



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

### **APROBADO ACTA 015**

(Sesión de 30 de enero de 2023)

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  
Asunto: Apoderada de la tercera de buena fe apela negativa de devolución del dinero a su poderdante  
Decisión: Declara nulidad parcial y ordena trámite  
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 1° de febrero de 2023**

(Fecha de lectura)

### **1. OBJETO DE DECISIÓN**

Sería del caso que la Sala resolviera el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández, quien actúa como tercera de buena fe, en contra de la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021 por el Juez Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, por medio de la cual condenó vía preacuerdo a los señores Daniel Santiago Pertuz Hernández y Adrián Alejandro Vargas Giraldo por los delitos de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; no obstante, se advierte necesario variar el trámite, por las razones que pasarán a exponerse.

### **2. HECHOS**

A través de labores investigativas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, se conoció que un grupo de personas pertenecientes al Grupo Delincuencial “El Plan de la Virgen”, con injerencia en el barrio Aranjuez de esta ciudad, específicamente en los sectores de Palermo, Los Álamos, La Herradura y El Pozo,

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

que desde el año 2016 se dedican al desplazamiento forzado, a la extorsión y al tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes.

En virtud de lo anterior, el 17 de noviembre de 2020, se realizaron de manera simultánea actividades de registro y allanamiento en varios inmuebles del barrio Aranjuez, con el fin de capturar a varios miembros de esa organización delincinencial. Se anota por parte del Ente Acusador que en el inmueble ubicado en la Carrera 54 # 89ª-23, tercer piso, se logró la captura del señor Daniel Santiago Pertuz Hernández, a quien le incautaron en el interior de esa vivienda, 25 envolturas que contenían cocaína en cantidad neta de 14.6 gramos, un revólver calibre 32 largo con 6 cartuchos para el mismo, un teléfono celular y la suma de \$15.000.000 en efectivo distribuidos en 300 billetes de \$50.000.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

#### **3.1. Las audiencias.**

**3.1.1. Preliminares.** Entre los días 19 y 24 de noviembre de 2020 ante el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín se realizaron las audiencias en las que se legalizaron los procedimientos de allanamiento y registro, así como el de captura de Daniel Santiago Pertuz Hernández y otros; respecto del dinero objeto de este asunto se legalizó su incautación con fines de comiso. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación como autor de los delitos de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no hubo aceptación de cargos de su parte. Posteriormente se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su residencia.

**3.1.2. Verificación de Preacuerdo.** Se presentó escrito de acusación con preacuerdo que, por reparto, correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito funciones de conocimiento de Medellín, Despacho que el 20 de septiembre de 2021 realizó la audiencia de verificación del preacuerdo por virtud del cual, concretamente respecto de Daniel Santiago Pertuz Hernández, este aceptaba su responsabilidad de la comisión de las conductas punibles de Tráfico, fabricación, o porte de estupefacientes y Fabricación, tráfico y porte de arma de fuego, que le fueron endilgadas por el Ente Acusador, admitiendo que actuó en calidad de

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

cómplice, acordándose una pena de 60 meses de prisión y multa equivalente a 2 SMLMV. El *a quo* le impartió aprobación a lo acordado.

**3.1.3. Individualización de Pena y Sentencia.** El 12 de octubre de 2021, previo a que las partes se pronunciaran en los términos del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el Juez de primera instancia le reconoció personería jurídica a la apoderada de la madre del procesado Pertuz Hernández a efectos de que se constituyera como tercero de buena fe. Al dársele el uso de la palabra, la apoderada solicitó no se accediera al comiso de los \$15.000.000 que fueron incautados en el procedimiento de allanamiento y registro, deprecando la entrega de ese dinero en favor de su poderdante afirmando que era suyo, producto de sus ahorros -\$9.000.000- y de la venta de una motocicleta que era de su hijo la cual se dio el mismo día de su captura -\$6.000.000- para lo que aportó declaraciones extrajuicio, constancia de la vinculación laboral de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández y extractos bancarios.

Frente a lo anterior el Fiscal se opuso a la solicitud de entrega pues no existe claridad ni certeza sobre la propiedad y origen de ese dinero, máxime si se tiene en cuenta que el procesado al momento de la diligencia en la que le fue hallado manifestó enfáticamente, y delante de su madre, que ese dinero era de él. Empero, afirmó que desistía de su solicitud de comiso definitivo del dinero pues consideraba que el deber ser era que se acudiera ante extinción de dominio a efectos de que allí se adelantara el procedimiento adecuado a efectos de que la señora madre del procesado acreditara fehacientemente, y no con afirmaciones de su apoderada y declaraciones extrajuicio, el origen y titularidad de ese dinero.

### **3.2. Decisión de primer grado.**

En virtud del preacuerdo, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que Daniel Santiago Pertuz Hernández había aceptado los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorados por su abogado defensor, el sentenciador le impuso la pena conforme a como fue pactada, esto es, 60 meses de prisión y multa de 2 SMLMV, como responsable de la ejecución del concurso de delitos de Fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes;

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

y le negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal.

Frente a la solicitud de la apoderada de la tercera de buena fe, resolvió no acceder a la entrega del dinero reclamado por la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández y que fue incautado en las diligencias de registros y allanamientos practicados en la fase investigativa de este proceso. Disponiendo que esa suma de dinero se dejase a disposición de la Fiscalía, pues conforme a lo que se dijo por parte del Fiscal, sobre ella se pretendía instaurar acción de extinción de dominio.

A la anterior conclusión llegó el *a quo* tras estimar que ciertamente no existe claridad sobre quién puede ser el propietario o legítimo tenedor de los \$15.00.000, puesto que, en la actuación procesal se ha develado dos personas que aducen a la vez ser propietarios de esa suma de dinero, recordando que el procesado Daniel Santiago Pertuz Hernández dijo ser el propietario al momento de realizarle las actividades de registro y allanamiento y, ahora, en el transcurso de esta audiencia, su madre también aduce ser propietaria para reclamar la entrega, sin que existan suficientes elementos probatorios que permitan dilucidar sin lugar a dudas quién de los dos es el verdadero propietario. Además, la Fiscalía pretende adelantar acción de extinción de dominio sobre esa cantidad de dinero, porque eventualmente provienen de la actividad delictiva de la organización delincriminal “El Plan de La Virgen”, por ende, será en ese escenario procesal donde la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández o el mismo Daniel Santiago, acrediten el derecho que les asiste para reclamar esos dineros.

### **3.3. De los recursos.**

**3.3.1. Apoderada de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández en calidad de recurrente.** Inconforme con la decisión, interpuso el recurso de apelación argumentando que la primera instancia no aplicó, o interpretó de manera errónea la norma consagrada en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, específicamente el tercer inciso que establece: “*Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.*”

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Afirma que es claro que en este caso existe un perjuicio en un tercero de buena fe con la no devolución del dinero de su representada, situación que no fue tomada en cuenta al momento de resolver respecto del dinero objeto de incautación y de comiso de manera inicial. Existe una falencia adicional en la decisión del *a quo* en el entendido de que trasladó la responsabilidad del pronunciamiento de fondo frente al dinero incautado, a la unidad especializada de extinción de dominio de la Fiscalía General de la Nación, lo cual genera un perjuicio adicional atendiendo a lo tardío de estos procedimientos administrativos, devaluó de la moneda colombiana y la necesidad y urgencia de la devolución del dinero a su representada.

Arguye que el Juez de primera instancia desconoció que la solicitud de devolución del dinero como tercero de buena fe a favor de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández, fue realizada por el defensor de su hijo Daniel Santiago Pertuz Hernández desde la audiencia preliminar de legalización de incautación de elementos con fines de comiso ante el Juzgado 28 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, que el mismo manifestó que era una medida cautelar y que el competente en pronunciarse de fondo era el Juzgado de conocimiento a quien le correspondiera por reparto.

Aduce encontrarse sorprendida de que el Juzgado Fallador en primera instancia, tampoco se pronunciara de fondo frente al comiso, no valoró en debida forma los elementos de los que se le corrió traslado, no tuvo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación no aportó ningún elemento que vinculara el dinero incautado con el condenado y su actividad delictiva, por lo que no tuvo en cuenta las reglas de mejor evidencia. Hace extensivo los argumentos que plasmó en la audiencia del 447, con la finalidad de que sea revocada la decisión de primera instancia y en consecuencia se ordene la devolución definitiva de los \$15.000.000 en favor de su representada.

**3.3.2. Fiscalía General de la Nación como sujeto procesal no recurrente.** Se pronunció manifestando que en modo alguno la instancia erró en analizar el contenido del artículo 82 del Código de Procedimiento Penal para decidir sobre el comiso pues, por simple sustracción de materia, tal posicionamiento judicial no era posible, ya que él como Fiscal formalmente retiró cualquier pretensión sobre ese tema y no realizó petición alguna de que se decretara el comiso,

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

sustrayéndose a tal pretensión, hecho ante el cual el *a quo* estaba imposibilitado para decidir.

Advierte que el daño a un tercero de buena fe no está demostrado, pues solo se parte de la afirmación de la apoderada recurrente y, precisamente es en el procedimiento de confiscación donde se develará tal conclusión. Las evidencias presentadas por la solicitante delimitan precisamente el cambio de discurso de él como Delegado de la Fiscalía cuando decide retirar la petición de declaratoria de comiso, pues eventualmente aparecen terceros de buena fe que pueden aportar elementos de claridad sobre el propietario real del dinero, por lo que en el procedimiento de extinción de dominio se debe clarificar por cada parte quién tiene mejor derecho, en tanto en este caso y bajo esta discusión sobre el dinero surgen tres posibles orígenes: i) Producto directo o indirecto del ilícito por el cual fue condenado el señor Pertuz Hernández; ii) Dinero del condenado Pertuz Hernández y; iii) Dinero de su madre Aidee Sofía Pertuz Hernández.

Considera entonces que es en ese estadio procesal que se deben hacer valer los derechos que a la tercera de buena fe eventualmente le asistan, precisamente bajo los parámetros de discusión de esa instancia y hasta en carga invertida de prueba, frente a esas tres eventualidades. Pretender salvaguardar los intereses de los intervinientes no puede ser catalogado como un acto de abuso, al propiciar que, en un procedimiento específico y destinado para ello, demuestren su legitimación o debida titularidad.

Resalta que el capturado, hoy condenado, siempre dijo que el dinero era de él, en las actas y durante todo el procedimiento de captura, actos urgentes y actas de incautaciones en las que estuvo incluso acompañado de su señora madre Aidee Sofía, que hasta fue su testigo durante el procedimiento de allanamiento, registro y captura, Pertuz Hernández siempre manifestó lo mismo, que esa suma era suya, y hoy de un solo tajo, su madre dice que ese dinero ya no es de su hijo sino que es de ella; ante semejante afirmación él como Fiscal Delegado, con la intención de no vulnerar garantías fundamentales, oficialmente retira la petición de declaratoria de comiso, a efectos de que en otro proceso se demuestre un mejor derecho, esa concreta actitud respaldada y decidida por la primera instancia, no puede ser revocada y debe ser confirmada ante la manera especial como se desarrolló la presunta titularidad del dinero incautado, donde no ha existido

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

demostración alguna de legitimidad por parte de la recurrente frente al conflicto con su hijo y con el mismo delito.

Concluye que las dificultades administrativas que endilga la recurrente a este tipo de trámites de extinción de dominio no pueden enervar la dispensación de derecho, por lo que solicita se confirme la decisión y se permita que en desarrollo y garantía del debido proceso se determine la titularidad del dinero incautado al sentenciado.

## 4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver la alzada según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004<sup>1</sup>.

### 4.2. Problema jurídico.

Atendiendo al objeto de la apelación planteada por la apoderada de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández, y en aplicación del principio de limitación, conforme al cual el Juez *ad quem* debe atenerse a resolver el asunto planteado como objeto de inconformidad y lo que esté vinculado de manera inescindible al él; la Sala se ocupará de determinar si la decisión del Juez *a quo* de no resolver la solicitud de entrega del dinero incoada por quien dice ser tercero de buena fe y en su lugar dejarlo a disposición de la Fiscalía, para que instaure acción de extinción de dominio, es violatoria del debido proceso. En caso positivo si es necesario recurrir a la nulidad parcial como *ultima ratio*, para que se corrija el error y se retomen los caminos de la legalidad.

### 4.3. Solución del problema jurídico planteado.

4.3.1. Partiremos por precisar que el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal clasifica las providencias judiciales en sentencias, autos y órdenes, según la naturaleza de la cuestión que deciden, así:

*“Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.*

*Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.*

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

*Órdenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.”*

A su vez, el inciso segundo del artículo 176 del Código de Procedimiento Penal, al establecer la procedencia del recurso de apelación, señala: *“La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria”*. Así mismo el artículo 20 *ibídem*, que consagra el principio rector de la doble instancia, advierte que: *“Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.”*

Aunado a lo anterior, y al contenido del artículo 177 que define los efectos en que debe concederse la apelación, se colige que este recurso solo procede contra las decisiones judiciales que tengan la condición de sentencia y de auto. Sin embargo, resulta importante advertir que en la sentencia no sólo se discuten aspectos propios del objeto del proceso –tales como la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del acusado<sup>1</sup> -, pues en virtud de ella surgen otras situaciones anexas que deben ser objeto de pronunciamiento, tales como la concesión de subrogados o sustitutos penales, o, para el caso que nos ocupa, la determinación de la suerte que ha de tomar un bien que, en principio fue incautado con fines de comiso.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en que no es la denominación de la sentencia la que determina su naturaleza, sino su objeto cuando *“zanja la discusión sobre la responsabilidad penal del acusado, mediante la adopción de una decisión de carácter definitiva sobre la absolución o condena respecto de un supuesto delictivo”*<sup>2</sup>. Independiente de la denominación de la providencia, es factible emitir decisiones mixtas, es decir, si se ocupa de la responsabilidad penal del procesado revestirá el carácter de sentencia, en tanto que, si aborda un aspecto sustancial como por ejemplo el levantamiento de una medida cautelar –como en el *sub judice*- tendrá la connotación de auto interlocutorio y, las disposiciones que se tomen a efectos de dar cumplimiento a los anteriores presupuestos, tienen el carácter de órdenes, como la que dispone la captura o la libertad inmediata de un procesado, por

<sup>1</sup> Artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>2</sup> CSJ, AP del 24 de julio de 2019, Radicado 55300.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

ejemplo; sin que esto desnaturalice el hecho de haberse adoptado en una sentencia.

**4.3.2.** Pues bien, en el *sub examine* tenemos, respecto de los 300 billetes de \$50.000 que fueron incautados en el procedimiento de allanamiento y registro realizado en la residencia del sentenciado Daniel Santiago Pertuz Hernández, que el Juez Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad legalizó la incautación con fines de comiso dado que al momento de su aprehensión, el capturado afirmó a los agentes captores que ese dinero era suyo, según se dejó consignado en el informe de registro y allanamiento.

El Juez de primera instancia, en la sentencia que ahora se revisa reservó un ítem en la parte considerativa respecto “7. DE LAS OTRAS PETICIONES INCOADAS POR LOS INTERVINIENTES” en el cual hizo alusión a ese objeto consecuencial del proceso, indicando que como el Fiscal expresamente había desistido de su intención de que se decretara el comiso definitivo del dinero incautado y no había suficientes elementos materiales probatorios que permitieran determinar la titularidad del mismo o sobre quien tuviese un mejor derecho, y entonces resolvió no acceder a lo solicitado por la apoderada de quien se constituyó como tercero de buena fe, disponiendo que esa “*suma de dinero que se deja a disposición de la Fiscalía, porque sobre ella pretende instaurar acción de extinción de dominio*”, es ahí donde surge la controversia que ahora ocupa la atención de esta Sala, al no estar conforme la apoderada con la negativa en la entrega del dinero y que sea en la Fiscalía de Extinción de Dominio donde se decida sobre el mismo.

Conforme a lo reseñado en párrafos precedentes; decisión que considera esta Sala fue desacertada, de un lado porque el delegado de la Fiscalía General de la Nación no puede retirar “*cualquier pretensión sobre ese tema*” pues el dinero se incautó con fines de comiso, y es el Juez quien debe decidir. De otro lado porque, frente a este último aspecto es importante precisar que, hasta la emisión del sentido de fallo, al Funcionario judicial que le corresponde conocer y decidir sobre las solicitudes de devolución de aquellos bienes que fueron incautados con fines de comiso es al Juez de Control de Garantías, en tanto que por reducción al absurdo se colige que, una vez anunciado el mismo, la determinación de la suerte que han de correr esos bienes incautados con fines de comiso le corresponde al Juez de Conocimiento.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Sobre la antedicha competencia para ordenar la devolución de aquellos bienes que fueron incautados con fines de comiso es pertinente traer a colación lo referido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STP8024 del 15 de febrero de 2022<sup>3</sup> al concluir que:

*“Así, entonces, si el artículo 88 faculta a los Jueces de Control de Garantías para el levantamiento de medidas de suspensión del poder dispositivo, que es una de las medidas cautelares reales; el 100 indica que todo lo relacionado con la entrega de bienes relacionados con delitos culposos es de competencia de esos mismos funcionarios; el 153 define, por el método residual, que son audiencias preliminares todas las diferentes a la de acusación, preparatoria o de juicio oral, que se deben celebrar bajo la dirección del Juez de Control de Garantías; y el 154 establece en el ordinal 5º que son de esa categoría “la que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales” y en el 8º señala que también lo son “las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo”, que es el levantamiento de una medida cautelar personal; entonces **es claro que el Juez de Control de Garantías tiene la competencia –y la mantiene hasta el anuncio del sentido del fallo–, para todo lo que tenga que ver con la imposición y levantamiento de medidas cautelares reales y personales y, en general, para definir todo lo relacionado con bienes incautados que se hallen en las situaciones definidas en el artículo 88 de la Ley 906 de 2004.**” (Negrillas y Subrayas de la Sala)*

Más adelante, la misma providencia enfatiza en que *“tal criterio ha sido reinterpretado en esta providencia en el sentido de que **la competencia de aquella especialidad judicial** –el Juez de Control de Garantías- **para decidir sobre la devolución de bienes incautados con fines de comiso se extiende hasta la emisión del sentido del fallo**”.*

**4.3.3.** Pues bien, en este caso una vez el Juez Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín anunció el sentido de fallo de carácter condenatorio, dio paso a la audiencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y, en esa oportunidad habilitó a la representante de quien dijo ser tercera de buena fe a efectos de que expusiera su solicitud de devolución de los 300 billetes de \$50.000 que fueron incautados en el procedimiento de allanamiento y registro donde fue capturado el encartado Daniel Santiago Pertuz Hernández.

Sin embargo, en la sentencia en la que se debía resolver ese aspecto, el *a quo* simplemente omitió realizar un pronunciamiento de fondo y definitivo sobre ese dinero bajo el argumento de que el Fiscal había desistido de la pretensión respecto de que, frente a ese bien, se decretara el comiso. Esto, trasgrediendo lo

---

<sup>3</sup> Sala de Decisión de Tutelas N° 2, MP. Hugo Quintero Bernate.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

establecido en la Directiva 0002 del 26 de agosto de 2020 de la Fiscalía General de la Nación "*Por medio de la cual se establecen lineamientos generales respecto a la solicitud de medidas cautelares con fines de comiso*" en cuyo literal E del numeral 4° señala que "*los Fiscales de conocimiento deberán solicitar al Juez correspondiente la definición de la situación jurídica de los bienes afectados con fines de comiso*".

Para contextualizar, la figura del comiso está prevista en el ordenamiento jurídico tanto en el Código Penal, como en el de Procedimiento Penal. El artículo 100 del primero en mención establece:

*"Artículo 100. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción.*

*Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución. (...)"*

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 82, dispone:

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

*Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.*

*Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.*

*Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.*

*PARÁGRAFO. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan*

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

*de manifiesto el derecho sobre los mismos”. (Negrillas y Subrayas de la Sala)*

Así mismo la jurisprudencia de esta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que dicha figura procede en los siguientes eventos:

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

*b. En los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.*

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

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

*La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del C.P., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito (...).<sup>4</sup>*

No obstante, el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal hace alusión a la omisión de pronunciamiento sobre los bienes en la sentencia, de lo cual se desprende que no es un asunto del todo ajeno al proceso penal. En el mismo se establece que “*Si en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el*

---

<sup>4</sup> CSJ, SP11015 del 10 de agosto de 2016, Radicado 47660.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

*fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar en la misma audiencia la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.”*

Pues bien, en virtud a lo que se ha venido exponiendo, y tal como lo resaltó el Juez de primera instancia, en este caso no se cuenta con suficientes elementos para resolver de manera definitiva si se ordena el comiso o la devolución del dinero a quien dice ser su real propietaria; sin embargo, el Juez de conocimiento está en la obligación de resolver todos los extremos de la litis y, en consecuencia, considera esta Sala que lo procedente es que se abra incidente para que se resuelva la petición de la señora madre de Pertuz Hernández en el que el *a quo* decida de fondo resolviendo si accede a la devolución del dinero tras la verificación de que, en efecto, esta ciudadana es un tercero de buena fe, o si ordena el comiso del dinero en favor del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

Frente a lo anterior resulta pertinente y oportuno traer a colación la sentencia con Radicado 32452<sup>5</sup> de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, al resolver un asunto similar en el que se omitió en sentencia por parte del Fallador un pronunciamiento sobre la solicitud de devolución de un bien afectado con medida cautelar, acotó:

*“Es cierto que la Ley 906 del 2004 parece que no estableció con claridad un procedimiento a través del cual quienes se consideren terceros de buena fe puedan concurrir a hacer valer sus derechos. **El supuesto vacío, no obstante, no puede servir de excusa para dejar de actuar, o, lo que es más grave, para hacerlo con irrespeto total de los derechos de esos posibles terceros de buena fe, en lo que constituye una perversión del debido proceso, pues en este caso, en últimas, el procedimiento porque se optó y decidió comportó una condena originada exclusivamente en una responsabilidad objetiva.***

***El artículo 25, que regula el principio de integración, dispone que cuando existan materias que no estén expresamente reguladas en el Código de Procedimiento Penal se debe acudir al de Procedimiento Civil. Y en los artículos 135 y siguientes del último estatuto<sup>6</sup> se desarrolla todo lo relacionado con el trámite de incidentes procesales, previstos precisamente para resolver cuestiones accesorias.***

*Que el procedimiento civil, en cuanto a su forma, sea diferente del previsto en la Ley 906 del 2004, en modo alguno puede ser obstáculo para implementarlo en aquellos aspectos en que la última no haya reglado un asunto específico, tal como argumenta la Procuraduría, pues cuando el legislador procesal penal permitió la integración, en norma rectora y prevalente, conocía con suficiencia las características del estatuto procesal civil, y con conciencia de ello, ordenó la remisión.*

<sup>5</sup> Del 28 de octubre de 2009, MP. Alfredo Gómez Quintero.

<sup>6</sup> Hoy Código General del Proceso. Artículos 127 y siguientes.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

***El artículo 85 del Código de Procedimiento Penal ofrece otra solución, pues determina que cuando quiera que se suspenda el poder dispositivo de un bien, con la pretensión de lograr su comiso, la medida se mantendrá hasta que se resuelva el asunto con carácter definitivo.***

*A renglón seguido, la norma agrega que si el fiscal verifica que el bien se encuentra dentro de una de las causales que haría viable la extinción del derecho de dominio, “dispondrá en forma inmediata lo pertinente para que se promueva la acción respectiva”. Y esta acción, que cumple el mismo cometido del comiso, establece el procedimiento para perseguir y lograr esa meta, pero con el respeto irrestricto del debido proceso y la garantía a la defensa de todos quienes consideren tener derecho sobre el bien.*

*Es cierto que la regla de que se trata parece estar dada para cuando el juez de control de garantías niega la medida provisional de suspensión del poder dispositivo del bien, pero es evidente que nada obsta para que tenga aplicación en todos los casos.*

***8. La conclusión resulta incontestable: en el trámite revisado se faltó a las formas propias de un proceso como es debido y a las garantías del señor José Arcadio Parra Ruge, quien se anunció como tercero de buena fe, en su condición de propietario del vehículo de placas OIE-218.***

***Esa irregularidad sustancial está prevista como motivo de nulidad en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal y, por contera, estructura la segunda causal de casación prevista en el artículo 181 del mismo estatuto.***

***En este caso, como la lesión se presentó en desarrollo del proceso penal y se trata de un tercero que alega su buena fe, la vía más adecuada para escuchar y debatir las pretensiones de la fiscalía y para permitir que todos quienes se consideren con derechos sobre el bien puedan postular y defender su causa es el trámite incidental arriba reseñado. Por tanto, se dispondrá la nulidad parcial de las sentencias, exclusivamente en lo relacionado con el comiso dispuesto sobre el automotor.***

***En su lugar, inmediatamente el juez de primera instancia adelantará el trámite necesario para que a través de un incidente se resuelva el asunto señalado.” (Negrillas y Subrayas de la Sala)***

Concluye esta Sala entonces que lo procedente conforme a la citada posición jurisprudencia, decretar la nulidad única y exclusivamente del numeral 4° de la resolutive de la sentencia de primera instancia; y, en consecuencia, se ordenará al a quo disponer lo necesario para que a través de un incidente procesal, se resuelva el reclamo de la señora de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández quien considera ser tercero de buena fe pues dice ser la propietaria del dinero objeto de reclamación en este asunto.

Es importante en todo caso resaltar que como el único punto de debate en este asunto fue el de la devolución del dinero y no hubo discusión alguna frente a la

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

responsabilidad penal, pena impuesta y no concesión de subrogados, en la parte resolutive de este proveído solo se hará alusión al aspecto concerniente al bien objeto de reclamo, por ende, en todo lo demás la sentencia permanecerá vigente.

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**PRIMERO: DECLARA LA NULIDAD** única y exclusivamente del numeral 4° de la resolutive de la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: SE ORDENA LA DEVOLUCIÓN** de la carpeta al Despacho de origen a efectos de que el Juez de primera instancia disponga inmediatamente lo necesario para que a través de un incidente procesal se resuelva el reclamo de la señora Aidee Sofía Pertuz Hernández quien se anuncia como tercero de buena fe en su condición de propietaria de los 300 billetes de \$50.000 que fueron incautados en el procedimiento de allanamiento y registro de su vivienda en donde además se dio captura a su hijo, condenado dentro de este asunto, Daniel Santiago Pertuz Hernández. Lo anterior con apego irrestricto al debido proceso y el respeto por las garantías de quienes aleguen derechos sobre el bien.

**TERCERO:** En todo lo demás, el fallo de primera instancia permanece vigente.

**CUARTO:** Contra esta decisión no procede ningún recurso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
*Magistrado*

Radicado: 05001-60-00000-2021-00712  
Procesados: Daniel Santiago Pertuz Hernández y otro  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'NELSON SARAY BOTERO', written in a cursive style.

**NELSON SARAY BOTERO**  
*Magistrado*

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA', written in a cursive style.

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
*Magistrado*