



República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público  
Juzgado Penal del Circuito Especializado  
Extinción de Dominio de Cúcuta - Norte de Santander

San José de Cúcuta, junio dieciséis (16) de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO:	Auto mediante el cual <b>SE RESUELVE CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES</b> del 26 de mayo de 2020 (artículos 111, 112 y 113 Ley 1708 de 2014).
AFECTADO:	<b>GILBERTO SEGUNDO CIFUENTES GONZÁLEZ Y OTROS.</b>
RADICACIÓN:	<b>54001-31-20-001-2021-00028-08</b>
RADICACIÓN FGN:	<b>1100160990682019005502 E.D</b> Fiscalía 39 delegada adscrita a la Dirección de Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio Extinción.
BIENES OBJETOS DE EXT:	<b>INMUEBLES: FMI No. 260-185271 y 260-185272</b> entre otros.
ACCIÓN:	<b>EXTINCIÓN DE DOMINIO.</b>

En atención al memorial<sup>1</sup> rubricado por el Dr. **DIGSON HERNEY CAÑAS ORTIZ**, actuando en representación de **ALEJANDRO DE JESÚS JIMÉNEZ GONZÁLEZ**, mediante el cual depreca **CONTROL DE LEGALIDAD**<sup>2</sup> a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021<sup>3</sup> por la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, respecto, entre otros, del bien inmueble identificado con el FMI No. **260-30020**, ubicado en la calle 8 No. 4 - 52 de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111<sup>4</sup>, 112<sup>5</sup> y 113<sup>6</sup> de la Ley 1708 de 2014, procede el Despacho a pronunciarse en lo que en derecho corresponda.

## 1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL Y SITUACIÓN FÁCTICA

**1.1.** Mediante resolución del 15 de marzo del 2021<sup>7</sup>, y con fundamento en los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio profirió Resolución de Medida Cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro de algunos

<sup>1</sup> Ver folios 2 al 6 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 del Juzgado.

<sup>2</sup> Ver folios 3 al 30 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado (02)

<sup>3</sup> Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

<sup>4</sup> C.E.D. - Artículo 111. *Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.*

*Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.*

<sup>5</sup> C.E.D. - Artículo 112. *Finalidad y Alcance Del Control De Legalidad A Las Medidas Cautelares. El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concurra 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.*

<sup>6</sup> C.E.D. - Artículo 113. *Procedimiento para el Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. El afectado que solicite el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente a alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo anterior. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.*

*Formulada la petición ante el Fiscal General de la Nación o su delegado, este remitirá copia de la carpeta al juez competente que por reparto corresponda. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y surtirá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días.*

*Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, serán susceptibles del recurso de apelación.*

<sup>7</sup> Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



bienes inmueble, entre ellos, el identificado con el folio de matrícula **No. 260-30020**, ubicado en la calle 8 No. 4 - 52 de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, al considerar que se encuentra inmersos dentro de la causal 5ª del Art. 16 del Código de Extinción de Dominio<sup>8</sup>.

**1.2.** Los hechos que dieron origen al presente proceso de extinción de dominio la Fiscalía los enuncia de la siguiente manera:

*“Las presentes diligencias tienen su génesis en la iniciativa investigada presentada mediante oficio S-2019-010984/SUBGA-POJUD de fecha 5 de agosto de 2019, signada por la PT. LEIDY DAYANA ALVARADO HERNÁNDEZ, investigadora Criminal del Grupo de Policía Judicial de POLFA - Bogotá, solicitando dar inicio al trámite extintivo sobre unos bienes inmuebles ubicados en la ciudad de Cúcuta, los cuales han sido destinados para el ejercicio de actividades ilícitas, por cuanto han sido objeto de visitas aduaneras por parte de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas de Cúcuta, la Policía Fiscal Aduanera, obteniendo como resultado la aprehensión de diferente tipo de mercancías como bisutería, calzado, entre otros, los cuales no cumplen con los documentos soporte que ampare su legal introducción al territorio aduanero nacional para su comercialización. Dentro de los actos de investigación efectuados por la policía judicial se logró recolectar a través de inspección judicial a los diferentes procesos administrativos adelantados por la DIAN, documentación que acredita la actividad ilícita desplegada en los diferentes inmuebles”<sup>9</sup>.*

Con relación a los inmuebles objeto del presente control señala la fiscalía:

*“Para el inmueble identificado con folio de matrícula 260-30020, ha sido destinado ilícitamente de manera reiterada por parte de su arrendatario, para el almacenamiento, venta y distribución de mercancías de contrabando (bisutería), sin que se observe por parte de los titulares se haya tomado medida alguna para evitar que se sigan utilizando en el ejercicio de dichas actividades ilícitas, conllevando de esta manera a los propietarios al incumplimiento de la función social y ecológica que le asiste a su propiedad por mandato constitucional, en dicho inmueble funciona el establecimiento de comercio bajo razón social TODO A \$ 1.000 \$ 2.000 \$ 5.000 EL GIGANTE DE LA OCTAVA”<sup>10</sup>.*

**1.3.** Como sustento de la afectación cautelar de los inmuebles encartados, la Fiscalía en atención a lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Extinción de Dominio<sup>11</sup>, acudió a los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El persecutor, soporta su determinación en el test de Razonabilidad, para lo cual señala:

*“Atendiendo los criterios de ponderación sobre los derechos fundamentales que se restringen con la imposición de las presentes medidas cautelares, ya que, por un lado, afectarían el derecho a la propiedad privada, pero, por el otro, tenemos el fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía General de la Nación de administrar justicia, los criterios de ponderación se exponen de la siguiente manera: i), adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, ii), la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin, esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor proporción los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios, iii), de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios Constitucionales más relevantes.*

*Para el cumplimiento de los fines propuestos en el art. 87 del Código de Extinción del Derecho de Dominio, modificado por la Ley 1849 de 2017, se acudirá a aplicación de las medidas del art 88 ibídem, bajo los referidos criterios en el siguiente orden:*

<sup>8</sup> CED. – “Artículo 16. Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: (...)

5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas”.

<sup>9</sup> Ver Folio 2 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

<sup>10</sup> Ver folios 5 y 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

<sup>11</sup> CED. - Artículo 87. Fines de las Medidas Cautelares. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1849 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Al momento de la presentación de la demanda de extinción de dominio, si no se han adoptado medidas cautelares en fase inicial, el Fiscal, mediante providencia independiente y motivada, ordenará las mismas con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita. En todo caso se deberán salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa. El juez especializado en extinción de dominio será el competente para ejercer el control de legalidad sobre las medidas cautelares que se decreten por parte del Fiscal.



*ADECUACIÓN: La medida cautelar de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO es adecuada para excluir del círculo jurídico los bienes aquí investigados, toda vez que en la actuación existen elementos de juicio suficientes que permiten determinar el probable vínculo de éstos, es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, con la causal 5a del art. 16 del código de extinción de dominio, ya que han sido utilizados o destinados por sus arrendatarios, para la ejecución de actividades ilícitas de contrabando como bisutería, calzado, entre otros, situación que como se indicara en la demanda los propietarios, han sido indiferentes ante la destinación dada a los inmuebles por parte de su arrendatario; y por lo que simultáneamente, esta medida de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO y la de EMBARGO, por ser las medidas jurídicas, se tornan adecuadas, para garantizar el cumplimiento de los fines fijados en el art. 87 de la Ley 1708 de 2014, pues con estas se busca evitar que los bienes cuestionados sean ocultados, negociados, gravados, distraídos o transferidos; y de igual manera, la medida cautelar de EMBARGO constituye un requisito indispensable para la eventual medida de secuestro.*

*La medida cautelar de SECUESTRO resulta adecuada, para aprehender los bienes aquí investigados; es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, ya que han sido utilizados o destinados por sus arrendatarios y de los inmuebles identificados con folios de matrícula con folios de matrícula 260-121763 y 260- 121764, por parte de sus propietarios, para la ejecución de actividades ilícitas de contrabando de como bisutería, calzado, entre otros, situación que como se indicara en la demanda los propietarios, han sido indiferentes ante la destinación dada a los inmuebles por parte de su arrendatario; por lo que se encuentran inmersos en la causal 5a del art. 16 del Código de Extinción de Dominio; con el fin de garantizar que cese su destinación ilícita, y además para que mientras se desarrolla el proceso extintivo, no pueda sufrir deterioro, extravío o destrucción, razones por las que es necesario trasladar la administración de estos bienes a la Entidad competente creada por el Estado, es decir, a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.*

*NECESIDAD: Es necesaria la imposición de la medida cautelar de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO Y EMBARGO sobre los bienes señalados en el numeral 5 de esta resolución, por cuanto no existe una medida cautelar menos gravosa y restrictiva del poder dispositivo para el derecho a la propiedad, a través del cual se pueda lograr el objetivo que se persigue, es decir, para que los bienes utilizados o destinados para la ejecución de actividades ilícitas como es el contrabando de bisutería, calzado, entre otros, por parte de los arrendatarios, y ante la indiferencia de los propietarios, no se oculten, vendan, graven o se transfieran, por tal razón se requiere sacarlos del comercio, toda vez que el Estado, en tratándose de bienes utilizados ilícitamente, no puede brindarles protección legal.*

*Al igual que resulta necesaria la medida cautelar de SECUESTRO, por cuanto el Estado no contempla un medio menos lesivo para obtener el mismo resultado, es decir, evitar que los bienes relacionados en el numeral 5 de esta resolución, continúen siendo utilizados o destinados para la ejecución de actividades ilícitas como el contrabando de mercancías, los cuales se encuentran inmersos en la causal 5a del art. 16 de la Ley 1708 de 2014; y para que éstos no sea extraviados, destruidos o pasen a una condición de deterioro, razón por la que no pueden seguir bajo la custodia o administración de sus moradores o de quienes permitieron el incumplimiento de la función social y ecológica.*

*PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: Analizados los efectos que podrían producir estas medidas, se observa que el único derecho que entraría en contraposición con el fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía, es el derecho de la propiedad que podrían ostentar sus titulares. Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el Colombiano, tal como lo establece el preámbulo De nuestra Constitución, los derechos fundamentales constitucionales no son absolutos, y en el presente caso, en la ponderación entre el derecho a la propiedad y la administración de justicia, se observa que del material probatorio recaudado surgen elementos de juicio que permiten al Estado limitar en grado de probabilidad ese derecho a la propiedad, como quedó señalado en la demanda de extinción de dominio en relación con los cuestionados bienes, toda vez que de acuerdo a la información que registran los elementos de prueba que involucran a los titulares de los inmuebles investigados, y que dieron cuenta de las actividades ilícitas de contrabando desarrolladas por los arrendatarios o propietarios, se puede determinar que constituyen los fundamentos serios, razonables y suficientes, para considerar que en dado caso, el derecho a la propiedad de quienes pudieran resultar afectados, debe ceder al fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía General de la Nación, que no es otro, que el de la administración de justicia, pues prevalece esa necesidad del estado de no reconocer ese derecho a la propiedad en sentido estricto, toda vez que dada su situación, procede la extinción del derecho de dominio.*

*Por consiguiente, analizadas puntualmente las medidas cautelares, se concluye que se encuentra superado el test de proporcionalidad en sentido estricto. Para los bienes relacionados en el numeral 5 en esta decisión serán las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro<sup>12</sup>.*

<sup>12</sup> Ver folios 14 al 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



En ese orden de ideas, para el bien identificado con el folio de matrícula **No. 260-30020**, ubicado en la calle 8 No. 4 - 52 de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, afirma la Fiscalía que a partir del material probatorio recogido existen motivos suficientes que la llevaron a imponer las medidas cautelares que concita la atención del Despacho.

## 2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. Con el objetivo de garantizar los derechos que les asiste a los afectados, en especial el consagrado en el numeral 1 del artículo 13 del CED<sup>13</sup>, procede el Despacho a atender la petición elevada por el Dr. **DIGSON HERNEY CAÑAS ORTIZ**, actuando en representación de **ALEJANDRO DE JESÚS JIMÉNEZ GONZÁLEZ**, solicitando **CONTROL DE LEGALIDAD** a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021<sup>14</sup>.

El Dr. **DIGSON HERNEY CAÑAS ORTIZ**, actuando en representación de **ALEJANDRO DE JESÚS JIMÉNEZ GONZÁLEZ** argumentó lo siguiente:

### *“Respecto De La Causal Primera*

*En el ordenamiento jurídico colombiano y conforme la Ley 1708 de 2014 establece que deberá declararse ilegal la resolución de medidas cautelares cuando "no existan elementos mínimos suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio".*

*(...) Su señoría como puede evidenciarse en las actas de incautación al realizar la inspección señalan que encontraron medias, dijes, vasos coladores, (según acta de aprehensión N° 1166 de fecha 15/03/2017)-1980 medias de procedencia extranjera,( acta de aprehensión N°00126 de fecha 12/01/2018)- 1600 cinta adhesiva con (acta de aprehensión N°2799 de fecha 25/07/2018) y por último el acta del 15 de marzo del 2021 donde no encuentran elementos materiales de prueba que indiquen la comisión por mi poderdante del punible de contrabando, es decir que no se expuso por parte de la fiscalía algún criterio que pudiera dar cuenta de la procedencia de la mercancía incautada, dando lugar que no se identificó de cual país es originaria la mercancía incautada.*

*(...) la Fiscalía 39 de la Dirección Especializada de Extinción de Dominio, al mencionar la actividad ilícita de contrabando como supuesto que permite la aplicación de la causal contemplada en el numeral 5, realizó una remisión normativa al artículo 319 del Código Penal Colombiano, que tipifica el delito de contrabando, y los elementos exigidos para la adecuación del mismo.*

*La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, señaló que para que se configure el delito de contrabando, frente a los verbos rectores que lo determinan y sus modalidades.*

*(...) Expresó la Corte Suprema de Justicia que: "Para que se configure el contrabando se requiere que el sujeto activo (indeterminado) exporte o importe mercancías desde o hacia el territorio colombiano, cuyo valor supere los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes."(Sentencia SP4129 del 6 de abril de 2016, M.P.: José Luis Barceló)*

*En necesario recalcar que esto es una exigencia legal del artículo 319 de la Ley 599 de 2000. Y no una simple capricho jurisprudencial, así las cosas al verificar la suma de los artículos incautados, estos no alcanzan al mínimo de la suma establecida por el legislador como punible.*

*En consecuencia, se puede evidenciar, que la cuantía no supera la esfera criminal Asunto que afecte el bien jurídico del orden económico y social que protege el contrabando.*

*Dando lugar lo anterior que las mercancías aprehendidas por el control aduanero, sería un asunto que se resolvería por los medios de control aduaneros.*

### *Respecto de la causal segunda*

<sup>13</sup> CED. Artículo 13. Derechos del afectado. Además de todas las garantías expresamente previstas en esta ley, el afectado tendrá también los siguientes derechos:

1. Tener acceso al proceso, directamente o a través de la asistencia y representación de un abogado, desde la comunicación de la resolución de fijación provisional de la pretensión o desde la materialización de las medidas cautelares, únicamente en lo relacionado con ellas.

<sup>14</sup> Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



*Su señoría el mandamiento de la causal segunda, profiere que será "declarada la ilegalidad de la resolución de medidas cautelares si se demuestra que la materialización de la medida cautelar no se muestra necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.*

*(...) la fiscalía no argumentó los criterios suficientemente, para imponer las medidas cautelares y aunado a esto las medidas de embargo secuestro y toma de posesiones de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica son desproporcionadas para el cumplimiento de lo fines patentados por el ordenamiento jurídico colombiano.*

*(...) La fiscalía argumentó de manera genérica, quiere decir que no cumplió con la carga de señalar porque era proporcional la imposición de cada una de las medidas que decretó a los bienes relacionados en la demanda, lo que impide determinar si para todos los casos, las medidas adoptadas suplían este criterio, esto en el entendido que las conductas endilgadas a cada uno de los casos son distintas, en cuanto su ocurrencia, naturaleza y gravedad, como en el presente caso que no se encontró mercancías de ninguna índole en el inmueble afectado, puesto que no se encontraba en funcionamiento.*

*(...) al no haber realizado un examen de proporcionalidad para cada uno de los bienes afectados se da entender, que no vio esta fiscalía la posibilidad de considerar las particularidades de cada bien por separado*

*(...) la señora Fiscal refirió que el fin perseguido era el de administrar justicia, cuando en ningún momento el legislador ha establecido, que lo perseguido con la medida cautelar sea la finalidad de administrar justicia*

*(...) Examinando de forma prolija los argumentos de la fiscalía nos encontramos con que los fundamentos con los que acreditó la idoneidad y necesidad, son los mismos hechos en los cuales considera que se enmarca la causal de extinción del dominio*

*(...) Se puede evidenciar que no hay una argumentación en sentido estricto frente a la proporcionalidad, de la misma forma dicha afectación tampoco resulta proporcional trayendo a colación el monto de mercancía encontrado a mi representado, como quiera que se requiere el mínimo indicio, este no fue sustentado pues se habló de una mercancía procedente de Venezuela pero no se demostró su procedencia*

### **(...) Respecto De La Causal Tercera**

*Honorable juez, la causal tercera que corresponde a los presupuestos por los cuales debería declararse la ilegalidad de la resolución de medidas de aseguramiento, indica que esta procederá si logra acreditarse que hubo una ausencia de motivación al momento de decretar la medida que se cuestiona.*

*(...) existió un defecto motivacional incorregible frente a cada una de las medidas decretadas, por haber generalizado los conceptos correspondientes al test de proporcionalidad, hubo una ausencia absoluta de motivación frente a la imposición de la medida cautelar"<sup>15</sup>*

Como petición solicita, con fundamento en los artículos 111,112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, se ejerza control de legalidad de las medidas cautelares y se "DECLARE la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas por la FISCALIA 39 de extinción de dominio en contra de los bienes y establecimiento de comercio signados en la resolución del 15 de marzo del 2021 en contra de mi prohijado y el bien inmueble relacionado en el mismo radicado"<sup>16</sup>.

### **3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.**

El día 29 de noviembre de 2021<sup>17</sup>, el Despacho a través del auto de sustanciación admitió la presente solicitud de Control de Legalidad a Medidas Cautelares, ordenando correr traslado común de conformidad con lo preceptuado en los artículos 33 y 113 de la Ley 1708 de 2014, dejando el expediente a disposición de los de los sujetos procesales e intervinientes, teniéndose los siguientes argumentos:

<sup>15</sup> Ver folios 2 al 6 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 del Juzgado.

<sup>16</sup> Ver folios 6 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 Juzgado.

<sup>17</sup> Ver folio 9 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 del Juzgado.



3.1. La Fiscalía 39 Delegada Especializada del Derecho de Extinción de Dominio, mediante memorial allegado el 1º de diciembre de 2021<sup>18</sup>, solicitó denegar la solicitud de control de legalidad presentada y, en su defecto, declarar la legalidad formal y material de las medidas cautelares que ordenó mediante resolución de fecha 15 de marzo de 2021, en los siguientes términos:

*"(...) vale decir que en Fase Inicial de la investigación se hizo el análisis del material probatorio que fue legalmente recaudado y allegado por policía judicial, lo que permitió inferir razonablemente que los bienes se encontraban incursos dentro de la causal 5ª del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, que a la letra dice: 5. "Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas", procediendo así a presentar la Demanda de Extinción de Dominio dentro del radicado 110016099068201900502 de acuerdo a lo consagrado en el artículo 132 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 38 de la Ley 1849 de 2017, y decretar medidas cautelares de conformidad con los artículos 87 y 88 ibidem, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017*

*(...) se efectuó el test de razonabilidad sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, pues como bien se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004 MP. Alfredo Beltrán Sierra, de la siguiente manera:*

*"(...) Tercera. - Razón de ser de la caución, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.*

*Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...).*

*(...) la toma de posesión de bienes, negocios y establecimientos de comercio a que se refiere, es el mismo secuestro pero para establecimientos de comercio, pues lo que se pretende es sacar el bien del comercio, ya que, una vez los afectados se enteren de la medida pueden sustraerse del mismo, es decir venderlo, acabarlo, cerrar, evadir, etc, por lo que no puede seguir bajo la administración de los afectados, razón por la cual es necesario pasar la administración de esos bienes a la entidad creada por el Estado que es la Sociedad de Activos Especiales SAE-SAS"<sup>19</sup>.*

Los demás sujetos procesales e intervinientes especiales no recorrieron traslado.

#### 4. DE LA COMPETENCIA

Con fundamento numeral 2º del artículo 39<sup>20</sup>, inciso 2º del artículo 87<sup>21</sup> y el artículo 111 de la Ley 1708 de 2014<sup>22</sup>, norma última modificada por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017<sup>23</sup>, y por encontrarse el bien mueble ubicado en la calle 8 No. 4 - 52 en la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, el Juzgado Penal del

<sup>18</sup> Ver folios 25 al 27 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 del Juzgado.

<sup>19</sup> Ver folios 26 y 27 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 del Juzgado.

<sup>20</sup> Inciso 2 del artículo 39 de la Ley 1708 de 2014 "COMPETENCIA DE LOS JUECES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. Los Jueces de Extinción de Dominio conocerán: 1. En primera instancia, del juzgamiento de la extinción de dominio. 2. En primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia." (Subrayado y resaltado fuera de texto).

<sup>21</sup> CED. - Artículo 87. "Fines de las Medidas Cautelares.

*El juez especializado en extinción de dominio será el competente para ejercer el control de legalidad sobre las medidas cautelares que se decreten por parte del Fiscal".*

<sup>22</sup> C.E.D. - Artículo 111. Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. *Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.*

*Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.*

<sup>23</sup> Artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017. "Fines de las medidas cautelares. Al momento de la presentación de la demanda de extinción de dominio, si no se han adoptado medidas cautelares en fase inicial, el Fiscal, mediante providencia independiente y motivada, ordenará las mismas con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita. En todo caso se deberán salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa.

*El juez especializado en extinción de dominio será el competente para ejercer el control de legalidad sobre las medidas cautelares que se decreten por parte del Fiscal".*



Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, Norte de Santander, es competente para resolver.

## 5. CONSIDERACIONES

### 5.1. NATURALEZA DEL CONTROL DE LEGALIDAD:

La Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ha precisado, en torno a la naturaleza y fines del control de legalidad de las medidas cautelares, lo siguiente:

*“El control de legalidad fue dispuesto fundamentalmente como protección del derecho de la propiedad privada, para evitar actos que desborden la legalidad formal y material de las medidas cautelares y para su imposición se debe verificar un estándar de prueba mínimo, es decir, se trata de elementos "sumarios", no debatidos en juicio; lo cual es correlativo a la inferencia o deducción de probabilidad de actualizar el requisito exigido de que los bienes cuestionados tienen algún vínculo con una de las causales para extinguir el derecho de dominio.*

*Con ocasión a la queja del recurrente, para la Sala se advierte (sic) de vital importancia recabar en que el trámite invocado impone realizar una verificación de la legalidad de la decisión, en punto de examinar que la providencia sea correlativa a las causales para imponerla, esto es: i) Revisión formal: si fue proferida por el funcionario competente, aspecto que desestima la ilegalidad del mandato; y ii) Constatación material que redunde en que dicho pronunciamiento acate con rigurosidad las formas propias del juicio, bajo el entendido que el fin cardinal, es garantizar el derecho de oponerse a las pretensiones de la Agencia Fiscal; aspectos todos que redundan en evitar actos que desborden las facultades que legalmente se le ha conferido a las autoridades judiciales para el caso la Fiscalía General de la Nación; y se establece que justamente dichos aspectos no fueron desestimados, ni anunciados en el libelo que depreca al control.*

*Proclama el Censor que la medida cautelar no cumple con los fines establecidos, y que en el caso sub examine no concurren los requisitos del principio de proporcionalidad para imponer el embargo y secuestro.*

*La Sala insiste en que para suspender el poder dispositivo, se exige una hipótesis de probabilidad sobre la existencia de un vínculo con alguna causal, que obedece a una conjetura posible, a partir de informaciones, pesquisas, todas producto de una investigación, siendo ello el origen de las premisas mayor y menor que permiten arribar a una conclusión.*

*El juicio de verosimilitud sobre el nexo con alguna causal para afectar el dominio, se concreta en el examen de los elementos recaudados para determinar la viabilidad de imponer limitaciones, bajo el entendido que las cautelares limitan el derecho a la propiedad de manera transitoria y su fin inmediato es garantizar la materialización de las decisiones judiciales; pero además de considerarse razonable, necesario y proporcional se ordena el embargo y secuestro, toma de posesión de bienes, haberes, negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica”<sup>24</sup>.*

Máxime si se tiene en cuenta que las medidas cautelares son de carácter excepcional en la fase inicial según lo dispuesto en el artículo 89 *in fine*<sup>25</sup>, obligando al ente persecutor argumentar de tal manera que justifique a la luz de la Constitución y la Ley el porqué de la limitación del derecho de propiedad, motivando además la urgencia de la medida cuando utilice la suspensión del poder dispositivo y las figuras del embargo, secuestro y la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, pues “cuando el Estado ejerce la acción de extinción de dominio, en manera alguna se exonera del deber de practicar las pruebas orientadas a acreditar las causales que dan lugar a ella”. (Sentencia C – 740 de 2003).

<sup>24</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio, Auto de segunda instancia Rad. No. 540013120001201900025 01, del 17 de junio de 2020, M.P. WILLIAM SALAMANCA DAZA.

<sup>25</sup> Ley 1708 de 2014, Artículo 89, modificado por el artículo 28 de la Ley 1849 de 2017. - “Medidas cautelares antes de la demanda de extinción de dominio. **Excepcionalmente**, el fiscal podrá decretar medidas cautelares antes de la demanda de extinción de dominio, en casos de evidente **urgencia** o **cuando existan serios motivos fundados que permitan considerar como indispensable y necesario**, para cumplir con alguno de los fines descritos en el artículo 87 de la presente ley. Estas medidas cautelares no podrán extenderse por más de seis (6) meses, término dentro del cual el Fiscal deberá definir si la acción debe archivarse o si por el contrario resulta procedente presentar demanda de extinción de dominio ante el juez de conocimiento”. (Resalta el Despacho).



En vista del anterior pronunciamiento, es pertinente precisar que la competencia de este Despacho es restringida y limitada a conocer “en primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia”<sup>26</sup>.

En ese orden de ideas, el Despacho se abstendrá de abordar, analizar y resolver otras consideraciones porque si bien es cierto pueden resultar pertinentes por referirse al *thema probandum*, el control de legalidad no es el estadio procesal en el que el Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio deba declarar la existencia o inexistencia de derechos mediante sentencia declarativa, ya que la finalidad en este escenario es la de revisar la legalidad de las cautelas adoptadas, sin entrar a resolver de fondo.

## 5.2. CASO CONCRETO:

Se recibió ante el Despacho solicitud por parte del Dr. **DIGSON HERNEY CAÑAS ORTIZ**, actuando en representación de **ALEJANDRO DE JESÚS JIMÉNEZ GONZÁLEZ**, mediante el cual depreca **CONTROL DE LEGALIDAD**<sup>27</sup> a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021<sup>28</sup> por la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, respecto, entre otros, de él bien inmueble identificado con el folio de matrícula **No. 260-30020**, ubicado en la calle 8 No. 4 - 52 de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111<sup>29</sup>, 112<sup>30</sup> y 113<sup>31</sup> de la Ley 1708 de 2014.

### 5.2.1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

**5.2.1.1.** Es oportuno resaltar que para la imposición de las medidas cautelares de que trata el artículo 88 del CED<sup>32</sup>, es suficiente que exista prueba que lleve, en este caso, al instructor al grado de conocimiento de probabilidad, es decir, que sea factible que el bien o los bienes objeto de extinción de dominio estén en relación directa con la causal invocada, tal como lo afirmó la Sala de Extinción de Dominio:

*“Por su parte, el artículo 88 de dicho compendio normativo prevé que es función obligatoria del instructor suspender el poder dispositivo cuando cuente con las piezas suasorias suficientes para fundamentar el probable vínculo entre el patrimonio de los involucrados y alguna de las causales que describe el precepto*

<sup>26</sup> Ley 1708 de 2014.- “Artículo 39. Competencia de los Jueces de Extinción de Dominio. Los Jueces de Extinción de Dominio conocerán: 1. En primera instancia, del juzgamiento de la extinción de dominio. 2. En primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia”.

<sup>27</sup> Ver folios 3 al 30 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado (02)

<sup>28</sup> Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

<sup>29</sup> C.E.D. - Artículo 111. Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.

<sup>30</sup> C.E.D - Artículo 112. Finalidad y Alcance Del Control De Legalidad A Las Medidas Cautelares. El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concurra 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.

<sup>31</sup>C.E.D. - Artículo 113. Procedimiento para el Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. El afectado que solicite el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente a alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo anterior. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal General de la Nación o su delegado, este remitirá copia de la carpeta al juez competente que por reparto corresponda. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y surtirá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días.

Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, serán susceptibles del recurso de apelación.

<sup>32</sup> CED. - “Artículo 88. Clases de medidas cautelares. Aquellos bienes sobre los que existan elementos de juicio suficientes que permitan considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción de dominio, serán objeto de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo”. (Resaltado del Despacho).



*16 del mismo estatuto; mientras que, podrá acudir excepcionalmente al embargo, secuestro o toma de posesión de haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, tras asumir la carga argumentativa de motivar su razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.*

*(...) si el solicitante sustentara la petición -ilegalidad- en la circunstancia descrita en el numeral primero del artículo 112 del Código rector, correspondería al juez apreciar las pruebas aportadas por el ente acusador con el único objetivo de establecer si estas alcanzan índices de acierto, esto es, si hacen que las afirmaciones de cargo sean más o menos factibles -probabilidad-<sup>33</sup>.*

Por lo que corresponde al Juzgador en este estadio procesal, establecer si las pruebas con que cuenta el ente investigador alcanzan índices de validez y acierto, esto es, si hacen que las afirmaciones de cargo sean probables.

En este caso en particular, para determinar la existencia o no de elementos mínimos de juicio suficientes, se tiene que el ente investigador presentó como prueba el informe de iniciativa investigativa mediante oficio **S-2019-010984/SUBGA-POJUD** de fecha 5 de agosto de 2019<sup>34</sup>, signada por la investigadora Criminal del Grupo de Policía Judicial de POLFA – Bogotá D.C.

Según el escrito de la Fiscalía en el inmueble identificado con folio de matrícula No. **260-30020**, ubicado en la Calle 8 No. 4 – 52 se pudo establecer la *“destinación ilícita quedó en evidencia a través de los elementos materiales probatorios extraídos de los procesos administrativos de control aduanera, en las cuales se ordenó visitas a los inmuebles antes citados, obteniendo como resultado lo descrito en el siguiente cuadro, así:*

*670 medias, vasos, dijes, coladores con un valor \$ 252.400 con Acta de aprehensión N° 1166, de fecha 15/03/2017.*

*1980 medias de procedencia extranjera, por un valor avalúo de 2.090.880 con Acta de aprehensión N° 00126, de fecha 12/01/2018.*

*1600 cinta adhesiva de procedencia extranjera, por un valor avalúo de 256.000 con Acta de aprehensión N°2799, de fecha 25/07/2018<sup>35</sup>.*

Por consiguiente, el persecutor señaló:

*“Para los años 2017, 2018 y 2019 los mencionados establecimientos de comercio fueron objeto de diligencias de controles aduaneros por parte de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Policía Fiscal y Aduanera (POLFA), en atribución a sus facultades legales, con el fin de efectuar los controles necesarios mediante operativos para verificar las obligaciones aduaneras, tributarias y cambiarias que se logran determinar ante una persona natural y jurídica de acuerdo a la disposición como contribuyente que prestan ante el comercio.*

*A pesar de que los expedientes administrativos escapan a la órbita penal, si permiten evidenciar que dichos inmuebles están siendo utilizados de manera reiterativa para la comercialización de mercancías de contrabando como bisutería, calzado, entre otros, según los hallazgos obtenidos en los operativos efectuados por la DIAN y Policía Fiscal y Aduanera -POLFA.<sup>36</sup>*

Información soportada con la Inspecciones Judiciales realizadas el día 05 de marzo 2019, según consta en acta a folio 19 del Cuaderno No. 1 de la Fiscalía, a los procesos administrativos:

1. Radicado 89- 02826 aportando diversos documentos<sup>37</sup> entre ellos, Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 3919 del 25 de julio de 2018, donde se relaciona *“se realiza el aforo de la mercancía encontrando 1600 unidades de cinta aislante la cual no presenta documentación alguna (...)”<sup>38</sup>.*

<sup>33</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto segunda instancia control de legalidad de medidas cautelares del 14 de septiembre de 2020, Rad. No. 54001 3120001 2019 00062-01, M.P. ESPERANZA NAJAR MORENO.

<sup>34</sup> Ver folios 5 al 13 Cuaderno Original de la FGN No. 1.

<sup>35</sup> Ver folios 4 y 5 Medida Cautelar FGN.

<sup>36</sup> Ver folio 8 Cuaderno de Medida Cautelar FGN.

<sup>37</sup> Ver folios 229 al 263 Cuaderno No. 2. FGN

<sup>38</sup> Ver folios 231 y 232 Cuaderno No. 2 de la FGN.



2. Radicado: 89-00126, para lo cual se allega Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 00164 del 12 de enero de 2018, que registra: *“se procede a verificar la mercancía física y documental logrado allar mercancía así (990) unidades de medio marca max sport diferentes colores y estilos de procedencia extranjera, (990) unidades de medias marca mia melie diferentes colores y estilos de procedencia extranjera, la mercancía no presenta (...)”*<sup>39</sup>.
3. Radicado: 89-01172, para lo cual se allega Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 7707 del 15 de marzo de 2017, que registra: *“se hallan inconsistencia en alguna mercancía (...) toda vez que la mercancía no presenta ningún documento que acredite su legal ingreso al territorio aduanero nacional (...) arrojando las siguientes cantidad: 390 vasos plásticos de procedencia extranjera”*<sup>40</sup>.

Basta entonces, con que el instructor establezca el grado de probabilidad para proceder con la afectación de las propiedades aquí cuestionadas, y entiéndase, a la luz de la doctrina, que la *“probabilidad no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un objeto múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor entidad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia, que se apartan de la afirmación”*<sup>41</sup>.

Además, así lo tiene decantado el superior funcional de esta agencia judicial:

*“Por lo tanto, en el estado actual de las diligencias, una postulación tal no cumple con las exigencias del artículo 112-1 del código de extinción de dominio, porque nada se controvierte en punto de la carencia de elementos mínimos de juicio para imponer motivadamente las cautelas, porque insistase, lo que se pretende es que prematuramente se realice la ponderación probatoria; es que si la Fiscalía aseveró, fundada en los informes que infiere la contaminación del origen y que la fuente de la propiedad no es honesta, y se pretende el adelantamiento de un juicio de extinción de dominio, el grado de convicción al final ya no es de la existencia de elementos mínimos o mera probabilidad, sino de certeza. Pero ello, es inédito aún porque la fase de juicio apenas comienza”*<sup>42</sup>. (Resalto fuera del texto original).

Concluyendo esta judicatura que, al hilo de lo anterior, al momento de la imposición de las medidas cautelares es suficiente la presencia de elementos de juicio que así lo ameriten, inclusive sin que dichas pruebas hayan sido controvertidas<sup>43</sup>.

**5.2.1.2.** Los elementos de prueba presentados por el instructor le permitieron inferir que el inmueble de marras fue destinado para el almacenamiento y comercialización de mercancía de procedencia extranjera, pues al momento de realizar las visitas aduaneras por parte de los funcionarios de la DIAN, no se presentó documentación que acreditara su ingreso de forma legal al territorio aduanero nacional, considerando esta judicatura que se cumple con prueba mínima o sumaria<sup>44</sup> que respalda la resolución controvertida por los apoderados.

La Honorable Corte Constitucional sentenció sobre prueba mínima lo siguiente:

*“Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados”*<sup>45</sup>. (Resalto fuera del texto original).

<sup>39</sup> Ver folio 218 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

<sup>40</sup> Ver folio 205 del Cuaderno Original de la FGN No. 1.

<sup>41</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 60.

<sup>42</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio, auto interlocutorio de segunda instancia del 28 de septiembre de 2017, Rad. No. 080013120001201700022-01, M.P. WILLIAM SALAMANCA DAZA.

<sup>43</sup> ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba en Derecho. Ediciones Lerner, Bogotá, 1967, pág. 66.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de mayo de 1936, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, G. J. XLIII No. 1909, pág. 691. *“Prueba Sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades: es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce”*.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.



En efecto, como lo señala la doctrina refiriéndose a la imposición de medidas cautelares en fase de investigación *“Las exigencias legales para proferir alguno de estos dos actos procesales no requieren como presupuesto el agotamiento de toda la controversia probatoria”*<sup>46</sup>, cumpliéndose lo requerido en ese estadio procesal, es decir, para esta judicatura, salvo mejor apreciación, en las precautelativas impuestas por el ente investigador no se avizora irregularidad alguna.

Pero no solamente se requiere el grado de conocimiento de probabilidad, sino que, y esto es lo más importante, la Fiscalía debe asumir la carga argumentativa de motivar la **razonabilidad, proporcionalidad y necesidad** de las medidas cautelares.

Por lo que las mismas adquieren plena validez en este caso en particular, sin que se muestren desproporcionadas o irrazonables, tal como se puede advertir de las consideraciones hecha por la Fiscalía en el acápite que denominó *“DEL TEST DE RAZONABILIDAD”*, a partir del folio 14 al 16 de la Resolución de Medidas Cautelares.

Al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional:

*“La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, la cual propone tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”*<sup>47</sup>.

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial, la Sala de Extinción de Dominio ha expresado:

*“Cuando el ente instructor cuente con piezas suasorias de las cuales infiera un probable vínculo entre el capital restringido y alguna de las causales que describe el precepto 16 del mismo estatuto, deberá ordenar la suspensión del poder dispositivo; en caso de considerar apropiado imponer embargo, secuestro, o toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, además del fundamento previamente expuesto, asume la carga argumentativa de sustentar la razonabilidad y necesidad de su imposición.*

*Lo anterior, con el propósito de revestir de garantías procesales al sujeto pasivo de la acción y equilibrar los instrumentos de defensa respecto de las atribuciones entregadas al ente instructor en la fase inicial”*<sup>48</sup>.

**5.2.1.3. Las medidas cautelares son herramientas que buscan asegurar el resultado que al final se decida en una sentencia lo cual tiene sustento constitucional, como lo ha decantado la jurisprudencia:**

*“En el proceso de extensión de dominio, estas instituciones pretenden materializar la declaratoria de ilegitimidad del título de propiedad que ha sido adquirido de forma espuria o que se tornó indigno, situación que adquiere certeza con la expedición de la sentencia. Sin embargo, la previsión y aplicación de las medidas cautelares apareja una interferencia de los derechos al debido proceso y de propiedad de los afectados, dado que sufren las condiciones negativas de los fallos, sin que éstos hubiesen sido proferidos. El legislador resolvió esa tensión de la siguiente forma: protege la tutela judicial efectiva del Estado con la ejecución de la protección precautelar, a la par que maximiza los derechos de defensa y del debido proceso de las personas que sufren las cautelas en el curso de un trámite judicial.*

*La jurisprudencia constitucional ha advertido que las medidas cautelares cuentan con respaldo de la Carta Política, en razón de que materializan el principio de eficacia de la administración de justicia, aspecto que permite desarrollar la tutela judicial efectiva.*

<sup>46</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 545.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

<sup>48</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto del 13 de marzo de 2020 que resuelve impugnación control de legalidad de medidas cautelares, Rad. No. 54001-31-20-001-2018-00105-01, M.P. ESPERANZA NÁJAR MORENO.



**Sin embargo, las cautelas jamás implican una sentencia condenatoria, pues el juicio no ha concluido<sup>49</sup>. Es más, no entrañan una determinación de la responsabilidad o de la ilegitimidad del título que exige el derecho de dominio sobre un bien (...)**

*Ahora bien, la protección precautelaria por importante que sea debe respetar el debido proceso del afectado, de manera que éste es la contracara de las finalidades preventivas de las medidas cautelares<sup>50</sup>. (Resaltado del Despacho).*

De otro lado, es pertinente ahora tener en cuenta lo dicho recientemente por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con relación a la validez de la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, vía Bloque de Constitucionalidad, al interior del procedimiento de extinción de dominio:

*“4.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre los derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas iusfundamentales, así su protección resulte procedente o no.*

*Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino ex officio<sup>51</sup>”<sup>52</sup>.*

En tal virtud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 21.2 de la Convención Americana<sup>53</sup>, ha señalado en materia de medidas cautelares sobre la propiedad, lo siguiente:

*“187. Este Tribunal estima que la adopción de estas medidas no constituye per se una violación del derecho de propiedad si se tiene en cuenta que no significa un traslado de la titularidad del derecho de dominio. En este sentido, la disposición de los bienes no puede efectuarse en forma definitiva y se restringe exclusivamente a su administración y conservación; y a los actos de investigación y manejo de evidencia respectivos”<sup>54</sup>.*

Como puede observarse, las cautelas tienen respaldo tanto en la Carta Superior como en el instrumento internacional de Derechos Humanos citado a la luz del artículo 93 de la Constitución Política<sup>55</sup>, y en manera alguna implican una definición de responsabilidad, pues una de las características del Control de Legalidad es ser accesoria al proceso de extinción de dominio, tener una tesitura prevalente, instrumental, temporal y que no aplica el principio de mutabilidad<sup>56</sup>.

Para esta judicatura, contrario a los argumentos expuesto por el Dr. **DIGSON HERNEY CAÑAS ORTIZ**, la actuación de la Fiscalía se ajustó a los parámetros establecidos en el artículo 88 del CED, ya que se cumplió con el estándar de prueba necesario para imponer las cautelas, argumentando en debida forma su procedencia respecto de los bienes afectados, por lo que las medidas controvertidas por la defensa se muestran como proporcional a la luz de la jurisprudencia citada en precedencia.

<sup>49</sup> Sentencia C-030 de 2006 y C-490 de 2000.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, sentencia C – 357 del 6 de agosto de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

<sup>51</sup> Corte IDH. *Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala*. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, tutela segunda instancia del 26 de noviembre de 2019, Rad. No. 11001-02-04-000-2019-01855-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. Jurisprudencia reiterada en el auto de segunda instancia del 10 de junio de 2021, Rad. No. 11001-02-04-000-2021-00188-01.

<sup>53</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. – “Artículo 21. *Derecho a la Propiedad Privada*

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.*

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itáñez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

<sup>55</sup> Constitución Política. – “Artículo 93. *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.*

<sup>56</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Rad.660013120001201900040 01 (E.D. 425) Auto del 3 de diciembre de 2020. M.P. Dr. PEDRO ORIEL AVELLA FRANCO.



**5.2.1.4.** Señala también el profesional del derecho que la resolución emitida por el ente acusador carece de motivación al considerar que *“existió un defecto motivacional incorregible frente a cada una de las medidas decretadas”*<sup>57</sup>, desconociendo que la Fiscalía cumplió con la carga argumentativa que le permitió tomar una determinación de fondo y fijar el alcance, finalidad y objetivo que con dicha imposición se perseguía<sup>58</sup>, ya que *“(…) la motivación de las decisiones judiciales es, sin duda, un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión”*<sup>59</sup>, precisamente es esa obligación de motivar las decisiones judiciales la que implica controlar el poder estatal de su brazo represor<sup>60</sup>.

Esta judicatura se ciñe estrictamente a la jurisprudencia, entendiendo que *“la jurisprudencia es un trabajo interpretativo y constructivo que responde a cuestiones de derecho”*<sup>61</sup>, acogiéndose favorablemente la postura del instructor por cuanto la limitación de la propiedad privada en este caso en particular se muestra como factible al considerar la presencia de los requisitos necesarios que así lo justifiquen, lo cual no implica el desconocimiento de dicho derecho.

E inclusive, desde la óptica de los derechos humanos, se justifica la restricción de la propiedad privada para la salvaguarda de la función social y ecológica que ella implica y para fines procesales cuando se ajustan a los parámetros legales consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, y salvo mejor criterio, no se observa vulneración alguna que pueda respaldar la tesis de decretar el levantamiento de las precautorias deprecada por la defensa. Conforme a lo citado, encuentra esta judicatura que el ejercicio probatorio y argumentativo realizado por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, atiende los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, pues interpreta las disposiciones contenidas en la ley extintiva de dominio señalando cómo a raíz de los medios de convicción recaudados durante la investigación logró llegar a la conclusión de que los bienes que representa la defensa tiene relación con la causal 5ª del Art. 16 del CED.

Todo a la luz del debido proceso constitucional, pues se observa que el decurso de la fase inicial responde de forma estricta a lo establecido en la ritualidad que consagra la Ley 1708 de 2014 y sus modificaciones, ya que *en la injerencia de derechos fundamentales por parte de la fiscalía se exige una protección jurídica amplia*<sup>62</sup>.

**5.2.1.5.** Ahora bien, en criterio de este Despacho, el Debido Proceso<sup>63</sup> entraña la idea de un proceso justo, el juzgar justo, es decir, equivale a todos los principios y garantías constitucionales a favor de la persona que se ve sometido a un procedimiento judicial o administrativo, es la forma como deben aplicarse dichos procedimientos.

Por lo que aceptando que éste más que un derecho es un principio, debe maximizarse en la mayor medida posible<sup>64</sup>, entendiendo que un principio no puede determinarse

<sup>57</sup> Ver folio 6 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 8 Juzgado.

<sup>58</sup> Ver folios 14 al 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

<sup>59</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Apuntes Sobre El Concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 34, abril, 2011, pp. 87-107.

<sup>60</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. Bogotá D.C., ediciones Doctrina y Ley, 2018, pág. 72. El renombrado autor español enseña: *“la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez”*.

<sup>61</sup> GUASTINI, Ricardo. Teoría Analítica del Derecho, ZELA, Lima, 2017, pág. 33.

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, 252.

<sup>63</sup> Constitución Política. - Artículo 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.



en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance<sup>65</sup>, de ahí que el Despacho no avizore que hasta este momento procesal se hayan conculcado garantías fundamentales a la parte afectada, por lo que atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventivas de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA**, se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio<sup>66</sup>.

De esta guisa, las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía se soportaron en pruebas legalmente producidas, resolución que fue debidamente motivada, y no se advierte la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 112, de la Ley 1708 de 2014 planteadas como hipótesis de trabajo por la parte gestora.

Entonces, atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventivas confutadas sobre el inmueble identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria **No. 260-30020**, es conforme a derecho.

Por lo que se considera que las afirmaciones hechas por la parte afectada y por la respetada defensa no logran llevar a este Despacho a tomar la decisión que en su favor pretende, por lo tanto, se imparte legalidad formal y material a la decisión objeto de controversia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, Norte de Santander,

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar la legalidad Formal y Material de las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA** decretadas mediante Resolución del 15 de marzo de 2021 por la Fiscalía 39, adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, entre otros, del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria Nos. **260-30020**, ubicado en la Calle 8 No. 4-52 de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, por encontrarse dentro de la causal 5ª del artículo 16 Código de Extinción de Dominio, de propiedad de **JESUS ALBERTO NAVARRO MORENO** e hijos sociedad en comandita, NIT 822002320-3, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN** ante la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de

<sup>65</sup> ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. En esa decisión se dijo a propósito de la prueba mínima: *"Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede preferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados"*. (Resalto fuera del texto original).



conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 113 de la ley 1708 de 2014.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente decisión, téngase el Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001 -31 -20-001 -2021-00028-08** como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo despacho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ  
Juez

3400  
DMS  
GAC

10/17/01

10/17/01

10/17/01

10/17/01

10/17/01

10/17/01

10/17/01

10/17/01

10/17/01

*Handwritten signature*