perturbación del orden público, resulten nocivos para la salud pública y la seguridad social, toda vez que el derecho de propiedad sobre ellos no cumple con la función social que a este derecho le asigna la Constitución Nacional. En consecuencia tales acciones incorporan una sanción por no utilizar la propiedad con la finalidad social que le es propia, distinta de la confiscación y que tenía su apoyo en el artículo 30 del Estatuto Fundamental, que ha dado origen a trámites administrativos referidos específicamente a la extinción del dominio.

En cuanto a la destinación provisional de los bienes que pueda realizar la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Corte¹³⁸ asevera que ella no atenta contra el derecho de dominio de los bienes, pues sus titulares pueden demostrar en el proceso su inocencia en los hechos juzgados, quedando el juez en la obligación de dejar a salvo el pago de perjuicios al momento de dictar sentencia.

Respecto del decomiso ordenado por el juez, y siguiendo jurisprudencias anteriores, la Corte Suprema¹³⁹ dice que éste no contraría los preceptos superiores de la Carta Política, por tratarse de una sanción de carácter económico al delincuente, distinta de la confiscación, ya que no puede entenderse la garantía constitucional como un mecanismo que permita utilizar determinados bienes para la comisión de delitos, ni para derivar provecho de ellos, toda vez que el derecho de propiedad tiene una finalidad de interés social que se traiciona por el titular cuando es el resultado de un hecho criminal.

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de la sala plena de abril 11 de 1991. Publicada en Gaceta No. 2448. p. 70.

¹³⁸ Ibidem, p. 71.

¹³⁹ Ibidem, p. 71.

El artículo 57 contempla un caso especial de extinción del dominio a favor del Estado por la no reclamación oportuna del bien, considerando la Corte¹⁴⁰ que es competencia del legislador fijar los términos y las condiciones de la extinción de los derechos, por lo cual la norma resulta ajustada al derecho, pues en este caso el trámite y la decisión corresponden al juez de orden público, salvo la actuación asignada a la Dirección Nacional de Estupefacientes, que es una autoridad administrativa, situación que la Corte declara inexecutable, pues si el proceso es judicial, los bienes incautados u ocupados deben estar siempre y necesariamente a disposición del juez.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 72.

4. REGIMEN JURIDICO VIGENTE DE LOS BIENES INCAUTADOS

En el marco de la Constitución Política adoptada en 1991, se cambió el esquema de los estados de excepción, de manera que todas las disposiciones expedidas al amparo del anterior estado de sitio, perderían su vigencia, a menos que su adopción como normatividad permanente fuera expresamente presentada por el Gobierno Nacional a la Comisión Especial Legislativa y esta no la improbara.

De acuerdo con esta disposición transitoria de la Carta, un número significativo de artículos de los distintos decretos proferidos entre 1989 y 1991 fue convertido en legislación permanente, de modo que ellos conformaron, junto con la Ley 30 de 1986, el núcleo del ordenamiento aplicable en materia del régimen de los bienes incautados, al cual hay que adicionar los artículos del Código de Procedimiento Penal que regulan el comiso y la extinción del derecho de dominio de los bienes afectos a los procesos por estos delitos y la Ley 333 de 1996, por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita.

4.1. NORMAS DE EXCEPCION CONVERTIDAS EN LEGISLACION PERMANENTE

De las disposiciones citadas en el capítulo anterior, fueron convertidas en legislación permanente, mediante los Decretos 2271 y 2272 de 1991, las siguientes:

- El artículo 5º del Decreto 2390 de 1989, que determina las entidades beneficiarias de las destinaciones provisionales y definitivas de los bienes que hayan sido materia de ocupación o decomiso¹⁴¹.
- Los artículos 53, 54, 55 y 57 del Decreto 099 de 1991, que modificó los mismos artículos del Decreto 2790 de 1990, referentes a la procedencia y efectos de la aprehensión, incautación u ocupación de los bienes vinculados a los delitos de narcotráfico y conexos, así como el procedimiento para la destinación provisional, el decomiso, la extinción del derecho de dominio y la destinación definitiva de tales bienes¹⁴².

¹⁴¹ Artículo 1º del Decreto Legislativo 2272 de 1991.

¹⁴² Artículo 4º del Decreto Legislativo 2271 de 1991.

- El artículo 56 del Decreto 2790 de 1990, que dispone los derechos y las facultades de los adjudicatarios provisionales o definitivos de los bienes incautados, en el trámite del respectivo proceso penal¹⁴³.
- Los artículos 3º, 4º y 6º del Decreto 042 de 1990, que tratan de las atribuciones de los destinatarios provisionales o depositarios de dinero, divisas, depósitos, derechos, acciones y valores, así como la comparecencia de los terceros para hacer valer sus derechos y la decisión judicial sobre la devolución o destinación definitiva de los bienes¹⁴⁴.
- Los artículos 3º, 11, 12 y 13 del Decreto 494 de 1990 y 1º del Decreto 2894 de 1990, atinentes a la asignación a la Dirección Nacional de Estupefacientes, como órgano encargado de la coordinación, orientación y ejecución de las determinaciones del Consejo Nacional de Estupefacientes, del adelantamiento de los procedimientos

¹⁴³ Artículo 3º del Decreto Legislativo 2271 de 1991.

¹⁴⁴ Artículo 2º del Decreto Legislativo 2272 de 1991.

administrativos relacionados con el inventario y la disposición de los bienes ocupados o decomisados por su vinculación directa o indirecta a los delitos de narcotráfico y conexos¹⁴⁵.

Es de anotar que mediante el Decreto 2159 de 1992, expedido con base en las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, se fusionó la Dirección Nacional de Estupefacientes con el Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Dicho Decreto reiteró las funciones de la Dirección en relación con los bienes incautados, previstas desde el Decreto 494 de 1990, y redistribuyó las competencias internas de las Subdirecciones de Administración de Bienes, Jurídica y Coordinación, para el cumplimiento de las mismas.

Los artículos 21 y 22 de este Decreto, establecen como innovación la integración y funciones del Comité Interno de Destinaciones, el cual se encarga de señalar los criterios generales para la destinación o

¹⁴⁵ Artículos 3º y 7º del Decreto Legislativo 2272 de 1991.

depósito provisional de los bienes incautados y recomendar al Director la asignación de los mismos a alguna de las entidades previstas en las normas que regulan la materia.

- Los artículos 18, 19 y 23 del Decreto 1146 de 1990, atinentes al tratamiento especial para las naves y aeronaves de servicio público marítimo y aéreo¹⁴⁶.

4.2. DISPOSICIONES ESPECIALES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

4.2.1. Comiso

El artículo 67 dispone que los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga una destinación diferente.

¹⁴⁶ Artículo 4º del Decreto Legislativo 2272 de 1991.

Esta última es la situación que se presenta respecto de los bienes, derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos de narcotráfico y conexos, o que provengan de su ejecución, los cuales quedan fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación, hasta que quede ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva, bajo la administración de la Dirección Nacional de Estupefacientes, en los términos establecidos al efecto por la Ley 30 de 1986 y sus normas complementarias, así como por la Ley 333 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

4.2.2. Extinción del Derecho de Dominio

De acuerdo con el artículo 68 del estatuto procesal penal, la extinción del dominio de bienes se regirá por el procedimiento establecido por la ley, es decir, de acuerdo con el régimen jurídico que se ha presentado en los capítulos precedentes de esta investigación, salvo las previsiones especiales contenidas en dicho código.

La única previsión al respecto, se encuentra en el artículo 507, el cual establece que la extinción del derecho de dominio podrá ejecutarse en Colombia por orden de autoridad extranjera competente, en cuyo caso la Fiscalía General de la Nación determinará mediante decisión interlocutoria la procedencia de la medida solicitada, evento en el cual la enviará al juez competente para que decida mediante sentencia.

Este procedimiento guarda correspondencia con el establecido en la Ley 333 de 1996, de manera que la eventualidad contemplada por el código de procedimiento penal no riñe con el ordenamiento vigente en esta materia, máxime si se tiene en cuenta que la misma disposición señala la imposibilidad de desmejorar en cualquier caso las facultades reconocidas por la ley colombiana a quienes resulten afectados con la decisión de extinción de dominio.

4.3. REGIMEN DE LOS BIENES OBJETO DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO

Mediante la Ley 333 de 1996, por la cual se establecen las normas de extinción de dominio de los bienes adquiridos en forma ilícita, se reguló por

parte del legislador el entorno jurídico de la disposición constitucional que establece la declaración de extinción del derecho de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

En el capítulo 2º se hizo una presentación general de esta normatividad y aquí se indicará el contenido de los aspectos atinentes a los bienes que son objeto de las respectivas acciones y en últimas de los pronunciamientos judiciales con los cuales estas concluyen.

4.3.1. Bienes Susceptibles de Extinción del Dominio

El artículo 3º dispuso que los bienes susceptibles de extinción del dominio serían todo derecho o bien mueble o inmueble, con excepción de los derechos personalísimos¹⁴⁷, así como también el producto de los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata la ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades

¹⁴⁷ Esta salvedad, como se verá inmediatamente, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito; cuando se mezclen bienes de procedencia lícita e ilícita, la procedencia de la extinción del dominio opera sólo hasta el monto del provecho ilícito.

Respecto de este artículo, la Corte Constitucional¹⁴⁸ indicó que:

La acción de extinción del dominio no tiene por objeto la imposición de las sanciones privativas de la libertad a quien haya delinquido. La declaración correspondiente es una consecuencia de la comisión de cualquiera de los hechos enunciados, siempre que se pruebe que hay una relación directa o indirecta, entre el ejercicio de las actividades constitucionalmente proscritas y la adquisición del bien. Se trata entonces de una acción real, pues el proceso se inicia y se desarrolla en relación con bienes concretos y determinados, y la sentencia, salvo el caso de los llamados bienes equivalentes (artículo 6), ha de referirse a ellos, especificándolos para declarar -si la acción prospera- que se ha extinguido el dominio que sobre ellos ejercía la persona contra la cual se ha intentado, o sus causahabientes que actuaron de mala fe.

La norma enjuiciada, cobija tanto los bienes muebles e inmuebles, como los frutos, productos y rendimientos de ellos, lo cual parece lógico si se tiene en cuenta el carácter ilegítimo de la propiedad, aunque debe aclararse, como lo hace el legislador, que, si se mezclan bienes de procedencia ilícita con otros que fueron adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá

¹⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997. Op. cit. p. 76-77.

sólo hasta el monto del provecho ilícito, distinción razonable y necesaria, porque el fundamento de la extinción del dominio está en la adquisición, no ajustada a derecho, o contraria a la moral pública, del bien correspondiente. Resultaría opuesto a la seguridad jurídica y altamente lesivo del artículo 6 y del mismo 34 de la Constitución un precepto general e indiscriminado que llevara a aplicar tan grave sanción a una persona sobre la totalidad de su patrimonio sin introducir diferenciación alguna entre los bienes según su origen.

No se encuentra motivo alguno de inconstitucionalidad en esta disposición, salvo en lo relativo a los llamados derechos personalísimos, que merecerían protección si se tratara de derechos ejercidos sobre bienes adquiridos al amparo de la Constitución Política, pero que de ningún modo pueden aspirar a ese amparo bajo los supuestos de la ilicitud inherente al artículo 34, inciso 2º, de la Constitución.

Los artículos 4º y 5º de la Ley 333 de 1996 hacen una distinción entre los bienes materia de extinción de dominio, tomando en consideración si el actual titular de la propiedad los adquirió por acto entre vivos o por causa de muerte, de la siguiente manera:

El artículo 4º dispone que tratándose de bienes transferidos por acto entre vivos, procede la extinción del dominio cuando un tradente los haya adquirido en los casos contemplados en el artículo 2º y los adquirentes hubieren actuado con dolo o culpa grave respecto del conocimiento de las causales allí contempladas.

En los casos en que se hubiere constituido fiducia o encargo fiduciario sobre los bienes respecto de los cuales se pretenda la extinción del dominio, bastará para su procedencia que alguna de las causales señaladas en el artículo 2º sea predicable del encargante o constituyente, sin perjuicio de los derechos de la fiduciaria a su remuneración y de los derechos de beneficiarios y terceros que no hubieren actuado con dolo o culpa grave.

Las disposiciones de esta ley no afectarán los derechos que con arreglo a las leyes civiles se deriven de los negocios jurídicos válidamente celebrados ni los de su invalidez, nulidad, resolución, rescisión e ineficacia para las partes y terceros, ni los inherentes al pago de lo no debido ni al ejercicio de las profesiones liberales.

Según el artículo 5º, también procede la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes hayan sido adquiridos por el causante en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 2º de la ley.

En el evento de haberse efectuado la partición y realizado el pago del impuesto por el adjudicatario, así como la ganancia ocasional si la hubiere, el

Estado deberá devolverlos para que sea procedente la ejecución de la sentencia.

En relación con estas disposiciones, la Corte Constitucional¹⁴⁹ consideró que

(...) en el caso de los bienes adquiridos por acto entre vivos, reviste trascendencia el hecho de si el adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave. Si ocurrió así, lo cual debe ser probado en el curso del proceso, es viable la declaración de extinción del dominio. En caso contrario, no lo es, con lo cual se quiere salvaguardar el derecho de los terceros de buena fe, esto es, el de quienes, aún tratándose de bienes de procedencia ilícita o afectadas por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 34 de la Constitución, los adquirieron ignorando ese estigma, sin intención proterva o torcida, sin haber tomado parte en los actos proscritos por el orden jurídico, sin haber buscado encubrir al delincuente o al corrupto, sin entrar en concierto con él, sin pretender ganancia o provecho contrarios a la ley, y no habiendo incurrido en culpa grave, en los términos descritos por ella. Desde luego, no puede entenderse que tal culpa grave se configure, en una interpretación exagerada y de imposible aplicación, en términos tales que el comprador de un bien se vea obligado a adelantar una investigación exhaustiva acerca de los antecedentes penales de su vendedor y, menos, de quienes a él le vendieron o le transfirieron el dominio. Esa es una responsabilidad de las autoridades públicas competentes.

Por supuesto, si el dolo o la culpa grave han tenido lugar y son debidamente establecidos en cabeza del adquirente, cabe la extinción del dominio, toda vez que el tercero, en esas hipótesis, participa en el proceso ilícito “a sabiendas”, o en virtud de

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 78-79.

imperdonable descuido que constituye culpa grave aunque se haya acudido a la figura jurídica del encargo o la fiducia.

Los cargos que se formulan contra esta norma, por haber desconocido los derechos de los terceros de buena fe, resultan totalmente infundados, para concluir lo cual es suficiente, además de lo dicho, leer su inciso final, a cuyo tenor las disposiciones de la ley no afectan derechos que con arreglo a las leyes civiles se deriven de negocios jurídicos válidamente celebrados.

En cuanto a los bienes adquiridos por causa de muerte, la determinante legal para establecer si procede o no la extinción de dominio no es la conducta del heredero o legatario sino la del causante. Si éste adquirió los bienes en cualquiera de las circunstancias previstas por el artículo 2º de la ley, se extingue el dominio que se había radicado en cabeza de los adquirentes a este título con la advertencia de que el Estado les devolverá los pagos que hubieren efectuado por concepto de impuestos.

No se observa violación alguna de la Constitución por haberse consagrado las indicadas reglas, ya que nadie puede dar de lo que no tiene, y es evidente que el causante, habiéndose probado la ilicitud de su propiedad, no la tenía en realidad y mal podía transferirla a otro u otros al momento de su muerte.

Dando alcance a lo establecido en la Convención de Viena, el artículo 6º de la Ley 333, también impugnado ante el Tribunal Constitucional, previó la declaración de extinción de dominio sobre los bienes equivalentes, en los siguientes términos:

Cuando no resulte posible ubicar, incautar o aprehender otros bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio al momento de

la sentencia, el juez podrá declarar extinguido el dominio sobre un valor equivalente. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Antes de la sentencia de primera instancia no podrá el juez que esté conociendo de la acción de extinción de dominio aprehender, ocupar u ordenar la práctica de medidas cautelares sobre bienes equivalentes.

Algún sector de la doctrina había expresado sus reservas sobre la constitucionalidad de esta norma desde su incorporación en la Convención de Viena, y en tal sentido, SAAVEDRA y DEL OLMO¹⁵⁰ indican que no se observa ningún inconveniente en cuanto la forma de decomiso de los bienes provenientes de cualquiera de los delitos tipificados en el artículo 3, párrafo 1º, pero sí se ve con dificultad en cuanto al de “bienes cuyo valor equivalga al de ese producto”, porque si se entiende la expresión en su literalidad resulta claro que ella hace referencia a bienes que sin derivar de tales delitos tienen un valor similar, lo que se deduce si se recuerda la definición que de “producto” trae la Convención, según la cual se entiende por tal “los bienes

¹⁵⁰ SAAVEDRA R., Edgar y DEL OLMO, Rosa. Op. cit. p 57-58.

obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado”, y en estas condiciones habrían de tomarse como bienes los beneficios de un comercio o industria lícita que haya sido montada con dineros producto del narcotráfico, ya que no existiría ninguna dificultad interpretativa para concluir que dichas utilidades indirectamente son producto de la actividad delictiva, y por tanto su masa puede considerarse como equivalente al beneficio derivado directamente de tales delitos.

En opinión de dichos autores, se presentan dudas y se encuentran dificultades porque la confiscación como expresión punitiva del Estado se encuentra prohibida constitucionalmente en algunos países tales como Colombia, Bolivia y Costa Rica, debiendo establecerse una clara diferenciación entre la pena vedada por canon constitucional, refiriéndose a la confiscación, y el comiso, de reconocida aceptación procesal, porque la primera es una decisión judicial que el Estado toma en perjuicio de una persona al despojarla de todo o parte de su patrimonio, incluyendo bienes que ninguna relación tienen con la actividad delictiva que los originan, por lo cual, en las condiciones anteriores se considera que, al menos en Colombia, en su criterio, mientras subsista el artículo 34 de nuestra Constitución, sería

imposible pensar en el decomiso de bienes equivalentes al producto del delito.

Y aunque los autores citados hacen la salvedad de que pese a las aclaraciones anteriores, de convertirse en típicas las conductas previstas en la Convención de Viena con referencia a los bienes, a su transferencia y lavado, es evidente que muchas formas de pérdida de ellos, que hoy serían imposibles por constituir pena de confiscación, se tornarían perfectamente viables, persisten en manifestar que de todas maneras, aún con la tipificación de dichas conductas, sería imposible el decomiso de las rentas o utilidades obtenidas de negocios lícitos montados con dineros provenientes directa o indirectamente del narcotráfico.

Sobre la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 333, la Corte¹⁵¹ fue clara y contundente en manifestar que dicha norma

No es inconstitucional, como lo afirmaron varios de los demandantes, ya que el legislador ha partido de un supuesto fáctico en la realidad: quien adquirió un bien de manera ilícita buscará muy probablemente deshacerse de él, aprovechando

¹⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997. Op. cit. p 79.

casi siempre la buena fe de otros, y, de todas maneras, si lo consigue, habrá logrado el provecho equivalente, que estará radicado ahora en el dinero o en otros bienes. Sobre éstos o sobre los que los sustituyan dentro de su patrimonio cabe la extinción del dominio para hacer realidad el principio según el cual la sociedad no puede premiar el delito ni la inmoralidad. Establecer lo contrario llevaría a aceptar figuras tan corruptoras y dañinas como el lavado de activos, que no están cobijadas por la protección constitucional de la propiedad.

De nuevo en esta norma quedan protegidos los derechos de los terceros de buena fe, por lo cual, si los bienes equivalentes a los ilícitamente adquiridos se traspasan a otra persona, que ha obrado sin dolo ni culpa grave, respecto de ella no tiene lugar la declaración de extinción del dominio.

En concordancia con el artículo transcrito, la Corte¹⁵² declara exequible el párrafo del artículo 21 de la misma ley, según el cual,

(...) también procederá la extinción del dominio sobre bienes equivalentes en el evento en que el Estado tuviere que reconocer a un tercero el derecho que se hubiere probado en el juicio, respecto del cual se haya establecido limitación, gravamen o desmembración, embargo, registro de demanda, inmovilización o inscripción sobre los bienes materia de proceso. Se trata de un mecanismo enderezado a asegurar para el Estado la recuperación de lo que ha destinado al resarcimiento de los terceros de buena fe.

¹⁵² *Ibidem*, p. 79.

4.3.2. Afectación del Derecho de Propiedad de los Bienes Objeto de la Acción de Extinción de Dominio

Es importante reseñar que el adelantamiento de la acción de extinción del dominio, conforme lo establece el inciso final del artículo 16, no implica la imposibilidad de afectar los bienes que constituyen su objeto con alguna de las medidas establecidas respecto de los mismos en los estatutos penal y procesal penal, tales como decomiso, comiso, incautación, aprehensión, ocupación y demás medidas consagradas por el ordenamiento jurídico en materia de bienes.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 19, para garantizar el resultado del trámite pueden practicarse, desde la presentación de la demanda y a solicitud del demandante, las medidas cautelares necesarias sobre dichos bienes, conforme la regulación prevista en el código de procedimiento civil, aunque, en todo caso, según las voces del artículo 24, la admisión del trámite de la acción implica la suspensión de su poder dispositivo, pues, desde la providencia que ordena el trámite de la extinción, no podrá adquirirse ni transferirse el dominio de los bienes provenientes de actividades ilícitas, ni constituirse derecho alguno, ni celebrarse acto, contrato, o negocio jurídico

alguno respecto de éstos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

En relación con estas disposiciones, conviene recordar que están legitimadas para intentar la extinción de dominio, la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, en relación con cuya legitimación, la Corte Constitucional¹⁵³ señaló que :

Es el legislador el llamado a definir quiénes están legitimados en la causa para iniciar los procesos judiciales, ejerciendo la acción correspondiente, y para establecer si ese ejercicio se provoca por petición de cualquier persona, o de oficio.

...

Si el legislador está obligado a buscar, mediante las normas que profiere, la realización cabal y competente de los postulados y mandatos constitucionales, existiendo la figura de la extinción del dominio como un imperativo de primer orden en la estructura de la Carta Política de 1991, lo menos que podía hacer era radicar en cabeza de unos determinados órganos, la legitimación en causa para presentar las correspondientes demandas, con miras a la iniciación de los procesos que hicieran efectiva la institución.

¹⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-409-97 de agosto 28 de 1997, ponente José Gregorio Hernández Galindo. Publicada en Internet. p. 27-29.

Nada obra en contra de que la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación gocen de las indicadas atribuciones, como demandantes, a nombre del Estado colombiano, ya que la decisión, según lo manda la Carta, estará reservada a los jueces de la república.

Es precisamente ese punto el controvertido por uno de los actores, quien además de formular cargos genéricos contra la integridad de la ley, asegura que la aludida legitimidad en causa vulnera los artículos 34, 58 y 116 de la Constitución, por cuanto las dependencias estatales autorizadas para ejercer la acción -de naturaleza jurisdiccional- no hacen parte de la rama judicial del poder público (...), y agrega que las entidades o autoridades extranjeras u organismos internacionales no pueden cumplir tareas jurisdiccionales dentro del Estado colombiano, sin violar la soberanía nacional, protegida por el artículo 90 de la Constitución Política.

Grave confusión aquella en la que incurre el impugnante, al sostener que quien demanda de la administración de justicia una cierta decisión hace parte de la rama judicial del Estado, o que ejerce funciones de naturaleza jurisdiccional.

Ya se ha visto que la Ley 333 de 1996, acatando lo dispuesto por el artículo 34 de la Constitución, confía a los jueces la tarea de resolver sobre las demandas que se instauren con miras a la extinción del dominio. Quiénes se lo soliciten es algo que compete al legislador contemplar, en ejercicio de sus atribuciones, al fijar precisamente las reglas sobre legitimación en causa. Pretender que quien pide algo a la jurisdicción ejerce función jurisdiccional es un exabrupto.

Tampoco puede sostenerse que las entidades o autoridades extranjeras u organismos de Derecho Internacional, cuando en el marco de los tratados públicos, piden a Colombia que se inicie el proceso de extinción del dominio, estén invadiendo la órbita de soberanía del Estado, ni ejerciendo función judicial. No se olvide que existen convenios internacionales que comprometen a Colombia en la lucha contra el delito,

especialmente el narcotráfico, ni que las entidades y organismos internacionales tienen un interés legítimo en la persecución de gravísimos hechos punibles que afectan a la comunidad internacional; ni se pierda de vista que la legitimación de los patrimonios mal habidos causa desaliento en ese empeño y conspira contra la acción concertada de los Estados y los entes públicos internacionales, perjudicados por delitos que desbordan las fronteras nacionales.

Repárese en que la norma enjuiciada no confía a tales Estados, entidades y organismos atribución jurisdiccional alguna, a no ser que se entienda por tal la solicitud tendiente a la iniciación de procesos.

Debe anotarse que el artículo 149 del Decreto 1122 de 1999, cuya inexecutable por consecuencia se comentó en el Capítulo 2, ampliaba la legitimación para solicitar la extinción del dominio, además de las entidades ya previstas en la Ley 333, a la Policía Nacional y a la Unidad de Información y Análisis Financiero, reiterándoles la facultad de pedir al funcionario judicial competente el decreto y la práctica de medidas cautelares sobre los bienes objeto de la pretensión de extinción, sin perjuicio de su realización oficiosa.

En relación con el artículo 24 de la Ley 333, que trata de la suspensión del poder dispositivo, dice la Corte Constitucional¹⁵⁴ que:

En nada se vulnera la Constitución Política por consagrar la suspensión del poder que tiene todo propietario de disponer de sus bienes. Esa facultad, que hace parte del derecho de dominio, proviene del artículo 669 del Código Civil y, por tanto, es permitido al legislador, en circunstancias tan características como las descritas y existiendo fundados motivos para ello - entre los cuales están la preservación del interés del Estado y la protección, esta vez a modo preventivo, de terceros de buena fe que pudieran resultar afectados-, suspender su pleno ejercicio en razón del trámite que se adelanta.

La exequibilidad de este artículo se declara advirtiendo que el bien afectado queda excluido del comercio sólo una vez se haya practicado la medida cautelar que corresponda, según el Código de Procedimiento Civil.

Sobre este artículo, ESPITIA GARZON¹⁵⁵ indica que:

(...) aunque el art. 21 de la ley establece que la sentencia debe ordenar la cancelación de gravámenes, embargos, inmovilizaciones o inscripciones que recaigan sobre los bienes y su inscripción en el registro correspondiente, resulta imprescindible que hayan intervenido en el proceso los titulares de los derechos reales de goce o garantía, así como quienes aparezcan como acreedores quirografarios que hayan embargado o secuestrado los bienes como garantía de sus créditos, pues el juez debe pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de aquellos.

De considerarse ineficaces o ilícitos los “títulos y derechos invocados”, procederá la cancelación de derechos, gravámenes

¹⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997. Op. cit. p. 81-82.

¹⁵⁵ ESPITIA GARZON, Fabio. Op. cit. p. 94-95.

o medidas cautelares; en caso contrario, la decisión depende de la naturaleza misma de las limitaciones, pues si se trata de un derecho real de goce, el mismo se mantiene independientemente de quien sea el titular del derecho real de dominio; si se trata de un derecho real de garantía o una medida cautelar, “se decretará la venta en pública subasta conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil y con su producto se pagarán las acreencias correspondientes”.

4.3.3. Consecuencias Jurídicas Derivadas de la Declaración de Extinción de Dominio

Respecto de las consecuencias jurídicas de la declaración de extinción de dominio, los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 333 de 1996, disponen lo siguiente:

En la sentencia que declare la extinción del dominio, se ordenará la cancelación de las limitaciones, desmembraciones, gravámenes, embargos e inmovilizaciones e inscripciones que recaigan sobre los bienes y su inscripción en el registro competente sin costo alguno para el Estado.

Cuando los bienes objeto de extinción se encuentren gravados con prenda, hipoteca o recaiga sobre ellos algún otro derecho real accesorio distinto del dominio o medida cautelar de embargo o secuestro decretado por autoridad

competente y debidamente inscrito con fecha anterior al decreto de medida preventiva o de suspensión del poder dispositivo dentro del proceso de extinción, la sentencia se pronunciará respecto de la eficacia o ineficacia, licitud o ilicitud de los títulos o derechos de conformidad con las disposiciones civiles y las establecidas en la Ley 333.

Si la sentencia declara la ilicitud o ineficacia de los títulos y derechos de que trata el inciso anterior, decretará igualmente su extinción y su inscripción en el registro competente sin costo alguno para el Estado. En caso contrario, se decretará la venta en pública subasta conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil y con su producto se pagarán las acreencias correspondientes; los remanentes corresponderán al Estado en los términos de la ley.

Los titulares de los derechos contemplados en esta norma, deberán comparecer al proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley. Quienes tengan legitimación para concurrir al proceso podrán impugnar la eficacia y licitud de los títulos y derechos a que se refiere este precepto.

También procederá la extinción del dominio sobre bienes equivalentes, en el evento de que el Estado tuviere que reconocer a un tercero el derecho que se hubiere probado en el proceso, respecto del cual se haya establecido limitación, gravamen o desmembración, embargo, registro de demanda, inmovilización o inscripción sobre los bienes materia del proceso.

Si la sentencia declara la extinción del dominio de los bienes y estos no estuvieren en poder del Estado, ordenará su entrega definitiva a quien corresponda y, una vez ejecutoriada, comisionará para la diligencia, que se practicará de preferencia por el comisionado dentro de los diez días siguientes a la providencia respectiva.

El Estado podrá perseguir bienes de los que sea titular o beneficiario real la persona contra quien se dictó sentencia de extinción del dominio o sus causahabientes que no sean de buena fe y hasta concurrencia del valor por el cual se decretó la extinción.

Respecto de estas normas, la Corte Constitucional¹⁵⁶ señaló que:

¹⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/97 de octubre 23 de 1997. Op. cit. p. 38-39.

(...) ellas no hacen nada distinto de contemplar las consecuencias jurídicas de la declaración de extinción del dominio, una vez dictada la correspondiente sentencia.

Ejerce así el legislador una función que le es propia, pues las reglas del debido proceso, al tenor del artículo 29 de la Constitución, no sólo deben cobijar los momentos previos a la expedición del fallo, sino que, por razones de seguridad jurídica, han de prever igualmente lo que ocurra a raíz del mismo, los efectos de derecho que él tenga y la manera de concretarlos mediante la aplicación de lo dispuesto en la providencia judicial, así como las facultades de las autoridades judiciales y administrativas con base en una determinada decisión.

En el caso de la extinción del dominio no puede pasar desapercibido el hecho de que, siendo declarativa la sentencia, al quedar en firme ella se producen una serie de efectos patrimoniales que el mismo legislador estaba llamado a regular, tanto en cuanto al derecho de propiedad en sí mismo como en lo atinente a los otros derechos reales, principales o accesorios, necesariamente afectados por la sentencia.

De la misma manera, era función del legislador la de indicar los procedimientos que debe seguir el Estado en lo relativo a la entrega de los bienes cuyo dominio se ha extinguido y que no se hallan en su poder, así como en lo referente a la posibilidad de perseguirlos en tal evento, independientemente de la persona en cuyas manos se encuentren o que sea su beneficiario real, siempre que no se trate de un tercero de buena fe, y hasta concurrencia del valor por el cual se declaró extinguido el dominio.

Las disposiciones examinadas preservan el derecho de la colectividad a la certidumbre sobre lo acontecido con bienes sujetos a la extinción del dominio y no quebrantan las garantías del artículo 29 de la Constitución.

Todas ellas consagran previsiones suficientes para la defensa de los implicados y para la garantía de los terceros, establecen los recursos, señalan términos, propenden una decisión oportuna y sin dilaciones injustificadas, y adoptan las precauciones indispensables en materia civil y en lo relacionado con el registro de instrumentos públicos.

4.3.4. Disposición y Destinación de los Bienes

La ley de extinción del derecho de dominio, estableció los lineamientos básicos sobre la administración de los bienes incautados y su destinación una vez proferida la sentencia de declaración de extinción del dominio, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha Contra el Crimen Organizado.

Así, el artículo 25 de la Ley 333 crea dicho Fondo, como una cuenta especial sin personería jurídica, administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, cuyos recursos provienen de los bienes objeto de extinción del dominio, los cuales, hechas las deducciones para atender las acreencias de terceros de buena fe, ingresan al mismo sin excepción alguna.

Mientras se resuelve la extinción de dominio de los bienes objeto de comiso, decomiso, incautación y demás medidas en procesos penales por delitos de narcotráfico y conexos, así como aquellos con medida provisional decretada en proceso de extinción de dominio, su administración corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Para tal efecto, durante el desarrollo del proceso, la Dirección podrá destinarlos en forma provisional a las entidades oficiales o instituciones de beneficio común legalmente reconocidas, a cuyo cargo correrán los gastos de conservación. La Dirección debe tomar las medidas para garantizar que los bienes objeto de destinación provisional continúen siendo productivos y generadores de empleo, para lo cual podrá recurrir al arrendamiento o fiducia de los bienes.

En caso de que la operación genere utilidades, éstos recursos deberán destinarse a la financiación de los programas sociales de que trata la ley de extinción, con preferencia en la circunscripción territorial en que se encuentren localizados.

Respecto de los bienes fungibles o que amenacen deterioro, desde la providencia que ordena el trámite de extinción de dominio, la Dirección Nacional de Estupefacientes podrá enajenarlos, y en el evento en que se ordene su devolución por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, reconocerá el precio de venta con actualización de su valor, sin perjuicio de las acciones consagradas en la ley¹⁵⁷.

En relación con los demás bienes, si se hace necesario en razón de lo oneroso de su administración y custodia, la ley de extinción de dominio autoriza a la Dirección de Estupefacientes para celebrar contratos de administración con entidades públicas o privadas sometidas a vigilancia estatal.

¹⁵⁷ Esa habilitación legal para proceder a la enajenación de determinada clase de bienes puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes para su administración, pretendió ser ampliada por el artículo 83 del Decreto 266 de 2000, el cual disponía la enajenabilidad en condiciones de mercado, previo avalúo de los mismos, de bienes de género, fungibles o muebles automotores, mediante mecanismos de oferta pública que garantizaran la participación en igualdad de condiciones, con la posibilidad de ofrecer los bienes de manera individual o agrupados de acuerdo con el género o naturaleza de los mismos. Sin embargo, como se indicó en la parte final del Capítulo 2o, el Decreto 266 de 2000 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

El artículo 26 de la Ley 333, dispone el ingreso de los bienes cuyo dominio se declare extinguido, sin excepción alguna, al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, y su asignación por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, de conformidad con los reglamentos, para los siguientes fines:

- a) Financiar programas y proyectos en el área de educación, recreación y deporte. Así mismo los programas que prevengan el consumo de la droga, como los que tiendan a la rehabilitación y la promoción de la cultura de la legalidad.
- b) Financiar programas de desarrollo alternativo para la erradicación de los cultivos ilícitos.
- c) Financiar programas para prevenir, combatir y erradicar la corrupción administrativa en cualquiera de sus manifestaciones.
- d) Financiar programas de reforma agraria y de vivienda de interés social para desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos.

- e) Reembolsar en la hipótesis de que trata esta Ley, los daños causados a los nacionales titulares y terceros de buena fe. Para ello financiará la contratación de seguros que cubran los riesgos por actos terroristas súbitos violentos y los perjuicios en que pueda incurrir la población civil por estos mismos actos, cuando no estén amparados por el Gobierno Nacional mediante pólizas de seguros. Igualmente garantizar mediante contratación de pólizas expedidas por compañías de seguros, la protección de los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar o sobre aquellos que sean objeto de extinción del dominio.
- f) Financiar programas que ejecute el deporte asociado, con el objeto de fomentar, masificar y divulgar la práctica deportiva. Igualmente, apoyar programas recreativos, formativos y social comunitarios.
- g) Financiar la inversión en preparación técnica y tecnológica, en soporte logístico, adquisición de equipos y nueva tecnología, y, en general, en el fortalecimiento de las acciones del Estado en su lucha contra el delito del narcotráfico. Los bienes culturales e históricos serán

asignados a las entidades estatales pertinentes para los efectos consagrados en la legislación sobre la materia.

- h) Financiar programas de rehabilitación, educación, capacitación y microempresa para la población carcelaria.
- i) Financiar programas de reubicación dentro de la frontera agrícola, a colonos asentados en la Amazonía y la Orinoquía Colombiana.
- j) Financiar todos los aspectos atinentes al cumplimiento de las funciones que competen al Consejo Nacional de Política Criminal.
- k) Financiar programas de nutrición a la niñez, de estratos bajos, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- l) Financiar en parte la administración de justicia a través del Consejo Superior de la Judicatura.
- m) Financiar los programas de las mujeres cabeza de familia, menores indigentes y tercera edad.

- n) Financiar el programa de Bibliotecas Públicas para Santa Fe de Bogotá.
- o) Financiar la asignación de recursos al Fondo de Seguridad de la Rama Judicial y del Ministerio Público.
- p) Financiar programas de desarrollo humano sostenible en las regiones de ecosistemas frágiles en los cuales se han realizado cultivos ilícitos.
- q) Los bienes y recursos que se encuentren dentro de la jurisdicción del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y cuya extinción de dominio se haya decretado, conforme a la presente Ley, serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes al Instituto de Tierras del Archipiélago, para el cumplimiento de sus fines, consagrados en la legislación correspondiente.

Mientras se crea el Instituto de Tierras del Archipiélago, el Consejo Nacional de Estupefacientes asignará los bienes a programas de

vivienda de interés social, reforma agraria, obras públicas o para financiar programas de educación en el Archipiélago y promover su cultura.

- r) Financiar programas para la población de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales.
- s) Financiar programas de recreación y cultura de pensionados y la tercera edad.
- t) Implementación de programas de vivienda de interés social.
- u) Financiar programas para erradicar la indigencia en el país.

Las tierras aptas para la producción, que ingresen al Fondo, se adjudicarán a los campesinos e indígenas que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 160 de 1994, confiriendo prioridad a los desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos.

La Corte Constitucional¹⁵⁸ se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 25 y 26 de la Ley 333 de 1996 en la forma en que se indica a continuación:

Bien podía el legislador crear esta cuenta, para el manejo de bienes que ingresan al patrimonio de la Nación y señalar la destinación de tales bienes, con arreglo a la cláusula general de competencia (art. 150 de la C. P.)¹⁵⁹.

Esa facultad del Congreso es inherente a la función que cumple en cuanto, por una parte todo bien que ingrese al Tesoro Público debe ser asignado y administrado con arreglo a la ley, y, por otra, los programas de rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado deben tener origen en la ley y ser desarrollados según sus disposiciones.

El legislador goza de competencia para asignar funciones a la Dirección Nacional de Estupefacientes, una de las cuales puede ser precisamente la de administrar una cuenta especial que, como en este caso, guarde relación con sus funciones, así como al Consejo Nacional de Estupefacientes, que tiene a cargo la fijación de políticas en la materia examinada.

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/97 de octubre 23 de 1997. Op. cit. p. 40-41.

¹⁵⁹ En tal sentido, la Corte Constitucional había manifestado en la sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997, que es natural que sea el Estado el beneficiario inicial de la sentencia que decreta la extinción del dominio, recibiendo física y jurídicamente los bienes respectivos, toda vez que es la sociedad, que él representa, la perjudicada por los actos ilícitos o inmorales que dieron lugar al aumento patrimonial o al enriquecimiento irregular de quien figuraba como propietario; es la organización política, por tanto, la que debe disponer de esos bienes, y la que debe definir, por conducto de la ley, el destino final de los mismos.

En cuanto a las demás disposiciones del artículo 25 de la ley, la Corte¹⁶⁰ señala que:

(...) se limitan a establecer las reglas aplicables de manera provisional a los bienes objeto del proceso, mientras éste se adelanta, así como a contemplar la posibilidad de enajenación de los bienes fungibles o que amenacen deterioro, y ello por razones de prevalencia del interés público y con el objeto de asegurar la función social de la propiedad, impidiendo que en el curso del trámite judicial se genere la práctica inutilidad de los bienes cuya extinción se propone, sobre la base de su origen ilícito.

4.3.5. Funcionamiento del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha Contra el Crimen Organizado

Mediante el Decreto 1461 de 2000, que derogó el Decreto 1458 de 1997, el Gobierno Nacional reglamentó el funcionamiento del Fondo, reiterando su funcionamiento como una cuenta especial, sin personería jurídica, estructura administrativa ni planta de personal, administrada como un sistema separado de cuentas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, con una contabilidad integral y exclusiva del Fondo, con sujeción a las disposiciones contenidas a las disposiciones contenidas en la Ley 333 de 1996 y en ese

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/97 de octubre 23 de 1997.

decreto reglamentario y de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

La dirección y administración del Fondo corresponde al Director Nacional de Estupefacientes, bajo las directrices que establezca el Consejo Nacional de Estupefacientes. Aquel obrará como su representante legal y podrá realizar los actos y operaciones necesarios para el cumplimiento de los fines de la Ley 333 de 1996 y ese decreto reglamentario.

Los recursos del Fondo estarán conformados por:

1. Los bienes y recursos sobre los cuales se declare la extinción del dominio.
2. Los productos de los bienes y recursos objeto de medidas provisionales en procesos de extinción de dominio, los derivados de estos, sus frutos y sus rendimientos, en desarrollo del depósito o

destinación provisional y de los contratos de arrendamiento, administración, fiducia y demás formas de administración.

3. El producto de la enajenación de los bienes y sus rendimientos objeto de comiso, decomiso, incautación y demás medidas en procesos penales por delitos de narcotráfico y conexos, así como aquellos con medida provisional decretada en procesos de extinción de dominio.
4. Los demás recursos que reciba a cualquier título como administradora de bienes incautados.

Las utilidades o beneficios económicos que se generen como resultado de la administración de los bienes y recursos y que deben ingresar al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, deben destinarse a la financiación de los planes, programas, proyectos y demás actividades previstas en la legislación vigente, en la forma que lo establezca el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Los bienes cuya extinción de dominio no haya sido declarada, harán parte de una subcuenta especial del mismo Fondo. Si son enajenados, ingresará el

valor de la venta y en caso de ordenarse la devolución del bien, se reconocerá el precio de la venta con la actualización correspondiente.

En caso de que el Consejo Nacional de Estupefacientes resuelva volver líquidos los bienes extinguidos a favor del Estado, los procedimientos se regirán por las normas sobre contratación administrativa.

Los gastos de administración de los bienes incautados se deducirán de los recursos del Fondo en los términos establecidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

A este último organismo corresponde ejercer en relación con el Fondo, las siguientes funciones:

1. Definir políticas, estrategias y procedimientos generales bajo los cuales debe funcionar el Fondo, para lo cual la Dirección Nacional de Estupefacientes deberá preparar las propuestas de funcionamiento con su respectiva sustentación.

2. Establecer los programas que en concreto se beneficiarán con los recursos del Fondo, de conformidad con lo establecido por la ley.
3. Conocer las cuentas y los balances del Fondo y de ser el caso la ejecución de sus recursos.
4. Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de las funciones del Fondo y proponer al Gobierno Nacional la expedición de las que sean de su competencia.
5. Expedir el reglamento interno del Fondo, señalando de manera especial las disposiciones sobre programación del gasto y de ejecución de los recursos del mismo, conforme a la ley orgánica del presupuesto, para lo cual la Dirección Nacional de Estupefacientes deberá presentar la propuesta con la correspondiente sustentación.
6. Las demás que le asigne la ley y el Gobierno Nacional.

Los asuntos relacionados con el Fondo que sean sometidos a consideración del Consejo Nacional de Estupefacientes deben hacerse constar en actas,

las cuales una vez aprobadas, serán autorizadas con la firma de su Presidente y Secretario.

De otra parte, al Director Nacional de Estupefacientes le competen en relación con el Fondo las siguientes funciones:

1. Realizar las actuaciones que demande su funcionamiento y administración.
2. Dirigir y controlar el recaudo y administración de los recursos financieros en efectivo, títulos valores o cualquier otro documento representativo de dinero, que resulten o se obtengan de la aplicación de la Ley 333 de 1996.
3. Preparar para la consideración del Consejo Nacional de Estupefacientes las alternativas legales de destinación de los bienes extinguidos, que incluya el análisis de conveniencia de la venta de los mismos para volverlos líquidos, y proceder a la destinación de los recursos que se deriven de esta operación para los fines previstos en la legislación vigente del Fondo.

4. Constituir apoderados para la defensa de los intereses del Fondo.
5. Llevar la contabilidad completa del Fondo, con las respectivas subcuentas y elaborar los informes que se deriven de las operaciones del mismo, los balances y demás gestiones necesarias para el control de sus recursos.
6. Reconocer y pagar, con cargo a los recursos del Fondo, el precio de los bienes que hayan sido enajenados, cuando se ordene judicialmente su devolución.
7. Contratar con cargo a los recursos del Fondo los seguros necesarios para garantizar la protección de los bienes objeto de medida cautelar o de extinción del dominio, de posibles riesgos incluidos los ocasionados por actos terroristas, súbitos y violentos, cuando no estén amparados mediante póliza de seguros.

8. Invertir de manera adecuada, segura y confiable los recursos del Fondo y aplicarlos en los programas pertinentes de acuerdo con lo ordenado por el Consejo Nacional de Estupefacientes.
9. Presentar al Consejo Nacional de Estupefacientes sugerencias de programas que se podrían beneficiar de los recursos del Fondo.
10. Hacer seguimiento y evaluar los programas de los beneficiarios de los recursos del Fondo.
11. Rendir al Presidente de la República, al Ministro de Justicia y al Consejo Nacional de Estupefacientes los informes de administración del Fondo, cuando le sean solicitados. En todo caso, por los menos anualmente presentará el balance general de la contabilidad del Fondo.
12. Las demás que le asigne el Consejo Nacional de Estupefacientes o que se relacionen con la administración del Fondo.

Los contratos que celebre el representante legal del Fondo se rigen por las normas previstas en la Ley 80 de 1993 y el control fiscal de sus actos lo ejerce la Contraloría General de la República, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Adicionalmente, con cargo a los recursos del Fondo se podrá contratar una auditoría privada, previa autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Para facilitar el cumplimiento de las funciones asignadas a la Dirección Nacional de Estupefacientes por la Ley 333 de 1996 en relación con la administración de los bienes incautados, se autorizó al Gobierno Nacional para reestructurar la entidad con ese propósito, a lo cual procedió mediante el Decreto 1575 de 1997.

De conformidad con el mismo, la mayor parte de las funciones de administración de los bienes incautados recae sobre la Subdirección de Bienes, así:

- a) Asesorar a la Dirección en la formulación de políticas relacionadas con la administración, custodia y destinación de bienes provenientes del narcotráfico y delitos conexos, según las normas legales vigentes.

- b) Coordinar y controlar los procesos sobre administración provisional de los bienes incautados, como arrendamiento, contratos de fiducia, destinación provisional, según las disposiciones que rigen la materia.
- c) Atender los procesos y demás actos administrativos relacionados con las peticiones de destinación provisional de bienes decomisados, provenientes de las entidades públicas y demás organizaciones sin ánimo de lucro de beneficio común, de conformidad con las políticas que establezca el Director Nacional y el Comité Interno de Destinaciones.
- d) Dirigir la elaboración de los actos administrativos que ordenen la entrega definitiva de bienes, siempre y cuando exista una providencia judicial ejecutoriada que así lo disponga.
- e) Dirigir la elaboración de las resoluciones que autoricen la utilización, destrucción o depósito provisional de precursores químicos, de conformidad con lo acordado en el Comité Interno de Destinaciones y las políticas trazadas por la institución.

- f) Dirigir la elaboración y actualización de los inventarios de los bienes ocupados y/o decomisados por vinculación a los delitos de narcotráfico y conexos y puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes.
- g) Velar por el estado y conservación de los bienes incautados y puestos a disposición de la Dirección Nacional, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en las normas legales vigentes.
- h) Coordinar con los Organismos de Seguridad del Estado, las acciones conducentes a la custodia de los bienes, hasta tanto se efectúe la destinación provisional por parte de la Dirección Nacional.
- i) Impartir las instrucciones pertinentes a los organismos de seguridad del Estado sobre elaboración de actas para la entrega de los bienes destinados de conformidad con las normas legales vigentes.
- j) Mantener permanente contacto con las entidades judiciales que se encuentren conociendo de los procesos penales correspondientes a los

bienes ocupados o decomisados y prestarles la colaboración que se encuentre a su alcance en relación con el cumplimiento de las providencias que se refieran a la situación de tales bienes.

- k) Dirigir la elaboración y ejecución de los planes, programas y proyectos de la dependencia.

Las restantes funciones competen a la Subdirección Jurídica, las cuales corresponden a la actividad general de la dependencia o aluden específicamente a los bienes incautados, según se desprende de su enunciación:

- a) Representar jurídicamente a la entidad en los procesos que se instauren en su contra o que ésta deba promover mediante poder que le otorgue el Jefe del Organismo y mantenerlo informado sobre el desarrollo de los mismos.
- b) Sustentar jurídicamente las decisiones que le competa adoptar al Consejo Nacional de Estupefacientes y al Director.

- c) Elaborar los contratos de arrendamiento, fiducia, compraventa de los bienes sobre los cuales ejerza la acción de extinción del dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 333 de 1996.
- d) Dirigir las investigaciones necesarias dentro del campo de su especialidad, ejerciendo funciones de Policía Judicial de índole netamente administrativa y encaminadas a los fines de la preparación y trámite de las acciones de extinción del dominio.
- e) Contestar las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa que se presenten en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su contra.
- f) Adelantar las audiencias de conciliación que se presenten dentro de los procesos contencioso administrativos, con el objeto de defender los intereses económicos de la Nación, referente a las actuaciones que adelanta la Dirección Nacional de Estupefacientes.

- g) Interponer y sustentar los recursos de apelación dentro de los procesos contencioso administrativos ante el Consejo de Estado, respecto de las sentencias favorables o desfavorables a la Dirección.
- h) Preparar las demandas y adelantar los procesos relacionados con la extinción del dominio de conformidad con los acuerdos interinstitucionales.
- i) Participar en las diligencias de secuestro, embargo, remate y demás situaciones procesales que se presenten dentro de la ejecución de la Ley 333 de 1996.
- j) Tramitar y recibir los productos de los procesos que se adelanten en virtud de la sentencia de extinción para ser destinados al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha Contra el Crimen Organizado.
- k) Intervenir como parte o en calidad de tercero en defensa de los intereses del Consejo Nacional de Estupefacientes o de la Dirección en los procesos adelantados por autoridades administrativas o judiciales

en virtud de la instauración de todo tipo de acciones o recursos que versen sobre bienes que hayan sido puestos a disposición de la Entidad.

Así mismo, se mantuvo el Comité Interno de Destinaciones, como órgano asesor de la Dirección, para el desarrollo de las funciones que ya la ley le había asignado, pero cuya conformación se defiere al Director Nacional mediante resolución interna.

5. ADMINISTRACION DE LOS BIENES INCAUTADOS¹⁶¹

El artículo 24 de la Ley 333 de 1996 dispone que desde la providencia que ordena el trámite de la extinción, no puede adquirirse ni transferirse el derecho de dominio de los bienes provenientes de actividades ilícitas, ni constituirse derecho alguno, ni celebrarse acto, contrato o negocio jurídico alguno respecto de éstos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, y, a su turno, el artículo 25 siguiente establece que la Dirección Nacional de Estupefacientes debe garantizar que los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar continúen siendo productivos y generadores de empleo, para lo cual la ley la faculta para destinarlos provisionalmente, celebrar sobre ellos contratos de arrendamiento y fiducia, y, en ciertos casos, recurrir a los contratos de venta y administración.

Por ello, de acuerdo con una interpretación armónica de las dos disposiciones, debe decirse que la restricción impuesta en el artículo 24, opera únicamente en relación con el propietario, poseedor o tenedor de los bienes ocupados o decomisados contra los cuales se ha ejercido la acción

¹⁶¹ Para la elaboración del presente capítulo fueron de suma utilidad los conceptos expuestos sobre el tema por parte del Dr. Jorge Enrique Ibáñez Nájar como Asesor Externo de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

real, y no cobija a la autoridad administrativa a cuyo cargo queda su administración a partir del momento de la incautación.

Así, de conformidad con los artículos 1º y 2º del Decreto 1461 de 2000, la Dirección Nacional de Estupefacientes administrará los bienes puestos a su disposición por ser sujeto de medidas cautelares en procesos por delitos de narcotráfico y conexos o en procesos de extinción de dominio, de acuerdo con los sistemas establecidos en la ley y ejercerá el seguimiento, evaluación y control y tomará las medidas correctivas a que haya lugar para procurar su debida administración.

En ejercicio de dicha función le corresponde:

- Ejercer los actos necesarios para la correcta disposición, mantenimiento y conservación de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, uso y destino, procurando mantener su productividad y calidad de generadores de empleo.
 - Asegurar los bienes administrados.
-

- Realizar las gestiones necesarias con las autoridades pertinentes, para el pago de impuestos sobre los bienes objeto de administración.
- Realizar inspecciones oculares a los bienes administrados.
- Actualizar, por lo menos cada tres meses, los inventarios y avalúos de los bienes, relacionándolos por categorías, situación jurídica y estado físico, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 306 de 1998. Para este efecto, la DNE diseñará y aplicará una metodología de actualización del valor de los bienes teniendo en cuenta la depreciación.
- Efectuar las provisiones necesarias en una Subcuenta del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, para el evento en que se ordene la devolución de los bienes.
- Ordenar la destrucción de insumos, sustancias precursoras y elementos para el procesamiento de cocaína u otras drogas que

produzcan dependencia si implican grave peligro para la salubridad y la seguridad públicas.

Teniendo en cuenta el marco legal y reglamentario existente, las actuaciones sobre los bienes incautados pueden agruparse para su estudio y análisis en las siguientes categorías: conformación del inventario, sistemas de administración, casos especiales de administración, readjudicaciones, devolución de bienes y destinación definitiva. En ese mismo orden se expondrán a continuación.

5.1. CONFORMACION DEL INVENTARIO

El Decreto 2159 de 1992, le impuso a la Dirección Nacional de Estupeficientes la obligación de elaborar y mantener actualizado el inventario de los bienes ocupados o decomisados por su vinculación a los delitos de narcotráfico y conexos, distribuyendo las actividades atinentes a ellas entre las Subdirecciones de Bienes y Coordinación.

Con la expedición de la Ley 333 de 1996, al reestructurarse la Dirección Nacional para facilitar el cumplimiento de las funciones que se le asignaron

en ella, el Decreto 1575 de 1997 concentró en la Subdirección de Bienes todas las obligaciones institucionales relativas a la administración de los bienes incautados, como se indicó en el capítulo anterior, dentro de las cuales se incluye la de dirigir la elaboración y actualización de los inventarios de los bienes ocupados y/o decomisados por la vinculación a las conductas reseñadas y puestos a disposición de la Dirección.

No obstante, la primera obligación que surge en relación con los bienes ocupados o decomisados, antes del cumplimiento por parte de las autoridades incautadoras de la exigencia legal de ponerlos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, conforme lo establece el Decreto 306 de 1998, reglamentario de las leyes 30 de 1986 y 333 de 1996, es la de levantar en la diligencia de incautación de los bienes de que tratan estas normas, un inventario que contenga:

- a) Identificación, ubicación y extensión del bien.
- b) Estado del bien.
- c) Uso actual del bien.

- d) Mejoras y bienes muebles vinculados a éste y su descripción específica.

Una vez la entidad incautadora ponga a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes el bien incautado, deben adelantarse las siguientes actuaciones administrativas:

- a) Constituir la hoja única de control del bien, con indicación de su situación fiscal, jurídica -aportando copia del folio de matrícula inmobiliaria o del documento de registro- y obligacional frente a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- b) Incluir el bien en el inventario, con indicación de su ubicación geográfica, tipología, descripción y fecha de recepción por la Dirección, datos de la destinación provisional, condiciones de tenencia por parte del destinatario y estado de los impuestos al momento de recibir el bien de la entidad incautadora y al momento de entregarlo al destinatario provisional.

Para la obtención de la información correspondiente, la Dirección Nacional de Estupefacientes puede realizar convenios con las autoridades fiscales y de registro de todo el país, teniendo en todo caso la obligación de entregar bimestralmente al Consejo Nacional de Estupefacientes el inventario debidamente actualizado.

Para proceder a la adopción de cualquier decisión administrativa sobre los bienes, es imperativo el cumplimiento de los requisitos que el Decreto 306 exige respecto de la conformación de su inventario.

5.2. SISTEMAS DE ADMINISTRACION

De conformidad con el artículo 3º del Decreto 1461 de 2000, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe observar preferentemente el siguiente orden de los sistemas de administración: enajenación de bienes fungibles o que amenacen deterioro¹⁶²; celebración de contratos de arrendamiento, administración y fiducia; destinación provisional a entidades oficiales o

¹⁶² El Decreto inicialmente hablaba también de bienes de género, automotores y los demás que determinara el Consejo Nacional de Estupefacientes. No obstante, con la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 266 de 2000, la enajenación quedó circunscrita a los bienes previstos en la ley de extinción del dominio.

instituciones de beneficio común legalmente reconocidas; entrega en depósito a quien tenga un derecho lícito legalmente demostrado sobre el bien.

5.2.1. Enajenación

De acuerdo con la ley de extinción de dominio, la celebración de este contrato únicamente es procedente cuando se trate de bienes fungibles o que amenacen deterioro, y con ella se busca evitar que la Dirección incurra en costos por administración o quede expuesta a demandas por perjuicios.

En el caso de los bienes fungibles, su pronta enajenación evita que la entidad responsable de su guarda y custodia, incurra en costos de administración y, en cambio, su producto ingresa al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, y, respecto de los bienes que amenacen deterioro, su venta enerva el riesgo de la responsabilidad patrimonial por su desaparición estando a su disposición, en el evento de una decisión judicial que ordene su devolución.

En todo caso, la Ley 333 de 1996 establece que en los eventos de enajenación de los bienes, cuando se ordene judicialmente su restitución a los propietarios, el Fondo debe reconocerles el precio de la venta con actualización de su valor, sin perjuicio de las acciones consagradas en el ordenamiento jurídico.

El Decreto 1461 de 2000 señala como susceptibles de enajenación aquellos bienes que aún no tienen definida su situación jurídica y que sean bienes de género, fungibles, que amenacen deterioro, de consumo, muebles automotores, sustancias e insumos utilizados para el procesamiento de cocaína u otra droga que produzca dependencia y todos aquellos que en adición a los anteriores determine el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Sin embargo, con la declaratoria de inexecutable del Decreto 266 de 2000, que amplió el espectro de los tipos de bienes que podían ser enajenados frente a los contemplados por la ley de extinción del dominio, solamente es procedente la enajenación en relación con aquellos expresamente previstos en el parágrafo 2º del artículo 25 de la Ley 333 de 1996, es decir, bienes fungibles y aquellos que amenacen deterioro.

La enajenación de los bienes puede ser realizada directamente por la Dirección Nacional de Estupefacientes o a través de terceros contratados para el efecto, mediante remate en pública subasta, oferta al público a través de convocatoria general o especial y recibo de propuestas en sobre cerrado y con garantía de seriedad de las mismas, venta al público a precios fijos o venta directa. Los recursos provenientes de la enajenación deben ingresar, sin excepción, al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado.

Mediante remate en pública subasta se venderán bienes diversos agrupados en lotes por medio del sistema de pague y lleve, siempre que la naturaleza del bien así lo permita o no se determine un sistema de pago y entrega diferente por la Dirección Nacional de Estupefacientes, o a través de un martillo con el cual se haya suscrito contrato o convenio; en el proyecto de venta, deben incluirse, de ser posible, dos alternativas de martillo. El proceso de remate estará vigilado por el Comité de Contratación y Compras de la DNE o quien haga sus veces y un delegado del martillo, si fuere el caso, evento en el cual, la comisión respectiva se deducirá del producto de la venta de los bienes.

El mecanismo de oferta al público por convocatoria general o especial se llevará a cabo mediante invitación a las personas naturales o jurídicas a través de avisos publicitarios para que presenten ofertas por los bienes que sean de su interés, las cuales deben ser garantizadas con una póliza de seriedad por el 30 % del valor del precio de venta base.

A través de la venta al público a precios fijos se vende por el sistema de pago inmediato y hay lugar a acudir a él en los siguientes eventos:

- a) Cuando las características y el estado de los bienes permiten que puedan venderse en forma detallada o en pequeños lotes.
- b) Cuando existan altos volúmenes de bienes con posibilidades de demanda del público en general y que respondan a temporadas de alto consumo.
- c) Cuando los bienes sean de uso restringido o se encuentren sujetos a control, es decir, sólo puedan ser adquiridos por público autorizado.

- d) Cuando se trate de bienes de personas de las cuales se tengan indicios de atentados o sabotajes contra la seguridad de funcionarios o de los propios bienes, en cuyo caso sólo se ofrecerán a público restringido.

Por último, puede acudirse a la venta directa respecto de cualquier tipo de bien –debe entenderse bien fungible o que amenace deterioro- cuando exista solicitud de compra por parte de las entidades señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 o expresamente estas hayan aceptado una oferta de venta directa presentada previamente por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Igualmente, es procedente la utilización de esta modalidad en relación con comerciantes, agremiaciones o asociaciones, cuya calidad deberá acreditarse a través de los medios señalados en la ley, cuando se trate de bienes con un mercado específico, sean bienes perecederos o que tengan un mercado restringido en virtud de norma legal, o sean sustancias o insumos utilizados para el procesamiento de cocaína u otra droga que produzca dependencia o cuando no haya sido posible la venta por otra modalidad debido a que no se presentaron ofertas por lotes.

En esta modalidad no se requieren avisos publicitarios y la existencia de los bienes disponibles para la venta se dará a conocer a los posibles compradores por medio de una comunicación. El ofrecimiento de los bienes debe hacerse por los menos a tres posibles compradores cuando el mercado de demanda así lo permita.

En todo caso, en el proceso de enajenación de los bienes incautados bajo cualquiera de las modalidades señaladas, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe observar los principios de transparencia, celeridad, eficacia, productividad, economía y moralidad descritos en las leyes 80 de 1993 (estatuto de contratación administrativa) y 489 de 1998 (normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional). Además, los costos que implique para la mencionada entidad la enajenación de tales bienes, serán deducidos del producto de la venta.

Aunque los procedimientos para la enajenación son los del derecho privado, el Decreto 1461 de 2000 establece las siguientes reglas al respecto:

- a) Viabilidad de la venta por lotes de bienes, para cuya determinación se tendrán en cuenta las posibilidades de demanda en el mercado local, la cantidad, descripción, estado y homogeneidad de los productos y la conveniencia para su venta empleando esta modalidad. En el caso de vehículos, aeronaves, motocicletas, motonaves o bienes que por sus características permitan la venta individual, se ofrecerán como lotes independientes.
- b) Determinación del precio de venta o avalúo en forma previa, con base en un estudio de mercado¹⁶³, en el estado y condiciones especiales del bien y en los impuestos a que está sujeto. En todo caso, la base para cualquier modalidad de venta no puede ser inferior al 60 % del precio del mercado fijado por el funcionario competente; si se declara desierto el procedimiento de venta, se determinará un nuevo precio para el bien.

¹⁶³ El estudio de mercado debe indicar las fuentes consultadas, tales como cotizaciones, revistas especializadas, consultas telefónicas etc.; la sustentación de los descuentos aplicados; el cuadro resumen del estudio de precios y las demás gestiones realizadas para la identificación del valor del bien.

- c) Elaboración de un documento guía para la enajenación, contentivo de la siguiente información: descripción general de los bienes; ingreso y lugar de depósito; inspección física y aptitud para el uso o consumo humano; situación jurídica, de pago de impuestos y servicios públicos; estudio de precios; modalidad de venta; certificados pertinentes.
- d) Publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, con una anticipación no inferior a tres días a la exhibición de los bienes, con indicación de los plazos y las condiciones de venta, así como de la descripción de los bienes y las características esenciales de la enajenación; el costo de la publicación se descontará del producido del bien o del valor de la venta. Para los bienes de uso restringido o sujetos a control, bastará la invitación a los posibles compradores autorizados.
- e) Elaboración del pliego de condiciones, con indicación de todos los aspectos inherentes a la venta, tales como garantía de seriedad de la oferta, entrega de los bienes, modalidad, marco legal, número del lote, descripción de los bienes, cantidad y precio, requisitos que deben cumplir las ofertas, incluyendo siempre el certificado de antecedentes

penales y de policía y, si es extranjero, se solicitará certificado a la Interpol.

- f) Exhibición de los lotes o, en caso de no ser posible o de resultar costoso, de una muestra representativa de cada uno. La diligencia será atendida por un funcionario de la Subdirección de Bienes o por quien se delegue, de la cual se levantará un informe que hará parte de los documentos del proceso de enajenación.
- g) Realización del pago a través de los medios de pago comercialmente aceptados, preferiblemente de contado, dentro de los tres días hábiles siguientes a la publicación del listado de adjudicatarios, de acuerdo con la forma de pago estipulada en los pliegos de condiciones. En el evento de aceptación de crédito, el anticipo no puede ser inferior al cincuenta por ciento (50 %) del valor total del bien y la cancelación del saldo es requisito para su entrega.
- h) Entrega del bien una vez verificado el pago y en el estado y sitio en que se encuentre, sin que se entienda incorporada la obligación de

proveer el mantenimiento y sin lugar a ningún tipo de responsabilidad por vicios ocultos, autenticidad o características del mismo.

- i) Expedición de los documentos pertinentes –actas, facturas, resoluciones y contratos- como títulos de propiedad de los bienes enajenados. En todo caso, siempre debe expedirse una factura por la venta, con el cumplimiento de los requisitos estipulados en el estatuto tributario, sin perjuicio de los requisitos adicionales para el perfeccionamiento de los contratos de compraventa de aeronaves y embarcaciones sujetas a registro, eventos en los cuales el Director Nacional de Estupefacientes actuará como vendedor para todos los efectos legales.

5.2.2. Contratación

La Ley 333 de 1996 faculta a la Dirección Nacional de Estupefacientes para celebrar contratos de arrendamiento, administración y fiducia sobre aquellos bienes cuya administración y custodia resulte onerosa para la entidad o que puedan ser productivos o generadores de empleo, disposición que es reiterada por el artículo 12 del Decreto 1461 de 2000.

De conformidad con el artículo 13 de este último, para la selección del contratista y la celebración del contrato en cada caso, deben seguirse los principios contemplados en el estatuto de contratación administrativa y regirse por las disposiciones civiles y mercantiles correspondientes.

En particular, la escogencia del contratista debe estar precedida de la publicación de un aviso de invitación pública y la adjudicación debe decidirse con al menos tres propuestas. No obstante, si no se presenta sino un solo oferente y la propuesta es elegible, se podrá adjudicar el contrato, dejando constancia de este hecho en el acta respectiva.

Los arrendatarios, administradores y fideicomitentes de los bienes incautados tienen todos los derechos, atribuciones y facultades y están sujetos a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades que para los arrendatarios, administradores y fideicomitentes establecen las leyes civiles y comerciales.

5.2.2.1. Arrendamiento

Desde la vigencia de la Ley 30 de 1986 y sus normas complementarias, la Dirección Nacional de Estupefacientes ha estado facultada para arrendar los bienes que le hayan sido puestos a su disposición por su vinculación a los delitos de narcotráfico y conexos, atribución que también fue conferida por la Ley 333 de 1996, en relación con los bienes que sean objeto de la acción de extinción de dominio y que también se encuentren a su disposición.

Para el caso del contrato de arrendamiento, en el ordenamiento jurídico colombiano, la falta de titularidad sobre el bien por parte del arrendador no impide su celebración, como quiera que el artículo 1974 del Código Civil permite arrendar bienes ajenos, preservando los derechos del arrendatario de buena fe, al habilitarlo para demandar del arrendador el saneamiento en caso de evicción, lo cual acontecería en el evento de no decretarse la extinción y disponerse la restitución y entrega al propietario.

Si la Dirección Nacional de Estupefacientes desea acudir a este mecanismo de administración de los bienes incautados, es menester que los contratos se celebren por un término precario y acordar con el arrendatario, como causal

de terminación anticipada, la decisión judicial de extinción del dominio o restitución a su titular.

Esta fórmula contractual, si bien confiere un margen razonable de seguridad jurídica a la Dirección y la preserva de eventuales demandas con pretensiones indemnizatorias, entraña una dificultad para el arrendamiento de los establecimientos de comercio, cuya productividad y capacidad de generación de empleo, como unidades de explotación económica, patrocina la misma ley, porque la incertidumbre en cuanto al término de duración, entraba el ejercicio eficiente de la explotación de esa actividad mercantil.

5.2.2.2. Administración

La Ley 333 de 1996 prevé que cuando la administración y custodia de los bienes incautados puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes le resulte a ésta onerosa, ella puede celebrar contratos de administración con entidades públicas o privadas sometidas a vigilancia estatal, lo cual descarta la suscripción de este tipo de contratos con personas naturales.

El contrato de administración puede configurarse a través de un mandato o de un encargo fiduciario, en cuyo caso solamente puede celebrarse con una sociedad fiduciaria. Para esta modalidad, el legislador no solamente busca liberar de la onerosidad de la administración a la entidad estatal, sino que pretende mantener la productividad de los mismos y la generación de empleo.

En todo caso, bajo cualquiera de las dos alternativas, el contratista recibe los bienes en administración y lleva a cabo su gestión en nombre y por cuenta de la Dirección Nacional de Estupefacientes, de manera que la responsabilidad de la administración sigue recayendo en esta, lo cual implica que no se libera totalmente de la carga legal que supone la conservación y custodia de los bienes afectos a este tipo de contratos.

El artículo 1º de la Resolución 002 de 1997 del Consejo Nacional de Estupefacientes, contempla un caso especial de administración, al señalar que la Dirección podrá celebrar contratos de consignación para administración de inmuebles urbanos y rurales, con entidades de carácter privado cuyo objeto social sea el desarrollo de la actividad inmobiliaria y estén sometidas a vigilancia estatal, para cuya selección, que estará a cargo

del Comité de Contratación y Compras de la Dirección, deben seguirse los procedimientos establecidos por el estatuto de contratación administrativa.

5.2.2.3. Fiducia

La Ley 333 de 1996 atribuye a la Dirección Nacional de Estupefacientes la facultad de celebrar contratos de fiducia, cuyo objeto lo constituyan los bienes incautados puestos a su disposición, sin especificar si ella ha de ser pública o mercantil, lo cual haría suponer que le es viable la suscripción de estos acuerdos bajo cualquiera de las dos modalidades.

La fiducia pública, regulada en la Ley 80 de 1993 y cuyas características distintivas de la fiducia mercantil fueron precisadas por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-086 del 1º de marzo de 1995, contiene dos elementos esenciales que, por la condición de los bienes sobre los cuales ella recaería, hacen imposible jurídicamente acudir a esta figura.

En efecto, en primer lugar, en esta modalidad especial de fiducia, la entidad pública entrega en administración a la sociedad fiduciaria bienes o recursos públicos en su beneficio, y resulta claro que la titularidad de los bienes

incautados sigue siendo de los propietarios particulares hasta que se declare judicialmente la extinción del dominio, momento en el cual dichos bienes ingresan al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, por lo cual los bienes que se transferirían no son públicos.

En segundo lugar, la fiducia pública debe celebrarse únicamente para objetos y plazos precisamente determinados, aspecto último que no puede darse frente a la administración fiduciaria de estos bienes, pues ella siempre está sujeta a una condición resolutoria, cual es la decisión judicial ya sea de restituirlos a sus titulares o de declarar la extinción del dominio en favor del Estado, y en ambos casos los bienes salen de la esfera de disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

En relación con la fiducia mercantil, la viabilidad para su celebración emana de la atribución genérica dada por el legislador a la Dirección para efectuar este tipo de contratos, teniendo en cuenta que para la fecha de expedición de la Ley 333 de 1996, ya se había proferido la sentencia de la Corte Constitucional, mencionada anteriormente, en la cual reconoce para las entidades públicas esta posibilidad.

En este contrato, al regirse por las disposiciones del Código de Comercio, la inquietud que se presenta atañe a la transferencia del derecho de dominio de bienes que no son de propiedad del fideicomitente, ya que podría considerarse que la falta de titularidad sobre ellos impediría a la Dirección Nacional de Estupefacientes transferir su dominio, lo cual significaría que tampoco sería viable jurídicamente la celebración de la fiducia mercantil.

Empero, una interpretación que permita una efectiva utilización de esta atribución legal, parte del supuesto de la facultad dispositiva sobre los bienes concernida a la celebración de la fiducia, es decir, que si la Dirección está facultada legalmente para llevar a cabo este tipo de contrato, también lo está para transferir el dominio de los bienes y permitir la constitución del patrimonio autónomo, con la aptitud para recobrarlos a la finalización del mismo.

Aunque esta posición posibilita la celebración de la fiducia mercantil, en otras instancias judiciales y de control, tales como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según concepto del 4 de marzo de 1998, no se acepta la posibilidad de que las entidades públicas lleven a cabo esta

modalidad contractual, lo cual entraña un riesgo jurídico que hace aconsejable no acudir a ella hasta tanto exista uniformidad en torno a su tratamiento.

5.2.3. Destinación Provisional

Una de las alternativas de que dispone la Dirección Nacional de Estupefacientes para la administración de los bienes incautados es su destinación provisional mediante resolución motivada a entidades oficiales o a instituciones de beneficio común legalmente reconocidas, para lo cual debe cumplir con el procedimiento establecido en los Decretos 306 de 1998 y 1461 de 2000, cuyas características se indican a continuación, salvo que se trate de bienes que por disposición legal tengan destinación específica, cuyos casos se examinarán más adelante en este mismo acápite.

En el caso de las entidades de beneficio común legalmente reconocidas, la destinación provisional solamente procede respecto de aquellas que tengan por lo menos cinco años de trayectoria y que sus programas sean de público reconocimiento por parte de la comunidad beneficiaria, el cual debe ser

constatado por los medios idóneos que establezca el Director Nacional de Estupefacientes.

Para que la Dirección Nacional de Estupefacientes pueda ser destinataria provisional, se requiere previo concepto favorable del Consejo Nacional de Estupefacientes.

5.2.3.1. Procedimiento

5.2.3.1.1. Divulgación

Los numerales 1º del artículo 3º del Decreto 306 y 1º del artículo 17 del Decreto 1461 disponen que la Dirección Nacional de Estupefacientes debe efectuar la divulgación de los bienes que tiene para destinar, fijando un plazo no superior a cinco días para recibir las solicitudes de los interesados en su asignación.

Para la aplicación de lo establecido en este numeral, debe tenerse en cuenta lo señalado en el numeral siguiente, en cuya virtud, la presentación de las solicitudes de los interesados debe hacerse dentro del plazo establecido para

cada bien, lo cual implica que la divulgación se haga para cada uno de los bienes que se pretenda destinar provisionalmente, sin que la norma haya indicado en forma expresa la posibilidad de agruparlos, como sí lo hacía el inciso 2º del artículo 153 del Decreto 1122 de 1999, declarado inexecutable, para el caso de la enajenación en condiciones de mercado de bienes de género, fungibles o muebles automotores.

De otra parte, la reglamentación tampoco previó el mecanismo para llevar a cabo la divulgación, sin que dicho vacío pueda ser llenado internamente por la Dirección Nacional, pues carece de competencia para ello, por lo cual, mientras no se adicione el decreto reglamentario, la interpretación de la disposición se debe hacer de tal manera que con su alcance se garantice la observancia de los principios de transparencia, selección objetiva y publicidad, efectuando una invitación a la cual tengan acceso todos los eventuales interesados en todo el país, como podría ser la difusión de la convocatoria en un periódico de amplia circulación nacional o a través de los medios de comunicación radiotelevisados con cobertura en todo el territorio del país.

Si al vencimiento del plazo previsto para el efecto, no se reciben solicitudes por parte de las entidades oficiales o las instituciones de beneficio común

legalmente reconocidas, debe procederse a la repetición del trámite hasta lograr efectuar la destinación provisional.

5.2.3.1.2. Presentación de Solicitudes

De conformidad con los numerales 2º del artículo 3º del Decreto 306 de 1998 y 2º del artículo 17 del Decreto 1461 de 2000, los interesados en la destinación provisional de los bienes incautados puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, que no pueden ser otros distintos de las entidades oficiales y las instituciones de beneficio común legalmente reconocidas, deben presentar sus solicitudes dentro del plazo establecido para cada bien, identificándolo con la correspondiente justificación y una oferta de utilización del mismo, que deberá estar contenida en sobre cerrado.

De acuerdo con el artículo 14 del Decreto 1461 de 2000, si el solicitante es una institución de beneficio común legalmente reconocida, con la solicitud debe presentarse el programa o programas para los cuales se requieren los bienes solicitados y en lo posible la población beneficiaria.

El Decreto 233 de 1998, expedido con el mismo propósito que el Decreto 306, que luego fuera derogado por éste, establecía como parte de la solicitud la presentación de una oferta económica mensual. Sin embargo, dada la naturaleza de los potenciales destinatarios y teniendo en cuenta sus limitaciones económicas y presupuestales, la reglamentación vigente sustituyó ese requerimiento por el de una oferta de utilización del bien, que permite ampliar la propuesta de pago de una suma mensual a la de ahorro que generaría el bien destinado al presupuesto de la entidad o institución interesada.

Ahora bien, cuando las solicitudes provengan de instituciones de utilidad común legalmente reconocidas, deben anexar una lista de los fundadores e integrantes del órgano de dirección de la respectiva institución, con el fin de que la Dirección Nacional de Estupefacientes solicite por cada una de las personas relacionadas, el certificado de antecedentes judiciales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, sin perjuicio de que sea anexado directamente por los interesados a la solicitud.

5.2.3.1.3. Evaluación y Asignación

Según los numerales 3º del artículo 3º del Decreto 306 y 3º del artículo 17 del Decreto 1461, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo para recibir solicitudes, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe destinar provisionalmente los bienes a quien presente la mejor propuesta, previo concepto del Comité Interno de Destinaciones. Aquí también se produjo una modificación a lo que preveía el Decreto 233 de 1998, que disponía un plazo de cinco días para la destinación y establecía la procedencia de la misma a quien presentara la mejor propuesta económica.

Frente a la disposición que establece la obligatoriedad de la destinación a quien presente la mejor propuesta, se encuentra el señalamiento normativo contenido en el párrafo 1º del artículo 25 de la Ley 333 de 1996, de facultar a la Dirección de Estupefacientes para efectuar la destinación provisional de los bienes incautados, de manera que aquello que en la ley es potestativo, en su decreto reglamentario se torna en imperativo.

Así, la decisión que en la ley es discrecional, el decreto la convierte en reglada, pues la misma debe adoptarse obligatoriamente a favor de quien

presente la mejor propuesta. Si bien la norma puede parecer legítima en términos de garantizar la aplicación de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva, no establece ninguna regla para determinar qué se entiende como “la mejor propuesta”, y lo que puede resultar más grave, despoja al Estado de la posibilidad de analizar las condiciones subjetivas de los solicitantes.

En efecto, al no existir definición legal ni reglamentaria del concepto de mejor propuesta y teniendo en cuenta que la propia ley establece como finalidades de la destinación provisional garantizar la productividad y la generación de empleo de los bienes, y trasladar al destinatario los gastos de conservación y custodia de los mismos, al disponer el decreto reglamentario como único elemento de valoración de la solicitud la oferta de utilización del bien, que implica la proposición de una suma a cancelar mensualmente o de ahorro al presupuesto de la entidad solicitante, la mejor propuesta resulta ser la más favorable en términos económicos, sin poder atender ninguna motivación subjetiva.

El riesgo que existe en este esquema de selección es la imposibilidad de abstenerse de destinar provisionalmente un bien incautado a quien presente

la mejor propuesta, cuando el respectivo solicitante no sea más que una entidad de fachada de las mismas personas a quienes el bien les fue ocupado o decomisado por su vinculación al narcotráfico y delitos conexos, ya sea que lo hagan directamente o por interpuesta persona.

Así pues, el decreto en este punto no solamente acusa visos de ilegalidad, sino que es inconveniente, por lo cual, para hacerlo concordante con la facultad legal y evitar el riesgo expuesto, se impone su modificación para permitir a la Dirección Nacional de Estupefacientes la apreciación de elementos subjetivos y manejar con la misma discrecionalidad que la ley le confiere la selección de los destinatarios provisionales de los bienes incautados.

Por último, hay que considerar que el criterio para la destinación provisional establecido en la reglamentación vigente, debe armonizarse con la previsión del inciso 2º del artículo 4º del Decreto 1458 de 1997, en cuya virtud, deben tenerse en cuenta preferencialmente las solicitudes presentadas por las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad, el Programa Nacional de Desarrollo Alternativo, la Red de

Solidaridad Social, la Consejería para la Atención de la Población Desplazada por la Violencia y los órganos de administración de justicia.

5.2.3.1.4. Acto de Destinación - Obligaciones del Destinatario

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 17 del Decreto 1461 de 2000, en el acto administrativo mediante el cual se ordene la destinación provisional y previamente a su entrega, debe designarse la entidad destinataria, indicarse el estado de conservación y la situación física y jurídica en que se encuentre el bien al momento de su entrega, obligación que le corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la entidad que tenga la custodia del bien, y señalarse las obligaciones del destinatario.

Las decisiones sobre destinación provisional deben ser comunicadas por la Dirección Nacional de Estupefacientes a las autoridades encargadas de llevar el registro de los bienes.

Las obligaciones del destinatario provisional, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del artículo 3º del Decreto 306 de 1998, son las siguientes:

- a) Mantener la actividad económica que tenía el bien al momento de la incautación, siempre que dicha actividad sea lícita.
- b) Conservar y cuidar el bien, para lo cual debe asegurarlo contra todo riesgo y constituir una póliza de cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto administrativo de destinación.
- c) Pagar los impuestos y demás gravámenes a que haya lugar.

En relación con los impuestos, debe tenerse en cuenta que el decomiso de los bienes vinculados a procesos penales o de extinción del derecho de dominio, es una medida precautelativa que no implica un cambio en su titularidad, de manera que ni la Dirección Nacional de Estupefacientes ni las entidades o instituciones que actúan como destinatarias provisionales, tienen la calidad de propietarios o poseedores, sino que obran como meros tenedores, por lo cual no son sujetos pasivos de los impuestos que gravan la propiedad o la posesión, como predial, timbre de vehículos y circulación y tránsito. Es más, tratándose de entidades oficiales, ellas no pueden asumir con cargo a sus apropiaciones presupuestales el pago de impuestos sobre

bienes que no sean de su propiedad. En estos casos, aunque el propietario solamente conserva la nuda propiedad, sigue siendo el sujeto pasivo del impuesto hasta que se profiera la sentencia que ordena la extinción del derecho de dominio.

No obstante, nada impide que la entidad oficial o la institución de beneficio común legalmente reconocida, se comprometan en su solicitud a efectuar la liquidación, declaración y pago de estos impuestos con cargo a los ingresos operacionales derivados de la explotación de tales bienes, en cuya eventualidad debe tenerse en cuenta que dicho pago se efectúa por cuenta y a nombre de su titular, de modo que en cualquier momento puede exigir a este su devolución.

Adicionalmente, la institución de beneficio común legalmente reconocida puede proponer en su oferta el pago de estos impuestos con cargo a sus propios recursos, si ello se encuentra permitido por su objeto y se halla dentro de las facultades estatutarias, en cuyo caso también opera la consideración sobre el pago efectuada en el párrafo anterior.

En cambio, respecto del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, su generación obedece a la realización de la actividad industrial, comercial o de servicios, cuyo sujeto pasivo es la persona que la lleva a cabo, con independencia de quien sea el propietario del ente que realiza el hecho generador, por lo cual si la Dirección Nacional de Estupefacientes o los destinatarios provisionales realizan actividades gravadas con este impuesto, serán los sujetos pasivos del mismo y responderán directamente por el pago de la obligación tributaria.

Aquí no se grava el bien sino la actividad, y por ello, pese a que el sujeto pasivo es la entidad que realiza esta última, lo gravado no es su patrimonio sino los ingresos brutos generados por la actividad desarrollada, lo cual significa que este impuesto habrá de pagarse de los recursos operacionales producidos por ella y no con cargo al presupuesto o patrimonio de la Dirección Nacional de Estupefacientes o de los destinatarios provisionales.

Ahora bien, los demás gravámenes a que haya lugar, hacen referencia a las cargas tributarias distintas de los impuestos, las tasas resultantes

de la aplicación de las tarifas por la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las servidumbres legales y naturales, así como las limitaciones a la propiedad constituidas por los particulares titulares del derecho de dominio.

En relación con estas últimas, el artículo 24 de la Ley 333 de 1996, dispone que una vez ordenado el trámite de la extinción, no pueden constituirse ni cancelarse los gravámenes que recaigan sobre los bienes, y el artículo 21 establece que en la sentencia declarativa de la extinción del dominio, debe ordenarse la cancelación de los gravámenes y pronunciarse sobre la eficacia y licitud de los correspondientes títulos y derechos, lo cual significa que el destinatario provisional no está obligado a cumplir con las obligaciones del deudor, en relación con las cuales el bien destinado únicamente estaba llamado a servir como garantía de las mismas.

Recuérdese que la ley deja a salvo los derechos de los terceros de buena fe, de manera que si en la sentencia se declara la licitud y eficacia de los títulos y derechos, debe ordenarse la venta del bien en

subasta pública y con su producido pagar las acreencias correspondientes, quedando los remanentes en poder del Estado.

- d) Cancelar la suma mensual indicada en la propuesta, salvo que en la solicitud se haya indicado como oferta el ahorro generado al presupuesto de la entidad oficial, así como la oportunidad y el lugar del pago.
- e) Entregar a la Dirección Nacional de Estupefacientes un informe bimestral sobre el uso, estado, destino y conservación del bien.
- f) Devolver el bien a la persona y en el momento que le sea comunicado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, por decisión judicial o por revocatoria motivada de la destinación en caso de incumplimiento de las obligaciones, previo concepto del Comité Interno de Destinaciones o quien haga sus veces.
- g) Permitir la inspección ocular de los bienes.

En cualquier caso, el destinatario provisional de un bien tiene todos los derechos, atribuciones y facultades y está sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades, que para los depositarios judiciales o secuestres determinan las leyes, debiendo rendir cuenta mensual de su administración a la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual podrá relevarlo cuando la adecuada administración del bien lo exija.

5.2.3.2. Destinaciones Específicas

5.2.3.2.1. Incora

Mediante el Decreto 182 de 1998, el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 333 de 1996, por medio de la cual dispuso que los bienes rurales con caracterizada vocación rural para la producción agrícola y pesquera, respecto de los cuales se halle vigente una medida cautelar por presunta vinculación a las actividades de que trata el artículo 2º de dicha ley, se destinen provisionalmente y de manera preferencial por la Dirección Nacional de Estupefacientes al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Para facilitar el trámite de la destinación, la Dirección debe informar periódicamente al INCORA sobre los bienes rurales que se encuentren en las circunstancias indicadas y éste debe proceder a determinar la caracterizada vocación rural o aptitud de los bienes para la producción agropecuaria o pesquera¹⁶⁴, mediante visita técnica que le corresponde practicar al inmueble respectivo. Si el concepto del Instituto es desfavorable, la Dirección puede destinar los bienes de conformidad con las disposiciones generales.

Lo anterior implica que mientras el instituto no imparta su concepto, la Dirección de Estupefacientes no puede ni destinárselos a este organismo ni a ninguna otra entidad oficial o institución de beneficio común legalmente reconocida, situación que le impide a aquella tanto hacer uso de su atribución legal de destinación provisional como garantizar que los bienes incautados continúen siendo productivos y generadores de empleo.

El problema al parecer radica en la falta de término expreso para que el INCORA emita su concepto. No obstante, al no existir un plazo para tal

¹⁶⁴ Según el artículo 6º del Decreto 182 de 1998, se consideran bienes rurales con caracterizada vocación rural aquellos que permitan desarrollar actividades productivas agropecuarias y pesqueras en forma sostenida y con viabilidad económica, financiera y social, en especial los predios con características fisiográficas y agroecológicas adecuadas para la producción.

efecto, la entidad, en acatamiento de los principios superiores de economía, eficiencia, eficacia, celeridad y colaboración armónica, debe proceder en forma inmediata a practicar la visita técnica y a rendir el concepto, y así puede exigírselo la Dirección Nacional.

No obstante, si se considera que es menester que el Instituto disponga de un término para manifestar el resultado de su valoración técnica, se hace necesario modificar el Decreto 182 de 1998, tanto para la determinación de dicho plazo, como para establecer que a su vencimiento, sin que aquel se produzca, la Dirección de Estupefacientes pueda hacer uso de las facultades generales que la ley le asigna.

Finalmente, el Decreto dispone que los rendimientos financieros que genere la administración provisional de este tipo de bienes rurales, se destinen a la financiación de los planes, programas y proyectos de reforma agraria que realice el INCORA en relación con la población campesina desplazada del campo por causa de la violencia y la involucrada en los programas de erradicación de cultivos ilícitos.

5.2.3.2.2. Inpec

Por medio del Decreto 3002 de 1997, reglamentario de la Ley 65 de 1993, actual Código Penitenciario y Carcelario, se estableció que la Dirección Nacional de Estupefacientes procediera a destinar provisionalmente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, dentro de los sesenta días siguientes a la expedición del Decreto, los bienes muebles e inmuebles incautados de conformidad con lo dispuesto en la Ley 333 de 1996, que fueran aptos para la generación de trabajo y de cupos, respectivamente, en el sistema penitenciario y carcelario.

5.2.4. Depósito Provisional

Esta modalidad de administración se encuentra prevista desde la vigencia de la Ley 30 de 1986 y con ella se pretende respetar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa, y ahora el Decreto 1461 de 2000 la reconoce como un sistema de administración de los bienes incautados.

El depósito provisional consiste en la entrega preferente de los bienes incautados, por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes, mediante

resolución motivada, a quienes tengan un derecho lícito demostrado legalmente sobre ellos. La copia del acto administrativo legitima al depositario, quien a partir de su ejecutoria se desempeñará como secuestre judicial de los bienes puestos a su cuidado y tendrá sus mismos derechos y obligaciones.

Al actuar como secuestre, el depositario debe rendir cuenta de su gestión a la Dirección Nacional de Estupefacientes y poner a su disposición el producto económico resultante de esta forma de administración, el cual ingresará al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado.

Ahora bien, de conformidad con las normas pertinentes, es posible que la autoridad incautadora, instituya un depositario provisional para la custodia del bien, que sea una persona que demuestre tener un derecho lícito sobre el mismo, o que para el mismo propósito tenga que ser designado por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

En estos casos, el artículo 21 del Decreto 1461 de 2000, faculta a la entidad estatal para fijar los honorarios del depositario provisional, teniendo en

cuenta el uso, destino y productividad del bien y el mercado laboral. Las tarifas serán determinadas mediante resolución y el valor de los honorarios será deducido del producido de los bienes objeto de depósito provisional en el porcentaje que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes.

5.3. CASOS ESPECIALES

5.3.1. Dineros, Divisas y Títulos Valores

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4º de la Resolución 002 de 1997, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para la administración de dineros, divisas, depósitos y títulos valores, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe aplicar lo dispuesto en los artículos 3º y 4º del Decreto 042 de 1990, adoptado como legislación permanente por el artículo 2º del Decreto 2272 de 1991, cuyo contenido fue presentado en los capítulos anteriores. Tales artículos fueron reiterados en forma expresa por el artículo 16 del Decreto 1461 de 2000.

Igualmente, el Consejo dispuso que pueden efectuarse inversiones en títulos de tesorería TES, mediante operaciones convenidas con la Dirección del Tesoro Nacional.

En desarrollo de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 25 de la Ley 333 de 1996, de acuerdo con la previsión del artículo 5º del Decreto 1458 de 1997, el cincuenta por ciento (50%) de los rendimientos financieros que produzcan los recursos en efectivo, títulos valores o cualquier otro documento representativo de dinero, durante el lapso en que permanezcan bajo administración provisional, se debe destinar a la financiación de planes, programas, proyectos y demás actividades para la atención de la población desplazada por la violencia.

Por último, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 1461 de 2000, la Dirección Nacional de Estupefacientes, previa autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, podrá disponer, por resolución, de los rendimientos de los recursos en efectivo, divisas decomisadas, títulos valores o cualquier otro documento representativo de dinero, para los propósitos señalados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

5.3.2. Sociedades y Unidades de Explotación Económica

De acuerdo con lo establecido por el artículo 5º de la Resolución 002 de 1997, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para la administración de sociedades y unidades de explotación económica que sean productivas y generadoras de empleo, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe disponer que se continúe con su explotación económica bajo su supervisión permanente hasta el momento en que se perfeccione, si es del caso, el correspondiente contrato de fiducia en administración.

Para el ejercicio de lo dispuesto en este artículo, la Dirección tiene las prerrogativas, atribuciones y deberes propios de su función de velar por la correcta disposición de los bienes ocupados o decomisados puestos bajo su cuidado, de conformidad con las leyes vigentes.

En todo caso, conforme al artículo 2º del Decreto 3100 de 1997, las sociedades comprometidas en un proceso de extinción de dominio, respecto de bienes como los descritos en el artículo 3º de la Ley 333 de 1996, quedan sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades por acto

administrativo particular del Superintendente, para lo cual, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe comunicarle dentro de los tres días hábiles siguientes, el ejercicio de la respectiva acción.

5.3.3. Bienes de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas

Los bienes de uso privativo de las Fuerzas Armadas, que sean puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes por haber sido incautados en aplicación de las leyes 30 de 1986 y 333 de 1996, una vez cumplidos los requisitos sobre inventario, de acuerdo con la previsión del artículo 5º del Decreto 306 de 1998, deben entregarse en forma inmediata al Ministerio de Defensa Nacional (Ejército Nacional, Policía Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y Armada Nacional) y al Departamento Administrativo de Seguridad, para su utilización.

5.4. READJUDICACIONES

En relación con los destinatarios provisionales de los bienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 306 de 1998, este último dispuso que los mismos presentaran dentro de los tres meses siguientes a su publicación,

con el fin de llevar a cabo la readjudicación con el lleno de los requisitos previstos en el mismo Decreto, una propuesta de utilización, en el sentido de que su uso de todas maneras implica sufragar los impuestos a que haya lugar, los servicios públicos domiciliarios, así como su conservación y mantenimiento en perfecto estado.

Si tales destinatarios eran entidades oficiales y con la utilización del bien se encontraban generando ahorro a su presupuesto, debían presentar la respectiva sustentación, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones tributarias, de servicios públicos domiciliarios y de conservación y mantenimiento del bien en perfecto estado.

En caso de que se tratara de bienes cuyo objeto social fuera comercial, industrial o turístico, debía presentarse la correspondiente propuesta de explotación económica, con el fin de poder efectuar su readjudicación con el lleno de los requisitos previstos en el decreto.

Las disposiciones anteriores implican que los bienes destinados provisionalmente en la fecha de entrada en vigencia del Decreto 306 de 1998, respecto de los cuales los destinatarios no hayan cumplido con la

obligación de presentar la oferta de utilización del bien, la sustentación de la generación de ahorro a su presupuesto o la propuesta de explotación económica, según el caso, pueden ser ofrecidos por la Dirección Nacional, conforme a las reglas generales para su destinación provisional, o ser objeto de alguna de las modalidades contractuales previstas para su administración.

5.5. DEVOLUCION DE BIENES

La entrega definitiva de los bienes incautados a los particulares, procede por decisión judicial ejecutoriada, cuyo cumplimiento compete a la Dirección Nacional de Estupeficientes, la cual deberá realizar las comunicaciones a que haya lugar.

Si los bienes no han sido enajenados y la DNE los conserva en administración, se devolverán en el estado en que se encuentren o el producto de los mismos en caso de que existan, descontando los pagos efectuados por concepto de impuestos.

Si los bienes han sido enajenados o se hubieren destruído, se devolverá el valor de la venta actualizado, sin perjuicio de las acciones consagradas en la ley.

En los casos en que la Dirección Nacional de Estupefacientes sea demandada por el estado de los bienes objeto de devolución, deberá llamar en garantía a los contratistas, destinatarios y depositarios de los mismos.

5.6. DESTINACION DEFINITIVA

Una vez se declare la extinción del dominio sobre los bienes y recursos vinculados a las actividades de que trata el artículo 2º de la Ley 333 de 1996, los mismos ingresan al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha Contra el Crimen Organizado y su asignación definitiva corresponde al Consejo Nacional de Estupefacientes, en los términos del artículo 26 de la misma ley.

Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la competencia para la administración del Fondo, cuyas políticas corresponde trazar al Consejo Nacional de Estupefacientes, la atribución de asignar definitivamente los

bienes y recursos que lo integran, debe ejercerse de acuerdo con los lineamientos establecidos por el legislador y por los decretos que el Gobierno Nacional expida en ejercicio de su potestad reglamentaria, y, por consiguiente, el Consejo carece de competencia para establecer regulación alguna para determinar las directrices con base en las cuales ese organismo deba actuar para efectuar las destinaciones definitivas de los bienes sobre los cuales se haya declarado judicialmente la extinción del derecho de dominio.

La pregunta que surge es si, al igual que en la destinación provisional, las instituciones de beneficio común legalmente reconocidas, cuyo objeto fundacional corresponda con el de algunos de tales programas, pueden ser destinatarias definitivas de los bienes que hayan ingresado al Fondo. Como ello significaría una transferencia del derecho de dominio a título gratuito, se estaría transgrediendo la norma constitucional que prohíbe las donaciones, por lo cual no es viable jurídicamente esa posibilidad.

5.6.1. Destinaciones Definitivas a Fines Específicos

- a) Los bienes muebles e inmuebles que hayan sido destinados provisionalmente al INPEC en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3002 de 1997, los cuales deben ser destinados definitivamente por el Consejo Nacional de Estupefacientes para financiar programas de rehabilitación, educación, capacitación y microempresas para la población carcelaria.
- b) El cincuenta por ciento (50 %) de los recursos financieros, en efectivo, títulos valores o cualquier documento representativo de dinero, que sean objeto de la extinción del dominio, deben destinarse a la financiación de programas de vivienda de interés social para la población desplazada por la violencia, según lo dispuesto por el parágrafo del artículo 6º del Decreto 1458 de 1997.
- c) El cincuenta por ciento (50 %) restante de los recursos financieros, en efectivo, títulos valores o cualquier documento representativo de dinero, que sean objeto de extinción del dominio, se deben destinar a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional para financiar la

adquisición de equipo de mejoramiento de estructura técnica para la lucha contra el narcotráfico.

- d) Las tierras aptas para la producción se adjudicarán a los campesinos e indígenas que cumplan con los requisitos establecidos, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 160 de 1994 y confiriendo prelación a los desplazados por la violencia y los programas de erradicación de cultivos ilícitos.

Es decir, que los predios que ingresen al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, solamente podrán ser destinados por el INCORA para establecer unidades agrícolas familiares, empresas comunitarias o cualquier tipo asociativo de producción, a favor de los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos que, de acuerdo con las normas pertinentes, tengan la condición de sujetos de reforma agraria, y para ampliar y reestructurar los resguardos indígenas, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 160 de 1994.

A su turno, en la adjudicación que haga el Instituto, tendrán prioridad los campesinos desplazados del campo involuntariamente por causa de la violencia, los que se encuentren incorporados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos, las mujeres campesinas jefes de hogar y las que se encuentren en estado de desprotección social y económica por causa de la violencia, el abandono o la viudez y carezcan de tierra propia o suficiente.

- e) Los bienes y recursos que se encuentren dentro de la jurisdicción del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deben ser asignados por el Consejo al Instituto de Tierras del Archipiélago.
- f) Los bienes culturales e históricos deben asignarse a las entidades estatales pertinentes para los efectos consagrados en la legislación sobre la materia.
- h) En el evento en que el Fiscal General de la Nación cree el Fondo de Asistencia Judicial Internacional a que lo autoriza el artículo 507 de la Ley 600 de 2000, los recursos derivados de la extinción del derecho

de dominio que sobrevenga como consecuencia de la solicitud que en tal sentido haya sido formulada por orden de autoridad extranjera competente.

Con anterioridad a la expedición del Decreto 1458 de 1997, el Gobierno Nacional, con base en la declaratoria de la emergencia económica y social contenida en el Decreto 80 de 1997, había proferido los Decretos 223 y 250 de ese año, mediante los cuales, con el propósito de reactivar los ciclos de la construcción y la producción agrícola, entre otras medidas, dispuso la destinación definitiva de ciertos bienes sobre los cuales se declarara la extinción del derecho de dominio con arreglo a la Ley 333 de 1996, a fines específicos relacionados con la finalidad de esos Decretos.

En el Decreto 223, se creó el Fondo Nacional de Solidaridad para Vivienda, cuya financiación se realizaría, aparte de los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación, con el cincuenta por ciento (50 %) de los recursos financieros, en efectivo, títulos valores o cualquier documento representativo de dinero, que fueran objeto de la extinción del dominio y el veinte por ciento (20 %) del producto de la venta de los demás bienes objeto de dicha extinción.

Por su parte, en el Decreto 250 se dispuso que los bienes con caracterizada vocación rural, en especial las tierras aptas para la producción agropecuaria y pesquera, sobre los cuales se declarara la extinción de dominio de acuerdo con la Ley 333 de 1996, fueran transferidos de manera inmediata al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para ser aplicados a programas de reforma agraria, cuyos adjudicatarios prioritarios deberían ser indígenas, campesinos desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos.

No obstante, como quiera que el Decreto 80 de 1997 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997, los decretos expedidos al amparo del mismo devinieron también en inconstitucionales, y así lo declaró la Corte en relación con los Decretos 223 y 250 de 1997, en sentencias del 19 de marzo de 1997, aunque, como ya se indicó en el caso de los bienes rurales, por la vía del decreto reglamentario, se mantuvo la destinación preferencial de los mismos en la forma indicada en el literal d) precedente.

5.7. LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES INCAUTADOS EN CIFRAS¹⁶⁵

En aplicación de la Ley 30 de 1986, hasta el 30 de noviembre de 1999 habían sido puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes 17.834 bienes, de los cuales 8.012 (44.92 %) se encontraban disponibles, 9.751 (54.67 %) habían sido destinados provisionalmente y 71 (0.41 %) se encontraban arrendados.

A su turno, para la misma fecha, en aplicación de la Ley 333 de 1996, los organismos incautadores habían puesto a disposición de dicha entidad para su administración 6.519 bienes, de los cuales 4.658 (71.45 %) se encontraban disponibles, 476 (7.31 %) habían sido asignados provisionalmente y 1.385 (21.24 %) se encontraban arrendados.

Lo anterior implica que, en forma consolidada, a la Dirección Nacional de Estupefacientes le habían sido puestos a su disposición 24.353 bienes, de los cuales 12.670 (52.02 %) se hallaban disponibles, 10.227 (41.99 %)

¹⁶⁵ Los datos citados en este acápite aparecen consignados en el oficio 22961 del 6 de diciembre de 1999 del Director Nacional de Estupefacientes.

habían sido destinados provisionalmente y 1.456 (5.99 %) se encontraban arrendados.

Del total de 24.353 bienes incautados, 5.892 (24.19 %) corresponden a inmuebles urbanos, 1.456 (5.97 %) a inmuebles rurales, 3.107 (12.75 %) a vehículos terrestres, 230 (0.94 %) a vehículos acuáticos, 300 (1.23 %) a aeronaves y 12.468 (54.92 %) a otros bienes.

Teniendo en cuenta las tipologías mencionadas, estas últimas cifras se pueden desagregar de la siguiente manera:

BIENES INCAUTADOS

CATEGORIA	LEY 30/86			LEY 333/96			TOTAL		
	D	A	Ar	D	A	Ar	D	A	Ar
Inmuebles Urbanos	422	708	68	3005	308	1381	3427	1016	1449
Inmuebles Rurales	272	585	3	488	106	2	760	691	5
Vehículos Terrestres	901	2054	-	143	9	-	1044	2063	-
Vehículos Acuáticos	96	125	-	5	4	-	101	129	-
Aeronaves	175	125	-	-	-	-	175	125	-
Otros Bienes	6146	6154	-	1017	49	2	7163	5303	2
TOTAL	8012	9751	71	4658	476	1385	12670	10227	1456

D = Disponible, A = Asignado, Ar = Arrendado

Fuente: Dirección Nacional de Estupefacientes, 1999

No obstante el reporte de estas cifras, la Dirección Nacional de Estupefacientes desconoce el valor comercial de la mayoría de los bienes incautados que le han sido puestos a su disposición, lo cual dificulta su labor de administrarlos. La excepción la constituyen los bienes asignados provisionalmente, cuyos destinatarios deben estimar el valor de los mismos para cumplir con la obligación de la constitución de las pólizas exigidas por el Decreto 306 de 1998, pese a lo cual, la Dirección tampoco cuenta con un consolidado al respecto.

De los bienes destinados provisionalmente, en aplicación de las disposiciones especiales previstas para el efecto, se habían asignado 330 al INPEC y 774 al INCORA, y no se cuenta con información acerca del número de bienes que han sido readjudicados a los destinatarios provisionales¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Al respecto, el Director Nacional de Estupefacientes en el oficio 22961 del 6 de diciembre de 1999, señala que “la Dirección Nacional de Estupefacientes en este momento cuenta con la información referente al último destinatario, que es sobre el cual se lleva a cabo la gestión

En relación con las alternativas contractuales, hasta la fecha de corte de las presentes cifras, la Dirección Nacional de Estupefacientes no había celebrado ningún contrato de fiducia, encargo fiduciario o compraventa, mientras que por concepto de cánones de arrendamiento de los bienes arrendados, en 1998 percibió \$ 1.693.139.339 y del 1º de enero al 30 de noviembre de 1999 había recaudado la suma de \$ 2.426.389.281.

Los datos manejados por la Dirección Nacional de Estupefacientes sobre dineros, divisas y títulos valores hasta el 30 de noviembre de 1999, son los siguientes:

DINEROS, DIVISAS Y TITULOS VALORES

TIPO	INCAUTADO	CONSIGNADO	SIN CONSIGNAR
Pesos Col	8.074.664.953	6.148.439.687	1.926.225.266
Divisas en USD	13.868.258	11.429.161	2.439.097

de control de manejo y uso del bien destinado, la redestinación como tal, no se lleva en forma específica”.

Fuente: Dirección Nacional de Estupefacientes, 1999

El rubro de dineros sin consignar corresponde a los valores contenidos en los documentos en donde figura su incautación, sin que físicamente se hayan entregado a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Respecto de las sociedades y unidades de explotación económica, a las cuales la ley de extinción de dominio alude expresamente en procura de que continúen siendo productivas y generadoras de empleo, las cifras reportadas por la Dirección Nacional de Estupefacientes son las siguientes:

SOCIEDADES Y UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONOMICA

Aportes y acciones	77
Establecimientos de comercio	32
Sociedades activas	72
Sociedades inactivas	134 ¹⁶⁷
TOTAL	315

¹⁶⁷ La mayoría de ellas corresponde a sociedades de papel, detectadas al momento de ser practicada la visita de inspección por parte de los funcionarios competentes.

Fuente: Dirección Nacional de Estupefacientes, 1999

De otra parte, a la fecha del suministro de la información estadística, ningún bien había ingresado al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado; sin embargo, sobre 13 bienes rurales por un valor aproximado de \$ 12.000 millones ya existía para esa fecha sentencia de extinción de dominio ejecutoriada, estando pendiente la decisión sobre los mismos por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes para proceder a su monetización.

Es de anotar que la Dirección Nacional de Estupefacientes había promovido hasta el 30 de noviembre de 1999, 62 demandas de extinción de dominio por un valor estimado de \$ 84.078.976.000,00, correspondientes a 855 bienes, la mayoría de los cuales son inmuebles (locales, oficinas, depósitos, apartamentos, consultorios, bodegas).

6. LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU APLICACIÓN A LOS FENOMENOS COMPLEJOS DEL ESTADO EN COLOMBIA HOY. REFLEXIONES A PARTIR DEL ANALISIS DEL REGIMEN JURIDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La presentación del régimen jurídico de los bienes incautados, como parte importante de un tema de mayor magnitud como lo es el de la droga y el narcotráfico, sirve para el propósito de mostrar, a partir de la exposición de esa materia específica, la participación que el derecho administrativo tiene en la solución de los problemas que se le plantean al Estado contemporáneo en muchos ámbitos de su actividad.

Para este propósito, no debe perderse de vista que el derecho administrativo está condicionado por la concepción que se tenga del Estado en cada época histórica, de manera que la comprensión que el rol de esta disciplina jurídica tiene en relación con el objeto de estudio de la presente investigación, exige precisar la noción de Estado con la cual ha de guardar correspondencia.

Esta precisión es importante para el tema en estudio porque el Estado continúa siendo un instrumento fundamental para el desarrollo económico, político y social de cualquier país, aún cuando hoy deba funcionar en una forma diferente a la contemplada en el patrón nacional desarrollista adoptado en buena parte de América Latina, y al modelo social-burocrático que prevaleció en el mundo desarrollado de la postguerra¹⁶⁸.

En efecto, las tendencias de evolución del Estado contemporáneo, del cual el derecho administrativo procura ser su reflejo, son resumidas por BRESSER¹⁶⁹ de la siguiente manera:

- a) Precisión de los límites de la acción estatal, mediante la reducción de su tamaño a través de la privatización de compañías estatales, la transferencia de los servicios sociales y científicos al sector sin ánimo de lucro, manteniendo su financiamiento en el Estado y la realización de las actividades no básicas o auxiliares por fuera del aparato estatal.

¹⁶⁸ CLAD. Una Nueva Gestión Pública para América Latina. Memorias del III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid: CLAD, 1998. p. 250.

¹⁶⁹ BRESSER, Luis Carlos. Reforma Estatal en los Noventa: Lógica y Mecanismos de Control. En: GANDOUR PORDAMINSKY, Miguel y MEJIA GUINAND, Luis Bernardo, comp. Hacia el Rediseño del Estado. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1999. p. 16-17.

- b) Reducción del grado en el cual el Estado regula al sector privado, transformando al Estado en un promotor de la capacidad competitiva del país en lugar de un protector de la economía nacional contra la competencia internacional.
 - c) Incremento de la gobernabilidad del Estado, vale decir, de su capacidad de hacer que las decisiones gubernamentales sean efectivas, por medio de un ajuste fiscal que le devuelva la capacidad financiera al Estado, y una reforma administrativa encaminada a una administración pública gerencial (en lugar de una burocrática).
 - d) Gobernabilidad incrementada –por ejemplo en el poder de gobernar- a través de instituciones políticas que aseguren una mejor intermediación de intereses y hagan que los gobiernos sean más legítimos y democráticos, mejorando la democracia representativa y abriendo espacios para el control social o la democracia directa.
-

De la presentación de las tendencias de evolución del Estado contemporáneo, surge para el caso colombiano el desafío de compatibilizar esas tendencias universales de cambio con sus propias especificidades¹⁷⁰, ya que ese cambio debe enraizarse en la configuración específica de la historia, las tradiciones y estructuras constitucionales y legales, las fuerzas político-administrativas, las perspectivas económicas y sociales, y la posición internacional del país¹⁷¹.

Así, pues, en Colombia la década de los noventa fue la del cuestionamiento sobre el papel del sector público en relación con su protagonismo en la prestación de servicios, en la producción de bienes y, en general, en sus relaciones con los particulares, que se materializó en la adopción de una serie de instrumentos, plasmados en normas jurídicas, tendientes a concretar el llamado redimensionamiento del Estado¹⁷².

Así, esa reformulación de las funciones del Estado se tradujo en cambios en el régimen jurídico aplicable a determinadas empresas y actividades

¹⁷⁰ CLAD. Op. cit., p. 250.

¹⁷¹ ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Op. cit. p. 144.

¹⁷² TAFUR GALVIS, Alvaro. Op. cit., p. 70.

estatales, desmonopolización o abandono de la actividad, flexibilización o supresión de la regulación existente, entrega de la gestión de actividades estatales a particulares -sin perjuicio de la permanencia en el Estado de su regulación, titularidad y control-, transferencia parcial o total de empresas estatales y venta de activos de empresas estatales liquidadas¹⁷³.

La primera de las características reseñadas en el párrafo precedente, corresponde a una tendencia del derecho que le es aplicable a los organismos encargados de la ejecución de las políticas acordes con la nueva aproximación conceptual acerca del Estado, consistente en un cambio fundamental en el régimen jurídico de tales organismos públicos, cuya principal nota distintiva es la remisión cada vez más extensa y frecuente a las reglas del derecho privado, y que se ha dado en denominar la huida de la administración hacia el derecho privado.

La justificación para la aplicación progresiva del derecho privado a las actividades a cargo del Estado y a las organizaciones que las llevan a cabo, se radica en la necesidad de hacer más ágil, eficaz y eficiente la gestión de la

¹⁷³ La explicación de cada uno de estos instrumentos de reformulación de las funciones del Estado puede encontrarse en TAFUR GALVIS, Alvaro. *Op. cit.*, p. 70-72.

administración pública, para cuyo logro se considera que las normas especiales del derecho administrativo constituyen un obstáculo, el cual puede ser removido mediante la adopción de las reglas del derecho privado, asumiendo, sin beneficio de inventario, que su aplicación garantiza, de suyo, esa agilidad, eficacia y eficiencia que se pretenden.

Sobre este último propósito, conviene señalar que a la legitimidad legal tradicionalmente exigida a las Administraciones Públicas se ha añadido no sólo la exigencia de los valores de la equidad social y de la participación planteados por la transición al Estado Social y Democrático de Derecho, sino que en los últimos años, la legitimidad de las Administraciones Públicas exige, además, la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos¹⁷⁴.

Si en el Estado Liberal de Derecho la cuestión de la eficacia pudo continuar limitada, desde el punto de vista jurídico, a la clásica de eficacia jurídica de las normas y de los actos, con la extensión de la actividad del Estado y su formalización al más alto nivel bajo la fórmula de Estado Social de Derecho,

¹⁷⁴ PRATS I CATALA, Joan. Derecho y Management en las Administraciones Públicas. Texto en Internet. s.l. s.f. p. 1.

se plantea ya también en términos de cumplimiento de fines y objetivos, de producción por el Estado de resultados y, por tanto, de rendimientos de sus organizaciones, esencialmente las administrativas¹⁷⁵.

En efecto, en la valoración social, política, práctica y, también, jurídica de la Administración Pública como parte de la estructura de los poderes públicos, hoy tienen una importancia destacada esos valores de la eficiencia y la eficacia. De aquella se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que, al hacerlo, “resuelva” los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo: una “obra”, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la “efectividad” o, si se prefiere, el “éxito” como criterio de legitimidad de la Administración Pública¹⁷⁶.

Se tiene entonces que la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto y la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin; mientras la eficiencia significa hacer bien las cosas, la eficacia

¹⁷⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y Administración Tres Estudios. Madrid: INAP, 1995. p. 99.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 89.

supone hacer las cosas¹⁷⁷. La eficacia administrativa se traduce, pues, en un deber jurídico de realización efectiva de una situación jurídica, cabalmente la consistente en la definida en cada caso por el interés general, por un sujeto concreto: la Administración Pública¹⁷⁸.

En Colombia, el objeto de construir el tipo de Administración necesaria para el Estado Social de Derecho de que habla la Constitución de 1991, involucra no sólo elementos sociales puros, sino también principios como los de eficacia y eficiencia, unidos a la renovación del esquema del control de la administración o la afirmación del principio de responsabilidad de los servidores públicos¹⁷⁹.

De allí que, siguiendo a PAREJO ALFONSO¹⁸⁰, la incorporación de estos principios al estatuto de rango constitucional de la administración pública responda sin duda a la evolución misma del Estado del que aquella forma

¹⁷⁷ Ibidem, p. 92, 94.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 125.

¹⁷⁹ ZAMBRANO CETINA, William. Op. cit. p. 4.

¹⁸⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Perspectivas del Derecho Administrativo para el Próximo Milenio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998. p. 95.

parte y del desbordamiento por este de su función objetivo-formal de regulación y tutela para asumir la de generación continua y efectiva –en cuanto sistema ejecutivo- de determinadas condiciones propias del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, existe un vínculo necesario entre la concreción de esos principios de eficacia y eficiencia y el régimen jurídico de la administración pública, pues el logro de aquellos depende, en forma significativa, de las decisiones del legislador formal sobre la naturaleza, la arquitectura, posición y función de cada organización administrativa, así como sobre sus medios personales, materiales y económico-financieros, pues es claro que esas resoluciones de carácter jurídico predeterminan los procesos organizativos internos y la actividad externa de cada ente de la administración pública¹⁸¹, así como su ambiente organizativo y funcional, e inciden, por tanto, en las condiciones de su desarrollo y vida¹⁸².

¹⁸¹ Debe tenerse en cuenta que la actividad externa de la Administración que tiene relevancia jurídica, usualmente ha de llevarse a cabo por procedimientos contemplados en otras leyes, de manera que aquella queda condicionada enteramente fuera de la disposición de la propia organización autora de la actividad.

¹⁸² Sobre la reserva de ley y la organización y eficacia de la administración, véase PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y Administración Tres Estudios. Op. cit. p. 127-128.

En este orden de ideas, a la par con la transformación conceptual acerca del rol del Estado y de acuerdo con la tendencia internacional en esta materia, en Colombia, después de varias décadas de aplicación intensa del derecho administrativo clásico a las distintas esferas de actuación del Estado, en los últimos años se han modificado los regímenes jurídicos existentes para aplicar a esas mismas actividades las reglas del derecho privado en sustitución de fórmulas de derecho público, tanto con el propósito de equiparar a los agentes públicos con los privados como con el fin de asegurar más agilidad en la gestión propia de cada entidad¹⁸³.

Dentro de este entorno de evolución de la concepción del Estado y de la tendencia del contenido y alcance del régimen jurídico que le es aplicable a su organización y actividad, el Estado colombiano se ha visto abocado a afrontar fenómenos concretos, entre ellos el denominado “problema de la droga”, cuya complejidad demanda un análisis sobre la pertinencia y adecuación de la solución normativa aplicada hasta la fecha en función del cumplimiento de sus propósitos.

¹⁸³ TAFUR GALVIS, Alvaro. Op. cit. p. 120, 96.

En particular, el régimen jurídico de los bienes incautados hace parte de la respuesta normativa del Estado colombiano al fenómeno de la droga, como un componente de la solución que el aparato institucional ha dado para confrontarlo, la cual no ha sido el fruto de una política estatal coherente y de largo plazo, sino que ha obedecido más a situaciones coyunturales derivadas de la influencia de los sujetos involucrados directa o indirectamente en las actividades ilícitas.

Por ello, las medidas adoptadas han oscilado entre la represión y el diálogo, entre la creación de tipos penales y el incremento de las penas para sancionar las actividades relacionadas con la producción, tráfico y distribución de estupefacientes, por una parte, y por otra, la expedición de normas que han facilitado la incorporación al circuito económico de los bienes y recursos derivados de los comportamientos que se están penalizando.

En medio de esas variaciones, derivadas de la ausencia de una política estatal integral para abordar el problema, el legislador, tanto el ordinario como el de excepción, ha encontrado en la afectación de los beneficios

patrimoniales derivados del narcotráfico, una estrategia para enfrentar la problemática, orientada a reducir la rentabilidad del negocio.

Así, los pasos que progresivamente se han dado, los cuales siempre han superado el examen de exequibilidad tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, han avanzado desde la colocación fuera del comercio de los bienes a partir del mismo momento de la ocupación o decomiso y la separación de su administración a los titulares o a sus testaferros o dependientes y su asunción por parte del Estado, hasta la habilitación jurídica para separar las decisiones sobre la extinción del dominio de los bienes incautados de aquellas sobre la responsabilidad personal de los sujetos activos de las conductas punibles, mediante el adelantamiento de una acción real separada del proceso penal, que no condiciona la determinación final a la correlación entre la titularidad actual de los bienes y la responsabilidad por la comisión del delito.

De la afectación de los beneficios patrimoniales derivados del tráfico de estupefacientes, surge para el Estado la obligación de administrar los bienes incautados mientras se decide en el respectivo proceso lo relativo a la licitud

de su titularidad, función cuya ejecución pretendió ser facilitada con los mecanismos previstos en la ley de extinción del dominio.

En el cumplimiento de esa obligación legal de administrar los bienes incautados aparece el campo de acción del derecho administrativo, como quiera que el ordenamiento jurídico ha optado por asignar esa labor a una entidad que hace parte de la estructura de la rama ejecutiva del poder público y cuya organización y actividad corresponden, en consecuencia, a las notas distintivas de esa esfera del derecho público.

El interrogante al cual hay que responder, teniendo en cuenta el entorno antes descrito y dadas las particulares condiciones en que el Estado ha asumido la administración provisional de los bienes incautados, por tratarse de activos derivados de una actividad ilícita y por el título precario con que actúa sobre ellos como administrador, es que si con la normatividad que se ha venido aplicando, propia del derecho administrativo tradicional, no se han producido los resultados esperados¹⁸⁴, cuál podría ser la solución que desde

¹⁸⁴ Sobre la precariedad de los resultados obtenidos en la administración de los bienes incautados, véase el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral practicado a la Dirección Nacional de Estupefacientes sobre las vigencias 1999 y 2000, por la Contraloría Delegada de Defensa, Justicia y Seguridad de la Contraloría General de la República, cuyos

las tendencias contemporáneas del derecho administrativo permitiría el logro de los objetivos procurados por las normas que establecen la administración de los bienes incautados.

La respuesta a este interrogante no significa que la solución al problema específico de lograr una administración eficaz y eficiente de dichos bienes tenga que estar necesariamente en la adopción de las reglas del derecho privado, ya que si bien sus postulados podrían flexibilizar el régimen actual, principalmente para superar la dificultad generada por la falta de certeza en el tiempo de la tenencia de los bienes, originada en la incertidumbre acerca de la duración de las medidas cautelares ordenadas judicialmente sobre los mismos, la complejidad de este fenómeno que el Estado tiene que afrontar, relativiza la aproximación contemporánea al contenido y alcance del derecho administrativo, en la medida en que la aplicación del derecho privado, en aras de lograr eficacia y eficiencia en la gestión, puede llegar a generar la pretermisión de controles y requisitos previamente establecidos en la normatividad de derecho público y, por esta vía, comprometer la protección

principales hallazgos aparecen publicados en la Revista Gestión Fiscal, número 7, julio de 2001, p. 47-51.

de los intereses tanto de la sociedad como del propio Estado en una temática de tanta sensibilidad interna e incidencia externa.

Así pues, teniendo presente la observación anterior, dos circunstancias tornan relevante efectuar un análisis de la aplicabilidad de las tendencias contemporáneas del derecho administrativo a la regulación jurídica de los bienes incautados: en primer lugar, el objetivo legal de que con la administración de los bienes incautados estos sean productivos y generadores de empleo, eventualidad que además de los principios generales de carácter constitucional y legal que informan el ejercicio de la función administrativa, hacen que la actividad de administración de dichos bienes deba realizarse con eficiencia y eficacia, principios que sitúan el tema en el terreno de la justificación de la huida de la administración hacia el derecho privado; y en segundo lugar, la precariedad en los resultados alcanzados con el régimen vigente, que invita a reflexionar sobre un entorno jurídico diferente como alternativa para el cumplimiento del objetivo legal antes señalado.

6.2. APLICABILIDAD DE LAS MODALIDADES DE EVASIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL REGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INCAUTADOS

Para efectuar el análisis jurídico propuesto, debe tenerse en cuenta la existencia de dos modalidades empleadas para concretar la huida del derecho público como régimen propio de la administración, a saber, la adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del derecho civil y mercantil y la aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales de derecho público, ya sea en función de la naturaleza de la actividad desarrollada, de la fórmula institucional adoptada o de la determinación constitucional o legal de regímenes especiales.

Corresponde entonces establecer la viabilidad de aplicar ambas o una de esas dos modalidades a la regulación normativa de la administración de los bienes incautados, en función de los fines perseguidos con la evasión hacia el derecho privado del régimen jurídico de la organización (estructura) y funciones (actividad) de la administración pública, a saber, la eliminación de las prerrogativas especiales a favor del Estado y la obtención de eficiencia y eficacia en los resultados de su gestión.

De esta manera, el análisis jurídico propuesto consistirá en la evaluación de la pertinencia de aplicación de las modalidades de huida del derecho administrativo con respecto al régimen jurídico de los bienes incautados, en cuyo transcurso se irán efectuando referencias y consideraciones relacionadas con la viabilidad de aplicar a este último contenidos o características específicas correspondientes a otras tendencias actuales del derecho administrativo que van de la mano con la que sirve de hilo conductor a la presente argumentación.

6.2.1. Adopción de Formas Jurídicas Propias del Derecho Privado

La adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del derecho civil y del derecho comercial, como primera modalidad de huida del derecho administrativo, se ha concretado en la práctica en la utilización de las formas societarias propias del derecho privado, cuyo régimen de organización y capacidad jurídica está sujeto, por principio, a las normas reguladoras de ese mismo derecho privado, con ciertas salvedades derivadas, precisamente, de la participación estatal en esos entes, que tienen que ver, por ejemplo, con la

dirección y administración de la sociedad, las relaciones de trabajo o la contratación.

Desde esta perspectiva, la posibilidad de llevar cabo la administración de los bienes incautados acudiendo a una estructura organizacional de forma societaria, regida mayormente por el derecho privado, resulta bastante improbable porque el desarrollo de la actividad que constituiría el objeto social, se encuentra limitado por otras normas de la esfera del derecho público –penal y administrativo-, cuya incidencia haría virtualmente imposible compaginar la autonomía de la voluntad en la ejecución del objeto social, que es uno de los bastiones del derecho privado, con las limitaciones que se impondrían a esa ejecución en virtud de la aplicación imperativa de mandatos normativos ajenos al régimen societario (estatutos y reglas del derecho civil y comercial).

6.2.2. Aplicación del Derecho Privado Dentro de Formas Institucionales de Derecho Público

La segunda modalidad de huida del derecho administrativo consiste en la aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales de derecho

público, la cual ha estado referida a la naturaleza de la actividad desarrollada o a la fórmula institucional del organismo encargado de ejecutarla, y en algunos casos más recientes ha resultado de la expedición de regímenes especiales correspondientes a la peculiar organización administrativa del Estado vigente a partir de 1991.

El presente análisis se centrará en el examen tanto de la naturaleza de la actividad, a través del estudio de los mecanismos legales de administración de los bienes incautados, como de la fórmula institucional adoptada, mediante la exposición y crítica de la naturaleza jurídica del órgano encargado de administrar los bienes incautados, seguida de una referencia al modelo de administración pública que en cualquier caso se requeriría, teniendo en cuenta los propósitos de eficiencia y eficacia pretendidos con esta tendencia del derecho administrativo.

6.2.2.1. Aplicación en Función de la Naturaleza de la Actividad

La aplicación del derecho privado en función de la naturaleza de la actividad ha sido tradicionalmente consagrada en relación con el desarrollo primordial de actividades catalogadas como de carácter industrial o comercial, por parte

de empresas industriales y comerciales del Estado y se ha referido a sus actos y contratos y a ciertas relaciones laborales.

Si se tiene en cuenta el carácter comercial que se encuentra inmanente en la función de administrar provisionalmente los bienes incautados, el régimen jurídico aplicable a esa actividad podría incorporar elementos del derecho privado que contribuyan a mejorar su eficiencia y eficacia, en la medida en que las cifras expuestas en el capítulo 5º muestran unos resultados bastante precarios con la aplicación del régimen vigente.

Teniendo en cuenta que el propósito legal planteado de manera expresa por la Ley 333 de 1996, orientado a que los bienes incautados continúen siendo productivos y generadores de empleo, y la finalidad implícita en este de que su administración no implique una carga financiera adicional para el Estado o, al menos, para la Dirección Nacional de Estupefacientes, está directamente relacionado con las alternativas que la misma normatividad le permite a esta última para administrarlos mientras se toma la decisión judicial correspondiente en los respectivos procesos penales o de extinción del dominio, resulta pertinente el examen de tales mecanismos, a saber, la enajenación, la contratación y la destinación provisional.

La enajenación de los bienes incautados se encuentra circunscrita a los bienes fungibles y aquellos que amenacen deterioro, pero, como sistema de administración, podría en un momento dado hacerse extensivo a cualquier género de aquellos bienes.

El problema jurídico que aquí se plantea, que no fue advertido por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 25 de la Ley 333 de 1996, que contempla la enajenación como sistema de administración de los bienes incautados en los eventos señalados en el párrafo anterior, consiste en la aparente falta de modo que permita efectuar válida y enteramente la transferencia del derecho de dominio al adquirente de tales bienes.

La regla general en relación con la extinción del derecho de dominio de los bienes incautados por su vinculación a un proceso penal por los delitos de narcotráfico y conexos o por su afectación a una acción de extinción del dominio, es que una vez en firme la declaración judicial de extinción del dominio, la sentencia se convierte en título y el modo de adquisición lo constituye la extinción del dominio, pasando los bienes a tener, para todos los efectos legales, la calidad de bienes fiscales, por oposición a los de uso

público, lo cual significa “que no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privativo del Estado, para sus fines propios”¹⁸⁵, que no son otros, en este caso, que los contemplados en el artículo 26 de la Ley 333 de 1996.

Ya sea que la declaración judicial de extinción del derecho de dominio se produzca dentro del proceso penal o acaezca como consecuencia del ejercicio de la acción de extinción, los bienes y recursos sobre los cuales ella recaiga, ingresan, sin excepción alguna, al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, para ser asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

A partir de ese momento, se incorporan al patrimonio del Estado para ser destinados a unos fines específicos determinados por el legislador, de manera que la autoridad competente puede destinarlos directamente o disponer su enajenación por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes para que el producto de la venta se entregue a las entidades y se aplique a los programas legalmente previstos.

¹⁸⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, 8ª ed. Bogotá: Temis, 1985. p. 328.

En consecuencia, desde su destinación definitiva por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, las entidades asignatarias pueden utilizar directamente los bienes para su servicio, aplicarlos a los fines señalados en la ley de extinción del dominio u obtener, mediante los procedimientos legalmente establecidos, un aprovechamiento económico de los mismos en procura de recursos para ser destinados al logro de tales fines.

La dificultad se presenta cuando la enajenación de los bienes incautados se lleva a cabo antes de la declaración judicial de extinción del dominio, pues, al parecer, no se podría completar la transmisión de la propiedad, ya que si bien en el derecho colombiano la venta de cosa ajena es válida, la ausencia de propiedad de la cosa, aunque por ley la Dirección Nacional de Estupefacientes tenga la facultad de transferir su dominio y la venta realizada evidencie la intención de enajenar, impediría que se llevara a cabo la tradición como modo de adquirir la propiedad.

De acuerdo con el Código Civil colombiano, los modos de adquirir la propiedad o dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la usucapión y la sucesión por causa de muerte, a los cuales hay que añadir otros que el

derecho actual contempla, como son las resoluciones administrativas de adjudicación de terrenos baldíos o la fabricación o elaboración de cosas nuevas e inclusive las sentencias judiciales de adjudicación de bienes en procesos de remate, si se acepta la posición de quienes sostienen que en estos casos no puede hablarse de tradición porque no hay voluntad del deudor de transmitir el dominio. Estos modos son las fuentes o hechos jurídicos generadores de propiedad, ya sean originarios o derivativos, según que la propiedad surja a favor de una determinada persona sin que medie la transmisión de un sujeto a otro o requiera de la realización de una sucesión jurídica.

La adquisición derivativa de la propiedad es posible por acto entre vivos o por causa de muerte. En aquella modalidad, la transmisión del dominio se puede realizar mediante el acuerdo mutuo de voluntades, como negocio jurídico dispositivo que el Código Civil denomina tradición, o sin que medie la voluntad de la persona en cuya cabeza se encuentre radicada la propiedad, evento en el cual es necesaria la sentencia judicial, pues en estos eventos el juez actúa como representante legal del tradente que es la persona cuyo dominio ha sido enajenado por su intervención.

Como quiera que en la enajenación de los bienes incautados antes de que se produzca la declaración judicial de extinción del dominio el propietario sigue siendo el particular a quien se privó de la administración y disposición de aquellos, al actuar la Dirección Nacional de Estupefacientes como enajenante en esas condiciones, excluye la tradición sin mediación de la voluntad del tradente, pues para que tal modalidad opere se requiere la sentencia que declara la extinción del dominio, lo que en este evento aún no ha acontecido; pero también excluye, en principio, la transmisión del dominio a través de un negocio jurídico dispositivo, pues quien tiene la titularidad de la facultad dispositiva se encuentra privado de la misma por ministerio de la ley.

Teniendo en cuenta que la Dirección Nacional de Estupefacientes tampoco actúa como un mandatario debidamente autorizado, la única posibilidad para que la tradición pueda perfeccionarse es que se entienda que la entidad estatal actúa como un agente oficioso, en cuya virtud y por ministerio de la ley, administra sin mandato los bienes de un tercero y el acto que ejecuta en calidad de procuratore sine mandato surte todos sus efectos jurídicos.

El segundo mecanismo de administración de los bienes incautados consiste en la celebración de los contratos de arrendamiento, fiducia y administración, cuyo régimen es, de acuerdo con lo establecido en la ley de extinción del dominio, el mismo de la contratación estatal.

Atendiendo a la necesidad de buscar la efectividad de la norma y el cumplimiento del propósito perseguido por ella, es posible, con una interpretación y aplicación distinta de las tradicionales del régimen de contratación estatal, llegar a fórmulas mediante las cuales sea posible, dentro del marco de la legislación vigente, atender a la administración de los bienes incautados conforme a los parámetros trazados por la Ley 333 de 1996.

Así, resulta aconsejable tener presente que el estatuto que les es aplicable a cada uno de los contratos previstos como posibles por la Ley 333 de 1996, dispone que con la contratación se busca, entre otros propósitos, el cumplimiento de los fines estatales y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la entidad contratante en la consecución de dichos fines, y al propio tiempo establece que en su celebración y ejecución el contratista no solamente debe tener en cuenta la

obtención de utilidades que el Estado le garantiza, sino su deber de colaboración con la administración en el logro de sus fines.

Ello deja entrever que aún aplicando el régimen actual, si se privilegia el cambio del enfoque tradicional sobre las relaciones entre los contratistas y el Estado, de antagonistas o contrapartes a colaboradores, es posible, dentro de las alternativas de contratación para la administración de los bienes incautados contempladas en la Ley 333 de 1996, diseñar fórmulas adecuadas tanto para el logro de los propósitos que deben presidir la celebración y ejecución de los contratos, como para hacer que los bienes que constituyen el objeto de estos últimos sigan siendo productivos y generadores de empleo o, por lo menos, que su administración no implique un gravamen adicional para las arcas del Estado.

De otro lado, se advierte cómo la posibilidad de celebración de contratos orientada al propósito legal de que los bienes incautados continúen siendo productivos y generadores de empleo, se complementa con la habilitación jurídica para contratar la ejecución de otras actividades que competen a la Dirección Nacional de Estupefacientes relativas a la administración de tales bienes, con los demás organismos del Estado y las entidades territoriales,

haciendo uso de los mecanismos de acción administrativa previstos en la Ley 489 de 1998.

Para esta última finalidad, de la cual no se ha hecho uso, puede acudir a la celebración de contratos por desempeño, consistentes en acuerdos mutuos entre dos partes del sector público, en los cuales una parte (el principal o comprador, en este caso la Dirección Nacional de Estupeficientes) especifica el nivel de recursos dado a la otra parte (el vendedor o el agente, en este caso la otra entidad estatal) y el tipo, la cantidad y la calidad del desempeño (rendimiento o resultado frente a las obligaciones pactadas) a ser producido en un cierto período de tiempo¹⁸⁶.

De persistir el ente administrador en el enfoque jurídico convencional para la celebración de los contratos previstos por la ley de extinción del dominio sobre los bienes incautados, no podrán superarse las limitaciones expuestas en el capítulo 5º, con lo cual se pierde esta posibilidad de mantener la actividad económica de los mismos, como lo reflejan las cifras presentadas

¹⁸⁶ Sobre la utilidad de los contratos por desempeño como mecanismos de la nueva gerencia pública, consúltase ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Nueva Gerencia Pública: ¿Qué Tomar y Qué Dejar? En: Memorias del III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Op. cit. p. 156.

en el numeral 5.7. del mismo capítulo, las cuales muestran que, en materia de contratación, solamente se ha hecho un uso significativo del arrendamiento, pero no por gestión de la Dirección, sino porque esa era la condición jurídica de los bienes al momento de la incautación y operó una sustitución automática del arrendador.

El tercer sistema de administración de los bienes incautados lo constituye la destinación provisional. Las cifras a que antes se hacía referencia, ponen en evidencia que el mecanismo más adecuado hasta ahora encontrado por el legislador y aplicado por la Dirección Nacional de Estupefacientes para el cumplimiento de la gestión de administración de los bienes incautados, ha sido la destinación provisional, cuyas características fueron expuestas detalladamente en el capítulo 5º.

Dado el éxito que este mecanismo ha mostrado en su empleo como instrumento para la administración de los bienes incautados, podría resultar conveniente explorar alternativas de ampliación de su aplicación, una de las cuales podría ser la de diversificar los potenciales destinatarios del sector privado.

En efecto, hasta ahora la destinación provisional, fuera de las entidades oficiales, se ha limitado a las instituciones de beneficio común legalmente reconocidas, las cuales asumen un conjunto de obligaciones, relacionadas con el mantenimiento de la actividad económica del bien, la conservación y cuidado del mismo, el pago de impuestos y gravámenes, la rendición de informes sobre su uso y la cancelación mensual de la suma ofrecida en la propuesta para la destinación.

Esta última obligación en muchos casos resulta de imposible cumplimiento para las entidades que podrían estar interesadas en ser destinatarias, porque su objeto fundacional, carente de ánimo de lucro, hace que no dispongan de los recursos necesarios para tal fin. En su lugar, proponen y con base en ese criterio se les hace la destinación, el ahorro que para sus presupuestos significa no tener que asumir el canon mensual por el arrendamiento de los bienes destinados.

No obstante, si el propósito de la normatividad vigente está orientado a que los activos incautados continúen siendo productivos y generadores de empleo y a que su administración se auto-financie, es decir, que la gestión de conservación y custodia de los mismos hasta la decisión judicial definitiva no

implique una mayor carga presupuestal para el Estado, nada se opone a que se promueva una reforma legal que incluya a las entidades de derecho privado con ánimo de lucro como destinatarias, las cuales, por definición, deberían estar en capacidad de atender el pago de la suma mensual por el uso del bien. Naturalmente que para estos casos también debe operar la autorización para la verificación de los antecedentes judiciales de los socios y administradores de la entidad.

La alternativa de ampliación de los potenciales destinatarios, para incluir aquellos que estén en capacidad efectiva de cancelar una suma mensual determinada por el uso de los bienes que les sean asignados provisionalmente, se encuentra enmarcada por la aplicación de otra tendencia del derecho administrativo contemporáneo, consistente en el incremento de la eficiencia y la eficacia de los servicios gubernamentales a través del cobro de los costos reales de prestación de los servicios, en sustitución del esquema asistencialista, caracterizado por el otorgamiento de subsidios a la demanda, que tienen que ser cubiertos o amortizados con transferencias provenientes de otros rubros del presupuesto público.

Así, el cobro al usuario aparece como un medio para lograr la recuperación de costos a través del pago y para hacer que los servicios gubernamentales sean más eficaces y eficientes, pues la visibilidad clara de costos y beneficios de los servicios a los usuarios –en este caso los destinatarios provisionales- impone una disciplina en relación con las demandas de servicios por parte de estos y promueve la toma de conciencia sobre los costos y la orientación al usuario por parte de la entidad estatal¹⁸⁷.

Con el empleo de este mecanismo de gerencia pública, no se trata de reducir las prestaciones sociales ni el bienestar de la población, sino de reducir el gasto, suprimir la burocracia innecesaria, aumentar la eficiencia; en una palabra, “conseguir que cada unidad de dinero público que se gaste produzca más servicios sociales” ¹⁸⁸.

Se trata más bien de superar la mentalidad de recibir cosas “gratis”, cuyo uso extendido ha hecho que la demanda de bienes y servicios a proveer por

¹⁸⁷ El cobro al usuario es un mecanismo tipo mercado orientado al mejoramiento de la gestión de la administración pública, cuya implementación exitosa, como lo señalan ORMOND y LÖFFLER en el texto citado, demanda un sistema de rendición de cuentas progresivo, una buena medición del desempeño y flexibilidad gerencial de la organización pública para establecer y adaptar los cobros.

¹⁸⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit. p. 106.

parte del Estado se dispare, se despilfarre y genere frustración social. La aplicación de este criterio asistencialista asfixia la iniciativa privada, genera ineficiencias continuas, acaba con la productividad y hace imposible competir en el mercado internacional¹⁸⁹.

Esta última referencia relacionada con los costos, permite encadenar el análisis de la aplicación del derecho privado en función de la naturaleza de la actividad desarrollada, con otra tendencia del derecho administrativo actual, consistente en la consideración de los efectos económicos de las medidas jurídicas como mecanismo para establecer su aplicación, modificación o derogatoria.

Este análisis es importante en el caso del objeto de estudio, porque la normatividad relativa a la administración de los bienes incautados y a la destinación definitiva de los bienes cuyo dominio se declare judicialmente extinguido, si bien se orienta a la ejecución de una política estatal en materia criminal, dirigida a la afectación de los beneficios patrimoniales obtenidos por el narcotráfico y por esta vía reducir la problemática de la droga, al recaer

¹⁸⁹ Ibidem, p. 98-99.

ella sobre activos que forman parte de la economía, necesariamente produce un efecto sobre el sistema económico.

Dejar fuera del comercio los bienes afectos a un proceso penal por los delitos de narcotráfico y conexos o a una acción de extinción del derecho de dominio, asumir el Estado su administración mientras se decide de fondo el respectivo proceso judicial y destinarlos definitivamente a un sinnúmero de programas de corte social, implica la generación de unos costos para la economía derivados de tales situaciones y a la vez representa la oportunidad de obtener unos beneficios para el sistema.

Desde esta perspectiva, resulta pertinente analizar el impacto producido sobre la economía por la aplicación de las normas jurídicas de las cuales se ocupa la presente investigación, con el fin de establecer si ellas han contribuido a una mayor eficiencia económica y proponer soluciones para aumentar esa eficiencia.

El análisis costo-beneficio¹⁹⁰ permite a los Estados, a través de un conjunto sistemático de procedimientos, valorar si debe emprender o no un determinado proyecto o programa o escoger uno cuando existen varias alternativas.

Este análisis utiliza los mismos procedimientos que el de los costos y beneficios privados, a saber, la averiguación de las consecuencias del proyecto, la evaluación de los factores y productos utilizando precios del mercado para calcular el beneficio neto anual y el descuento de los beneficios de los años futuros para calcular el valor presente, con la salvedad de que tiene en cuenta una gama más amplia de consecuencias y de que los precios a los que se evalúan los factores y los productos pueden no ser los precios del mercado, porque ellos no se vendan en el mercado o porque no reflejen exactamente los costos y los beneficios sociales marginales debido a una falla del mercado.

En el caso de la presente investigación, existe respecto de la administración provisional y la destinación definitiva de los bienes incautados, una política

¹⁹⁰ Para la presentación de los aspectos teóricos del análisis costo-beneficio, se tomó como referencia a STIGLITZ, Joseph E. La Economía del Sector Público. 2ª. Ed. Barcelona: Antoni Bosch Editor, 1988.

legalmente establecida, dirigida a dos objetivos: primero, mantener la productividad y la generación de empleo de los bienes, con un corolario no declarado legalmente en forma expresa, consistente en que los costos de administración de los bienes al menos se compensen con los beneficios que se obtengan de la aplicación de los distintos sistemas de administración previstos en el ordenamiento jurídico; segundo, obtener recursos para alimentar programas de carácter social y proyectos institucionales cuya cobertura es insuficiente con los recursos asignados del presupuesto público.

De acuerdo con lo anterior, el análisis costo-beneficio, que estuvo ausente al momento de la formulación normativa de esta política, debe servir para evaluar sus resultados y adoptar los correctivos pertinentes o, de ser necesario, reformularla o inclusive prescindir de ella, pues, aunque se presenta un problema de partida, por la inexistencia de datos oficiales suficientes tanto sobre los factores como sobre los productos para establecer los costos y los beneficios del sistema normativo de administración provisional y destinación definitiva de los bienes incautados, de la información disponible puede inferirse que hasta la fecha los costos son mayores que los beneficios.

En efecto, se tiene, de una parte, que la administración de los bienes incautados genera unos costos de administración y unos costos de oportunidad, los cuales, a su turno, se ven afectados por los costos de transacción, y de otra parte, dicha administración busca producir unos beneficios de retorno público/privado en la aplicación de los sistemas de administración y otros beneficios de retorno social en la destinación definitiva de los mismos.

Los costos de administración son los costos directos en que incurre el Estado, a través de la Dirección Nacional de Estupefacientes, para llevar a cabo las tareas de administración de los bienes¹⁹¹, los cuales se reflejan en el presupuesto de la entidad como gastos de funcionamiento, tales como los salarios y prestaciones de los servidores públicos dedicados a esa labor, la remuneración de los agentes particulares que colaboran con la entidad estatal en ese propósito, y los gastos generales en equipos, suministros (papelería, elementos de oficina etc.) y gastos administrativos asociados a la

¹⁹¹ Tales como el levantamiento del inventario sobre el estado de uso y conservación de los bienes al momento de la incautación, la supervisión sobre las condiciones de tenencia, conservación y explotación de los bienes en las modalidades de administración en que no hay enajenación de los activos, los gastos de organización y ejecución de los sistemas de administración de los bienes etc.

aplicación de los sistemas de administración (publicación de avisos, viáticos de funcionarios, gastos de transporte etc.).

Los costos de oportunidad se establecen por la falta de uso o explotación de los bienes desde el momento de su incautación hasta el momento del empleo de un sistema de administración sobre ellos para que continúen siendo productivos y generadores de empleo o inclusive hasta el momento de la decisión judicial definitiva sobre los mismos, en la medida en que el costo de la prima de riesgo, derivado de las externalidades, incrementa la tasa de descuento para establecer el valor presente, lo cual torna de difícil elección por parte de los particulares la inversión de recursos en la administración de estos bienes, que serían los que generarían un retorno público y privado, ya que para ellos existen otras alternativas más seguras para obtener la misma rentabilidad.

Esta situación lleva a preguntarse inclusive si es realista pretender un retorno público y privado en la administración provisional de los bienes incautados, ya que solamente si el promedio ponderado de los costos contables y los costos de oportunidad es inferior a los beneficios y compensa por la mejor

oportunidad de uso de los recursos, el sector privado estaría dispuesto a administrar los bienes.

Naturalmente que el tiempo de inactividad económica de los bienes incautados no solamente aumenta los costos de oportunidad, sino que incrementa los costos de administración sin que en ese lapso se generen beneficios de retorno del activo. A su turno, los costos de transacción hacen que se prolongue el período durante el cual los bienes no cumplen una función económica y por consiguiente, contribuyen al aumento tanto de los costos de oportunidad como de los costos de administración.

De otra parte, como quiera que en el lapso comprendido entre la medida cautelar sobre los bienes y la decisión judicial definitiva sobre ellos, ya sea ordenando su entrega al particular que demuestre un derecho legítimo o declarando la extinción del dominio, puede suceder que los bienes se pierdan o sufran deterioro o que por causa de ellos se ocasionen daños personales o patrimoniales a terceros, debe tomarse en consideración dentro del análisis de costo/beneficio, el riesgo relativo a la responsabilidad que se derive de tales eventos.

Ello resulta ser así porque si bien mientras se produce la providencia definitiva los activos incautados siguen siendo de propiedad de la persona de derecho privado, ella pierde toda facultad dispositiva y administrativa sobre ellos, quedando esta última radicada en la Dirección Nacional de Estupefacientes, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado.

Esto significa que de acontecer cualquiera de las situaciones antes reseñadas, la responsabilidad recae directamente sobre el Estado, sin perjuicio de que, si los bienes incautados se encuentran asegurados por los destinatarios provisionales o los contratistas, según el caso, la entidad demandada procure los medios judiciales de defensa necesarios para la recuperación del monto de la indemnización que se vea obligada a reconocer. Lo anterior no implica que el afectado se encuentre compelido a demandar a estos últimos, sino que conserva la legitimación para entablar la acción judicial en contra de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

El posible impacto del riesgo por responsabilidades estatales de carácter patrimonial se reduce, en la medida en que el literal e) del artículo 26 de la Ley 333 de 1996 prevé que parte de los bienes y recursos sobre los cuales

se declare la extinción del dominio e ingresen al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, se destine a reembolsar los daños ocasionados a los nacionales titulares y terceros de buena fe y contratar pólizas de seguros para proteger los bienes incautados e inclusive aquellos que ya hayan sido objeto de la declaración de extinción del dominio. Naturalmente que la reducción del riesgo está directamente relacionada con la existencia de recursos suficientes en el Fondo para amparar suficientemente los riesgos reseñados, bien que esa cobertura sea asumida directamente por éste o se haga a través de pólizas de seguros contratadas.

En todo caso, en el evento de una demanda judicial en contra de la Dirección Nacional de Estupefacientes por el estado de los bienes objeto de devolución, es su deber llamar en garantía a los contratistas, destinatarios y depositarios provisionales de los mismos.

Además, hay que considerar que la responsabilidad en que puede incurrir el Estado en esta materia de la administración de los bienes incautados, también puede obedecer a una falla en el servicio por mora o equivocación en la resolución oportuna de las peticiones relacionadas con el depósito

provisional de los bienes, que es una de sus modalidades de administración, así como de aquellas referentes a su devolución¹⁹².

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁹³ en un caso resuelto sobre el particular, consistente en la demora y posterior negativa de la Dirección Nacional de Estupefacientes a ordenar la devolución de una avioneta que había sido incautada sin que hubiera razón legal para ello, señaló que “la responsabilidad extracontractual del Estado se deduce siempre que se dan los elementos que la configuran; éstos son una acción u omisión, un daño causado y una relación de causalidad entre los dos extremos mencionados”, responsabilidad que para el evento que examina se fundamenta en que “la Administración incurrió en mora en tomar las decisiones que le eran obligatorias”, y con su omisión “se causó un daño a los propietarios de la misma (se refiere a la avioneta), daños consistentes en perjuicios materiales por la no explotación económica del bien y daños morales por el escarnio público a que fueron sometidos los propietarios por la calidad de las inculpaciones hechas”.

¹⁹² Sobre el depósito provisional y la devolución de los bienes incautados, véanse los acápites 5.2.4 y 5.5 del capítulo 5º de este trabajo.

¹⁹³ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de octubre 23 de 1990, ponente Gustavo de Greiff Restrepo, exp. 5945. Texto en Internet.

Ahora bien, para el reconocimiento de la indemnización a que haya lugar por una falla en el servicio en estos casos últimamente citados, ilustrados con la cita de la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta, como lo indica la misma Corporación en ese fallo, que “el daño indemnizable es el cierto y que sea una consecuencia necesaria y directa del hecho que lo origina y si bien su reparación debe comprenderlo en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, su cuantificación debe hacerse a partir de datos incontrovertibles acerca de la efectiva pérdida sufrida”.

En cuanto a los beneficios esperados de la aplicación del sistema de administración de los bienes incautados contemplado en la ley de extinción del dominio y en sus decretos reglamentarios, las cifras presentadas en el Capítulo 5º, revelan claramente la precariedad de los resultados obtenidos en la fase de administración provisional de los mismos por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes y son aún menos alentadoras en relación con la destinación definitiva a los distintos y variados programas y proyectos de carácter social e institucional previstos como destinatarios y beneficiarios de esos activos.

Las preguntas que surgen de este diagnóstico de la realidad atañen, como es apenas obvio, a la determinación de las causas que hacen que los costos para el Estado no se reduzcan o inclusive se incrementen y que los beneficios generados sean inferiores a los costos incurridos, y, a renglón seguido, a la identificación de lo que podría hacerse para reducir los costos y para incrementar los beneficios.

Así, el principal problema para poder aplicar a cabalidad los sistemas de administración de los bienes incautados legalmente previstos, sobre todo aquellos que podrían generar un mayor retorno público y privado, consiste en la incertidumbre del tiempo de tenencia de los bienes, puesto que su uso y explotación bajo cualquier condición (arrendatario, fiduciario, depositario, destinatario etc.), siempre está sujeto a la decisión del juez ordenando su devolución o declarando la extinción del dominio.

Esa limitación legal, de muy difícil modificación atendiendo el carácter cautelar de la restricción sobre el dominio del bien, hace necesario pensar en alguna otra alternativa distinta de los mecanismos de administración provisional para que el resultado sea eficiente para la economía.

Una posibilidad podría ser la autorización legal para que la Dirección Nacional de Estupefacientes, directamente o a través de un intermediario, pueda enajenar los bienes que le son puestos a su disposición, conservando el producto de la venta en una subcuenta especial del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado hasta tanto se produzca la decisión judicial definitiva, en cuyo caso tales recursos se devolverán al antiguo propietario del bien o se destinarán por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes a los programas legalmente previstos como beneficiarios de los mismos.

En el entretiem po, la Dirección Nacional de Estupefacientes podría administrar directamente o contratar la administración de esos recursos líquidos, actividad que resulta muchos menos costosa y riesgosa y que por definición es rentable, de manera que mientras mayor sea el número y valor de los activos monetizados, más favorable será la relación costo-beneficio de su administración.

Otra posibilidad podría consistir en ampliar la aplicación de la destinación provisional como mecanismo de administración de los bienes incautados,

mediante la diversificación de los potenciales destinatarios del sector privado, incluyendo a personas jurídicas que tengan ánimo de lucro, las cuales estarían, por razón de su configuración jurídica, en real capacidad de cancelar una suma mensual por el uso de los bienes, en lugar de continuar efectuando las asignaciones con base en el ahorro que para los presupuestos de las instituciones de beneficio común legalmente reconocidas significa no tener que asumir el canon mensual por el arrendamiento de los bienes destinados.

Si desde la perspectiva económica el propósito de la normatividad vigente está orientado a que los activos incautados continúen siendo productivos y generadores de empleo y a que su administración se auto-financie, resulta pertinente promover una reforma legal que incluya a las entidades de derecho privado con ánimo de lucro como destinatarias provisionales de los bienes incautados, conservando también para estos la autorización para la verificación de los antecedentes judiciales de los socios y administradores de la entidad.

El otro gran problema para hacer que los costos de administración de los bienes incautados se reduzcan y que los beneficios sociales de la

destinación definitiva efectivamente se produzcan y, por tanto, no se afecten por los costos de oportunidad asociados a su no aplicación a los programas a los cuales están destinados, consiste en la ineficiencia de la administración de justicia para decidir oportunamente, dentro de los plazos establecidos por la propia ley, los procesos penales y las acciones de extinción del dominio, en especial estas últimas.

Es claro que la demora en la resolución de los procesos penales por delitos de narcotráfico y conexos en los cuales el juez debe pronunciarse sobre los bienes incautados, así como la tardanza de fiscales y jueces en el trámite y decisión de las acciones de extinción del dominio, impide la obtención oportuna de los beneficios sociales esperados con la destinación definitiva de los bienes cuyo dominio ha sido judicialmente declarado extinguido, restando eficacia económica al conjunto normativo de administración y destinación definitiva de los bienes incautados.

Ahora bien, la demora en la tramitación y decisión de los procesos judiciales, refleja un problema de ineficiencia de la administración de justicia¹⁹⁴, que

¹⁹⁴ Sobre la identificación de las causas y propuestas de solución en relación con la ineficiencia de la administración de justicia en América Latina, véanse BUSCAGLIA, Edgardo y DAKOKLIAS, María. Reforma Judicial de las Cortes en América Latina: Las Experiencias

está asociado con otros factores como la creciente cantidad de casos acumulados, la percepción pública de que existe corrupción judicial y la incertidumbre, cada vez mayor, relativa a las decisiones de los jueces¹⁹⁵.

Morosidad judicial y retardo en la solución de conflictos, alta discrecionalidad administrativa y procesal, falta de infraestructura, complejidad, rigidez y ritualismo en los trámites judiciales, ausencia de recursos económicos, debilitada independencia institucional y falta de profesionalismo de los funcionarios judiciales, son características de una administración de justicia que no contribuye a una asignación eficiente de los recursos económicos en la sociedad.

En términos generales, la debilidad del sistema judicial resulta costosa para el sistema económico porque determina la pérdida de valor de los derechos

de Argentina y Ecuador; BUSCAGLIA, Edgardo. Reflexiones, Experiencias y Estrategias en Torno a la Corrupción; BUSCAGLIA, Edgardo y MERINO DIRANI, Valeria. Estudio Empírico sobre las Condicionantes Institucionales para la Transparencia de la Justicia en Ecuador. En Colombia, son de resaltar las investigaciones recientes llevadas a cabo por la Corporación Excelencia en la Justicia, cuyos resultados han venido siendo publicados desde 1996 hasta la fecha en la Revista Justicia y Desarrollo: Debates.

¹⁹⁵ Por ejemplo, comienzan a hacer carrera sentencias en acciones de tutela ordenando la devolución de bienes incautados que se encontraban bajo un sistema de administración, proferidas por jueces que no son los que se encuentran tramitando los respectivos procesos penales o de extinción del dominio y que muchas veces ni siquiera pertenecen a la jurisdicción penal.

de propiedad debido a la predecible falta de ejecución de las leyes, genera costos de transacción adicionales a las relaciones jurídico-económicas entre los particulares y entre estos y el Estado e incrementa el valor de las oportunidades económicas desaprovechadas debido al alto riesgo inherente y a la falta de acceso a los tribunales.

Qué hace que el sistema judicial no sea eficiente y qué hacer para procurar que sí lo sea, son preguntas cuyas respuestas permitirán en forma consecuencial incidir en la reducción de los costos y el aumento de los beneficios, en este caso, de la aplicación de los sistemas de administración de los bienes incautados.

Los aspectos más relevantes sobre la causalidad y la solución a los problemas de eficiencia del sistema judicial, se pueden resumir de la siguiente manera:

- Una deficiente aplicación del sistema de nombramientos, ascensos y remoción de fiscales, jueces y funcionarios judiciales, por cuanto la
-

carrera judicial en la práctica no funciona con base en el desempeño del funcionario.

El escenario de mejor práctica a este respecto indica la ejecución de una política de estabilidad de fiscales, jueces y magistrados, cuya permanencia en la carrera esté asociada a evaluaciones constantes del desempeño.

- La discrecionalidad administrativa, que se refleja en la carencia de procedimientos uniformes en la administración interna de los despachos judiciales y se relaciona con la falta de sistemas gerenciales de información eficientes y transparentes y la falta de manuales y asignación de funciones que vaya de acuerdo con reglas pre-fijadas.

Para atacar este problema es necesario simplificar y actualizar los trámites y procedimientos y mejorar la administración de los despachos judiciales a través de la uniformidad de los procedimientos y la disminución de la capacidad discrecional de los jueces de organizar su trabajo de acuerdo con criterios individuales.

- La discrecionalidad procesal, que se refleja en la falta de aplicación de las normas legales procesales, en especial las relativas a los plazos procesales, pues en la mayoría de los casos los procesos duran mucho más de lo que la ley prescribe.

Para tratar de resolver la situación problemática, es necesario llevar a cabo un conjunto de acciones concretas que involucren la administración activa de los casos por parte de los jueces, el establecimiento de metas de tiempo para el procesamiento de los casos con participación de los mismos jueces y el desarrollo de un mecanismo para la evaluación del progreso, medidas que no son posibles sin el concurso de estadísticas confiables.

Además, es necesario que el sistema judicial esté en capacidad de predecir la demanda de servicios con el fin de evitar el aumento en el tiempo de resolución de los procesos y disminuir los incentivos para que los abogados aumenten la complejidad de los casos.

- La ausencia de un sistema eficaz que sirva para reportar actos de corrupción dentro de la judicatura y la falta de apoyo por parte del personal judicial hacia aquellas medidas que combatan la corrupción en la propia institución.

Estos aspectos que contribuyen a la ineficiencia de la administración de justicia, pueden conjurarse mediante el reforzamiento de la ética del servidor público, no solamente a nivel institucional, sino también desde su formación académica, y con la disminución de los eventos que podrían facilitar la corrupción, evitando en lo posible el contacto entre los funcionarios judiciales y los usuarios y el público en general. La consecución de esto último se facilita con la utilización de las herramientas que ofrece la tecnología actualmente disponible.

Como se aprecia, el conjunto de soluciones en procura de hacer más eficiente la administración de justicia, cuyo logro facilitará en muy buena medida la eficiencia económica del sistema legal de administración y destinación definitiva de los bienes incautados, implica unas propuestas de mejoramiento que deben combinar factores organizacionales, procesales, tecnológicos, normativos y económicos.

Adoptar soluciones parciales o fragmentarias está demostrado que no conduce a una mayor eficiencia de la administración de justicia. Un aumento del nivel real de salarios, que es un factor económico, si no va acompañado de otras medidas como el control de calidad y de gestión a través de la introducción de la informática, la reducción de la discrecionalidad mediante el aseguramiento de una misma línea jurisprudencial, la desconcentración de las funciones administrativas del despacho judicial en manos del juez y del secretario, la disminución de pasos procesales etc., que son factores tecnológicos, normativos, organizacionales y procesales, no garantiza un impacto sobre la eficiencia del sistema judicial.

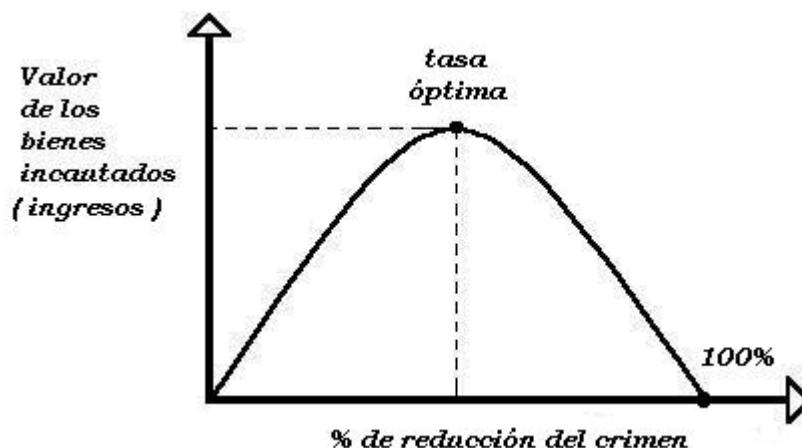
Ahora bien, en la medida en que el sistema empiece a operar de acuerdo con la racionalidad económica implícita en él, se generará un aumento de la demanda de bienes incautados, que puede conducir a prácticas policivas y judiciales violatorias de las garantías y de los derechos constitucionales mínimos de los titulares del dominio sobre esos bienes.

Ello resulta conveniente advertirlo porque desde la perspectiva económica, una “eficiencia excesiva” del sistema puede conducir nuevamente a que los

costos sean mayores que los beneficios por el monto de las indemnizaciones que el Estado tendría que pagar como consecuencia de su responsabilidad por los daños antijurídicos ocasionados con las incautaciones y la aplicación de los sistemas de administración de los bienes incautados.

Por último, desde esta perspectiva de análisis económico, debe tenerse en cuenta la evolución que presenta en el tiempo la potencialidad para obtener beneficios de los bienes incautados, pues si hay consistencia en la ejecución de la política dirigida a reducir los beneficios patrimoniales producidos por el narcotráfico para afectar el negocio ilícito, es evidente que la disminución de las actividades delictivas se reflejará en una reducción correlativa de los recursos generados por ellas y por consiguiente en el número y valor de los bienes incautados.

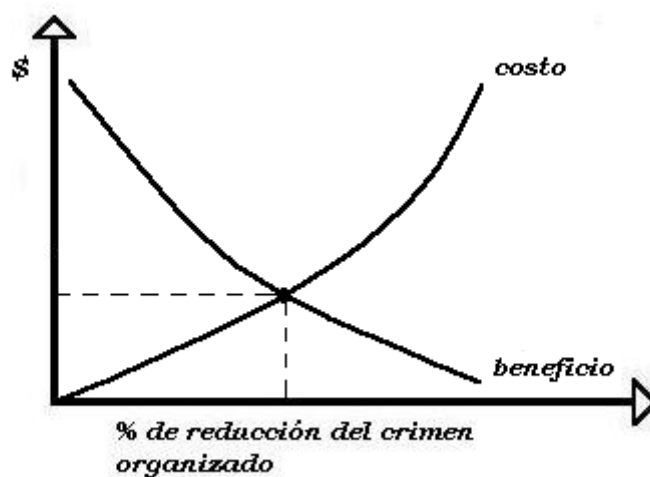
El momento en el cual se obtiene el máximo beneficio posible de la aplicación de los sistemas de administración de los bienes y de su destinación definitiva se conoce como Tasa Óptima de Incautaciones, que se representa gráficamente de la siguiente manera:



En la fase inicial de ejecución de las medidas policivas y judiciales de afectación de los beneficios patrimoniales del narcotráfico, orientada a la disminución del fenómeno criminal asociado a la droga, se produce un incremento de número de los bienes incautados y por ende de su valor, pero en la medida en que se reducen las actividades criminales alrededor del narcotráfico, empiezan a reducirse también los bienes incautados y por consiguiente los beneficios económicos que pueden derivarse de su administración y destinación hasta llegar a un punto en que los costos de la administración de los bienes son superiores a los beneficios.

Esta es la misma situación que acontece con la estimación costo-beneficio de la persecución del crimen organizado en función de los recursos destinados a su reducción, en relación con la cual, en la medida en que se

incrementan los costos para reducir el crimen organizado, paulatinamente se reducen los beneficios derivados de esa disminución, hasta llegar al momento en que los costos invertidos para seguir reduciendo el crimen organizado son superiores a los beneficios obtenidos de esa disminución adicional, como se aprecia en la siguiente gráfica:



Cuando en uno y otro evento los costos se tornan superiores a los beneficios, es el instante para reformular las políticas y orientar los recursos públicos y privados comprometidos en ellas hacia la satisfacción de otras necesidades demandadas por el conglomerado social, cuya solución reporte mayor eficiencia a la economía e incremente la equidad social en la distribución de los beneficios que ella genere.

6.2.2.2. Aplicación en Función de la Fórmula Institucional

La segunda modalidad de huida del derecho administrativo mediante la aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales de derecho público es aquella que se determina en razón de la fórmula institucional adoptada, es decir, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del organismo público de que se trate.

Lo anterior implica que el régimen jurídico aplicable a cada entidad debe ser el que corresponda con la calificación hecha en el acto de creación y con los reales elementos institucionales que el organismo ostente, de manera que la asignación del modelo institucional, y por ende del régimen jurídico correlativo, sea coherente con la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad.

La dificultad para preservar esa armonía jurídica se presenta cuando parte de la actividad llevada a cabo por el organismo administrativo no guarda coherencia con el molde institucional del cual ha sido revestido y como consecuencia sus posibilidades jurídicas son insuficientes para adelantar eficazmente dicha actividad.

Tal es el caso de la Dirección Nacional de Estupefacientes, cuya naturaleza jurídica y por tanto su régimen jurídico corresponden al ejercicio de una típica función administrativa, la cual es desbordada por la atribución específica de administrar los bienes incautados, que se inscribe más apropiadamente como una actividad de carácter comercial que como un servicio público.

Históricamente, la labor de administración de los bienes incautados estuvo inicialmente a cargo de una dependencia dentro del Ministerio de Justicia, el cual, como organismo rector del sector que lleva su nombre, debió asumir progresivamente las competencias relacionadas con el problema de la droga en materia de interdicción y control.

La misma complejidad del fenómeno llevó a la creación de un organismo autónomo dentro de la estructura de la rama ejecutiva del Estado, con el carácter de unidad administrativa especial, encargado de proponer políticas y líneas de acción para enfrentar la problemática de la droga, así como de ejecutar algunas de ellas y coordinar y supervisar su ejecución por parte de todos los demás entes estatales con incidencia sobre el fenómeno, de acuerdo con los lineamientos trazados por el Consejo Nacional de

Estupefacientes, como máximo organismo rector de la política antidrogas del Estado colombiano.

Las unidades administrativas especiales son modalidades de organización de origen legal, cuya existencia fue prevista a partir de la vigencia del Decreto 1050 de 1968, por medio de las cuales el Gobierno trata de atender ciertos programas propios ordinariamente de un ministerio o un departamento administrativo, pero que, por su naturaleza, o por el origen de los recursos que utilizan, no deben estar sometidos al régimen administrativo ordinario.

Con base en esta disposición, se crearon dentro de la organización de los ministerios, unidades administrativas especiales para la gestión de programas adelantados como resultado de la cooperación técnica internacional. No obstante, con el transcurso del tiempo se empezaron a instituir organizaciones bajo este epígrafe, que no corresponden a la concepción plasmada originalmente por el legislador de excepción.

Una de tales entidades fue la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual tuvo un origen atípico, en la medida en que fue creada por un decreto expedido al amparo de la declaración del estado de sitio, con el fin de

coordinar el desarrollo y la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes, y cuya existencia fue convalidada luego por otro decreto, proferido con base en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 30 de la Constitución, en el cual se ratificó su naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, patrimonio propio y régimen especial de contratación administrativa.

Habérsele atribuído personalidad jurídica y la consiguiente autonomía a una unidad administrativa especial, constituía, dentro del marco legal entonces vigente, una impropiedad jurídico administrativa, pues, como bien tuvo a señalarlo la Corte Suprema de Justicia¹⁹⁶, para la época de creación y convalidación de la existencia de la Dirección Nacional de Estupefacientes, las unidades administrativas especiales, tanto orgánica como funcionalmente, formaban parte de la estructura de los ministerios o de los departamentos administrativos, como verdaderas dependencias de los

¹⁹⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia de abril 18 de 1981, expediente 837, citada en TAFUR GALVIS, Alvaro. Op. cit. p. 164.

mismos, cuya concepción obedecía al propósito de evitar la existencia de piezas sueltas dentro de la administración.

Si bien, como también lo indica la Corte, su actividad correspondía a necesidades sobrevinientes dentro de la problemática que debe afrontar dinámicamente la administración moderna, de manera que tales organismos fueran instrumentos de flexibilidad y agilidad administrativas, dentro de la caracterización normativa de las unidades administrativas especiales antes de la vigencia de la Ley 489 de 1998, esa función legal no podía ser afectada ni traicionada, pues se desfiguraba el concepto legal y no se obtenían los propósitos de eficacia considerados por la ley¹⁹⁷.

Sin embargo, mediante la ley antes mencionada, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se convalidó la existencia de unidades administrativas especiales con personería jurídica, las cuales fueron consideradas en el artículo 38 como integrantes del sector descentralizado por servicios, con lo cual se supera la

¹⁹⁷ TAFUR GALVIS, Alvaro. Op. cit. p. 165.

discusión sobre la desnaturalización jurídica de la estructura administrativa de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

No obstante, como quiera que el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 establece que las unidades administrativas especiales con personería jurídica se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley de su creación, el interrogante que surge es si la estructura determinada por el ordenamiento jurídico para la Dirección Nacional de Estupefacientes, ha sido útil para el adecuado cumplimiento de la función de administración de los bienes incautados, cuestionamiento al cual habría que contestar que la misma se ha visto limitada por el tratamiento más de unidad administrativa especial sin personería jurídica que el que le corresponde como unidad administrativa especial dotada de personería jurídica.

En efecto, pese a la presunta autonomía de que goza dicha entidad como entidad descentralizada, la verdad es que la toma de decisiones correspondientes a la fijación de las políticas para la administración provisional de los bienes incautados o a la determinación de su destinación definitiva, competen al Consejo Nacional de Estupefacientes, situación que retarda y entraba la gestión de la Dirección, en la medida en que por tratarse

aquel de un organismo colegiado con representantes de distintas entidades del Ejecutivo y de los organismos de control, se dilata dicha toma de decisiones por la dificultad para que el Consejo se reúna con la regularidad requerida y para llegar a un consenso que permita su adopción y puesta en marcha.

Entonces, si de lo que se trata es de contar con una entidad dentro de la estructura de la administración pública que se ocupe de coordinar el desarrollo y la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes, que responda cabalmente al ejercicio de su cometido institucional en la forma prevista por la Constitución para el desempeño de la función administrativa¹⁹⁸, sería conveniente la adopción de una de las siguientes dos alternativas:

- Revisar las funciones de carácter decisorio que tiene el Consejo Nacional de Estupefacientes, si lo que se quiere es que el régimen jurídico de la Dirección Nacional de Estupefacientes en verdad

¹⁹⁸ De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

corresponda con la fórmula institucional adoptada, esto es, el de una entidad descentralizada, y adecuarlas a las que se encuentran asignadas por el artículo 76 de la Ley 489 de 1998 a los consejos directivos de los establecimientos públicos, cuyo régimen se aplica en lo no previsto en el acto de creación a las unidades administrativas especiales con personería jurídica, y que se refieren más a la formulación de la política general de la entidad, la aprobación de su presupuesto anual y el seguimiento de la gestión institucional, sin interferir en la marcha cotidiana en el cumplimiento de la función administrativa.

- Plantear una revisión de la naturaleza jurídica de la Dirección, adecuándola al propósito antes enunciado, y, en tal virtud, tal vez se podría responder mejor a él si la Dirección Nacional de Estupefacientes se convirtiera en un departamento administrativo, de manera que no solamente se ocupara de coordinar el desarrollo y ejecución de las políticas del Gobierno Nacional en materia de control, prevención y represión de estupefacientes, sino que tuviera un papel determinante en la formulación de las políticas mismas y no estuviera condicionada para la toma de decisiones a las dificultades que entraña

su determinación por un organismo colegiado tan peculiar como el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Frente a esta segunda alternativa, conviene recordar que los departamentos administrativos son unidades administrativas autorizadas desde la reforma constitucional de 1945 para atender aspectos técnicos que antes estaban a cargo de los ministerios, cuya estructura interna y funciones generales son similares a los de estos y comparten con ellos el carácter de organismos superiores y principales de la administración.

Sus objetivos primordiales, de acuerdo con el artículo 58 de la Ley 489 de 1998, son la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen y sus funciones se ajustan a los cometidos institucionales que hoy tiene la Dirección Nacional de Estupefacientes, sin los inconvenientes derivados del régimen contenido en el acto de su creación y con las ventajas que representa el poseer la naturaleza jurídica de organismo principal de la Administración.

Esta segunda alternativa parecería ir en contravía de la tendencia del funcionamiento descentralizado de la administración, ya que se propone la

conversión de la Dirección Nacional de Estupefacientes de un organismo descentralizado en otro del nivel central. No obstante, debe entenderse que la adopción de esa forma institucional, para que opere con la funcionalidad que demandan los objetivos institucionales que la ley le ha asignado, tiene que ir acompañada de la utilización de los mecanismos descentralizadores del ejercicio de la función administrativa, hoy elevados a rango constitucional en nuestro ordenamiento, y precisados normativamente en la ya citada Ley 489 de 1998.

Es más, el uso de dichos mecanismos resulta pertinente con prescindencia de la pertenencia de la entidad al nivel central o al descentralizado. Nótese cómo una seria dificultad para el ejercicio eficaz y eficiente de la función de administrar los bienes incautados es la actual estructura concentrada de la mencionada entidad estatal, con presencia institucional efectiva únicamente en la capital del país, la cual impide un conocimiento real del inventario físico de los bienes que le son puestos a su disposición por las autoridades incautadoras, situación que, obviamente, dificulta la gestión de su administración, en la medida en que las decisiones se terminan tomando con base en la información documental que reposa en el respectivo expediente,

sin una real constatación sobre la existencia, calidad y estado de uso de los bienes al momento de la incautación.

Como señalan ORMOND y LÖFLER¹⁹⁹, existe un firme consenso en torno a que el modelo centralizado de suministro de servicios ya no satisface las necesidades y las condiciones de la gerencia pública y que es necesario efectuar una devolución de autoridad en el interior de las agencias públicas y/o entre ministerios/departamentos y agencias ejecutoras y/o entre el gobierno central y los niveles inferiores de gobierno.

La devolución de funciones públicas ha dado una nueva dimensión cualitativa y una nueva actualidad al antiguo debate entre centralización y descentralización. La interrogante nueva alude a cuáles son los mecanismos apropiados para implementar los desplazamientos de las funciones públicas hacia niveles inferiores de gobierno²⁰⁰.

Se trata aquí entonces de que una entidad que en la actualidad es descentralizada por servicios, pero que podría también ser un órgano del

¹⁹⁹ ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Op. cit. p. 148.

²⁰⁰ Ibidem, p. 149.

nivel central si se convirtiera en departamento administrativo, acuda a otros mecanismos de acción de la administración con el fin de hacer más eficiente su gestión.

En el caso colombiano, aquel interrogante tiene una parte de respuesta en la utilización de alguna de las modalidades de la acción administrativa previstas en la Ley 489 de 1998, ya sea la desconcentración administrativa o la delegación entre entidades públicas.

Mediante aquella se radican competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo, mientras que en esta se transfiere el ejercicio de las funciones a otra autoridad a través de un convenio en el que se fijan los derechos y las obligaciones de las entidades delegante y delegataria.

El ejercicio de la desconcentración supondría para la Dirección Nacional de Estupefacientes la creación de sedes fuera del domicilio principal, pues en este momento ellas no existen, en tanto que la delegación podría ser más fácilmente implementada, por cuanto esta no requiere la creación de nuevos

entes, sino la suscripción de los convenios interadministrativos pertinentes, de acuerdo con los requerimientos establecidos al respecto por la Ley 489 de 1998.

Empero, tal vez no resulte suficiente el simple traslado por habilitación legal de funciones y competencias que hoy tiene la Dirección Nacional de Estupefacientes a los organismos del nivel territorial o a dependencias suyas que se creen en forma desconcentrada, para garantizar el mejoramiento de la gestión administrativa a su cargo, y por ello se requeriría la adopción de mecanismos complementarios con tal propósito.

Así, una manera de trasladar el ejercicio de algunas de las funciones administrativas que competen a la entidad del orden nacional a otras entidades del nivel territorial local, que garantice un mejor resultado en la administración de los bienes incautados, podría ser la celebración de las denominadas “asociaciones para el desempeño”, como modalidades de los convenios interadministrativos, consistentes en acuerdos contractuales entre entidades de distintos niveles de gobierno, fundamentados en la

descentralización administrativa, cuya ejecución busca reducir costos y generar ganancias de eficiencia²⁰¹.

Como corolario de los planteamientos realizados respecto de la naturaleza jurídica de la Dirección Nacional de Estupefacientes, se tiene que la descentralización por sí misma no hace que la gestión de la administración sea más eficiente ni que con ella se logre descongestionar los órganos superiores del Estado, acercar la actividad en cuestión al ciudadano y disponer de mayor especialización en la materia de que se trate, si no se complementa con otras medidas que, de no tomarse, frustrarán tales propósitos²⁰².

Así, es necesario que a la par con el uso de los mecanismos de descentralización, su operatividad sea flexible, de manera que no solamente se cuente con la alternativa legal de la delegación, a la cual ya se hizo referencia expresa como medio de acción administrativa de la Dirección

²⁰¹ Sobre las asociaciones para el desempeño, véase ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Nueva Gerencia Pública: ¿Qué Tomar y Qué Dejar? En: Memorias del III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Op. cit. p. 149.

²⁰² GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General, 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. p. XIV-15, 16.

Nacional de Estupefacientes, sino también dotándola de modernas normas de procedimiento administrativo, para evitar que el formalismo procedimental los lleve a la esterilidad y para lograr que esas normas de procedimiento administrativo sirvan efectivamente para encauzar las pretensiones, reclamos y sugerencias de los ciudadanos y no frustren en la práctica el contacto de los distintos miembros de la sociedad con el organismo.

De otro lado, si uno de los objetivos de la descentralización es la descongestión de los organismos centrales, es necesario no entorpecer su actividad exigiendo a los entes descentralizados autorizaciones o aprobaciones de los organismos centrales para las cuestiones de su actividad regular, como ocurre con algunas de las funciones atribuidas al Consejo Nacional de Estupefacientes, presidido por el Ministro de Justicia, como máximo representante de una entidad perteneciente al nivel central y cuyos demás integrantes también hacen parte del mismo, pues en este caso se desvirtúa la descentralización, que no pasa de ser aparente y no es en modo alguno suficiente para lograr la finalidad requerida.

Esta reflexión sobre la naturaleza jurídica del ente encargado de la administración de los bienes incautados, permite hacer propias las palabras de GORDILLO²⁰³ acerca de la conveniencia y el peligro de la descentralización. Discurre así el tratadista argentino:

Si bien la descentralización es un elemento primordial y casi infaltable en toda administración moderna, no es tampoco un recurso de fácil uso ni de infalibles resultados. Si no se elige bien el tipo de descentralización con todas las medidas colaterales que requiere, si no se elige el tiempo o el grado oportuno de descentralización etc., se corre el riesgo no sólo de frustrar la finalidad perseguida, sino incluso de agravar la situación, al arrojar al medio ambiente un ente burocrático, inerte, inepto, que llena nominalmente una función pero no la cumple o la cumple mal, desprestigiando con la experiencia concreta la bondad del proyecto por lo que se lo creó. Y todavía más, una vez creado y organizado el ente, será ya difícil corregirlo integralmente para transformarlo en lo que inicialmente debió ser. La experiencia demuestra que una vez que el personal técnico y administrativo se forma determinada idea de cuáles son las finalidades o las tareas o el modo de realizar las tareas del ente, es muy difícil efectuar cambios demasiado sustanciales sin cambiar al mismo tiempo todo el personal. A su vez, cambiar todo el personal, o cambiar todas las actitudes del personal anterior, no suele poder hacerse sin crear grandes fricciones. La magnitud de estas fricciones y de estas dificultades es más trascendente cuando se trata de un ente descentralizado, porque su personal puede haberse formado a través del tiempo un fuerte sentido gremial o supuestamente institucional, que oponga una resistencia tenaz al cambio.

²⁰³ *Ibidem*, p. XIV-17-19.

Todo esto no lleva a la conclusión de que no deba descentralizarse, porque es obvio que la maquinaria central no sirve para determinados aspectos de la actividad del Estado, pero sí lleva principalmente a la conclusión de que la descentralización no puede ser utilizada irresponsablemente, sin estudios adecuados, sin darle una estructura adecuada y sin considerar concienzudamente sus implicancias, su coordinación, su acción: no puede descentralizarse así como así, por el solo hecho de que la misma actividad no ha funcionado bien en la administración central o en la actividad privada: debe estudiarse el problema de modo tal que la descentralización no resulte aún peor que lo anterior, pues, lo repetimos, la descentralización no es una fórmula mágica que por sí sola solucione todos los problemas tradicionales de la administración.

Ahora bien, para obtener resultados positivos en la actividad que lleven a cabo las entidades públicas, no basta con que estas hagan uso de los mecanismos de descentralización previstos constitucional y legalmente, sino que es necesario que el modelo de administración pública se adecúe a esos propósitos de orden gerencial en su gestión.

En el modelo de Administración que hoy existe opera una Administración rígidamente jerárquica, autoritaria, con afición al secreto y al misterio de sus razones; una Administración que ha estado –y sigue estando- excesivamente politizada, demasiado sumisa al mando político, con muy estrechas vías de exigir responsabilidad a autoridades y funcionarios; que tiene un sentido iluminista –y exclusivista- de lo que sea el interés público, que se considera

siempre en posesión de la verdad y que tiene, en definitiva, muy poco respeto al ciudadano al que dice servir²⁰⁴.

Pese a la destacada importancia de la eficacia y la eficiencia en el ejercicio de la actividad administrativa, el actual modelo de administración pública burocrática no parece haberse dado cuenta de la trascendencia que su concreción significa. La eficiencia, junto con la democratización del servicio público y la flexibilización organizacional, son ingredientes básicos para la modernización del sector público que el paradigma organizacional de la administración pública burocrática no contempla²⁰⁵.

De allí que el logro de la eficiencia y la eficacia en la gestión administrativa, implica, a la par con la adecuación del régimen jurídico para posibilitar darle un contenido material a esos principios constitucional y legalmente declarados, el adelantamiento de un conjunto de reformas del Estado, principalmente de la Administración Pública, cuyo implantación exitosa exige

²⁰⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit. p. 83-84.

²⁰⁵ CLAD. Op. cit. p. 255.

desarrollar una estrategia de manejo de riesgos desde el comienzo del proceso y poner en marcha mecanismos de monitoreo y evaluación²⁰⁶.

Frente a una Administración sobrecargada de tareas difíciles de gestionar en muchos casos y con una notoria incapacidad para una gestión eficaz²⁰⁷, el proceso de cambio tendrá que atravesar los viejos mitos de orden y estabilidad de la burocracia, considerar los nuevos desarrollos tecnológicos como una oportunidad para transformar la cultura organizacional dentro del sector público y diseñar nuevos procesos de cooperación y comunicación²⁰⁸.

El modelo hacia el cual hay que caminar es una administración institucional despolitizada y tecnificada, con estabilidad institucional y continuidad en sus gestores. Si se quiere modernizar el Estado, el camino es éste: la creación

²⁰⁶ Precisamente, PAREJO ALFONSO sostiene que el principio de eficacia impone constitucionalmente una evaluación y por tanto un juicio específico y distinto a los proporcionados por el control del cumplimiento del derecho, de la regularidad, tanto interno, como externo.

Por su parte, MARTINEZ REYES señala que debe haber mecanismos institucionales que permitan el control y la supervisión social como práctica institucionalizada, una “responsabilidad democrática” que supone la existencia de sistemas político-administrativos con un alto grado de legitimidad política y eficiencia administrativa.

²⁰⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit. p. 83.

²⁰⁸ MARTINEZ REYES, Héctor. Op. cit. p. 14.

de vida institucional autónoma, protegida por un estatuto jurídico que le dé continuidad, profesionalidad, coherencia y fidelidad a sus propios fines institucionales²⁰⁹.

Recorrer ese camino implica hacer énfasis en la gerencia de contratos, la introducción de mecanismos de mercado en el sector público y la vinculación del pago con el desempeño, mediante el desarrollo de los siguientes temas: devolución de autoridad y otorgamiento de flexibilidad; aseguramiento del desempeño, el control y la responsabilidad; desarrollo de la competencia y la elección; provisión de servicios adecuados y amigables a los ciudadanos; mejoramiento de la gerencia de los recursos humanos; explotación de la tecnología de la información; mejoramiento de la calidad de la regulación; fortalecimiento de las funciones de gobierno en el centro²¹⁰.

Este modelo gerencial tiene su inspiración en las transformaciones organizacionales ocurridas en el sector privado, las cuales modificaron la forma burocrático-piramidal de administración, flexibilizando la gestión,

²⁰⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit. p. 84.

²¹⁰ Estos aspectos corresponden a la tendencia denominada Nueva Gerencia Pública, cuya síntesis y revisión crítica puede consultarse en la obra citada de ORMOND y LÖFFLER.

disminuyendo los niveles jerárquicos y, por consiguiente, aumentando la autonomía de decisión de los gerentes. Con estos cambios, se pasó de una estructura basada en normas centralizadas a otra sustentada en la responsabilidad de los administradores, avalados por los resultados efectivamente producidos²¹¹.

La Reforma Gerencial presupone, completa y modifica la primera gran Reforma del Estado moderno, la reforma burocrático weberiana, que instauró un servicio público profesional y meritocrático, condición esencial para que la administración pública gerencial sustituya a la administración pública burocrática.

Los criterios o exigencias del modelo burocrático en que se plasmaba el ideal de racionalidad instrumental de valor pretendidamente universal son bien conocidos: selección y promoción de los funcionarios con base en el mérito (superando las concepciones patrimonialistas inherentes al clientelismo político del sistema de cesantías o despojos); definición y delimitación de las funciones oficiales exclusivamente con base en reglas impersonales; división

²¹¹ CLAD. Op. cit. p. 253.

sistemática del trabajo; jerarquía imparcial de oficios; capacitación de los funcionarios con base en el conocimiento y manejo de reglas técnicas y normas jurídicas; consistencia y regularidad de los actos administrativos que deberían producirse por escrito; prohibición de propiedad de los medios de administración y de adquirir o transferir los oficios o cargos públicos, y, por último, sometimiento a un Jefe del Estado elegido o monárquico²¹².

El problema radica en que ningún país de la región latinoamericana completó la construcción del modelo burocrático weberiano en los moldes de las naciones desarrolladas, a pesar de haber tenido lugar la implantación de importantes núcleos de excelencia y de reglas de mérito en el servicio público en varios casos del continente.

Estos espacios de administración pública burocrática han convivido con la persistencia del patrimonialismo en varios sectores y con la designación de los cargos superiores del escalafón a través de prácticas clientelistas, aspecto que con gran frecuencia ha impedido la profesionalización de la alta

²¹² PRATS I CATALA, Joan. Op. cit. p. 10.

burocracia²¹³ y que hoy hace más difícil el recorrido hacia la reforma de la administración pública.

Ahora bien, en la implementación del cambio de modelo debe evitarse trasladar mecánicamente los principios y técnicas de gerencia empresarial en entorno privado a la gestión de bienes y servicios públicos en entorno de no mercado y con fuerte componente de “autoridad”, ya que el marco “institucional” de la gestión pública y de la gestión privada responden a principios, valores y normas diferentes. El riesgo que se corre con la reivindicación de mayor libertad de actuación para los gestores públicos, desde el argumento de hacerles iguales a los gestores privados, es que si bien se produce la anulación de los antiguos sistemas de control, no se les sustituye por un nuevo y verdadero sistema de rendición de cuentas y de responsabilidad²¹⁴.

En efecto, el cambio del modelo de Estado no es un mero mejoramiento de la racionalidad instrumental con que se funciona; es un cambio de actores, de poder, de conocimiento, de habilidades y competencias, y de modelos

²¹³ CLAD. Op. cit. p. 254.

²¹⁴ PRATS I CATALA, Joan. Op. cit. p. 10.

mentales, valorativos y de significación. Es necesario disponer de una teoría de cómo cambian las instituciones y las capacidades de los Estados porque sin ella se corre el riesgo de caer prisioneros del gerencialismo y de su conocida falacia tecnocrática²¹⁵.

La reconstrucción de la administración pública a través de la Reforma Gerencial constituye un medio para lograr el mejoramiento de la gestión del Estado, entendida como la capacidad del Estado para concretar en la realidad, de manera eficiente y efectiva, las decisiones tomadas a nivel político²¹⁶, sobre todo porque la gerencia pública promete un aumento sostenido de la eficiencia y la eficacia precisamente por razón de su empleo²¹⁷. Pero el camino para modernizar la administración pública, pasa también por la redefinición de las relaciones entre la sociedad y el Estado, con la construcción de una esfera pública que de hecho involucre a la sociedad y a los ciudadanos en la gestión de las políticas públicas²¹⁸.

²¹⁵ PRATS I CATALA, Joan. Administración Pública para el Desarrollo Hoy. De la administración al management, del management la gobernabilidad. Texto en Internet. s.l. s.f. p. 7.

²¹⁶ CLAD. Op. cit. p. 257.

²¹⁷ PAREJO ALFONSO. Eficacia y Administración Tres Estudios. Op. cit. p. 99.

²¹⁸ CLAD. Op. cit. p. 269.

En este punto, dentro de la línea de pensamiento de PRATS I CATALA²¹⁹, debe superarse la incapacidad del Derecho Administrativo para entender y establecer un diálogo fecundo con la gerencia pública, olvidando que lo que está en juego no es ninguna querella intestina sino la tarea colectiva de redefinir la posición y el rol del Derecho en las Administraciones y la gestión pública de nuestro tiempo.

Desde el Derecho Administrativo deben reconocerse los aportes del management a la teoría de la decisión, al diseño organizativo, a la gestión estratégica, a la gestión financiera o a la de los recursos humanos, por ejemplo. No hacerlo impide llegar a comprender toda una serie de procesos reales, que se denuncian como “huidas”, y, lo que es peor, no se llegan a obtener toda una serie de conceptos y técnicas que permitirían salvar viejos e irrenunciables valores del paradigma tradicional al situarlos en fórmulas nuevas compatibles con los valores gerenciales de la eficacia y la eficiencia.

²¹⁹ PRATS I CATALA, Joan. Derecho y Management en las Administraciones Públicas. Op. cit. p. 3 a 5.

Desde el management, el Derecho Administrativo es percibido como un factor de freno y bloqueo de los procesos de racionalización gerencial. No conociendo otro Derecho Administrativo que el del proyecto antidiscrecional, el management se asombra de que se siga viviendo la discrecionalidad como problema y no como la ocasión y oportunidad de servicio responsable a los intereses generales.

Para el tema que ocupa la reflexión de esta investigación, especialmente sobre la interrelación que debe existir entre el derecho administrativo y la administración pública, resultan apropiadas las palabras del CLAD en su III Congreso sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública celebrado en Madrid en 1998²²⁰:

La implantación de una reforma institucional no implica, sin embargo, la creación de un extenso y detallado muestrario de reglas jurídicas. Esta ha sido la tradición latinoamericana –en verdad, iberoamericana– cuyos resultados han sido perversos, al crearse un Derecho Administrativo extremadamente rígido que obstaculiza la flexibilización de la Administración Pública, importante requisito de la Reforma Gerencial del Estado. Igualmente, el formalismo administrativo, vigente en América Latina ha instaurado una “polución legal” que puede significar verdaderamente la primacía de la informalidad, es decir que el

²²⁰ CLAD. Op. cit. p. 256-257.

comportamiento burocrático real no se corresponda con el universo jurídico establecido, favoreciéndose así el establecimiento de mafias administrativas o de una ineficiencia generalizada.

El éxito de los cambios institucionales orientados hacia el modelo gerencial depende, en primer término, de la formulación de reglas generales y claras, que modifiquen los incentivos para la actuación de los actores, lo que, en suma, se constituiría en un nuevo contrato entre los políticos, los funcionarios públicos y la sociedad. Es preciso, además, una aplicación continua de las reformas, monitoreándolas y estableciendo, respecto a la burocracia, una nueva cultura administrativa. De esta manera, la transformación de las reglas y de la cultura administrativa forman parte de un mismo proceso.

Estas reflexiones permiten tener claridad sobre el carácter instrumental que tiene la reforma de la administración pública en procura del cumplimiento de cometidos superiores, cuya formulación está asociada con varias de las tendencias actuales del derecho administrativo: sustitución del esquema centralizado de toma de decisiones por un modelo de mecanismos descentralizadores, tránsito de la formulación unilateral de las decisiones de la administración a la participación de los ciudadanos-usuarios en los procesos decisorios, contractualización de las relaciones interadministrativas y de la administración con los asociados, complementación de los sistemas de control de legalidad con evaluaciones integrales de la gestión y procesos de rendición de cuentas en función de los resultados.

Con esta precisión, cabe aquí presentar en resumen las características y objetivos de la Reforma Gerencial²²¹:

- Orientación de la administración al ciudadano-usuario o al ciudadano-cliente.
- Profesionalización de la alta burocracia, constituyendo un núcleo estatal estratégico, fundamental para la formulación, supervisión y regulación de las políticas, formado por una élite burocrática técnicamente preparada y motivada. Es fundamental la existencia de funcionarios públicos calificados y permanentemente entrenados, protegidos de las interferencias políticas, bien remunerados y motivados.
- Transparencia de la administración pública y responsabilización democrática de sus administradores ante la sociedad.

²²¹ Al respecto, véanse CLAD. Op. cit. p. 257-268 y BRESSER. Op. cit. p. 39-40.

- Transferencia de los servicios científicos y sociales al sector público competitivo no estatal y contratación con terceros de actividades auxiliares de apoyo mediante licitación.
- Descentralización de la ejecución de los servicios públicos como una tarea esencial en el camino de la modernización gerencial del Estado latinoamericano.
- Desconcentración organizacional de las actividades exclusivas del Estado que permanezcan a cargo del Gobierno Central. Los organismos centrales deben delegar la ejecución de las funciones hacia las agencias descentralizadas.

El principio que orienta estas dos últimas características se basa en la existencia de una separación funcional entre las estructuras responsables de la formulación de políticas y las unidades descentralizadas y autónomas, ejecutoras de los servicios, para de esta manera, orientar la administración pública a través del control de los resultados obtenidos por las agencias autónomas.

- Orientación de la Administración Pública Gerencial por el control de los resultados²²², contrariamente al control paso a paso de las normas y procedimientos, como se hacía en el modelo burocrático weberiano. En el caso latinoamericano, sin embargo, las normas y procedimientos estatales tendrán que recibir todavía una atención especial, en razón de la fragilidad histórica del Estado de Derecho²²³.
- Adopción e implantación de nuevas formas de control: control de resultados, realizado a partir de indicadores de desempeño estipulados de forma precisa en los contratos de gestión; control contable de costos, que abarque no sólo el control de los gastos realizados, sino también el descubrimiento de formas más económicas y eficientes de hacer cumplir las políticas públicas; control por competencia administrada y control social. Además, es preciso

²²² La administración basada en el control a posteriori de los resultados, también obliga a la organización a definir claramente sus objetivos, analizados en sus aspectos sustanciales y no como procesos administrativos. De este modo, la evaluación de la burocracia se hace predominantemente a través del cumplimiento o no de metas, y no a partir del respeto a reglas que en muchas ocasiones son auto-referidas.

²²³ Como lo indica el documento del CLAD, cuantas más reglamentaciones se creen, más el poder informal se hace cargo del sector público, perdiéndose de hecho el control sobre el poder decisorio y tornando más irracional el funcionamiento del sistema.

reforzar el control judicial sobre los actos ilícitos y para garantizar la uniformidad en el trato a los ciudadanos.

Siguiendo a ORMOND y LÖFFLER²²⁴, para que la Reforma del Estado y de la Administración Pública sea posible, es menester adoptar un lenguaje pragmático para las reformas, en lugar de seguir dogmas o modas en este campo; identificar y definir claramente unos pocos objetivos de reforma y en un segundo paso, explorar las posibles alternativas y evaluarlas en términos de costos y beneficios; involucrar la dimensión humana en el proceso de reforma, de manera que exista información suficiente acerca de la dirección del cambio; y examinar si se cumplen los suficientes pre-requisitos para una implementación exitosa de la misma, lo cual implica la verificación de la existencia en la administración de las suficientes capacidades de adaptación y de aprendizaje²²⁵.

²²⁴ ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Op. cit. p. 164-165.

²²⁵ JONES y THOMPSON proponen la operacionalización de las reformas administrativas, a partir de la experiencia del sector privado, a través de cinco fases: reestructuración, reingeniería, reinversión, realineación y reconceptualización. Al respecto, véase JONES, Lawrence y THOMPSON, Fred. Un Modelo para la Nueva Gerencia Pública: Lecciones de los Sectores Público y Privado. En: Memorias del III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid: CLAD, 1998. p. 237-266.

Lo anterior implica, en el plano jurídico, la formulación de proposiciones concretas que permitan la aplicación en la práctica de los objetivos de la Reforma Gerencial a casos específicos como el que ocupa la presente investigación, en aquello que corresponda con el régimen jurídico de la función de administrar los bienes incautados, teniendo en cuenta la pertinencia de incorporar reglas del derecho privado en función tanto de la fórmula institucional adoptada como de la actividad desarrollada.

Así, el escenario de mejores prácticas administrativas implica que dentro de la entidad administradora de los bienes incautados, al menos en relación con el cumplimiento de esta función, se lleven a cabo actividades concretas dirigidas al mejoramiento continuo de los resultados de su gestión, tales como:

- Racionalización de trámites, métodos y procedimientos de trabajo.
- Ajustes a la organización interna, relativos a la distribución de competencias entre sus dependencias o a la creación, supresión o fusión de dependencias, con el propósito de simplificar los procedimientos identificados y racionalizar el trabajo.

- Programas de mejoramiento continuo en las áreas clave de la entidad en el desempeño de las funciones de planeación, organización, dirección y control.
- Adaptación de nuevos enfoques para mejorar la calidad de los servicios prestados, metodologías para medir la productividad del trabajo e indicadores de eficiencia y eficacia.
- Estrategias orientadas a garantizar el carácter operativo de la descentralización administrativa, la participación ciudadana y la coordinación con los entes del nivel territorial.
- Identificación de actividades obsoletas y de funciones que estén en colisión con otros organismos y entidades.
- Estrategias orientadas a fortalecer los sistemas de información propios de la gestión pública para la toma de decisiones.

- Evaluación del clima organizacional, de la calidad del proceso de toma de decisiones y de los estímulos e incentivos a los funcionarios o grupos de trabajo.
- Identificación de los apoyos administrativos orientados a mejorar la atención a los usuarios y a la resolución efectiva y oportuna de sus quejas y reclamos.
- Diseño de mecanismos, procedimientos y soportes administrativos orientados a fortalecer la participación ciudadana en general y de la población usuaria en particular en el proceso de toma de decisiones, en la fiscalización y el óptimo funcionamiento de los servicios.

6.3. CONSIDERACIONES FINALES

El panorama actual del fenómeno de la droga en el particular caso colombiano, demanda una revisión de su propia estrategia, pero ella tiene que partir del reconocimiento de la realidad: el mantenimiento de la demanda y la persistencia del castigo al consumo.

Iniciativas para legalizar la producción no tendrían ningún efecto práctico frente a la desincentivación del negocio porque sus réditos están en la comercialización y, en cambio, podrían representar un alto costo político para el país, considerando la pobreza y macartización del debate sobre alternativas para combatir la droga en las esferas de decisión en Estados Unidos.

Si la represión sigue siendo la única vía, así no sea la más adecuada y no vaya a resolver el problema, mientras se aclimata una aproximación generalizada diferente en el concierto internacional, la única alternativa de política que le queda al gobierno colombiano es impulsar hasta donde le sea posible la corresponsabilidad de los países consumidores, de manera que ellos realicen esfuerzos verdaderos en el extremo de la demanda, en el control sobre la comercialización de precursores y en la interdicción del lavado de activos.

En efecto, se advierte que la internacionalización del conjunto de actividades que involucra el narcotráfico, especialmente en cuanto hace a la operación de redes mundiales para el lavado de activos, encargadas de dispersar por todo el mundo los bienes y recursos provenientes del negocio ilícito, es otra

faceta del problema que pone en evidencia la insuficiencia de las disposiciones jurídicas existentes para afectar considerablemente sus utilidades.

Además, no se puede olvidar que los grupos del crimen organizado transnacional no están limitados a una empresa como el tráfico de drogas como su único negocio y que su poder y potencial se reafirma en las vastas cantidades de capital ilícito promovido por las drogas, el tráfico de armas y otras formas de contrabando, que logran penetrar en sectores legítimos de la economía a través del lavado de activos, gracias al empleo de los avances de la tecnología y a la creciente facilidad de movilización de las personas entre los distintos Estados.

A esta fuerza criminal se enfrenta el Estado, en su noción clásica de nación-Estado, en una confrontación desventajosa para este último, en la medida en que las organizaciones criminales como actores no estatales, rivalizan y compiten con los Estados sobre el monopolio en el uso de la fuerza y muchas veces controlan porciones importantes de dos de sus más caracterizados elementos constitutivos, como lo son la población y el territorio.

De allí que resulte válido preguntarse acerca de la capacidad que tienen los Estados para responder a los desafíos que les plantean los actores no estatales, de la funcionalidad del concepto de estado-nación para este propósito y de la transnacionalidad de que pueda llegar a revestirse el mismo para confrontar adecuadamente este tipo de fenómenos, teniendo en cuenta las limitaciones derivadas de las naciones clásicas de soberanía, legalidad, identidad e independencia nacional.

Para que el Estado pueda hacer frente al crimen organizado mundial, es crítico enfocar los esfuerzos más en las organizaciones criminales y los crímenes de empresa que en los individuos involucrados en ellos. Con esta finalidad, es menester que se moderen las rivalidades jurisdiccionales y burocráticas y se combinen adecuadamente las tareas de aplicación de la ley y los servicios de inteligencia.

En particular, en materia judicial resulta imperativo incrementar la cooperación internacional, no solamente para el suministro e intercambio de pruebas para los procesos penales, sino para la identificación de los bienes habidos como producto de la actividad delictiva, facilitando la acción judicial

para ponerlos fuera del comercio, privar de su administración a sus titulares ilegítimos o a sus testaferros y finalmente proceder a la declaración de extinción del derecho de dominio sobre ellos.

Para tal fin, la conformación de un tribunal internacional con jurisdicción universal que pueda decretar estas medidas sin distinción de fronteras, agilizaría mucho más la afectación de tales beneficios económicos, pues se evitaría el trámite entre las autoridades diplomáticas de los países requirente y requerido para hacerlas efectivas, y se obtendrían mejores resultados que los logrados hasta ahora con la aplicación de la Convención de Viena.

De otro lado y orientando estas palabras finales al campo propio de la presente investigación, la persistencia en la afectación de los beneficios patrimoniales del narcotráfico como estrategia de la actual política de contención de la oferta, implica que mientras ella persista, el Estado continuará con la obligación legal de administrar los bienes incautados, de manera que para cumplir cabalmente con el propósito de que estos sigan siendo productivos y generadores de empleo y que su administración no signifique una mayor carga presupuestal para el erario, se hace necesario un

afinamiento de su régimen jurídico, para llevar a cabo el cual pueden resultar de utilidad las reflexiones y las propuestas presentadas en este capítulo.

Al proponer como necesaria una modificación al régimen jurídico de administración de los bienes incautados, no se trata de propiciar el capricho o la arbitrariedad del gestor del organismo encargado de administrar tales bienes, para eliminar cualquier tipo de control o garantizar unas mejores condiciones económicas, retributivas o de funcionamiento, sino de una verdadera exigencia por la insatisfactoria obtención de los resultados pretendidos por la normatividad que regula esta actividad, a cargo de un organismo público que, además de la administración de los bienes incautados, cumple otras funciones de especial complejidad y/o valor estratégico.

La adopción de las modificaciones requeridas al ordenamiento jurídico aplicable a la administración de los bienes incautados, para facilitar que esta efectivamente cumpla con la finalidad de hacer que los mismos sean productivos y generadores de empleo y que no implique erogaciones adicionales para el presupuesto público, implica que el contenido del Derecho Administrativo, como disciplina jurídica dentro de la cual dicho

régimen se inscribe, tenga que hacerse necesariamente más complejo y plural, para asumir cabalmente las particularidades que el tratamiento de un fenómeno complejo como el expuesto en la presente investigación demanda.

Esta reflexión parte de la consideración de que la Ley ya no puede ser tenida tan sólo como la norma abstracta y general que contiene en sí la ratio de toda futura decisión administrativa, sino que es también el apoderamiento a cada particular Administración de un ámbito de decisión propio y autónomo, en relación con el cual la gran tarea jurídica está en definir el aporte del Derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone²²⁶.

En ese propósito, el derecho administrativo puede servir para hacer posibles muchos de los objetivos modernizadores, aterrizándolos y dándoles real contenido, a condición de ofrecer un marco claro y coherente de reglas de juego en las que se mantenga como eje la búsqueda del interés general y la protección de los derechos de los ciudadanos²²⁷.

²²⁶ PRATS I CATALA, Joan. Derecho y Management en las Administraciones Públicas. Op. cit. p. 15, 16.

²²⁷ ZAMBRANO CETINA, William. Op. cit. p. 19.

En todo caso, dentro del contexto de la problemática del narcotráfico en la cual se inscribe la administración de los bienes incautados, los instrumentos jurídicos son tan solo herramientas orientadas a hacer menos atractivo y lucrativo el negocio del tráfico ilícito de estupefacientes, pero frente a la política imperante sobre la manera de confrontar dicho fenómeno, la sociedad tiene que concientizarse que el desafío que plantea el narcotráfico exige una estrategia integral y coherente para combatirlo, en la cual tenga cabida una propuesta de solución a todos los aspectos del problema, y en ella el aporte que corresponde hacer a la ciencia jurídica y en particular al derecho administrativo, debe considerar sus propias limitaciones, pues es claro que una y otro, por sí mismos, no tienen la capacidad suficiente para resolver adecuadamente los retos que este tipo de problemas le plantean al Estado contemporáneo.

BIBLIOGRAFIA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Editorial Comares, 1999.

ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo et al. Narcotráfico en Colombia: Dimensiones Políticas, Económicas, Jurídicas e Internacionales. Bogotá: Tercer Mundo, 1991.

ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Derecho Civil Bienes. Primera Parte. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1982.

BUSCAGLIA, Edgardo. Reflexiones, Experiencias y Estrategias en Torno a la Corrupción. s.l. s.n. s.f.

BUSCAGLIA, Edgardo y DAKOKLIAS, María. Reforma Judicial de las Cortes en América Latina: Las Experiencias de Argentina y Ecuador. s.l. s.n. s.f.

BUSCAGLIA, Edgardo y MERINO DIRANIA, Valeria. Estudio Empírico sobre las Condiciones Institucionales para la Transparencia de la Justicia en Ecuador. s.l. s.n. s.f.

CAMACHO GUIZADO, Arturo, LOPEZ RESTREPO, Andrés y THOUMI, Francisco. Las Drogas: Una Guerra Fallida. Bogotá: Tercer Mundo, 1999.

CLAD. Una Nueva Gestión Pública para América Latina. Memorias III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid: CLAD, 1998.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de octubre 23 de 1990, expediente 5945.

COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. Compromiso de Colombia Frente al Problema Mundial de la Droga: Plan Nacional. Bogotá: Imprenta Nacional, 1995.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086/95 de marzo 1º de 1995; asunto: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/97 de agosto 13 de 1997; asunto: demandas de inconstitucionalidad contra la ley 333 de 1996.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-409/97 de agosto 28 de 1997; asunto: demanda de inconstitucionalidad contra la ley 333 de 1996.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/97 de octubre 23 de 1997; asunto: demanda de inconstitucionalidad contra la ley 333 de 1996.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de enero 21 de 1988; asunto: acción de inexecuibilidad parcial contra la Ley 30 de 1986, expediente 1639.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de enero 23 de 1990; asunto: revisión constitucional del Decreto 2390 de 1989, expediente 2054.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de febrero 22 de 1990; asunto: revisión constitucional del Decreto 042 de 1990, expediente 2095.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de mayo 3 de 1990; asunto: revisión constitucional del Decreto 494 de 1990, expediente 2114.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de julio 19 de 1990; asunto: revisión constitucional del Decreto 1146 de 1990, expediente 2163.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de sala plena de abril 11 de 1991; asunto: revisión constitucional del Decreto 2790 de 1990, expediente 2263.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Memoria al Congreso Nacional 1997-1998. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998.

ESPITIA GARZON, Fabio. La Extinción del Derecho de Dominio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

GANDOUR PORDAMINSKY, Miguel y MEJIA GUINAND, Luis Bernardo, comp. Hacia el Rediseño del Estado. Bogotá: Tercer Mundo, 1999.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General, 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

JONES, Lawrence y THOMPSON, Fred. Un Modelo para la Nueva Gerencia Pública: Lecciones de los Sectores Público y Privado. Memorias III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid, CLAD, 1998.

MARTINEZ REYES, Héctor. Atravesando la Burocracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo, comp. Estatuto Nacional de Estupefacientes. Bogotá: Alas Aeroimpresores de Colombia, 1991.

ORMOND, Derry y LÖFFLER, Elke. Nueva Gerencia Pública ¿Qué Tomar y Qué Dejar? Memorias III Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid: CLAD, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y Administración Tres Estudios. Madrid: INAP, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Perspectivas del Derecho Administrativo para el Próximo Milenio. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998.

PRATS I CATALA, Joan. Administración Pública para el Desarrollo Hoy. De la Administración al Management, Del Management a la Gobernabilidad. s.l. s.n. s.f.

PRATS I CATALA, Joan. Derecho y Management en las Administraciones Públicas. s.l. s.n. s.f.

SAAVEDRA, Edgar y DEL OLMO, Rosa. La Convención de Viena y el Narcotráfico. Bogotá: Temis, 1991.

SINTURA VARELA, Francisco José. Concesión de Beneficios por Colaboración Eficaz con la Justicia; el Lavado de Activos, Normas Penales y Estados de Excepción. Bogotá: Díké, 1995.

STIGLITZ, Joseph E. La Economía del Sector Público, 2ª ed. Barcelona: Antoni Bosch Editor, 1998.

TAFUR GALVIS, Alvaro. Estudios de Derecho Público. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

THOUMI, Francisco. Economía Política y Narcotráfico. Bogotá: Tercer Mundo, 1994.

THOUMI, Francisco et al. Drogas Ilícitas en Colombia. Bogotá: Ariel, 1997.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales. 7ª ed. Bogotá: Temis, 1983.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, 8ª ed. Bogotá: Temis, 1985.

ZAMBRANO CETINA, William. Modernización y Derecho Administrativo. El Caso de Colombia. V Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. s.l. s.n. s.f.

ANEXO

PROYECTO DE LEY 226/02 CAMARA DE REPRESENTANTES

Con base en el análisis de caso llevado a cabo en el presente trabajo de investigación, especialmente en cuanto hace a las recomendaciones de modificación al régimen jurídico vigente de los bienes incautados, se presentó a consideración del Congreso de la República por parte del Representante a la Cámara por Bogotá Germán Navas Talero, un proyecto de ley por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados en aplicación de las leyes 30 de 1986 y 333 de 1996, el cual, para la fecha de impresión de este trabajo, se encontraba haciendo trámite legislativo en la Comisión Primera de la Cámara, y cuyo texto se reproduce a continuación.

PROYECTO DE LEY No. 226 DE 2002 - CAMARA DE REPRESENTANTES

“POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS EN APLICACIÓN DE LAS LEYES 30 DE 1986 Y 333 DE 1996”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 1º. SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS. La administración de los bienes a cargo de la Dirección Nacional de Estupefacientes por su afectación a un proceso penal por los delitos de narcotráfico y conexos o a una acción de extinción del dominio, conforme a lo previsto por las leyes 30 de 1986 y 333 de 1996, se llevará a cabo aplicando en forma individual o concurrente los siguientes sistemas: enajenación, contratación, destinación provisional y depósito provisional.

Sobre la aplicación de estos sistemas de administración, el Consejo Nacional de Estupefacientes no podrá ejercer funciones distintas de las previstas por el artículo 76 de la Ley 489 de 1998 para los consejos directivos de los establecimientos públicos, de acuerdo con la remisión efectuada por el artículo 82 de la misma en cuanto hace al régimen jurídico de las unidades administrativas especiales.

ARTICULO 2º. ENAJENACIÓN. Desde el momento en que los bienes a que se refiere el artículo anterior sean puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes y una vez incorporados al inventario a que se refiere el Decreto 306 de 1998, los mismos podrán ser enajenados con arreglo a los procedimientos establecidos en el Decreto 1461 de 2000.

Los dineros producto de las enajenaciones ingresarán a una subcuenta especial del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado y serán administrados por el Director Nacional de Estupefacientes hasta tanto se produzca la decisión judicial definitiva, en cuyo caso se reconocerá al propietario el precio de venta del bien con actualización de su valor o se destinarán por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes a los programas legalmente previstos como beneficiarios de los mismos, según corresponda.

ARTICULO 3º. CONTRATACIÓN. Con el fin de garantizar que los bienes incautados sean o continúen siendo productivos y generadores de empleo y evitar que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público, la Dirección Nacional de Estupefacientes podrá celebrar sobre cualquiera de ellos contratos de arrendamiento, administración o fiducia. En los procesos de selección de los contratistas y celebración y ejecución de los contratos, se observarán los principios de transparencia, economía y responsabilidad a que se refiere el estatuto de contratación administrativa.

PARÁGRAFO 1º. REGLAS ESPECIALES APLICABLES AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. En el evento en que por sentencia judicial definitiva se declare la extinción de dominio sobre un bien arrendado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, el contrato continuará hasta el vencimiento del plazo pactado, sin perjuicio de las previsiones sobre terminación anticipada contempladas en el Código Civil y en el Código de Comercio. En todo caso, el Consejo Nacional de Estupefacientes podrá autorizar la renovación o prórroga del contrato de arrendamiento mientras se efectúa la adjudicación del bien con arreglo a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 333 de 1996 o se dispone y verifica su enajenación.

PARÁGRAFO 2º. REGLAS ESPECIALES APLICABLES AL CONTRATO DE ADMINISTRACION. La Dirección Nacional de Estupefacientes podrá celebrar contratos de mandato o de encargo fiduciario sobre los bienes

incautados con entidades públicas o privadas sometidas a vigilancia estatal, cuando la administración y custodia de los mismos le resulte onerosa.

Tratándose de bienes inmuebles, la misma entidad podrá celebrar contratos de consignación para su administración, con entidades de carácter privado cuyo objeto social sea el desarrollo de la actividad inmobiliaria y estén sometidas a vigilancia estatal.

Si en ejecución de los contratos previstos en el presente párrafo se decreta en forma definitiva la extinción del dominio sobre los bienes incautados, se procederá en la misma forma prevista en el párrafo 1º.

PARÁGRAFO 3º. REGLAS ESPECIALES APLICABLES AL CONTRATO DE FIDUCIA. La Dirección Nacional de Estupefacientes podrá celebrar contratos de fiducia mercantil, para lo cual estará legitimada tanto para transferir el dominio de los bienes y permitir la constitución del patrimonio autónomo como para recobrarlos a su terminación.

En el evento en que se ordene la devolución del bien mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada, se procederá respecto de su propietario conforme lo prevé el inciso 2º del artículo 2º de la presente ley y la fiducia continuará hasta que opere la forma de terminación pactada.

Si se declara judicialmente en forma definitiva la extinción del dominio de los bienes objeto de la fiducia, la ejecución del contrato continuará hasta que opere la forma de terminación convenida y en ese momento el Consejo Nacional de Estupefacientes procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 333 de 1996.

ARTICULO 4º. DESTINACION PROVISIONAL. Desde el momento en que los bienes incautados sean puestos a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes y una vez incorporados al inventario a que se refiere el Decreto 306 de 1998, los mismos podrán ser destinados provisionalmente a las entidades oficiales o personas jurídicas de derecho privado con o sin ánimo de lucro, con arreglo a los requisitos y procedimientos establecidos en los Decretos 306 de 1998 y 1461 de 2000.

Para que sea procedente la destinación provisional a las personas jurídicas de derecho privado, será necesaria la comprobación de la ausencia de antecedentes judiciales y de policía de los miembros de los órganos de

dirección y de los fundadores o socios, tratándose de sociedades distintas de las anónimas abiertas, de tales entidades.

PARÁGRAFO. Los bienes rurales con caracterizada vocación rural serán objeto preferencial de destinación provisional a los fines establecidos en la Ley 160 de 1994, para lo cual, de conformidad con lo previsto en el Decreto 182 de 1998, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dispondrá de un término de tres meses contado a partir del suministro de la información correspondiente por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes para emitir su concepto sobre la caracterizada vocación rural para la producción agrícola y pesquera de los bienes rurales.

Si transcurrido el término señalado en el inciso anterior, el INCORA no hubiere emitido el concepto sobre la caracterizada vocación rural de los bienes rurales, la Dirección Nacional de Estupefacientes podrá destinarlos provisionalmente de acuerdo con las reglas generales establecidas en los Decretos 306 de 1998 y 1461 de 2000 o aplicar sobre ellos cualquier otro sistema de administración provisional.

ARTICULO 5°. SOCIEDADES Y UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONOMICA. La Dirección Nacional de Estupefacientes ejercerá los derechos sociales que correspondan a las acciones o cuotas de interés social que hayan sido objeto de medida cautelar en los procesos a que se refieren las leyes 30 de 1986 y 333 de 1996 hasta que se produzca la decisión judicial definitiva y mientras tanto quienes aparezcan inscritos como socios no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con aquellas.

ARTICULO 6°. READJUDICACIONES PENDIENTES. Los bienes destinados provisionalmente con anterioridad a la publicación del Decreto 306 de 1998, sobre los cuales los destinatarios provisionales no hayan presentado a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley propuesta de utilización, sustentación de la generación de ahorro a su presupuesto o propuesta de explotación económica, según el caso, y que por tanto no han sido readjudicados, podrán ser ofrecidos por la Dirección Nacional de Estupefacientes, conforme a las reglas generales para su destinación provisional, o ser objeto de cualquier otro de los sistemas de administración previstos en el artículo 1º.

ARTICULO 7º. CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS. Para el cumplimiento de las funciones relativas a la administración de los bienes incautados, especialmente aquellas a que se refieren los Decretos 306 de 1998 y 1461 de 2000, la Dirección Nacional de Estupefacientes podrá acudir a la delegación en favor de las entidades territoriales, de acuerdo con lo establecido en la Ley 489 de 1998 sobre delegación entre entidades públicas, o celebrar con ellas contratos de desempeño o constituir asociaciones entre entidades públicas o asociaciones o convenios de asociación con particulares en los términos señalados en la misma ley.

ARTICULO 8º. ESTIMULO POR PRODUCTIVIDAD. A partir de la vigencia fiscal del año 2003, se reconocerá un estímulo por productividad a todos los servidores públicos de la Dirección Nacional de Estupefacientes, no constitutivo de salario ni de prestaciones sociales, pagadero junto con la prima de servicios, consistente en la distribución igualitaria entre todos ellos del dos por ciento (2 %) de los rendimientos generados por los recursos del Fondo para la Rehabilitación, la Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado en el año inmediatamente anterior, tomando como fecha de corte el 31 de diciembre.

Para ser beneficiario de este estímulo será necesario haber estado al servicio de la entidad durante los doce meses anteriores al pago del mismo y por lo tanto no habrá lugar a reconocimientos parciales.

ARTICULO 9º. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga los parágrafos 1º y 2º del artículo 25 de la Ley 333 de 1996 y todas las disposiciones que le sean contrarias.