

República de Colombia



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

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

ASUNTO:	EXTINCIÓN DE DOMINIO EN TRÁMITE DE LEY 1708 DE 2014 Y 1849 DE 2017 Auto que resuelve solicitud de control de legalidad a la Resolución de medidas cautelares emitida por la Fiscalía 57 Especializada del 25 de septiembre de 2019 sobre el
AFECTADO:	JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ DUARTE
BIENES OBJETO DE EXT:	ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO CON NÚMERO DE MATRÍCULA 35614

Conforme a la solicitud recibida en éste Despacho en la fecha 8 de julio de 2020, suscrita por el Dr. ABELARDO VALERO MARTÍNEZ, identificado con C.C. No. 91156690 expedida en Floridablanca – Santander y Tarjeta Profesional No. 109699 del C. S. de la J., apoderado del **señor JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ DUARTE**, a fin de que sea ejercido control de legalidad a la medida cautelar impuesta por la Fiscalía 57° adscrita la Dirección Nacional de la Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio¹, sobre el bien establecimiento de comercio con número de matrícula 35614 de propiedad de su prohijado, con fundamento en lo consagrado en los artículos 111 y 112 numeral 1 y 2 y artículos 2, 3, 4, 7, 8 y 13 de la Ley 1708/2014, el Despacho procede a resolver lo que en derecho corresponda.

1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL

Mediante resolución fechada a los 25 días del mes de septiembre de 2019, 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 57 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, impuso, en su numeral segundo, las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios sobre el establecimiento de comercio² especificado a continuación:

Razón social	EDS LA PRIMAVERA
Cámara de comercio	BARRANCABERMEJA
Número de matrícula o NIT	35614 del 22/09/1998 13640749
Actividad económica	Actividad principal: comercio al por menor de combustible para automotores

¹ Folio 1 – 19 Cuaderno Copia Medidas cautelares en que reposa la Resolución de imposición de medidas cautelares suscrita por la Fiscal Dra. CLAUDIA MARITZA VEGA adscrita a la Dirección Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio dentro del radicado de Fiscalía No 110016099068201900334.

² Folio 18 del cuaderno de medidas cautelares.

Dirección	Calle 3 No 6-10 Barrio El Centro Municipio El Carmen de Chucury , Santander (sic)
Junta Directiva / Propietario	José de Jesús Hernández
Observaciones	Activos \$9.937.000 Renovación de matrícula 1101 de 2019

Para tal efecto ordenó la inscripción de la decisión resuelta ante la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, Departamento de Santander, una vez encontró probado que fue actualizado el supuesto del numeral 5° del artículo 16 de la Ley 1708/2014³, el cual señala:

“Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: (...) Numeral 5°. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.”

A su vez, fueron decretadas las medidas cautelares de embargo y secuestro del camión Kodiak placas SJQ 820, que anteriormente fue objeto de control de legalidad presentado por el apoderado del respectivo afectado-.

Como fundamento probatorio de que el bien establecimiento de comercio EDS La Primavera incurrió en la ejecución de actividades ilícitas, la Fiscalía aportó para respaldar su decisión los siguientes documentos:

1. Informe de policía judicial No S-2019-345232/DICAR-ARCIN 28.25 de fecha 8 de agosto de 2019 suscrito por Marlon David Nández Quiñonez, sin ubicación en foliatura.
2. Informe de fecha 12 de septiembre de 2019 suscrito por Marlon David Nández Quiñonez, confrontado a folio 102 del cuaderno 3 de 5 que conforman el proceso que reposa en el Despacho.
3. Copia del certificado de Cámara de comercio del establecimiento estación de servicio la primavera matricula No 35614, confrontado a folio 284 del cuaderno 1 de 5 que conforman el proceso que reposa en el Despacho.
4. Historial del vehículo SJQ – 820 de propiedad de Luis Francisco Flórez Bueno, a folio 288 del cuaderno 1 de 5 que conforman el proceso que reposa en el Despacho.
5. Copia del radicado No 680016008828201900174 de la Fiscalía 124 de Crimen Organizado⁴, dentro del cual se allegó:
 - Copia de declaraciones rendidas por Fuentes Humanas conocidas con los seudónimos “FRANCIA”, “PORTUGAL” y “ALBANIA”, rendidas el día 21 de enero de 2019, 11 de abril de 2019.
 - Copia de las transliteraciones de las interceptaciones ordenadas dentro del radicado No 40016001134201501234 de la fiscalía 63 de crimen organizado.
 - Copia del radicado No 680816000254201700034, incautación del vehículo de placas SJQ – 820 de la Fiscalía 2 EDA de Barrancabermeja.
 - Declaración del señor Luis Francisco Flórez Bueno, propietario del vehículo de placas SJQ – 820
6. Informe de fecha 17 de septiembre de 2019 del investigador del caso Marlon David Nández Quiñonez, confrontado con el folio 110 y ss del cuaderno 3 de 5 del expediente que reposa en el Despacho.

³ Ibídem.

⁴ Reposo en el expediente dentro del cuaderno 2 de 5 que conforma el proceso allegado por la Fiscalía EDA.

- *Se allegaron nuevas copias del radicado No 680016008828201900174 de la Fiscalía 124 de Crimen Organizado, confrontado a folio 283 del cuaderno 2 del expediente del expediente que reposa en el Despacho.*
- *Copia del Informe final de actividades investigativas del Investigador de campo FPS-11 de fecha 28 de junio de 2019, del radicado No 68001608828201900174.*
- *- Copia de las ordenes de captura entre otras de la señora Martha María Adarme Muñoz, identificada con cedula de ciudadanía No 37655146 conocida como alias La Tía; Gustavo Guevara Ortiz; Alejandro alias Tovar, José Alberto Calderón Beltrán, José Darmacio Suarez Gutiérrez, Andrés Fernando Illera Niño, y otros, el día 5 de junio de 2019, confrontado a folio 261 y ss del cuaderno 3 de 5 del expediente que reposa en el Despacho.*
- *Copia del Informe de campo FPJ-11 de fecha 4 de junio de 2019, solicitud de diligencia de allanamiento y registro, confrontado a folio 76 del cuaderno 4 de 5 que reposa en el Despacho.*
- *Copia del acta del Juzgado Décimo Penal Municipal con función de control de garantías de Bucaramanga, de las audiencias concentradas de legalización de allanamientos, legalización de captura, Formulación de imputación y Medida de Aseguramiento de los capturados de fecha 6 de julio de 2019.*

Expuso el persecutor que las inspecciones allegadas tanto de las interceptaciones telefónicas y de la incautación del vehículo sirvieron para verificar el contenido de la información obtenida bajo declaración jurada de las fuentes humanas que sirvieron de criterio orientador en esta actuación. Y sobre el establecimiento de comercio Estación de Servicio La Primavera manifestó que le permiten acreditar con suficiencia la causal No 5 del artículo 16 de la Ley 1708/2014, así como también acreditar que no se cumple la función social y ecológica de la propiedad privada, al encontrarse que fue usado como medio o instrumento para la comisión de la conducta punible prevista en el artículo 327 – A - del Código Penal, en tanto estuvo involucrado en la comercialización del hidrocarburo hurtado a ECOPETROL, siendo adquirido de manos de la organización delincuencia para a través de la Estación de Servicio venderlo y tener un enriquecimiento producto de un ilícito, por lo cual se concluyó que el propietario no tuvo el deber objetivo de cuidado en el uso de su derecho de dominio.

En el acápite de las medidas cautelares señaló que son concomitantes la imposición de las medidas cautelares con la demanda de extinción del derecho de dominio sobre los bienes arriba mencionados y que su fin consiste en asegurar los bienes objeto del trámite de extinción de dominio, adoptando las medidas cautelares que sean procedentes conforme el Art. 29 de la Ley 1708/2014, modificado por el art. 5 de la Ley 1849 de 2017, de forma provisional hasta tanto se decida de fondo y así impedir la destrucción del derecho controvertido, para lo cual afianzó su dicho citando un apartado de la Sentencia C-379 de 2004 M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

De forma conjunta para ambos bienes argumentó la razonabilidad de la imposición de las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro, en clave de la pugna entre el derecho a la propiedad privada frente al fin legítimo de la Fiscalía General de la Nación de administrar justicia, y para sopesarlos acudió a lo que denominó criterios de:

- i) **Adecuación:** Por existir elementos de juicio suficientes que permiten considerar que los bienes del asunto se encuentran

vinculados a la causal 5 del art 16 de la ley 1708/2014, por estar destinados para el transporte y comercialización ilícita del apoderamiento de hidrocarburos, soportado por las inspecciones judiciales recaudadas que dan cuenta de una organización delincinencial dedicada a la extracción ilícita del hidrocarburo del poliducto de Ecopetrol en predios de los departamentos del Cesar, Santander y Boyacá a través de instalación de válvulas ilícitas. Con la medida de embargo, en sentir de la Fiscalía se busca evitar que el bien sea transferido, negociado y gravado y con el secuestro se busca que los bienes no puedan ser ocultados, distraídos o sufrir deterioro o destrucción.

- ii) **Necesidad:** A juicio del persecutor, con esta regla se busca evitar que se sigan utilizando los bienes aquí encartados para la comercialización de combustible ilegal, y el enriquecimiento a través de actividades ilícitas, sin que haya otra menos gravosa y menos restrictiva que pueda evitar el uso y goce del bien por la destinación ilícita que se le dio, y evitar que esos bienes continúen ejerciendo actividades ilícitas y usufructuando o reeditando a costa de la ilicitud.
- iii) **Proporcionalidad en sentido estricto:** Arguyó el ente investigador que, en este caso en particular, la propiedad privada debe ceder al fin constitucional y legítimo de la Fiscalía General de la Nación de administrar justicia, y que el interés particular debe ceder ante el general y en este caso se presenta una vulneración al orden económico y social.

Respecto del bien establecimiento de comercio EDS La Primavera obra en el cuaderno de medidas cautelares, a folio 20 el Acta de secuestro del 19 de noviembre de 2019, a folio 24 el Formato de Control de apoderamiento de hidrocarburos y sus derivados Revista a estaciones de servicios, y a folio 33 el recibido del oficio de inscripción para registro de la medida de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo ante la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, Departamento de Santander.

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD⁵

El día 8 de julio de 2020, el Dr. ABELARDO VALERO MARTÍNEZ, identificado con C.C. No. 91156690 expedida en Floridablanca – Santander y Tarjeta Profesional No. 109699 del C. S. de la J., apoderado del señor JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ DUARTE, presentó solicitud de control de legalidad de las medidas cautelares impuestas al establecimiento comercial Estación de Servicios La Primavera, identificado con registro mercantil No. 35614 y NIT No 13640749 de la cual su poderdante es propietario y afectado dentro de este proceso de extinción del derecho de dominio.

Fincó su solicitud de levantar las medidas cautelares impuestas al Establecimiento Comercial EDS LA PRIMAVERA o en su defecto se ordene la entrega definitiva o provisional mientras se tome la decisión que en derecho corresponda, con base en dos pretensiones: *i*) Que se declarada la nulidad de lo actuado y *ii*) Que sea revocada, declarada improcedente y archivada la decisión. Desarrolló cada una, a saber:

⁵ Cf folio 1 a 7 del Cuaderno original uno del expediente de Control de legalidad.

1. Nulidad de la Resolución del 25 de octubre de 2019 proferida por la Fiscalía con base en los artículos 82 y 83 causales 2, 3, 84, 85 y 86.

Señaló que dentro de esta actuación no se realizó la notificación personal al señor HERNANDEZ DUARTE de la Resolución que dio inicio a este trámite que fue proferida por la Fiscalía 57° Especializada de Extinción de Dominio.

Por tanto, aduce que hubo violación al Debido Proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política porque en su sentir la Fiscalía decretó las medidas cautelares contra el bien establecimiento de comercio EDS La Primavera sin base probatoria que acreditara que el señor propietario actuó de mala fé o bien que actuó con culpa, como quiera que no fue escuchado en declaración jurada para tal efecto.

2. Solicitud de revocatoria, declaración de improcedencia y archivo de las medidas cautelares impuestas sobre el establecimiento de comercio.

Manifestó que a su parecer el caso en concreto se ajusta a las prescripciones del artículo 112 No 1° de la Ley 1708 de 2014 que reza:

“Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con medidas tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio”.

Y afirma que la causal 5ª del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, en el cual se fundó la Fiscalía delegada para señalar al bien establecimiento de comercio EDS LA PRIMAVERA como objeto de imposición de las medidas cautelares, no es aplicable al caso en concreto por cuanto no está estructurada con fundamento en pruebas, argumentando que:

- No hay prueba de que el combustible haya sido depositado en el tanque del establecimiento de comercio EDS LA PRIMAVERA.
- Solo un informante que dice que la señora MARTHA MARÍA ADARME MUÑOZ compró el combustible que fue hurtado el 5 de febrero de 2017.
- En la diligencia de ocupación del bien que hizo la Fiscalía el 19 de noviembre de 2019 se observó que no había en la EDS LA PRIMAVERA caletas ni túneles o cuartos sellados para alguna actividad contraria a derecho.

Alegó que las medidas cautelares impuestas no satisfacen el fin de proteger a la comunidad de las actividades ilícitas que según la Fiscalía se desarrollan en la EDS LA PRIMAVERA. Por lo que, a su juicio, estas medidas no son necesarias porque no fue acreditado la ocurrencia de una actividad ilícita, porque la relación entre particulares obedece a la buena fe.

En tal sentido alegó que el afectado señor HERNANDEZ DUARTE actuó de buena fe conforme los artículos 83 constitucional y 7° de la Ley 1708 de 2014, al haber confiado la administración de su negocio a la señora Martha Adarme quien fue una persona idónea para el ejercicio de esa tarea. Además, no procedió con culpa porque no intervino en la presunta compra del combustible ilícito, ni permitió la destinación de su bien para la conservación y almacenamiento del combustible.

En este caso la Fiscalía no demostró que el señor HERNANDEZ DUARTE respecto del uso de la propiedad de su establecimiento de comercio haya actuado de mala fe, con dolo o con culpa.

Además de allegar documentos a efectos de prueba de su dicho, con el fin de demostrar que el señor HERNANDEZ DUARTE es ajeno a los hechos por los cuales se inició el trámite y la forma de adquirir el bien, solicitó la práctica de interrogatorios a testigos: MARTHA ADARME, ANDRÉS FERNANDO ILLERAS NIÑO, MARÍA ALEJANDRA RUEDA RODRÍGUEZ, y declaración del señor acá afectado, así como la posibilidad de contrainterrogar a los testigos que estaban bajo reserva relacionados por la Fiscalía 124 DECOC de Bucaramanga, los cuales no cuenta con esta condición por haberse levantado la reserva por el preacuerdo hecho con la señora Martha Adarme.

Allegó como soporte documental de su dicho lo que se relaciona así⁶:

1. Copia de Declaración de Renta y Complementarios de los años 2017 y 2018.
2. Copia de Estados de situación financiera de la Estación de Servicio La Primavera.
3. Contrato de suministros celebrados entre la EDS La Primavera y la E.S.E. Hospital Municipal.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

A través de auto de sustanciación emitido por parte de este Despacho el día 9 de julio de 2020, fue admitida la presente solicitud de Control de Legalidad a Medidas Cautelares y se ordenó correr traslado común de conformidad con lo preceptuado en los artículos 33 y 113 de la Ley 1708 de 2014, para lo cual quedó el expediente a disposición de los sujetos procesales e intervinientes.

TRASLADO DE LA FISCALÍA 57 adscrita a la DIRECCION NACIONAL ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO⁷

El representante del ente investigador solicitó denegar la solicitud de control de legalidad, interpuesta por el Dr. ABELARDO VALERO MARTINEZ, apoderado del señor JOSÉ DE JESÚS HERNÁNDEZ DUARTE. Así mismo, declarar la legalidad formal y material de la medida cautelar decretada, fincada en las siguientes razones:

Respecto de la nulidad por presunta falta de notificación personal.

Sobre este particular sostuvo lo siguiente:

“El proceso que se adelanta con relación al bien objeto del control de legalidad, en el cual se decretaron medida cautelar, se rige bajo la Ley 1708 de 2014, modificada por la Ley 1849 de 2017. El cual establece dos etapas para el adelantamiento del procedimiento de extinción de dominio, esto es una etapa de Fase Inicial o preprocesal, preparatoria de la demanda de extinción de dominio (en cabeza de la Fiscalía) y otra, de juzgamiento a cargo del Juez. Fase Inicial o de recolección de pruebas, medidas cautelares y presentación de la demanda, (art. 116.1 CED), es una etapa de carácter reservado como lo establece el Art. 10 Ibidem, incluso para los sujetos procesales, por lo cual no se trata de una resolución de Inicio dictada bajo la Ley 793 de 2002. La que, si demandaba ser notificada. A su vez establece el art. 58 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el art. 16 de la Ley 1849 de 2017, refiere cuales decesiones deben ser notificadas. Actuaciones en etapa de juicio).

Significando lo anterior que lo solicitado por la defensa en el sentido de que sea declarada la Nulidad, por las circunstancias 2ª, descrita en el art. 83 del C.E.D., esto es falta de notificación,

⁶ Folios 8 a 35 del cuaderno original 1 de control de legalidad.

⁷ Folio 64 a 72 del cuaderno original 1 de control de legalidad.

según la defensa del señor José de Jesús Hernández Duarte, de la resolución de inicio. Que dicha solicitud debe ser negada, por cuanto este no es el medio, ni el escenario en que se deban impetrar causales de nulidad, las mismas deben ser solicitadas en los términos de art. 141 del C.D.E, modificado por el art. 43 de la Ley 1849 de 2017, esto es, “ Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda, los sujetos e intervinientes podrán”; y no es objeto del control de legalidad de la medida cautelar, por lo tanto esta Delegada no se referirá al numeral 3 del art. 83 Ibidem.

Respecto de la nulidad por presunta falta de prueba de la mala fé.

Con relación a este tópico sintetizó:

“(…) Con relación a los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, es importante indicar que no podríamos hablar de un tercero de buena fe exento de culpa en el presente caso, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia, dicho concepto se pregona para aquellos bienes donde cuestiona la ilicitud del título, o el origen ilícito. Con relación a la destinación de los bienes lo que aquí se cuestiona debemos cuestionar si se cumplen con esos requisitos objetivos y subjetivos de la causal, es así que con relación al requisito objetivo debemos tener claro que se cumple esto es que el bien fue utilizado para la ejecución de actividades ilícitas, esto es el delito de receptación que contempla el art. 327 C de la Ley 1708 de 2014, al haber adquirido combustible ACPM, el cual fue extraído de manera ilegal del poliducto de Ecopetrol, de otro lado, el requisito subjetivo indicaría ese deber objetivo de cuidado, si su actuar fue negligente u omisivo (culpa) o por el contrario en su actuar fue intencional (dolo).

En el caso que nos ocupa debemos señalar de los elementos materiales probatorios allegados a la investigación, el bien estaba siendo administrado por la cónyuge señora Martha María Adame Muñoz, información que fuera suministrada por la señora Adame Muñoz, en el acta de arraigo realizado el día de su captura, donde se consignó que el señor Hernández Duarte, como su cónyuges, con quien tiene un hijo de nombre Juan Carlos Hernández Adarme y quien, además no solo era la encargada de administrar la EDS LA PRIMAVERA, la cual fue destinada para una actividad ilícita, pues allí se recibió, se depositó y se comercializó ilícitamente el hidrocarburo que fuera extraído del poliducto, el cual se itera no tenía las marcaciones y características de ECOPETROL; sino que es la propietaria del otro establecimiento de comercio “Lubricantes La Primavera”, que funciona en el mismo predio donde funciona la EDS La Primavera, de propiedad del señor Juan Carlos Hernández Adarme, entendiéndose que la señora Martha María era la encargada de los dos establecimientos que funcionaban en la propiedad del señor José de Jesús Hernández; por lo cual no puede indicar la defensa que el señor cumplió con todos los requisitos que le permitieron concluir que la señora Martha María era la persona idónea para la administración del bien de su propiedad y que, ir más allá vulneraría derechos fundamentales como el de la intimidad, si lo que podemos observar que los establecimientos de comercio estaban a cargo de una integrante de su núcleo familiar – cónyuge, donde lo que se infiere que la señora Martha María era la encargada de los negocios de la familia, que no amerita por parte del propietario ese deber objetivo de cuidado, incumpliendo de esta manera el objeto para el cual había sido destinado, permitiéndose que se destinara para la ejecución de actividades ilícitas”.

Respecto de la solicitud de revocatoria, declaratoria de improcedencia y archivo de las medidas cautelares que recaen sobre el establecimiento de comercio.

Seguidamente manifestó lo que se transcribe a continuación:

“(…) la defensa no relacionó los hechos en que se funda claramente su solicitud, como tampoco la demostración que concurre objetivamente alguna de las circunstancias del art. 116 de la Ley 1708 de 2014, toda vez que su solicitud fue referida, a solicitar se declare la improcedencia (Ley 793 de 2002), el archivo (ley 1708 de 2014), nulidad de la resolución de inicio (Ley 793 de 2002), como que se entregue el bien de manera definitiva o provisional; invoca el art. 112 en sus numerales primero y segundo de la Ley 1708 de 2014.

- *Con relación al numeral primero del art. 112 del C.E.D., encuentra esta Delegada que la resolución de medidas cautelar cumplió con las exigencias establecidas en la Ley 1708 de 2014, esto es que se decretaron con ocasión de la presentación de la demanda de que trata el art. 87 y bajo los presupuestos del art. 88 de la Ley 1708 de 2014; esto es de acuerdo a los elementos materiales probatorios allegados a la investigación dentro de la etapa de fase inicial, se estableció el vínculo existente del Establecimiento de Comercio EDS LA PRIMAVERA, con la circunstancia descrita en la causal quinta del art. 16 de la Ley 1708, esto es “los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas”.*

Establece el art. 2 de la Ley 1708 de 2014;”. “Actividad ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaratoria de responsabilidad penal, así como toda

actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta Ley por deteriorar la moral social”.

Actividad delictiva acreditada a través de los medios de convicción que permitieron establecer que se trataba de la conducta punible que atenta contra el Orden Económico y Social”, descrita en el Capítulo Sexto del Título X “Del apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan”, descritas en los art. 327A Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, Art. 327 C. Receptación, Art. 327 C, entre otros. Encontrándose cumplida la exigencia del art. 88 del C.E.D, esto es la existencia de elementos que permitieron establecer el vínculo del bien objeto del presente control de legalidad, con la casual quinta que establece el art. 16 del C.E.D, toda vez que el bien- Establecimiento de Comercio EDS LA PRIMAVERA, fue destinado por parte de la organización delincriminal integrada entre otros alias “GUSTAVO”, “ANDRES”, “ALEX”, dedicada entre otras actividades delictivas al apoderamiento de hidrocarburos, a través de la instalación de válvulas ilícitas en el poliducto de Ecopetrol, para posteriormente ser comercializados los hidrocarburos – ACPM-, a través de estaciones de servicio y a través de varios medios de convicción como fueron las inspecciones judiciales realizadas a las investigaciones que se adelantaron a fin de desvertebrar la organización delincriminal que operaba en el Magdalena Medio, Cesar y Santander, que al parecer operaba desde el año 2015. Que fue a través de fuentes no formales como las conocidas con los seudónimos de “FRANCIA”, “PORTUGAL” entre otras, que se conoció sobre los hechos acaecidos el día 5 y 6 de febrero de 2017; actividad delictiva se había conocido desde la investigación adelantada bajo el radiado 54001600113420151234, a través de las interceptaciones de abonados celulares, que desde otrora ya se conocía de la comercialización de hidrocarburos de manera ilícita; pero fue a través del radicado bajo el CUI 6800160088201900174, que se puso lograr la individualización e identificación de los otros integrantes de la organización delincriminal denominada en su momento “oro azul”, y los autores de los hechos acaecidos el día 5 y 6 de febrero de 2017, como el del 24 de febrero; evento primero de ellos (5 y 6), donde se comercializó ilícitamente, el hidrocarburo, extraído del poliducto que pasa por la Finca la Bufalera a 300 metros del cementerio los Olivos en Barrancabermeja, donde participaron Alias “Vacan”; “Zanahoria”, “Raúl Iglesias”, “Gustavo”, que la persona que recibía el Alias de la “TIA”, quien era contactada por Alias “ANDRES”, quien era conocida como la TIA, que las investigación arrojo se trataba de la TIA de la novias de Andrés Illera (capturado); hidrocarburo que fue descargado, recibido, medido y depositado en la Estación de Servicio denominada “LA PRIMAVERA”, ubicada en la carrera 3 No. 6-10 del Barrio el Centro, del Municipio del Carmen de chucuri, directamente por la administradora de la misma, quien fue identificada e individualizada y corresponde a la señora Martha María Adarme Muñoz, quien fue capturada.

➤ De otro lado, con relación al numeral 2ª del art. 111 del C.E.D., que la materialización de las medidas no se muestre necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de los fines, manifestó que se realizó la ponderación conforme el test de razonabilidad que permitió concluir que la medida de suspensión del poder dispositivo, no cumpliría con la finalidad de que el establecimiento de comercio EDS LA PRIMAVERA no fuese transferido, negociado, riesgo de sufrir deterioro, extravió, o destrucción, y con el fin de cesar su uso o destinación ilícita.

➤ Arguyó que la fuente probatoria de la ocurrencia de la conducta ilícita en la cual se funda la imposición de las medidas cautelares objeto de control de legalidad, recaen en: “(...) la trascendental información aportada por las fuentes humanas, esto es la rendida por quien es conocida con el seudónimo de “FRANCIA”, sobre los hechos acaecidos el día 5 y 6 de febrero de 2017; que desde la investigación radicada bajo el 54001600113420151234, se contaba ya para ese momento con audios relevantes donde se contaba con información de la forma como se comercializaba ilícita de hidrocarburo tipo ACPM, con una persona conocida como la “TIA” y fue gracias a esta información que ya dentro del radicado número 6800160088201900174, la que permitió que los hechos acaecidos el día 5 y 6 de febrero de 2017, donde se comercializó ilícitamente, el hidrocarburo, extraído del poliducto que pasa por la Finca la Bufalera a 300 metros el cementerio los Olivos en Barrancabermeja, donde participaron Alias “Vacan”; “Zanahoria”, “Raúl Iglesias”, “Gustavo”, que la persona que recibía el Alias de la “TIA”, quien era contactada por Alias “ANDRES”, recibía este remoquete porque efectivamente era la tía de la novia Andrés Illera (capturado); hidrocarburo que fue descargado, recibido, medido y depositado en la Estación de Servicio denominada “LA PRIMAVERA”, ubicada en la carrera 3 No. 6-10 del Barrio el Centro, del Municipio del Carmen de chucuri, directamente por la administradora de la misma, correspondía a Martha María Adarme Muñoz, persona esta capturada por estos hechos.”

4. DE LA COMPETENCIA

Con fundamento en el artículo 33 parágrafo 2º adicionado por Ley 1849/2017, numeral 2º del artículo 39⁸, artículo 111 e inciso 2º del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, norma última modificada por el artículo 19⁹ de la Ley 1849 de 2017, y conforme el artículo 89 de la Ley 1708 de 2014 el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, Norte de Santander, es competente para resolver.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Sobre la naturaleza del control de legalidad, la Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, expuso recientemente 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 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 deprecia al control”¹⁰.

Por ello, es pertinente precisar que la competencia en esta etapa está regentada por la Fiscalía General de la Nación¹¹, por lo 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”. De tal manera, la presente decisión se limitará en exclusiva a abordar lo concerniente al control de legalidad **Formal** y **Material** de las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía 57 Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre el establecimiento de comercio Estación de servicio La Primavera afectado dentro de la presente Acción extintiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 112 del Código de Extinción de Dominio.

⁸ Tomado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1708_2014.html el 13 de abril de 2020 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).

⁹ 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*”.

¹⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio, Auto de 2ª instancia del 17 de junio de 2020, Rad. No. 540013120001201900025 01, M.P. WILLIAM SALAMANCA DAZA.

¹¹ **Artículo 116 de la ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 28 de la Ley 1849 de 2017.** “*ETAPAS. El procedimiento constará de dos fases: 1. Una fase inicial o preprocesal, preparatoria de la demanda de extinción de dominio a cargo de la Fiscalía General de la Nación. En esta fase se llevará a cabo la investigación, recolección de pruebas, decreto de medidas cautelares, solicitud de control de garantías sobre los actos de investigación y presentación de la demanda de extinción de derecho de dominio. 2. Una fase de juzgamiento a cargo del juez, que se iniciará con la presentación de la demanda de extinción de dominio por la Fiscalía General de la Nación. Durante esta última etapa los afectados e intervinientes podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos de la presente ley*”.

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 del derecho 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.

En efecto, el **Control Formal** se refiere a la presencia de aquella prueba que demuestra suficientemente los supuestos fácticos de la norma, incluso aunque sea sumaria respecto de la afectación de los bienes inmuebles sometidos a proceso de extinción de dominio; pero además, y esto es lo más importante en criterio de este Despacho, se tiene que realizar un **Control Material** sobre las cautelas impuestas por la Fiscalía, esto es, se debe hacer una valoración sobre los medios probatorios de los que se valió el ente fiscal para la toma de dicha determinación, 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*¹², 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).

5.2. DEL CASO CONCRETO: NECESIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SECUESTRO, EMBARGO y TOMA DE HABERES O NEGOCIOS.

5.2.1. El artículo 58 de la Carta Política garantiza el derecho a la propiedad, siempre que haya sido adquirido con arreglo a las leyes civiles. Sin embargo, la Corte Constitucional sólo le reconoce el carácter de fundamental cuando su vulneración comprometa el mínimo vital de las personas, así se precisó en la citada Sentencia C – 740 de agosto 28 de 2003, M.P. **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO**:

“el derecho a la propiedad no es, per se, un derecho fundamental ya que el constituyente no lo ha dotado de esa precisa naturaleza. Si bien durante el Estado liberal originario, el derecho a la propiedad era considerado como un derecho inalienable del ser humano y, por lo mismo, no susceptible de la injerencia estatal, hoy esa concepción está superada y esto es así al punto que en contextos como el nuestro, el mismo constituyente le ha impuesto límites sustanciales a su ejercicio. De allí que, si bien se le reconoce como un derecho constitucional, se lo hace como un derecho de segunda generación, esto es, como un derecho adscrito al ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales”.

El derecho a la propiedad privada en nuestro país sólo puede ser reconocido por el ordenamiento jurídico y, a su vez, protegido por el Estado cuando se adquiere conforme al marco jurídico que lo regula.

5.2.2. Sin embargo, es un derecho que es susceptible de limitación, como el caso que ocupa la atención del Despacho, en donde una vez presentes los presupuestos legales para limitarla, el Estado puede optar por cobijarlos con

¹² 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”*. (Resalto del Despacho).

medidas cautelares. La imposición de dichas limitaciones debe ceñirse estrictamente al test de proporcionalidad, es decir, tenemos que estudiar su **Razonabilidad**, la cual implica que el funcionario realice un análisis sobre la adecuación e idoneidad de por qué razón el embargo, el secuestro o la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, es decir, se trata de un análisis del fin de la medida, el medio elegido y la relación entre uno y otro. La **Necesidad** consiste en establecer si la limitación al derecho a la propiedad se realiza a través de la medida menos lesiva, frente a la carencia de una que al respecto sea más favorable, y, finalmente, la **Proporcionalidad en estricto sentido** la cual consiste en un juicio de valor donde se analiza si una determinación jurídica resulta la vía más adecuada o apropiada para lograr el fin que se pretende conseguir. De no ser así, a partir de este examen se juzgarán como inaceptables las medidas que impongan un sacrificio inútil, innecesario o desequilibrado por excesivo de un derecho o interés protegido¹³.

5.2.3. Siguiendo el derrotero del artículo 88 de la Ley 1708/2014¹⁴, observa el Despacho que la Fiscalía 57 Especializada de Extinción de Dominio, el 25 de septiembre de 2019 determinó imponer la suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios sobre el establecimiento de comercio Estación de Servicio La Primavera por encontrar inferencia a partir de los elementos probatorios recabados de que el bien encartado está incurrido en la causal 5ª del artículo 16 de la Ley 1708/2014.

Y adicionalmente, consideró razonable y necesario la imposición de la medida cautelar de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios, como mejor opción para cumplir los fines previstos en el artículo 87 ibídem¹⁵, señalando que pretende evitar con esta restricción que el bien sea nuevamente destinado a actividades ilícitas, o deteriorado o destruido.

Advierte esta agencia judicial que, al contrario de lo señalado por el solicitante del control de legalidad, en el plenario obra acervo probatorio de carácter documental, contentivo de inspecciones judiciales adelantadas por la Fiscalía al proceso penal en el cual fueron judicializados los miembros de la banda criminal llamada inicialmente “Oro Azul”, del cual se extrajo el insumo probatorio para determinar la actividad ilícita en la cual incurrió la señora MARTHA ADARME, en su calidad de administradora del establecimiento de comercio Estación de servicio La Primavera la cual es aquí objeto de cautela.

¹³ **ARMENTA ARIZA, A.** (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Verba Iuris, 14 (41). pp. 121-133.

¹⁴ **ARTÍCULO 88. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.** <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 1849 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Aquellos 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.

Adicionalmente, de considerarse razonables y necesarias, se podrán decretar las siguientes medidas cautelares:

1. Embargo.
2. Secuestro.
3. Toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

¹⁵ **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.

A partir de los hechos ilícitos atribuidos a la señora MARTHA ADARME respecto de la adquisición del combustible ACPM obtenido del apoderamiento de hidrocarburos a Ecopetrol para comercializarlo en la Estación de Servicio La Primavera, fue originada la acción de extinción del derecho de dominio sobre el establecimiento de comercio, recayendo sobre este la imposición de las medidas acá controladas.

Está acreditado el nexo causal del uso de la propiedad del establecimiento de comercio EDS LA PRIMAVERA para ejecutar la actividad ilícita en mención, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar señalados en el análisis probatorio del testimonio rendido por los informantes y la identificación e individualización de alias “La Tía”, quien no era otra que la misma que correspondía a la administradora del establecimiento de comercio y a su vez la cónyuge del propietario acá afectado.

Lo que permite inferir de forma llana, que la Fiscalía contó con elementos que evidencian una destinación ilícita del establecimiento de comercio que ocupa la atención de esta judicatura, los cuales además señalan que uno de los tanques de la EDS LA PRIMAVERA destinado para el ACPM, fue llenado con el producto ilícito del apoderamiento de hidrocarburos del poliducto de Ecopetrol con el fin de comercializarlo y lucrarse de este combustible adquirido de manera ilegal, sabiendo que provenía de una extracción ilícita.

Bajo este contexto, la Fiscalía señaló que se ajustan a los criterios de proporcionalidad las medidas cautelares impuestas sobre el establecimiento de comercio encartado, argumentando que:

- i) *Adecuación. Con la medida de embargo se busca evitar que el bien sea transferido, negociado y gravado y con el secuestro se busca que los bienes no puedan ser ocultados, distraídos o sufrir deterioro o destrucción.*
- ii) *Necesidad: Evitar que se siga utilizando para la conservación y comercialización del combustible ilegalmente extraído. Y por no existir otra menos gravosa y menos restrictiva que pueda evitar el uso y goce del bien por la destinación ilícita que se le dio, y evitar que esos bienes sean destruidos, extraviados o pasen a una condición de deterioro o la continuación de la ilicitud. Además, no es suficiente para este fin la suspensión del poder dispositivo.*
- iii) *Proporcionalidad en sentido estricto: Arguyó que la propiedad privada debe ceder al fin constitucional y legítimo de la Fiscalía General de la Nación de administrar justicia, y que el interés particular debe ceder ante el general y en este caso se presenta una vulneración al orden económico y social.*

Precisa el Despacho que el secuestro es un acto de aseguramiento cuya finalidad es la de garantizar el éxito del proceso o como el depósito judicial de un bien mueble o inmueble para el efectivo cumplimiento de una sentencia, la cual se encuentra establecida en el artículo 2273 y subsiguientes del Código Civil; así mismo, en el presente asunto se trata de un secuestro preventivo por cuanto a juicio de la Fiscalía se hacía necesario cautelar el inmueble en estudio para que no resulte ilusoria una posterior sentencia judicial, pero también se busca que durante la el procedimiento de la Acción Extintiva el afectado no se deshaga de sus bienes y así evitar el accionar de la justicia.

Así las cosas, el Despacho considera que sí hubo una ponderación entre los fines de las medidas cautelares previstos por el art. 87 la Ley 1708/2014 frente al derecho a la propiedad.

5.2.4 Manejó la Fiscalía los elementos de juicio que a su parecer fueron suficientes para proceder al embargo y debido secuestro del establecimiento de comercio EDS LA PRIMAVERA en aras de salvaguardar el bien de una continuidad en su destinación ilícita en el evento de seguir a manos de su propietario, de quien demostró la inobservancia del deber objetivo de

cuidado, en tanto su cónyuge la señora MARTHA ADARME fungía como administradora del mismo y fue señalada y judicializada como la persona que adquiriría para su comercialización el combustible hurtado.

Así también la Fiscalía consideró que cabe el embargo y secuestro como una medida provisional que tiende a evitar el deterioro o destrucción del bien mientras dura el proceso de extinción del derecho de dominio, incluso cuando junto con esta resolución presentó demanda que recae sobre el vehículo.

Y en tal sentido el Despacho advierte que si bien el solicitante invoca que los documentos que sirven de prueba para demostrar la inferencia hallada por la Fiscalía para señalar que el bien está incurso en la causal 5° del art. 16 de la Ley 1708/2014 no son prueba, esta afirmación se desvirtúa en cuanto la exigencia legal de esta especialidad permite que para que surja esta suficiencia basta con que haya prueba siquiera sumaria para demostrarlo.

Sobre la prueba sumaria, la Honorable Corte Suprema de Justicia desde temprano ña ha definido de la siguiente manera:

*“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”*¹⁶.

En conclusión, para el Despacho los argumentos del solicitante no despojan de legalidad la resolución de la Fiscalía de imposición de las medidas cautelares.

5.4.3. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso¹⁷ 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 debe aplicarse el sistema jurídico. Por lo que aceptando que éste más que derecho es un principio, debe maximizarse en la mayor medida posible¹⁸ entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos específicos porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance¹⁹.

Al hilo de lo anterior, las normas rectoras previstas en la Carta Política y desarrolladas por los artículos 2° y 6° de la Ley 1708 de 2014, este Despacho considera en sede de control de legalidad, que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventiva de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO** y en especial la de **SECUESTRO** así como la

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, G. J.XLIII No. 1909, pág. 691, sentencia del 14 de mayo de 1936, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales (para esa época).

¹⁷ 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”.

¹⁸ **Alexy, Robert.** Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pág. 80.

¹⁹ **ZAGREBELSKY, Gustav.** El Derecho Dúctil. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2011, Pág. 111.

TOMA DE POSESIÓN DE HABERES Y NEGOCIOS se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio²⁰, que llevó a la adopción de la determinación que le desagrada a la defensa, pero con irrestricto respeto de la dignidad humana.

Por lo que esta judicatura no avizora que exista conducta alguna que pueda dar origen a una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, como las que invoca la defensa en su pretensión de nulitar lo hasta aquí actuado.

Y sólo en el hipotético evento en que ocurra una grave violación lesivo del derecho a la propiedad que genere para los afectados el desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad²¹ procedería el levantamiento de alguna de las medidas cautelares impuestas por el ente investigador, situación que a juicio de este Despacho no concurre en el caso en concreto.

5.3. También es oportuno precisar que lo que se debe discutir en sede de control de legalidad de medidas cautelares, no es el grado de autoría o participación del señor JOSE DE JESUS HERNANDEZ DUARTE en la actividad ilícita que tiene inmerso su establecimiento comercial en el proceso de extinción de dominio, ya que recuérdese que en el trámite extintivo se persiguen bienes y no personas, gozando esta actuación de autonomía frente al proceso penal, por lo que fútil resulta invocar atipicidad de una conducta respecto de sus poderdante, sino, la existencia o no de elementos mínimos de juicio suficientes que pretéritamente permitieron al ente investigador adoptarlas, en razón al grado de probabilidad de vínculos de los bienes con alguna de las causales extintivas de dominio, que para el sub iudice, se trata de la causal prevista en el numeral 5º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, la carencia de motivación de quien las adoptó; la presencia o inexistencia de pruebas mínimas, la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas para el cumplimiento de sus fines.

En este sentido, el Despacho insiste en recordarle al profesional del derecho que no es este el escenario procesal para alcanzar la verdad judicial de una vez según deja ver en su escrito deprecatorio del presente control de legalidad; ya que en punto del control de legalidad referido, lo que se necesita es un estándar de prueba mínimo que configure un criterio de decisión racional tal por parte de la Fiscalía que le permita corroborar la probable configuración de la causal de extinción de dominio de que se trate, teniendo en cuenta las pruebas que se recojan o se alleguen en la fase inicial y motivando su determinación como se observa que ocurrió en el *sub iudice*, es decir, luego de un proceso de valoración de los elementos de convicción recogidos le corresponde a la Fiscalía decidir si ellos satisfacen la exigencia de proferir la medida cautelar correspondiente según las voces del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017.

²⁰ Cfr. 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 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”. (resalto fuera del texto original).

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T – 506 de 1992: “El derecho a la propiedad se encuentra consagrado en la Constitución como un derecho social y solamente es viable pretender su amparo a través de la acción de tutela, cuando en el caso concreto conlleve un desconocimiento de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad” (Sentencia T-240-02). Esta línea jurisprudencia se desarrolla también en las Sentencias T-284-94, T-554-94, T-310-95, T-440-95, T-447-96, T-5534-98, T-752-99, T-944-99, T-984-91 y T-1000-01.

Así lo señaló el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio, mediante el auto interlocutorio con radicado No. 080013120001201700022-01 del 28 de septiembre de 2017, con ponencia del Dr. **WILLIAM SALAMANCA DAZA**, en los siguientes términos:

“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 insístase, 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”. (Resalto fuera del texto original).

Y recientemente, la Sala de Extinción de Dominio del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de segunda instancia del 29 de julio del año 2020, con la ponencia de la Dra. **ESPERANZA NÁJER MORENO**, señaló lo siguiente:

“Sobre este particular, resulta necesario profundizar en el carácter autónomo del mecanismo de extinción de dominio -artículo 18 de la Ley 1708-, tal como le fue otorgado por el constituyente de 1991.

Aspecto de regulación constitucional que quedó plasmado en el artículo 34 superior y que denota una separación del régimen penal y civil, toda vez que se consagró como institución directa para la supresión de derechos patrimoniales, por lo que su cobertura se amplía a situaciones que deslindan la adecuación o no de circunstancias a configuraciones punitivas.

(...)

Así las cosas, la argumentación de la parte afectada no corresponde a este escenario normativo, toda vez que no se trata de advertir elemento de tipicidad alguno, tampoco de efectuar un nuevo juicio de responsabilidad, sino de examinar la procedencia de extinguir el derecho real ante ciertas causales”²².

Es decir, este no es el escenario para un debate probatorio como al parecer lo pretende en algunos puntos la defensa. No es que se desestimen los planteamientos esbozados desde la perspectiva defensiva de quien representa los intereses de la afectada, pero resultan insuficientes para desestimar las motivaciones que llevaron a la Fiscalía a adoptar las medidas cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESION DE HABERES Y NEGOCIOS**, sobre los bienes inmuebles de sus prohijados.

6. PRECISIONES FINALES.

6.1. En consecuencia, para este Despacho la Resolución del 25 de septiembre de 2019 controvertida por la defensa del afectado **JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ DUARTE**, satisfacen constitucional y legalmente las exigencias de los principios de Necesidad, Razonabilidad y Proporcionalidad en sentido estricto; pero si se apreciara a las claras la existencia de una posible falta de satisfacción de tales principios por carencia de argumentación lógica o ausencia de pruebas que soportaran la pretensión extintiva del ente investigador, se tendría como consecuencia inmediata su ilegalidad²³. Se ajustan a los parámetros establecidos 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 y que a su vez fueron debidamente motivadas, no advierte este Despacho

²² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio, segunda Instancia del 29 de julio de 2020, Rad. No. 54001312000012016000-01, M.P. **ESPERANZA NÁJER MORENO**.

²³ Cfr. **ALEX Y, Robert**. Ob. Cit. Pág. 92.

que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 112 de la Ley 1708 de 2014 de las cuales se quiere valer la defensa.

Por lo que consideramos que las afirmaciones de la respetada defensa, no logran llevar a este Despacho a tomar la decisión que 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:

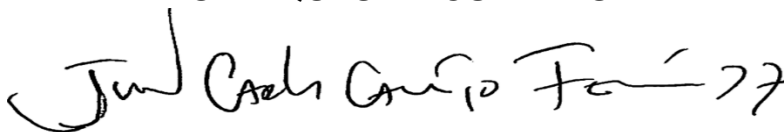
PRIMERO: Declarar la legalidad de las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE HABERES Y NEGOCIOS** decretadas, mediante Resolución del 25 de septiembre de 2019, por la Fiscalía 57 adscrita a la Dirección Nacional de Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre el bien establecimiento de comercio Estación de Servicio La Primavera identificado con Matrícula Mercantil No 35614 del 22 de septiembre de 1998 Nit No 13640749-0, ubicado en la Calle 3 No 6-10 El Carmen de Chucurí, Santander, registrado en la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, Santander, propiedad del señor JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ DUARTE, identificado con cédula de identidad No. 13640749 de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Negar la nulidad y las solicitudes probatorias solicitadas por la defensa del señor JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ DUARTE, identificado con cédula de identidad No. 13640749 de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN²⁴ Y APELACIÓN²⁵** ante la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 113 de la ley 1708 de 2014.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión, téngase el Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001-31-20-001-2019-00224-00**, como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ

Juez

²⁴ Según criterio de la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, procede el RECURSO DE REPOSICIÓN contra la decisión que resuelve el control de legalidad a las medidas cautelares, radicado 680013107002201600023-01 (E.D. 202) aprobado mediante Acta No. 066 de agosto 1 de 2017, con ponencia del Dr. **PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO** y salvamento de voto de la Dra. **MARÍA IDALÍ MOLINA GUERRERO**.

²⁵ Aparte final del inciso 3º del Artículo 113 de la Ley 1708 de 2014 “Las decisiones que tome el Juez en desarrollo del presente artículo, serán susceptibles del recurso de Apelación”, concordante con el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 17 de la Ley 1849 de 2017: “Las decisiones judiciales que denieguen cualquiera de los controles de legalidad establecidos en esta Ley, en el efecto devolutivo”.