

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BOGOTÁ

Interlocutorio No. 003

Rad.: 110013120001-2023-00001-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Juzgado a resolver la solicitud de control de legalidad impetrado por el apoderado de la señora MAYERLING PEÑA ARAQUE, contra las medidas cautelares impuestas al bien raíz identificado con matrícula inmobiliaria n°. 50N-113198.

II. HECHOS y ACTUACIÓN RELEVANTE

Da cuenta la resolución de medidas cautelares, que la Policía Fiscal y Aduanera POLFA presentó iniciativa investigativa relacionada con la estructura criminal denominada “TABACUM”, dedicada al contrabando de cigarrillos en la que, entre otros, participaba y era líder YESID MORALES REYES, encargado de adquirir e ingresar al territorio Colombiano el producto que luego se transportaba en tractocamiones desde ciudades como Cartagena y Santa Marta hasta la ciudad de Bogotá y municipios circundantes donde eran distribuidos en los mercados populares (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 3-4).

Así mismo, se determinó que la compañera sentimental del prenombrado ciudadano, MAYERLING PEÑA ARAQUE, *“funge como representante legal de la empresa denominada MP OPERACIONES LOGISTICA SAS (...) empresa que tiene por objeto social, realizar en Colombia y en el exterior cualquier actividad lícita comercial o civil, empresa que reporta en capital autorizado; 1.530.000.000, además se encuentra como*

representante legal suplente el señor YESID MORALES REYES cc. (...) y reporta como domicilio principal y notificación judicial la calle 127 D-56B-84 Bogotá” (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 49-50).

Tales acontecimientos dieron lugar a que en la presente investigación extintiva, los bienes que aparecen en cabeza de la señora PEÑA ARAQUE resultaran asociados a las causales extintivas de dominio 1, 4 y 5 del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, habida cuenta que, posiblemente, tienen origen en los rendimientos derivados del accionar delictivo de su pareja, toda vez que fueron adquiridos en la línea de tiempo en que aquel desarrolló su actividad proterva y fueron utilizados en la comisión de la misma (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 93).

En tal virtud, la Fiscalía 58 DEEDD mediante resolución de 25 de agosto de 2022, impuso los gravámenes de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro, entre otros, al inmueble de matrícula inmobiliaria No.50N-113198, ubicado en la calle 127 D No. 56 B-84 que figura a nombre de MAYERLING PEÑA ARAQUE.

III. LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

El apoderado judicial de la afectada, fundamenta su petición de examen a las cautelas en las causales 1, 2 y 3 del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014; básicamente expone:

i) Su poderdante es adquirente de buena fe y su actuar es legítimo, legal, e independiente de la actividad ilícita que se le endilga a Yesid Morales Reyes, pues, la “*responsabilidad es personal*” y, PEÑA ARAQUE obtuvo el inmueble en cuestión con recursos propios provenientes de la venta de otro bien raíz y de los frutos de su trabajo como empleada pública de las fuerzas militares, circunstancias demostradas por aquella, que conllevan a inferir, contrario a lo concluido por la instructora, que no concurren los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que el predio tiene vínculo con las causales de extinción de dominio invocadas por la agencia fiscal, esto es, que es producto directo o indirecto de presuntas actividades ilícitas o que fue utilizado como medio o instrumento para la ejecución de supuestos punibles (Cf. Escrito de solicitud control de legalidad medidas cautelares, fls. 3-5).

Refuerza, que la resolución de medidas cautelares “carece” de los elementos mínimos suficientes que indica la Ley 1708 de 2014, para determinar el aludido vínculo, al punto que omitió examinar la capacidad económica de la afectada.

Toda prueba debe ser conducente, pertinente y útil, añade, en procura de proveer un mínimo conocimiento sobre la ocurrencia de un hecho particular; sin embargo, en este caso *“las pruebas obtenidas o adelantadas para aupear las medidas cautelares no tienen suficiencia mínima para demostrar que el inmueble objeto de los gravámenes tuvo relación alguna con la incognoscible forma de administración y manejo del anticipo entregado a terceros en virtud del contrato público para la época de ellos hechos”*, por lo que no son pertinentes ni conducentes (Cf. Escrito de solicitud control de legalidad medidas cautelares, fl. 7).

De igual manera, arguye, el hecho de ser “consanguíneo” de una persona vinculada a un proceso penal o adquirir un bien inmueble en los años posteriores a las aparentes acciones punibles, o ser representante legal de una empresa de la que nunca se han obtenido dividendos y no ha influido en la adquisición del bien raíz, mengua derechos constitucionales y patrimoniales (Cf. Escrito de solicitud control de legalidad medidas cautelares, fls. 8-9).

Por lo mismo, al no obrar elementos mínimos de juicio suficientes, de suyo, no se predicen razonables o proporcionales la imposición de las cautelas. Es así que, *“además de que no existen los elementos mínimos que cimenten su imposición, tampoco es advertible en el texto de la Resolución, fundamentos explicativos y sustanciales que provean un análisis suficiente para determinar que los gravámenes son proporcionales, necesarios, razonables, idóneos y adecuados”* (Cf. Escrito de solicitud control de legalidad medidas cautelares, fl. 9).

ii) Al verificarse la ausencia de elementos mínimos de juicio suficientes que sustenten la medida de suspensión del poder dispositivo, *“de suyo, no sería entendible, (...), se predicaran razonables o proporcionales la imposición de las medidas de embargo y secuestro (...)”*.

Los argumentos que presenta la Fiscalía son genéricos y abstractos, dice el libelista, y no se realiza un análisis argumentativo mínimo específico de cómo el bien en particular,

será, en la misma condición de los demás inmuebles, ocultado, negociado, gravado, distraído o sufrir deterioro, extravío, destrucción o reportar beneficio alguno para los titulares o terceros o que se continúe con la inadecuada utilización; por lo que, no puede inferirse que el secuestro y embargo son idóneos, adecuados, necesarios o razonables, máxime que no se determinó cómo al predio se le ha dado un uso indebido. De ahí que, el fin constitucional de las limitantes al dominio podría cumplirse con otras menos gravosas o, en últimas, habría sido suficiente la suspensión de poder dispositivo (Cf. Escrito de solicitud control de legalidad medidas cautelares, fl. 10).

Adicionalmente, arguye el abogado, se vulnera el principio de proporcionalidad, ya que no existe ningún balance entre el medio y el fin de las restricciones; además, no es cierto que, al tratarse de un inmueble, sólo puede ser distraído a través de maniobras jurídicas mediante la inscripción de algún gravamen en su folio de matrícula o transfiriendo su titularidad, pues, esta situación puede conjurarse con la suspensión del poder dispositivo.

Tampoco resulta viable afirmar el ocultamiento del inmueble por ser inamovible y no se allegó material suasorio que permita inferir su destrucción o deterioro, máxime cuando es utilizado para vivienda familiar por parte de la afectada, quien ha ejercido una excelente administración, tenencia y posesión del mismo, tornándose innecesarias las medidas de embargo y secuestro.

Corolario de lo anterior, invoca el peticionario, se declare la ilegalidad de todos los gravámenes impuestos por la Fiscalía 58 Especializada E.D. al aludido predio. (Cf. Escrito de solicitud control de legalidad medidas cautelares, fls. 11-14).

IV. LOS INTERVINIENTES

Fiscalía General de la Nación

La delegada 58 de la Fiscalía Especializada adscrita a la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, solicita se imparta legalidad a las precautorias decretadas el 25 de agosto de 2022, pues, no sólo cuentan con elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que los bienes involucrados tienen vínculo con una causal de extinción de dominio, sino que, se exhibió la necesidad, razonabilidad y

proporcionalidad de las mismas, contando también con motivación para su imposición y no fueron soportadas en pruebas ilícitamente obtenidas (Cf. Escrito de traslado de la Delegada Fiscal 58 E.D., Fls. 1-2).

Indica, que el bien reclamado se encuentra vinculado al trámite, debido a que se tiene la investigación penal en contra del señor Yesid Morales Reyes, por el punible de contrabando, de quien se dice, se ha dedicado en el curso de su vida a tal actividad ilícita, derivando su patrimonio de la misma (Cf. Escrito de traslado de la Delegada Fiscal 58 E.D., Fl. 2).

Y, de acuerdo a la resolución de medidas cautelares *“se colige de manera lógica que los bienes en cabeza de PEÑA ARAQUE, se enmarcan en las causales 1, 4 y 5 del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, dado que los mismos tienen su origen en los rendimientos derivados del accionar delictivo de su compañero permanente el señor YESID MORALES REYES, sumado a la circunstancia que fueron adquiridos en la línea de tiempo en que este ciudadano ha desarrollado su actividad ilícita contra el orden económico social y fueron utilizados para la comisión de la actividad ilícita (...) de la citada Resolución se expuso de manera clara y detallada la actividad ilícita desplegada por el señor YESID MORALES REYES, quien era uno de los líderes (sic) de la organización criminal dedicada al Contrabando denominada TABACUM, además señor Juez, en el haber patrimonial del señor YESID MORALES REYES, solo se encuentran 3 vehículos, lo que permite colegir que el producto de la actividad ilícita son los bienes que se encuentra en titularidad de su esposa, la señora MAYERLING PEÑA ARAQUE”* (Cf. Escrito de traslado de la Delegada Fiscal 58 E.D., Fl.3).

Sumado a esto, el ente persecutor reseña sus argumentaciones en la resolución confutada frente a los acápites de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad respecto de las medidas cautelares (Cf. Escrito de traslado de la Delegada Fiscal 58 E.D., Fls. 4-8).

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para resolver la solicitud de control de legalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía, de conformidad con lo establecido en los

artículos 35, 39 y 111 de la Ley 1708 de 2014, como quiera que, del análisis del proceso se puede fijar que existen bienes que se encuentran ubicados en la ciudad de Bogotá D.C., por lo que el conocimiento y juzgamiento del presente proceso sí corresponde a estos Despachos.

2. La propiedad privada y las medidas cautelares

La propiedad privada es objeto de amparo constitucional conforme al artículo 58 de la Carta Política, amparo del que también participan instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, -artículo 17- y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -canon 21-.

Así mismo, fortalece ese ámbito de resguardo la jurisprudencia al establecer que, tal prerrogativa fundamental no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas que desconozcan el interés del propietario de obtener una utilidad económica y contar con las condiciones mínimas de goce y disposición.

Sin embargo, igualmente ha determinado que no es un derecho absoluto, pues el Estado puede imponer limitaciones, como ocurre en los procesos de extinción de dominio, por razón de haber sido adquiridos con dineros originados en actividades ilícitas, o ser destinados e instrumentalizados para la comisión de delitos, o aún siendo de procedencia lícita, haber sido mezclados material o jurídicamente con bienes de ilegal procedencia, constituyendo entonces las medidas cautelares el instrumento para evitar que los bienes que se hallen en cualquiera de tales circunstancias puedan ser ocultados, distraídos, negociados o transferidos, sufrir deterioro, extravío o destrucción, o se persista en su uso indebido.

En tal virtud, el artículo 88 del Código de Extinción prevé que el patrimonio respecto del cual existan elementos de juicio suficientes que permitan considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción, será materia de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, adicionalmente, pueden decretarse el embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

De tal manera que, la restricción que con carácter general tiene procedencia en el trámite de extinción de dominio es la primera anunciada y, únicamente de manera excepcional las restantes, éstas con la carga agregada para el funcionario judicial de exponer y motivar la razonabilidad y necesidad de las mismas.

La razonabilidad implica realizar un análisis sobre la adecuación e idoneidad del gravamen a imponer de cara al objetivo que se persigue con el mismo. Es decir, resulta imperativo establecer en concreto cuál de los anteriores es el que corresponde decretar para lograr el fin propuesto, esto es, evitar el ocultamiento, negociación o distracción de los bienes objeto de extinción, o cesar la destinación e instrumentalización ilícita de los mismos. Se trata entonces de un estudio específico en cada caso en particular.

La necesidad consiste en establecer que la limitación del derecho fundamental a la propiedad se realice a través de la medida cautelar más favorable, esto es, que no exista en el ordenamiento una posibilidad menos lesiva, pues de ser así, deberá preferirse ésta sobre la más gravosa.

3. El control de legalidad de las medidas cautelares

El artículo 111 de la Ley 1708 de 2014 prevé que las medidas cautelares proferidas por la Fiscalía no son susceptibles de los recursos de reposición o apelación, no obstante, el afectado, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia pueden solicitar el control de legalidad posterior ante los Jueces de Extinción de Dominio.

A su turno, el precepto 112 *Ib.* determina que el Juez declarará la ilegalidad de las medidas cautelares cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- “1. Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.*
- 2. Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.*
- 3. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada.*
- 4. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas”.*

Por su parte, el canon 113 *ibidem*, dispone que quien solicita el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente alguna de las circunstancias relacionadas en precedencia.

Conforme a lo anterior, la figura jurídica en comentario -control de legalidad de las medidas cautelares- se caracteriza por ser: **i) posterior**, ya que solo puede solicitarse después de que la decisión de la Fiscalía ha sido emitida y ejecutada; **ii) rogado**, en tanto solo lo pueden deprecar el titular del derecho restringido, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia, con la carga de señalar los hechos en que se funda y demostrar con suficiencia la causal que lo origina; **iii) reglado**, pues la ley prevé las causales y presupuestos para su procedencia y **iv) escrito**, ya que la solicitud como la decisión se tramitan de esa forma¹.

4. Caso concreto – Causales de ilegalidad enunciadas en la solicitud

4.1.1. El apoderado de la señora MAYERLING PEÑA ARAQUE postula se ejerza control de legalidad a la totalidad de las medidas cautelares decretadas mediante resolución de 25 de agosto de 2022, sobre el inmueble de matrícula inmobiliaria No. 50N-113198, propiedad de la prenombrada, aduciendo como eje transversal de lo deprecado la falta de elementos probatorios que demuestren el vínculo del patrimonio de aquella con causales de extinción de dominio; así mismo, que la materialización de las medidas cautelares no se muestra como necesaria, proporcional y razonable; por último, de manera etérea, argumentó que la decisión que las impone carece de fundamentos (causales 1ª, 2ª y 3ª de ilegalidad contempladas en el artículo 112 de la Ley 1708 de 2014).

Este Despacho avizora que el inmueble objeto de este trámite fue afectado con medidas cautelares, por cuanto, en desarrollo de actividades investigativas, la Fiscalía General de la Nación, anotó que, la propietaria de dicho predio, esto es, la señora MAYERLING PEÑA es la compañera permanente de Yesid Morales Reyes, quien, aparentemente, era una de las personas que lideraba la organización delincriminal denominada “TABACUM” y era el encargado de adquirir e ingresar al territorio Colombiano cigarrillos de contrabando que luego se transportaban en tractocamiones desde ciudades

¹ Exposición de motivos. Proyecto de Ley 263 de 2013 Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso. Año XXII, No. 174. 3 de abril de 013.

como Cartagena y Santa Marta hasta Bogotá y municipios circundantes donde eran distribuidos en los mercados populares (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 49-50).

En efecto, en lo que concierne al ítem 1° *ibidem*, se relacionaron diversos medios de convicción relacionados con el aludido Yesid Morales Reyes, de quien la delegada de la Fiscalía precisó que sus bienes tienen origen en los rendimientos derivados de su accionar delictivo, y que estos fueron adquiridos en la línea de tiempo en que este ejecutó, supuestamente, la actividad ilícita de contrabando; encontrándose diversos bienes en cabeza de la señora MAYERLING PEÑA ARAQUE, entre estos, el predio *sub examine*, y de otros miembros del núcleo familiar del prenombrado -hijos-, al parecer, adquiridos en las mismas condiciones (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 50, 93-103).

Así pues, se puede extractar de la decisión que impuso las medidas cautelares cuestionadas, que obra el informe de investigador de campo FPJ 11 de 29 de julio de 2022, que exhibe múltiples interceptaciones telefónicas al abonado celular de Morales Reyes (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 16), destacándose, entre otras, las siguientes:

- Fecha 26 de mayo 2022: *«Abelito se refiere a HD, como Yesid, a quien le pregunta “a cómo está el amarillo” (¿cigarrillos?), Yesid le dice que ahorita no hay, porque la subida del dólar ‘nos tiene apretados’, pero posiblemente para el lunes “llegue” (mercancía, cigarrillos), pero “va subir algo” (de precio), Abelito le pregunta si se demora “en llegar” (la mercancía), Yesid le manifiesta que no, “yo ya pague todo”, pero de pronto para el lunes ya está eso ahí, toca esperar a lo que llegue pero “yo le voy a subir lo que suba el dólar”, Abelito le dice que “eso” (cigarrillos), ni siquiera está en Bogotá, eso se demora, Yesid le dice que “usted sabe que yo soy Servientrega”.*

ODA: Al parecer Yesid estaría esperando a que le llegara una mercancía, posiblemente cigarrillos de contrabando, de los cuales estaría pensando en subirle el precio, para comercializarlos posteriormente» (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 17).

- Fecha 13 de junio de 2022: *«(...) “y a la hora que vamos hacer eso, yo busco el carro trabajamos y yo lo guardo allá en la casa nueva”, Yesid le dice “ya estamos advertidos que son esos policías y toca tener cuidado también con los del restaurante, esos negros también nos tienen boletados (...)»* (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 18).

- Fecha 15 de junio de 2022: *«(...) “Galeano le dice a Yesid, que estaba haciendo cuentas y “sume las cajas” (de cigarrillos), son 360 y “me dan 359”, Yesid le dice que no sabe, Galeano le indica que son 154 “ que nos entregaron aquel día, y 205, Yesid le dice que en este momento “no estoy disponible, estoy embolatado en otra cosa.*

ODA: La persona que habla con Yesid, le estaría informando al parecer de la cantidad de cajas de cigarrillos de contrabando que se tendrían en algún punto, posiblemente para ser

comercializadas» (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 19).

• Fecha 30 de junio de 2022: «(...) “*Yesid le pregunta a Enrique, como van esas “ventas” (de los cigarrillos), Enrique le manifiesta que el rojito se está moviendo parejo, así mismo le dice que está esperando la cuenta para “enviarle hoy” (dinero), Yesid le dice que a la “misma de la última” (cuenta), así mismo le pregunta que “producto” (cigarrillos de contrabando), le queda, Enrique le manifiesta que el blanco, todavía tengo todo, el amarillo también, el rojo es el que se está moviendo. Yesid le pregunta si le queda bastante, Enrique le indica que para la otra semana “manda solo del” (cigarrillo), rojo unas “tres”(cajas), Yesid le pide que le busque “la bodega como le dije”, Enrique le indica que estuvo buscando una así con parqueadero, pero no ha conseguido, Yesid le dice que la consiga “yo asumo eso” (el precio)» (...) (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 21).*

A más de ello, se describe la diligencia de inspección judicial al radicado n°. 110016000049200807962, en la que se alude la denuncia presentada en contra del señor Yesid Morales Reyes (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 21).

Respecto de dicha noticia criminal, en la resolución censurada, se aseveró que:

“NUNC: 110016000049200807962 Fecha de los Hechos: 25/03/2008; DIAN. delito: favorecimiento de contrabando mercancías. Frederick Rodriguez (sic) Largo, servidor publica de la dirección de impuestos y aduanas nacionales Dian y funcionaria del grupo interno de trabajo unidad penal de la división jurídica de la administración especial de aduanas de Bogotá formula denuncia contra el señor YESID MORALES REYES.

El 04 de abril de 2008 se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento y avaluó mediante documento de ingreso, inventario y avaluó de mercancías aprehendidas no 39031114939, donde se le dio un valor de \$695.250.000.00 pesos, teniendo en cuenta que los interesados no presentaron objeción al acta de aprehensión, ni aportaron documento tendiente a demostrar la legal introducción y permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional, la división de fiscalización decidió mediante resolución no 1745, del 12 de mayo de 2008, ordenar el decomiso de la mercancía a favor de la nación”.

Estos, los fundamentos que llevaron al instructor a considerar la posible existencia de conexidad del bien raíz en cuestión con las actividades ilícitas desarrolladas por Yesid Morales Reyes, quien, se itera, aparentemente fue uno de los líderes de la organización criminal dedicada al contrabando de cigarrillos.

Si bien, el apoderado indica que su representada compró el bien en cuestión, con el producto de lo que devengaba como empleada de las Fuerzas Armadas, entre 2010 y 2021 y de la venta de un inmueble que había adquirido en el año 2011 con recursos igualmente provenientes de la misma labor, ha de tenerse en cuenta que en la presente investigación no solo aparece involucrado el predio de F.M.I. 50N-113198, sino otros que también figuran a nombre de PEÑA ARAQUE adquiridos en la misma línea de

tiempo en que su consorte desarrollaba actividades ilícitas, luego, no se descarta la inversión de dineros ilícitos en la negociación que realizó la prenombrada señora para adquirir el predio involucrado en este asunto.

Inferencia lógica, no desvirtuada que por el contrario encuentra respaldo en sendos medios suasorios que, indiciariamente, permiten colegir que los activos involucrados fueron conseguidos por los actuales dueños con recursos ilegítimos, quienes hoy actúan en calidad de prestanombres simulando así la titularidad del verdadero adquirente que los obtuvo con capitales de dudosa procedencia.

Como lo advierte el gestor de la afectada, el trámite incidental de control de las limitantes temporales requiere de un estándar de prueba **mínimo** para alcanzar esa inferencia de «probabilidad» de que los bienes afectados pueden estar ligados con la causal extintiva invocada por el delegado instructor.

Así lo prescribe el Código de Extinción de Dominio cuando en el artículo 88 estipula: *[a]quellos bienes sobre los que existan **elementos de juicio suficientes** que permiten considerar su **probable vínculo** con alguna causal de extinción de dominio, serán objeto de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo. (...)*

Contexto que se compagina con el consignado en el numeral 1 del canon 112 *ibídem*, que señala como causal de ilegalidad de la medida cautelar la inexistencia de *los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que **probablemente** los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.*

Luego, en la figura procesal que se trata, y para lo que atañe con el último tópico en cita, corresponde únicamente examinar si la Fiscalía General de la Nación, ordenó las medidas restrictivas sobre la base de tales exigencias, esto es, la presencia de “**elementos mínimos de juicio suficientes**” que permiten deducir la “**probabilidad**” de la concurrencia del motivo de ilegalidad que se invoca, las que, en el presente asunto se encuentran acreditadas, situación que por ende, cumple con el estándar mínimo previsto en el artículo 88 del C.E.D., para la imposición de la limitante de suspensión del poder dispositivo y enerva la argumentación del abogado con relación a la causal 1ª del artículo 112 *ib.*

Consecuencia de lo anterior, el Despacho declarará la legalidad esta medida cautelar -suspensión del poder dispositivo-.

4.1.2. Con todo, aún debe auscultarse si los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad se satisfacen en el caso concreto y si los mismos fueron adecuadamente motivados respecto de las cautelas impuestas -causales 2ª y 3ª del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014-.

Al respecto, observa el Despacho que, en la resolución que se examina, el ente persecutor luego de enunciar los elementos materiales de prueba acopiados y aducir unas consideraciones, determinó que las medidas impuestas eran razonables, necesarias, y proporcionales, exponiendo dichos criterios para cada una de las cautelas impuestas.

Así, respecto la medida de **suspensión del poder dispositivo**, expuso el instructor que, aquella cautela era necesaria con el fin de evitar que la titularidad jurídica de los bienes pueda ser traspasada o modificada a nombre de terceros; razonable, debido a que es la única vía para frenar una posible enajenación o traspaso de bienes y, proporcional, cuando quiera que, es menester restringir los actos de autonomía que tienen los propietarios sobre estos (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fl. 63).

En cuanto al **embargo**, manifestó que es necesaria, por cuanto es indispensable «sacar» los bienes del comercio, evitando que estos sean traspasados a terceros, favoreciendo con ello la efectividad de la acción judicial; es razonable, habida cuenta que, considera la media más acertada para impedir la enajenación o ejecución de maniobras jurídicas tendientes a hacer nugatorio el trámite extintivo y, proporcional, ya que no existe media menos gravosa y restrictiva del poder dispositivo con la que se pueda obtener idéntico resultado con un sacrificio menor de principios de relevancia constitucional y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 64-65).

En lo que atañe al **secuestro**, puntualizó que es necesario en aras de impedir que se siga usufructuando y utilizando los bienes obtenidos como fruto de las ganancias que genera el contrabando; razonable, como medida tendiente a preservar bajo custodia los bienes hasta el momento que se produzca un fallo definitivo y, proporcional, toda vez que se requiere asegurar los bienes adquiridos como producto de actividades contrarias a derecho constitutivas de infracciones a la Ley penal (Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2022-00342 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 65-67).

No obstante, para el efecto ha de tenerse en cuenta, que una cosa es que se determine la razonabilidad y necesidad de limitar la propiedad para los fines establecidos en el artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, y otra la razonabilidad y necesidad de la medida en sí misma, esto es, en punto a cuál es la cautela concreta que debe imponerse para ello, si de acuerdo con el artículo 88 *ibídem* es procedente la suspensión del poder dispositivo, o si además deben concurrir el embargo y el secuestro.

Ello porque, como se dijo en precedencia, el derecho a la propiedad adquiere el carácter de fundamental cuando tiene contacto con la dignidad humana, la vida, la integridad, etc., por lo que cualquier limitación a la disposición, uso y goce debe ser mínima, y tan sólo en la medida de lo necesario para conseguir el fin que se persigue. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional:

“(...) Este Tribunal considera que si bien las medidas cautelares, como el embargo, son admisibles desde una óptica constitucional para asegurar el pago de una obligación, su decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, una orden de secuestro, embargo, caución, inscripción de la demanda o similar no puede vulnerar las prerrogativas fundamentales mínimas del ciudadano, como lo son, entre otras, la vida digna y el mínimo vital. Al respecto, la Sala encuentra que el legislador ha establecido una serie de restricciones al decreto de medidas cautelares con el objetivo de proteger los derechos fundamentales (...)” (Subrayado fuera de texto)².

Con base en lo anterior, estima este Juzgado que las medidas cautelares de embargo y secuestro decretadas por la Fiscalía no se evidencian como razonables y necesarias para lograr el fin propuesto, esto es, evitar que los bienes puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos o transferidos, o no sufran deterioro, extravío o destrucción, como tampoco para cesar el uso o destinación ilícita.

En efecto, la Fiscalía al momento de decretar las cautelas, básicamente y de manera genérica, expuso que la imposición de las mismas se fundamentaba en cada una de las referidas variantes, para lo cual es evidente que resulta suficiente la suspensión del poder dispositivo, como quiera que, según el parágrafo 1º del artículo 88 de la Ley 1708 de 2014, esta implica la inscripción inmediata en el registro de instrumentos públicos, y por lo tanto, se impide así que puedan ser objeto de cualquier negociación.

Tampoco advierte este Despacho que, el embargo y el secuestro resulten necesarios para evitar el deterioro, extravío o destrucción del inmueble de propiedad de MAYERLING

² Corte Constitucional, Sentencia T – 788 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

PEÑA ARAQUE, toda vez que, justamente, se trata de predios que por su naturaleza y características son inamovibles y, por lo mismo, tampoco resultan ser susceptibles de extravío o destrucción, salvo eventos de catástrofes naturales, que, en todo caso, obedecerían a situaciones de fuerza mayor que escaparían al arbitrio de los titulares del derecho de dominio o de un secuestro.

De tal manera, no se colige la razonabilidad y necesidad de decretar en forma excepcional el embargo y el secuestro, además que, a pesar de que en el presente asunto se está debatiendo el “presunto” origen ilícito de los recursos con los cuales la afectada habría adquirido el bien, lo cierto es que ésta no fue vinculada directamente con el grupo de personas acusadas de la comisión de actividades ilícitas, ni se le endilgó que hiciera parte de alguna organización criminal, o que auspiciara actividades ilegales, motivo por el cual la privación del goce de su inmueble resulta arbitraria.

Por otra parte, de la actuación se colige que el predio objeto del presente pronunciamiento, ha permanecido bajo el dominio de MAYERLING PEÑA ARAQUE tanto así, que constituye su lugar de vivienda, lo que resulta indicativo de la ausencia de ánimo alguno de querer despojarse de la propiedad para hacerla aparecer, por ejemplo, en cabeza de terceros, con la intención patente de ocultarla o distraerla de la atención de las autoridades, pues, si así lo pretendiera, basta la imposición de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo para preservar su realidad jurídica.

Igualmente, nota el Juzgado que frente a las aseveraciones que realizó la Fiscalía en punto a la necesidad, razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad de las medidas cautelares, debían estar sustentadas en hechos y pruebas objetivas que pudieran ser verificados, para así tenerlas por válidas, por ejemplo, declaraciones de testigos que dieran cuenta de las inferencias del ente acusador, incluso de la misma dueña del inmueble; sin embargo, no auscultó ni analizó las circunstancias específicas del caso en concreto y la situación particular en que se encontraba cada uno de los predios objeto de extinción y sus respectivos propietarios.

Por lo anterior, considera este Juzgado que los argumentos esgrimidos por la Fiscalía General de la Nación no son suficientes para establecer que las medidas cautelares de embargo y secuestro resultan necesarias, proporcionales y razonables, y que deban concurrir con la suspensión del poder dispositivo para evitar que los inmuebles puedan ser ocultados, negociados o transferidos.

Así las cosas, valga reiterar, el Despacho colige que las limitantes de embargo y secuestro no se advierten como necesarias en el caso concreto, pues, basta con la suspensión del poder dispositivo para evitar que los bienes puedan ser negociados o transferidos, y lograr que continúen vinculados a la presente actuación (a fin de garantizar la ejecución de una eventual sentencia de extinción de dominio) y para que los terceros puedan conocer la situación actual del inmueble (con la inscripción de tal medida cautelar en el respectivo certificado de tradición), sin que se advierta como imperativo, en este momento del proceso, despojar definitivamente de la posesión y de la percepción de los frutos civiles a su actual propietaria.

4.1.3. De otro lado, se destaca que en la providencia confutada, en concreto los acápites en los cuales se despliegan los argumentos que sustentan la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de imponer medidas cautelares sobre los bienes vinculados a la presente actuación, el ente acusador se dedicó exclusivamente a exponer conceptos de carácter normativo y a mencionar una situación de carácter general con la cual cobijó a todos los bienes involucrados en el asunto, pero en momento alguno especificó por qué, para la situación concreta y particular del activo en comento y su respectiva propietaria, resultan razonables, proporcionales y necesarias la imposición de las medidas cautelares de embargo y secuestro, con lo cual incumplió, con la obligación constitucional y legal de motivar las decisiones judiciales.

Vale recordar lo que al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa”³.

Siendo ello así, en gracia de discusión, no puede argüirse que la motivación en concreto que echa de menos el defensor, y también este Despacho, se encuentra velada dentro de la totalidad del cuerpo de la decisión controvertida que adoptó la Fiscalía, y que solo sea cuestión de inferir las razones que condujeron a ésta, a imponer las medidas cautelares de embargo y secuestro al predio. *Contrario sensu*, la motivación en concreto debía plasmarse, de manera expresa, en el acápite de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas cautelares a imponer, para que la decisión pudiera ser

³ Corte Constitucional, Sentencia T – 214 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

controlada por el interesado y por la judicatura, pues solo de esa manera es posible racionalizar y fundamentar, conforme a la Ley, el ejercicio del poder Estatal.

Insiste el Despacho en que las falencias argumentativas de la Fiscalía no pueden ser suplidas por la judicatura, pues ello despojaría al Juez de su más valiosa atribución: la imparcialidad.

Lo anterior, sin desconocer que en ocasiones la complejidad de los procesos conduce a la generalización de los planteamientos de la Fiscalía; sin embargo, ello no obsta para por lo menos evidenciar un mejor esfuerzo en la presentación de la carga argumentativa, sobre todo, cuando se trata de aplicar medidas que perjudiquen en mayor grado los intereses de los afectados.

4.1.4. Por último, vale anotar, que las medidas que limitan el dominio buscan asegurar que los efectos de una eventual sentencia que extinga el derecho de dominio puedan ser ejecutados. Específicamente, la Ley permite a la Fiscalía la imposición de aquellas medidas para garantizar los fines del proceso, lo cual, sin embargo, no implica considerar como anticipada una extinción del derecho de dominio, pues estas gozan de ser provisionales y la decisión definitiva se adoptará en la sentencia que profiera el Juez competente, según el material probatorio que sea allegado por las partes e intervinientes para sustentar sus tesis frente a la configuración o no de las causales invocadas por la Fiscalía.

Momento en que, además, se atenderán los planteamientos del abogado en punto de la ajenidad de la afectada frente a causales extintivas enunciadas por el persecutor y sus argumentos consistentes en la presunta licitud del capital obtenido para la consecución del bien, lo que, no es dable debatir a través del control de legalidad de las medidas cautelares, sino que ello es propio de una etapa posterior del proceso, el juzgamiento.

Es en el desarrollo del juicio, donde se suscita la controversia probatoria y los afectados explican y exhiben las herramientas que le permitirán al togado de conocimiento arribar a un determinado grado de comprensión que le permita decidir sobre de la legitimidad del título de propiedad.

El trámite de extinción de dominio transita por etapas progresivas de conocimiento, que pasan de la posibilidad a la probabilidad en la investigación, que deviene más exigente en el juicio, por lo que la valoración de la prueba se realiza de manera diversa en cada uno de aquellos estadios de procedimiento.

4.1.5. Corolario de lo anterior, este Despacho acogerá parcialmente la solicitud del interesado y, en consecuencia, **declarará la ilegalidad** de las medidas cautelares de **embargo** y **secuestro** del inmueble identificado con número de matrícula inmobiliaria 50N-113198.

Como se señaló *ut supra*, se **mantendrá vigente** la medida cautelar de **suspensión del poder dispositivo**, como quiera que, la imposición de la misma responde a los fines previstos en el artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, al haberse puesto de presente la existencia de elementos de juicio suficientes que permiten considerar el probable vínculo del bien con la causal de extinción de dominio, lo cual deberá ser confirmado o desvirtuado en el trámite del juicio.

En firme esta decisión, por Secretaría, deberá comunicarse el contenido de la misma a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, respectiva, para que realicen las anotaciones correspondientes en el certificado de tradición del referido inmueble y a la Sociedad de Activos Especiales (SAE), para que a la entrega del predio a su propietaria.

5. OTRAS DETERMINACIONES

En los términos del memorial poder allegado a la actuación, reconocer personería jurídica al doctor EDSON DAVID ANTOLINEZ CORTÉS identificado con cédula de ciudadanía n°. 79.748.378 y T.P. 124.503 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de la señora MAYERLING PEÑA ARAQUE.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BOGOTÁ,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA LEGALIDAD de la medida cautelar de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO**, impuesta mediante resolución de 25 de agosto de 2022, por la Fiscalía 58 de la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. **50N-113198**, propiedad de **MAYERLING PEÑA ARAQUE**, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

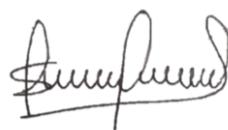
SEGUNDO: DECLARAR LA ILEGALIDAD de las medidas cautelares de **EMBARGO Y SECUESTRO** respecto del aludido inmueble, por las razones indicadas en las consideraciones de este auto.

TERCERO: EN FIRME esta decisión, por Secretaría, **COMUNICAR** el contenido de la misma a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, para que realicen las anotaciones respectivas en el certificado de tradición del inmueble identificado con número de matrícula inmobiliaria **50N-113198**, y a la Sociedad de Activos Especiales (SAE), para que proceda a realizar la entrega del predio a su propietaria.

CUARTO: RECONOCER personería jurídica al doctor **EDSON DAVID ANTOLINEZ CORTÉS** identificado con cédula de ciudadanía n°. 79.748.378 y T.P. 124.503 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de la señora **MAYERLING PEÑA ARAQUE**, en los términos indicados en el memorial poder.

QUINTO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción de Dominio, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley 1708 de 2014.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DORA CECILIA URREA ORTIZ

Juez