

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, marzo dieciséis (16) de dos mil veinte (2020).

ASUNTO: Proferir SENTENCIA conforme al artículo 145 concordante con el inciso 1° del artículo 35, numeral 1° del artículo 39 de la Ley 1708 de 2014.

RADICACIÓN: 54001-31-20-001-2017-00043-00.

RADICACIÓN FGN: 13583 E.D Fiscalía Treinta y Nueve (39) adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio.

AFECTADO: ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA C.C. No. 1.094.162.025 de El Zulia.

BIEN OBJETO DE EXT: INMUEBLE identificado con Folio de Matrícula No. 260-155683 ubicado 1) Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial "GALERÍA" 2) Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial "EL PALACIO" de Cúcuta Norte de Santander, el cual responde al Establecimiento Comercial de razón social "D'TODITO COMUNICACIONES", con número de matrícula mercantil 00162597.

ACCIÓN: EXTINCIÓN DE DOMINIO.

## 1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro del proceso de extinción de dominio seguido en contra del bien inmueble identificado con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial "GALERÍA" y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial "EL PALACIO" de Cúcuta Norte de Santander, el cual responde al Establecimiento Comercial de razón social "D'TODITO COMUNICACIONES" con número de matrícula mercantil **00162597**, de los que aparece como titular de derechos **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.094.162.025 de El Zulia, Norte de Santander.

## 2. SITUACIÓN FÁCTICA

De esta manera fueron narrados los hechos por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio: "Dio inicio a las presentes diligencias el informe de policía judicial presentado por el patrullero **JOLMMAN EDISSON CORREA**, funcionario de la Unidad Investigativa de Extinción de Dominio y Lavado de Activos **SIJIN-MECUC**, con oficio No. S-2016-077979/SDIN-GIDES de fecha 4 de noviembre de 2015, a través del cual da a conocer que el bien inmueble ubicado en la calle 9 No. 4-22 y/o avenida 4 No. 8-62 Local 60 del Centro Comercial El Palacio de la ciudad de Cúcuta, así como el establecimiento de comercio de razón social **D'TODITO COMUNICACIONES** que funciona en dicho local comercial, ha sido destinado para la manipulación o alteración de los **IMEI** de equipos terminales móviles (celulares).

De las labores investigativas realizadas por policía judicial, se tiene que en diligencia de registro y control efectuada el 24 de septiembre de 2015, por funcionarios de la Sijin Mecuc, en el establecimiento de comercio de razón social **D'TODITO COMUNICACIONES** ubicado en el centro comercial El Palacio local 60 se incautó una (1) torre de computador de mesa con número 027030103201 en la cual se halló un programa denominado "IMEI TOOL CHINOS" que es para modificar los sistemas de identificación de los equipos terminales móviles, procediendo a capturar a Luz Eliana Castellanos Franco, lo que dio inicio a la investigación penal 540016106079201582412"<sup>1</sup>.

Información que llevó a la Fiscalía General de la Nación a emitir la Resolución del 8 de enero de 2016, en donde se asigna el conocimiento de la acción de extinción de dominio a la Dra. **JULIANA REYES BLANCO**, Fiscal 39 Especializada en Extinción del Derecho De Dominio, con radicado 13583<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Folios 148 al 149 del Cuaderno Único de la FGN.

<sup>2</sup> Folios 2 y 3 del Cuaderno Único de la FGN.

### 3. ACTUACION PROCESAL

3.1. Conforme al informe presentado por los uniformados, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, decretó la apertura de Fase inicial el 25 de enero de 2016<sup>3</sup>, realizándose las correspondientes labores de investigación del respectivo inmueble, investigación que posteriormente da con la cautela del mismo mediante la Resolución de Medidas Cautelares del 27 de junio de 2017<sup>4</sup>.

3.2. Concluidas las labores investigativas durante la fase inicial referente a la investigación extintiva del derecho de dominio, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, con fundamento en los artículos 123 y 126 de la Ley 1708 de 2014, profirió el 26 de julio de 2019 Requerimiento de Extinción del Derecho de Dominio sobre el bien **INMUEBLE** identificado con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado 1) Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial “**GALERÍA**” 2) Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial “**EL PALACIO**” de Cúcuta Norte de Santander, y el Establecimiento Comercial de razón social “**D’ TODITO COMUNICACIONES**”, con número de matrícula mercantil **00162597**, de propiedad del señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, quien dentro del presente trámite ostenta la calidad de Afectado<sup>5</sup>.

3.3. Mediante auto de sustanciación de fecha 8 de agosto de 2017<sup>6</sup>, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta – Norte de Santander, **AVOCÓ CONOCIMIENTO DEL JUICIO**, ordenando que se surtiera la etapa de notificaciones, dando cumplimiento irrestricto al artículo 53 y subsiguientes de la Ley 1708 de 2014.

3.4. Como quiera que revisada la actuación procesal, se constató que se logró notificar personalmente del **AUTO QUE AVOCA CONOCIMIENTO DEL JUICIO**<sup>7</sup>, cumpliéndose de manera irrestricta el contenido del artículo 138 y de la forma prevista por el artículo 53 de la Ley 1708 de 2014, al afectado **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**<sup>8</sup> y al abogado defensor de confianza, Dr. **EDISON ANDRÉS RUEDA PERDOMO**<sup>9</sup>, así como la notificación por **ESTADO**<sup>10</sup> al Dr. **JORGE ENRIQUE CARVAJAL HERNÁNDEZ** Procurador 90 Judicial Penal II, al Dr. **ÓSCAR JULIÁN VALENCIA LOAIZA** Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, y a la Dra. **JULIANA REYES BLANCO** Fiscal 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, se prescindió mediante auto del 15 de septiembre de 2017<sup>11</sup> de fijar **AVISO**, continuando con el **EMPLAZAMIENTO** conforme a las ritualidades que regula el inciso 2º del artículo 140 del **CÓDIGO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**.

3.5. A través de auto del 24 de noviembre de 2017<sup>12</sup> se ordenó que por la Secretaría del Despacho y por el interregno de cinco (5) días hábiles, se **CORRIERA TRASLADO**, a fin de que los sujetos procesales e intervinientes en la acción constitucional de extinción de dominio, si era su deseo, hagan uso de las facultades que les otorgan los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 141<sup>13</sup> de la Ley 1708 de 2014.

3.6. El 26 de abril del año que avanza se pronunció el Despacho sobre la solicitud de control de legalidad a las medidas cautelares de embargo y secuestro, deprecadas por la Dra. **LEYDE FLÓREZ ARÉVALO**<sup>14</sup> abogada de confianza<sup>15</sup> del ciudadano **ALBERTO JOSÉ**

<sup>3</sup> Ver folios 52 y 53 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>4</sup> Ver folios 1 al 10 del Cuaderno de Medidas Cautelares.

<sup>5</sup> Ver folios 147 al 157 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>6</sup> Ver folio 3 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

<sup>7</sup> Auto de agosto 8 de 2017 Cuaderno Número 1 del Juzgado - Folio 3

<sup>8</sup> Folio 14 (REVERSO) del Cuaderno No. 1 del Juzgado. Notificación personal realizada a las 17:22 horas del 11 de agosto de 2017.

<sup>9</sup> Folio 15 (REVERSO) del Cuaderno No. 1 del Juzgado. Notificación personal realizada a las 17:22 horas del 11 de agosto de 2017.

<sup>10</sup> Folio 20 del Cuaderno No. 1 del Juzgado. Notificación POR ESTADO realizada entre las 08:00 y 18:00 horas del 31 de agosto de 2017.

<sup>11</sup> Ver folio 22 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

<sup>12</sup> Ver folio 40 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

<sup>13</sup> Artículo 141 de la ley 1708 de 2014. **TRASLADO A LOS SUJETOS PROCESALES E INTERVINIENTES.** Dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que avoca conocimiento, los sujetos e intervinientes podrán: 1. Solicitar la declaratoria de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades. 2. Aportar pruebas. 3. Solicitar la práctica de pruebas. 4. Formular observaciones sobre el acto de requerimiento presentado por la Fiscalía si no reúne los requisitos. (...) El juez resolverá sobre las cuestiones planteadas dentro de los cinco (5) días siguientes, mediante auto interlocutorio. (...) En caso de encontrar que el acto de requerimiento no cumple los requisitos, el juez lo devolverá a la Fiscalía para que lo subsane en un plazo de cinco (5) días. En caso contrario lo admitirá a trámite.

<sup>14</sup> Folios 1 al 7 del Cuaderno Control de Legalidad No. 1 del Juzgado, de radicación 54001-31-20-001-2017-00043-01, “*acudo a su bien servido despacho ESTANDO dentro de la oportunidad procesal, para solicitar el control constitucional a la medida cautelar de embargo y secuestro sobre el bien inmueble de propiedad de mi mandante EL CUAL SE IDENTIFICA CON el número de matrícula inmobiliaria 260-155683 y DE IGUAL FORMA SOBRE el establecimiento comercial DENOMINADO “D” TODITOCOMUNICACIONES DE PROPIEDAD DE MI PODERDANTE E INSCRITO CON LA MATRÍCULA MERCANTIL N° 00162597.*”.

<sup>15</sup> Folio 133 del Cuaderno Número 1 del Juzgado, aparece memorial mediante el cual el ciudadano **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, titular de derechos sobre el bien inmueble identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 260-155683 y el Establecimiento Comercial de razón social “**D’ TODITO COMUNICACIONES**”, con número de matrícula mercantil No. 00162597, otorga poder especial, amplio y suficiente a la Dra.

**BERNAL PEÑA**, la cual fue **DESECHADA DE PLANO**, porque de acuerdo al criterio vertical de la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, organismo de cierre de la jurisdicción, *“el periodo oportuno para solicitar el control a las medidas cautelares impuestas por la Fiscalía durante la fase a su cargo, se extiende hasta el momento previsto en el artículo 141 del CED”*<sup>16</sup>.

3.7. Vencido el término del traslado de cinco (5) días que prevé el artículo 141 de la Ley 1708 de 2014 para que los sujetos procesales e intervinientes solicitaran o aportaran pruebas, peticionaran declaratoria de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades y formularan observaciones al requerimiento, el 1º de octubre de 2019<sup>17</sup> se procedió, en aplicación del contenido del artículo 142<sup>18</sup> y 143<sup>19</sup>, a proferir el auto mediante el cual **DECRETA y/o NIEGA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS**.

3.8. Finalmente, mediante auto del 6 de noviembre de 2019 se ordenó que por la Secretaría del Despacho y por el interregno de cinco (5) días hábiles se corriera traslado común a fin de que los sujetos procesales e intervinientes en la acción constitucional de extinción de dominio, si era su deseo, hicieran uso de las facultades que le otorga el artículo 144 de la ley 1708 de 2014<sup>20</sup> y alegaran de conclusión.

Para tal efecto se corrió traslado desde las 08:00 horas del 12 de noviembre y hasta a las 18:00 horas del 18 de noviembre de 2019.

#### 4. DE LA FILIACIÓN DEL BIEN INMUEBLE

La fiscalía lo identifica como un bien inmueble con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial **“GALERÍA”** y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial **“EL PALACIO”** de Cúcuta, Norte de Santander, en donde opera un establecimiento comercial de razón social **“D´TODITO COMUNICACIONES”**, con número de matrícula mercantil **00162597**.

#### 5. DE LA PRETENSIÓN

La Fiscalía Treinta y Nueve (39) Especializada adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, con sede en la ciudad de Bucaramanga Santander, mediante resolución del 26 de julio 2017 pretende que a través de sentencia judicial se declare la pérdida del derecho de dominio en favor del Estado del bien inmueble objeto de la pesquisa investigativa y del establecimiento comercial denominado **“D´TODITO COMUNICACIONES”**.

El ente investigador sostiene que conforme a las circunstancias fácticas y los medios cognoscitivos obrantes en la actuación se tiene que los bienes objeto del presente pronunciamiento han sido utilizados en actividades ilícitas relacionadas con la manipulación de equipos terminales móviles.

Señaló que muy a pesar de que en diligencia de allanamiento y registro no se hallaron celulares hurtados, lo cierto es que sí se logró el hallazgo de una torre de computador con un programa destinado a la modificar sus sistemas de identificación. Realizada tal apreciación aseveró: *“si bien es cierto no se hallaron celulares hurtados ni modificados dentro de las diligencias de allanamiento y registro realizadas en el establecimiento de comercio D'TODITO COMUNICACIONES, no es menos cierto que dentro de los enceres que lo componen se hallaba el computador modelo SATPOWER629 identificado con el número 027030103201, dentro del cual fue hallada la subcarpeta denominada “IMEI TOOL CHINOS”, la cual, según el patrullero DIEGO*

LEYDE FLÓREZ AREVALO, con nota de PRESENTACIÓN PERSONAL realizada a las 15:17:46 horas del 12 de febrero de 2019, ante la Dra. MARÍA DEL ROSARIO SÁNCHEZ BRAHÍM Notaria Segunda Encargada del Círculo de Cúcuta.

<sup>16</sup> Ver providencia adoptada bajo el radicado No. 0800131200012017002201 por la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá, ponencia del Dr. WILLIAM SALAMANCA DAZA.

<sup>17</sup> Ver folio 144 al 148 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

<sup>18</sup> Artículo 142 de la Ley 1708 de 2014. *“DECRETO DE PRUEBAS EN EL JUICIO. Vencido el término de traslado previsto en el artículo anterior, el juez decretará la práctica de las pruebas que no hayan sido recaudadas en la fase inicial, siempre y cuando resulten necesarias, conducentes, pertinentes y hayan sido solicitadas oportunamente. Así mismo, ordenará tener como prueba aquellas aportadas por las partes cuando cumplan los mismos requisitos y hayan sido legalmente obtenidas por ellos y decidirá sobre los puntos planteados. (...) El juez podrá ordenar de oficio, motivadamente, la práctica de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y necesarias. (...) El auto por el cual se niega la práctica de pruebas será susceptible del recurso de apelación”*.

<sup>19</sup> Artículo 143 de la Ley 1708 de 2014 *“PRÁCTICA DE PRUEBAS EN EL JUICIO. El juez tendrá treinta (30) días para practicar las pruebas decretadas. Para tal efecto podrá comisionar a otro juez de igual o inferior jerarquía, o a los organismos de policía judicial, en aquellos casos en que lo considere necesario, convenientemente y oportuno para garantizar la eficacia y eficiencia de la administración de justicia”*.

<sup>20</sup> Artículo 144 de la Ley 1708 de 2014. *“ALEGIATOS DE CONCLUSIÓN. Practicadas las pruebas ordenadas por el juez, este correrá traslado por el término común de cinco (5) días para alegar de conclusión”*.

*RAMÍREZ GARZÓN" es un programa que sirve para modificar los sistemas de identificación de los equipos de terminales móviles, como lo son los IMEI"*<sup>21</sup>

Seguidamente señala los motivos del requerimiento en los siguientes términos:

*"de las circunstancias fácticas y de los elementos encontrados en el establecimiento de comercio, es posible inferir, de manera razonada, que el mismo estaba siendo destinado a la actividad tipificada en el artículo 105 de la Ley 1453 de 2011, y en consecuencia que el propietario ha destinado el bien a actividades ilícitas y además de esto ha trasgredido el deber de cuidado de esta propiedad incumpliendo ostensiblemente con los fines social y ecológico impuestos por nuestra Constitución Política (...) Es así que el señor ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA, propietario del inmueble (local 60), le ha dado una destinación ilícita a través de su establecimiento de comercio, ya que no actuó con la responsabilidad y diligencia que le demanda el artículo 58 de la Carta Política, pues le era exigible el deber de ejercer cuidado y custodia sobre su inmueble, toda vez que el propietario debe propender que se cumplan las obligaciones consagradas en la norma de normas para que los bienes frente a los cuales ejerce la titularidad del derecho real no sean empleados en la comisión de actividades ilícitas, situación reprochable en el presente caso donde el mismo propietario es el que ha cometido o ha permitido la actividad ilícita (...) Concluyendo, obra prueba idónea y suficiente para proceder a fijar de manera definitiva la pretensión de la Fiscalía de Extinción de Dominio"*<sup>22</sup>

## 6. DE LA COMPETENCIA

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta<sup>23</sup> Norte de Santander, de conformidad con el inciso 1º del artículo 35<sup>24</sup> de la Ley 1708 de 2014, es competente para proferir la respectiva sentencia que declare o niegue la extinción de dominio respecto del **bien inmueble** identificado con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial "GALERÍA" y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial "EL PALACIO" de Cúcuta Norte de Santander, en donde funciona el **establecimiento comercial** de razón social "D'TODITO COMUNICACIONES", con número de matrícula mercantil **00162597**, apareciendo como propietario el señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, bienes que encuentran ubicados en este Distrito Judicial y que el 27 de junio de 2017<sup>25</sup> la Dra. **JULIANA REYES BLANCO** Fiscal 39ª Especializada de Extinción de Dominio, en aplicación a lo normado en el artículo 123 y 126 de la Ley 1708 de 2014, decidió "*Fijar provisionalmente la pretensión de extinción del derecho de dominio sobre los siguientes bienes: 1. Inmueble con F.M.I. No. 260-155683 ubicado en la calle 9 No. 4 – 22 y/o avenida 4 No. 8 – 62 Local 60 del Centro Comercial "El Palacio" de ciudad de Cúcuta, Establecimiento comercial de razón social "D' TODITO COMUNICACIONES" con número de matrícula mercantil 00162597 (...)*".

## 7. DE LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN

El Despacho observa y precisa que en el presente caso se cumplieron a cabalidad las etapas procesales señaladas en la Ley 1708 de 2014, revestidas de garantías constitucionales como el principio cardinal del debido proceso por lo que no se estaría incurrido en alguna de las causales de nulidad o en acto irregular que pudiera dar al traste con la decisión que a continuación se procede a realizar.

De este modo, podemos decir que se ha respetado de forma integral los derechos fundamentales de cada uno de los que intervinieron en el desarrollo de las distintas etapas procesales de que se compone la presente acción de extinción del derecho de dominio, por lo que podemos inferir que se observaron las facultades constitucionales para solicitar y aportar todas las pruebas que se consideraron pertinentes y conducentes, pues "*El derecho a la prueba es uno de los elementos del derecho al debido proceso, como también lo es controvertir la que se aduzca en contra. El artículo 29 de la Constitución Política dice que quien sea sindicado*

<sup>21</sup> Ver folio 154 del Cuaderno Único de la FGN.

<sup>22</sup> Ver folios 154 y 155 del Cuaderno Único de la FGN.

<sup>23</sup> Este Juzgado fue creado por el artículo 215 de la Ley 1708 de 2014, norma desarrollada por el artículo 50 del ACUERDO PSAA15-10402 DE OCTUBRE 29 DE 2015 "*por el cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional*" y en cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 2º del ACUERDO No. PSAA16-10517 DE MAYO 17 DE 2016, que "*establece el mapa judicial de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio, en el territorio nacional*", se le otorgó competencia territorial al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta – Norte de Santander, en los Distritos Judiciales de "Cúcuta, Arauca, Bucaramanga, Pamplona, San Gil y Valledupar".

<sup>24</sup> Inciso 1º del Artículo 35 de la Ley 1708 de 2014. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA EL JUZGAMIENTO. "*Corresponde a los Jueces del Circuito Especializados en Extinción de Dominio del distrito judicial donde se encuentren los bienes, asumir el juzgamiento y emitir el correspondiente fallo*".

<sup>25</sup> Folios 108 al 115 del Cuaderno Único de la FGN.

*tiene derecho a “... presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”. Si el fin de la prueba es llevar la verdad de los hechos al juez, la prueba una vez practicada o introducida, sirve a todas las partes e intervinientes y se integra a la comunidad probatoria del proceso, contribuyendo a ese objetivo”<sup>26</sup> (negrita y subrayado fuera de texto); como también se respetaron las garantías de impugnar las decisiones y demás acciones propias del ejercicio del derecho de defensa y contradicción.*

## 8. DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

El artículo 2º de la Carta Política establece como fines esenciales del Estado Social de derecho “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”, resultando apropiado fundar la presente decisión en las preceptivas constitucionales de la acción de extinción de dominio, consagradas en los artículos 34 y 58 Superior, por cuanto la propiedad no puede destinarse o adquirirse mediante enriquecimiento ilícito u otras actividades ilícitas, buscando de manera subrepticia el aval del Estado en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

De este modo, en la Sentencia C - 740 de agosto 28 de 2003, M.P. **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO**<sup>27</sup>, se expuso: “*La Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional - dignidad humana y democracia pluralista- sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afinó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general*”.

La extinción de dominio se concibe como una sanción que busca tutelar intereses superiores en razón del origen de los recursos económicos para la consecución del capital (ilegitimidad del título); además, por el incumplimiento de las obligaciones que le asisten al titular del derecho de dominio de un determinado bien (función social y ecológica), quien debe ejercer su derecho cifiéndose a las limitaciones en el uso, el goce y el usufructo que le son inherentes.

El derecho de propiedad, enmarcado dentro del Estado Social de Derecho, impone obligaciones a la persona que lo ejerce, quien puede disponer de sus bienes; sin embargo, tal facultad de disposición se encuentra limitada por la Constitución en el sentido de que los bienes deben ser aprovechados económicamente no sólo a favor del titular del dominio, sino de la misma sociedad, provecho que debe tener en cuenta el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables, siendo éste el sentido de la propiedad, se insiste, en cuanto a su función social y ecológica.

Sobre las características particulares de la acción extintiva de dominio, el guardián de la Constitución en sentencia C-740 de 2003, expresó

*“la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad.*

*Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático.*

<sup>26</sup> Auto Interlocutorio del 1º de marzo de 2019, Rad. No. 11001 6000 721 2017 00488 01, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, M.P. FERNANDO PAREJA REINEMER.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C - 740 de agosto 28 de 2003, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

*Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social.*

*Es una acción judicial porque, dado que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción.*

*Es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.*

*Es una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social.*

*Finalmente, es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad”.*

En el contexto de la normatividad internacional, constitucional y legal, de acuerdo a lo probado en el trámite, la judicatura entrará a determinar la viabilidad de extinguir o no el derecho de dominio del bien inmueble y la razón sobre la cual la Fiscalía 39 Especializada adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio deprecó la pérdida del derecho sin contraprestación alguna en favor del Estado.

## 9. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Secretario del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta Norte de Santander, en cumplimiento al auto sustanciación proferido el 6 de noviembre de 2019<sup>28</sup> y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 144 de la Ley 1708 de 2014 corrió traslado común por el término de cinco (5) días, los cuales empezaron a correr entre las 08:00 horas del 12 de noviembre y hasta las 18:00 horas 18 de noviembre de 2019, para que se **ALEGARA DE CONCLUSIÓN**, frente a la solicitud del ente fiscal, recibiendo los siguientes pronunciamientos:

**9.1.** La Fiscal Delegada entre otras cosas aseveró: *“los elementos de conocimiento que permitieron a esta delegada llegar a inferir que los bienes objeto de la presente acción tiene una destinación ilícita, es haberse hallado en diligencia de registro por parte de funcionarios de la Sijin Mecuc, una torre de computador de mesa, la cual contenía un programa para modificar los sistemas de identificación de equipos terminales móviles denominado "IMEI TOOL CHINOS", situación que dio origen al proceso penal 540016106079201582412 y posteriormente a la presente acción de extinción de dominio, pues se evidencia que tanto el establecimiento de comercio de razón social D'TODITO COMUNICACIONES, como el local 60 ubicado en la calle 9 No. 4-22/y o avenida 4 No. 8-62 del Centro comercial El Palacio de la ciudad de Cúcuta, de propiedad de Alberto José Peña Bernal, han sido utilizados en el ejercicio de actividades ilícitas relacionada con la manipulación de equipos terminales móviles (celulares) (...) En virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, el señor Alberto José Peña Bernal, le asistía el deber de desvirtuar esa legítima inferencia de la Fiscalía mediante la presentación de pruebas que dieran cuenta que en su local y establecimiento comercial no se realizaban esta clase de actividades ilícitas (...) ha debido presentar en el momento procesal oportuno, es el soporte (documento) del supuesto recibo de la torre de computador para reparación, tal como lo adujo en declaración; además obsérvese que en algunas respuestas suministradas por el declarante ante la judicatura no fueron precisas o concretas, ya que dice haber*

<sup>28</sup> Folio 189 del Cuaderno Original No. 1 del Juzgado.

olvidado el apellido del técnico que dijo tener trabajando en su local (...) aunado a ello, manifestó que la torre era de una persona de la cual dijo no saber dónde localizar (...) Aunado a lo anterior en declaración rendida por Luz Eliana Castellanos Franco, esposa del señor Alberto José Peña Bernal, quien además trabajaba en el local, expresó que quien recibió la torre de computador para arreglo fue el técnico de nombre Luis, nombre diferente al aportado por su esposo en declaración (...) de igual manera el señor Peña Bernal manifestó que el tiempo que transcurre desde que se recibe un computador para servicio o arreglo es de 15 días a un mes, lo que no coincide con la fecha del hallazgo de la CPU pues esto fue el 24 de septiembre de 2015 y el declarante dice haberse recibido el 30 de julio de 2015, casi dos meses después, otra inexactitud (...) esta delegada se ratifica en el requerimiento que expresó ante su despacho y a su vez solicita se profiera sentencia en la cual se extinga el derecho de dominio del inmueble cuya Matricula Inmobiliaria es 260-155683 (...) y el establecimiento comercial de razón social **D TODITO COMUNICACIONES**"<sup>29</sup>.

9.2. La Dra. **LEYDE FLOREZ AREVFALO**, actuando como apoderada judicial del señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, solicitó no acceder a la pretensión estatal, reseñando las pruebas que no se le decretaron al ente investigador para seguidamente resaltar que "el despacho decreta el dictamen pericial, oficiando al **TENIENTE CORONEL JOSÉ FRANCISCO PEÑA GÓMEZ**, jefe de la policía científica y criminalística de la Dirección Criminal e Interpol, para Establecer si el programa que fue hallado en la CPU es el utilizado para realizar actividades ilícitas, comisionando al agente de la Policía nacional **LOGATTO**, persona que realizó las experticias ordenadas por el despacho y quien manifestó en su último dictamen o informe que "no fue posible realizar la experticia por cuanto la CPU había sido devuelta al propietario" Situación que permite que la fiscalía no cuente con elementos probatorios requeridos para probar la causal del 5 del art. 16 de la norma citada".

Seguidamente citó lo establecido por las Altas Cortes para proceder a afirmar que "la prueba ILEGAL genera como consecuencia la EXCLUSIÓN probatoria" lo que a la postre realizó el despacho (...) "La Corte Constitucional ha expresado, además, que las garantías del proceso penal no son extensivas al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta aplicable el principio de carga dinámica de la prueba, según el cual corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. Pero este Tribunal también ha establecido, sin ambigüedad alguna, que no puede declararse la extinción de dominio en ausencia de prueba". Todo esto sumado a lo dispuesto en el "TÍTULO V, PRUEBAS, CAPÍTULO 1, Reglas Generales, Artículo 148. Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación" ley 1708 de 2014. Al ser decretadas las pruebas ILEGALES por parte de un juez constitucional como lo fue el de control de garantías y al no ser ordenadas, ni decretas o no tenidas en cuenta por este juez de instancia, es lógico establecer bajo la presunción de legalidad que no es posible configurar ninguna causal y menos la argumentada por la FISCALÍA (...) la ley le impone ese deber a la fiscalía de demostrar bajo la carga argumentativa y probatoria la causal invocada por esta"<sup>30</sup>.

## 10. DEL CASO CONCRETO.

10.1. Ante el requerimiento de extinción de dominio presentado por la Fiscalía General de la Nación, resulta oportuno precisar que el problema jurídico a resolver es el de establecer si el bien bien inmueble identificado con Folio de Matricula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial "GALERÍA" y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial "EL PALACIO" de Cúcuta Norte de Santander, establecimiento comercial de razón social "D'TODITO COMUNICACIONES", con número de matrícula mercantil **00162597**, de los que aparece como propietario **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, se encuentran inmersos en las causales 5ª y 6ª del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, esto es, si fueron utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o de acuerdo a las circunstancias en que fueron encontrados ello se podía determinar.

10.2. Inicialmente debe considerarse el principio de Necesidad de la Prueba consagrado en Código de Extinción de Dominio:

"Artículo 148. Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

<sup>29</sup> Folios 210 al 2015 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

<sup>30</sup> Ver folio 216 al 219 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

**No se podrá dictar sentencia sin que obre en el proceso prueba que conduzca a demostrar la procedencia o improcedencia de la extinción del derecho de dominio**". (Resalto del Despacho)

Con relación al principio de Necesidad de Prueba, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*"El derecho probatorio colombiano introdujo el principio de necesidad de la prueba para fundamentar las providencias. Es así como el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 dispone que toda determinación debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación. Este principio es la consecuencia del derecho a solicitar y controvertir pruebas, que se tornaría ilusorio sino no se garantiza su efecto en la fijación de las hipótesis de la parte o interviniente. En suma, la providencia judicial refleja y es consecuencia de la actividad probatoria en el proceso"*<sup>31</sup>.

Así mismo, se necesitan elementos de convicción suficientes que produzcan en el juez la certeza<sup>32</sup> de la ocurrencia de la causal por parte del afectado que invoca la fiscalía, prueba legal y oportunamente allegada al proceso, con las características de ser conducente pertinente y necesaria. Así lo ha establecido la Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal Superior de Bogotá:

*"La admisión de la prueba depende de su conducencia, pertinencia y necesidad. La conducencia es la idoneidad de la prueba para demostrar el hecho que se quiere demostrar a través suyo; la pertinencia abarca dos acepciones: (i) la adecuación entre el hecho que se quiere probar y el hecho del proceso; (ii) el hecho que se quiere probar adiciona o resta credibilidad a otra prueba. La necesidad es que la prueba haga falta, de modo que, si no se trae, el hecho que se quiere probar a través suyo quedaría sin demostración. Esta es la tesis de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de junio de 2007, radicado 27.608. También es relevante determinar si la prueba, superando estas condiciones, tiene escasa utilidad, dilata el proceso o trae confusión.*

**Además, se debe examinar la legalidad y licitud de la prueba, entendiendo lo primero como el cumplimiento de las formas debidas en su aducción. Lo segundo implica el respeto de los derechos fundamentales, la proscripción de la tortura (que incluye tratos crueles, inhumanos o degradantes), la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, como también las prohibiciones probatorias. En caso de que la prueba infrinja la exigencia de licitud, deberá ser excluida"**<sup>33</sup> (Negrita fuera de texto).

De este modo, es oportuno resaltar que el funcionario judicial debe ser celoso en la búsqueda de pruebas para llegar a la certeza de la ocurrencia de los hechos narrados por la Fiscalía, por lo que le asiste el deber de indagar tanto lo que le sea desfavorable como todo aquello que le sea favorable al afectado. Para tal fin este Despacho revisó y analizó las pruebas recaudadas en la fase inicial, medios cognoscitivos documentales que en criterio de esta judicatura **NO** tienen poder suasorio para sustentar sentencia declaratoria de titularidad del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación, pago o indemnización alguna de los bienes que nos ocupan y de los que aparece como titular de derechos el señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, como quiera que los mismos están viciados de ilegalidad.

Así, para este Despacho resulta razonable atender **desfavorablemente** la solicitud presentada por la Fiscalía 39 Especializado adscrito a la Dirección Nacional de Fiscalías Especializada de Extinción de Dominio, por lo que desde ya anuncia que se declarará la improcedencia de la pretensión extintiva.

### **10.3. DE LA CAUSAL Y DEL NEXO DE CAUSALIDAD**

Las causales de extinción de dominio deben ser entendidas como circunstancias ilícitas que recaen sobre los bienes (no sobre los titulares) llevando consigo una consecuencia jurídica, recordando que existen bienes producto de actividades ilícitas o destinadas a la realización de las mismas.

A este respecto, debemos señalar que en el estudio de las causales se tiene que estudiar un aspecto objetivo, esto es, ver si efectivamente de las pruebas llevadas y practicadas en

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 48965 del 18 de abril de 2017, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

<sup>32</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, quinta edición, Bogotá D.C., Editorial A.B.C., 1995, Pág. 151.

<sup>33</sup> Auto interlocutorio del 13 de noviembre de 2019, Rad. No. 11001 6099069 2018 02985 01, M.P. FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER.

el plenario acaece de la causal rogada; y un aspecto subjetivo en donde lo que se tiene que establecer sin lugar a equívocos que el afectado observó el deber constitucional de cuidado y vigilancia o si por el contrario actuó de forma dolosa o gravemente culposa a través de acciones incuriosas, negligentes u omisivas que dieran lugar a la materialización de la causal invocada<sup>34</sup>.

**10.3.1.** Acorde a lo probado en el transcurso de este trámite, corresponde establecer a este Despacho si las causales contemplada en los numerales 5º y 6º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, se configura dentro del presente asunto. De tal manera que para que se actualice una causal extintiva de dominio no basta la adecuación formal del comportamiento externo del titular del bien con el punible que se dice se cometió con éste o del cual se deriva su adquisición; sino que además se requiere del necesario<sup>35</sup> estándar de prueba<sup>36</sup> que sustente la inferencia inicial sostenida por el titular de la investigación, esto es, para el caso en concreto, que **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA** actuó o no en contravía de los postulados constitucionales que rigen el derecho de la propiedad tal como lo señaló la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“Por lo cual debe la Corte reiterar que los titulares de la propiedad u otros derechos reales, aun sobre bienes en cuyo origen se encuentre alguno de los delitos por los cuales puede incoarse tal acción, se presume que lo son en verdad y que han actuado honestamente y de buena fe al adquirir tales bienes, de lo cual se desprende que en su contra no habrá extinción del dominio en tanto no se les demuestre a cabalidad y previo proceso rodeado de las garantías constitucionales que obraron con dolo o culpa grave”<sup>37</sup>.*

Lo anterior respecto a la destinación del **bien inmueble** identificado con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial “**GALERÍA**” y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial “**EL PALACIO**” de Cúcuta Norte de Santander, **establecimiento comercial** de razón social “**D’TODITO COMUNICACIONES**”, con número de matrícula mercantil **00162597**, uso que no puede ser otro que el cumplimiento de la función social y ecológica inherente a la propiedad privada.

Sobre la causal reseñada por el fiscal que conoció del presente trámite, la cual encuentra similitud a lo contenido en el numeral 3º del artículo 2 de la Ley 793 de 2002, la jurisprudencia constitucional, específicamente en la Sentencia C-740 de agosto 28 de 2003, con ponencia del Dr. **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO** ha sostenido:

*“cuando la causal tercera del artículo 2º extiende la procedencia de la extinción de dominio a los bienes utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas y, para lo que aquí interesa, a aquellos que han sido destinados a tales actividades o que correspondan al objeto del delito, lo que hace es conjugar en un solo enunciado normativo las dos modalidades de extinción de dominio a que se ha hecho referencia pues en estos supuestos la acción no procede por la ilegitimidad del título sino por dedicarse los bienes a actividades ajenas a la función social y ecológica de la propiedad. Bien se sabe que ésta debe ejercerse de tal manera que se orienta a la generación de riqueza social y a la preservación y restauración de los recursos naturales renovables y no a la comisión de conductas ilícitas”.*

De este modo, la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, a través de su delega, al presentar el requerimiento extintivo de dominio señaló que *“de las circunstancias fácticas y de los elementos encontrados en el establecimiento de comercio, es posible inferir, de manera razonada, que el mismo estaba siendo destinado a la actividad tipificada en el artículo 105 de la Ley 1453 de 2011, y en consecuencia que el propietario ha destinado el bien a actividades ilícitas y además de esto ha trasgredido el deber de cuidado de esta propiedad incumpliendo ostensiblemente con los fines social y ecológico impuestos por nuestra Constitución Política de tal manera que haga posible la protección de la propiedad privada (...) el señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, propietario del inmueble (local 60), le ha dado una destinación ilícita a través de su establecimiento de comercio, ya que no actuó con la responsabilidad y diligencia que le demanda el artículo 58 de la Carta Política, pues le era exigible el deber de ejercer cuidado y custodia sobre su inmueble, toda vez que el propietario debe propender*

<sup>34</sup> Auto interlocutorio del 01 de abril de 2019, Rad. No. 11001312000120150003901, M.P. **MARÍA IDALÍ MOLINA GUERRERO**.

<sup>35</sup> Artículo 148 de la Ley 1708 de 2014 “**NECESIDAD DE LA PRUEBA**. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación ( . ) No se podrá dictar sentencia sin que obre en el proceso prueba que conduzca a demostrar la procedencia o improcedencia de la extinción del derecho de dominio”.

<sup>36</sup> Cfr. **ANDERSON, Terence / SCHUM, David / TWINING, William**. Análisis de la Prueba, Madrid, Marcial Pons, 2015. Quienes definen el Estándar de Prueba como “*el grado de persuasión requerido por el proponente para determinar un concreto hecho en cuestión*”. Ob. cit. Pág. 447.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 1997, M.P. **JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO**.

que se cumplan las obligaciones consagradas en la norma de normas para que los bienes frente a los cuales ejerce la titularidad del derecho real no sean empleados en la comisión de actividades ilícitas, situación reprochable en el presente caso donde el mismo propietario es el que ha cometido o ha permitido la actividad ilícita”<sup>38</sup>, señalando que la causal<sup>39</sup> que se actualizaron en el presente asunto son las contempladas en los numerales 5 y 6 del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, la cuales establecen que “se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en la siguientes circunstancias: (...) 5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas (...) 6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas”.

Para demostrar la anterior premisa la Fiscalía tomó como pruebas las recaudadas dentro del proceso identificado con CUI No. **540016106079201582412**, noticia criminal que se suscitó como resultado de una diligencia de registro voluntario realizada el 24 de septiembre de 2015<sup>40</sup> por funcionarios de la SIJIN MECUC, en el establecimiento de comercio de razón social **D'TODITO COMUNICACIONES**, localizado en el local 60 del centro comercial El Palacio de esta ciudad, en el que se incautó una (1) torre de computador de mesa con número de identificación 027030103201, en la que aparentemente se encontraba instalado un programa denominado “*IMEI TOOL CHINOS*”, que aduce el ente investigador permite modificar los sistemas de identificación de los equipos terminales móviles, por lo que se procedió a la captura de quien se encontraba en ese momento en el establecimiento, la señora **LUZ ELIANA CASTELLANOS FRANCO**.

De las anteriores pruebas arrimadas en la fase pre procesal del presente juicio de extinción de dominio se tienen las siguientes:

- Copia simple del Informe de la Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia –FPJ-5-<sup>41</sup>, rubricado por **DIEGO FERNANDO RAMÍREZ GARZÓN** y **ANYELO ALBERTO SALAMANCA DURAN**, del que se extrae entre otras cosas que “*al ingresar al local abierto al público se encontró un computador prendido el cual tenía un programa IMEI TOOLS, el cual sirve para cambio IMEI (...) se procede a notificarle los derechos como persona capturada*”.
- Copia simple del Acta de Derechos del Capturado FPJ -6-<sup>42</sup>, mediante la cual se da cuenta de la captura de la señora **LUZ ELENA CASTELLANOS** en la Calle 9 No. 4 – 22 local 60.
- Copia simple del Acta de Incautación de Elementos<sup>43</sup> a través de la cual se reseña la incautación de “*01 torre de computador de mesa, color negro con gris de número exterior 027030103201*”
- Copias simple del Formato Único para Registro Voluntario<sup>44</sup>.
- Copia simple del Formato Único de Noticia Criminal<sup>45</sup>,
- Copia simple del Informe Ejecutivo FPJ-3-<sup>46</sup>
- Copia simple del Informe de Investigador de Campo FPJ -11-<sup>47</sup>, mediante el cual se fijó fotográficamente la CPU que suscitó el trámite extintivo de dominio.

Todos estos medios cognoscitivos, con fecha del 24 de septiembre de 2015, fueron excluidos como prueba del presente trámite mediante auto interlocutorio del 1º octubre de 2019<sup>48</sup>, como quiera que al estudiarse si habían sido obtenidos legalmente como lo dispone el artículo 142 de la Ley 1708 de 2014, se logró arribar a la conclusión de que fueron recaudados con violación al debido proceso.

Al respecto se debe advertir que prevé el artículo 156 del Código de Extinción de Dominio que “*Las pruebas practicadas en los procesos penales, civiles, administrativos, fiscales, disciplinarios o de cualquier otra naturaleza podrán trasladarse al proceso de extinción de dominio, siempre y cuando cumplan los requisitos de validez exigidos por la normatividad propia de cada*

<sup>38</sup> Ver folio 154 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>39</sup> Folio 91 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>40</sup> Ver folio 18 del Cuaderno Único del Juzgado.

<sup>41</sup> Ver folios 11 al 13 y 64 al 66 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>42</sup> Ver folios 14 y 67 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>43</sup> Ver folios 15 y 68 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>44</sup> Ver folios 18 y 70 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>45</sup> Ver folios 21 al 23 y 73 al 75 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>46</sup> Ver folios 24, 25, 76 y 77 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>47</sup> Ver folios 26 al 30 y 78 al 82 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>48</sup> Ver folios 144 al 148 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

procedimiento, y serán valoradas en conjunto con los demás medios de prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Los elementos materiales de prueba o evidencias físicas obtenidas dentro del marco del Sistema Penal Oral Acusatorio descrito en la Ley 906 de 2004, deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso de extinción de dominio” (Negrita y subrayado fuera de texto).

Si el ente investigador pretendía soportar su pretensión extintiva en pruebas generadas en el proceso penal, le asistía el deber de verificar que las mismas cumplieran con los requisitos de validez que allí son exigidos, para que fuera plausible su incorporación al trámite extintivo sin que ello haya acontecido.

Al respecto, fue aportada por la misma precursora del trámite la Resolución del fecha 24 de octubre de 2016<sup>49</sup>, mediante la el Dr. JESÚS ANTONIO ARDILA LEÓN, Fiscal 1º de alertas tempranas dispuso el archivo de las diligencia adelantadas bajo el CUI 540016106079201582412, fundamentando su determinación en que “el procedimiento realizado por la policía judicial fue decretado ilegal por parte del juez de control de garantías según la diligencia de fecha 24/09/2015 con 09 folios; así mismo se observa que no se hizo control de legalidad posterior al registro realizado por los funcionario de la policía judicial (...) siendo este el motivo por el cual no se puede considerar los objetos incautados como EMP que sirvan para demostrar la responsabilidad y así mismo al no contar con un objeto para poder tipificar el delito, esta acción penal no se puede continuar; ya que todo lo que se desarrolle será nulo de pleno derecho”. (Resalto del Despacho).

En relación con lo anterior, el artículo 230 de la Ley 906 de 2004, norma modificada por el artículo 51 de la Ley 1453 de 2011, dispone que:

*“Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento. Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:*

*1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.*

*En todo caso, la Fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia (...)*. (Destacado fuera del Original).

Así mismo, el Artículo 237 ejusdem señala claramente: “Audiencia de control de legalidad posterior. Modificado por el art. 16, Ley 1142 de 2007. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado”. (Destacado fuera del Original).

Pero además la Norma Superior señala perentoriamente:

*“Art. 250. Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:*

*2. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”*

Así lo ratificó la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“De otra parte, la Fiscalía se halla facultada para ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, pero el Juez de Garantías deberá ejercer el control dentro de*

<sup>49</sup> Ver folio 87 al 89 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

las 36 horas siguientes. Por último, para la práctica de todos los demás procedimientos que impliquen afectación a los derechos fundamentales, se requiere la autorización previa de la autoridad judicial en mención (...) Conviene precisar aquí dos aspectos relevantes para el análisis del problema jurídico que debe resolverse: (i) los alcances o amplitud de la revisión de legalidad que se lleva a cabo en los referidos supuestos y (ii) el momento a partir del cual comienzan a contarse las 36 horas previstas como término máximo para la activación de la garantía de la reserva judicial. Lo primero determina la vigorosidad del control que se le confía al juez, en términos de la protección de los derechos del afectado con las diligencias investigativas, y lo segundo el tiempo real y efectivo con el que cuenta el Fiscal para someter a revisión lo actuado a fin de que el control satisfaga los propósitos para los cuales fue concebido”<sup>50</sup>.

Entonces, era misión ineludible del Fiscal acudir ante el juez de control de garantías para someter a control posterior la actividad desarrollada por los funcionarios de policía judicial en el establecimiento de comercio de razón social **D'TODITO COMUNICACIONES**, localizado en el local 60 del Centro Comercial El Palacio de esta ciudad; es claro que los medios cognoscitivos acopiados el 24 de octubre de 2016 carecen de validez jurídica, sin que puedan ser tenidos en cuenta, al haber sido aportados con vicios de legalidad.

Nuestro ordenamiento constitucional consagra el principio de Legalidad de la Prueba en el artículo 29 de la Constitución Política cuando señala taxativamente: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

Sobre este tópico en particular la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Providencia SP12158-2016 del 31 de agosto de 2016, con la Ponencia del Dr. **LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**, señaló que:

*“la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso (...) Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión. Ahora, así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera, el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida teoría del fruto del árbol envenenado, en virtud del efecto espejo, dominó o también llamado reflejo (...) La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía”<sup>51</sup>. (Resalto del Despacho).*

Ahora, por su parte la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que *“La autorización libre y expresa del titular de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, deriva esta forma de allanamiento en un acto razonable y proporcionado siempre que el consentimiento haya sido manifestado de manera libre y expresa. No obstante, dado que la excepción planteada sólo lo es frente a la exigencia de una orden escrita de autoridad judicial, pero no frente al requisito del control judicial posterior que establece el numeral 2º del artículo 250 de la Carta, el allanamiento excepcional previsto en la norma, debe someterse al examen del juez de control de garantías, quien valorará en cada caso si el consentimiento dado por el afectado por la diligencia de allanamiento fue libre y expreso, o si por el contrario fue fruto de un acto arbitrario o abusivo”<sup>52</sup>. (Negrita fuera de Texto).*

Visto todo lo anterior se tiene que los actos realizados por los funcionarios de la policía judicial el 24 de septiembre de 2015, al interior del inmueble ubicado en Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial **“EL PALACIO”** de Cúcuta Norte de Santander, no contaban con orden emitida por un fiscal para su realización, pero lo más grave es que **NO** fueron objeto de control posterior por parte del Juez de Control de Garantías como los prevé la Ley y la jurisprudencia, hechos que sí se tuvieron en cuenta el 24 de octubre de 2016<sup>53</sup> por parte del Dr. **JESÚS ANTONIO ARDILA LEÓN**, Fiscal 1º de Alertas Tempranas,

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-014 del 1º de marzo de 2018, M.P. DIANA FAJARDO RIVERA.

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia SP12158-2016 del 31 de agosto de 2016, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-806 del 11 de noviembre de 2019, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

<sup>53</sup> Ver folio 87 al 89 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

al disponer el archivo de las diligencias que se adelantaron con el número de radicación 540016106079201582412, en aplicación de la cláusula de exclusión de que trata el artículo 23<sup>54</sup> de la Ley 906 de 2004.

Era imperativo que el ente fiscal sometiera a control posterior el "Registro Voluntario" que se realizó en el inmueble de propiedad del señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**, ante tal omisión es claro que cada una de las pruebas que se derivan de dicha actuación estén viciadas de ilegalidad, sin que puedan ser el soporte de la demanda del Estado que aquí es objeto de discusión.

Dicho sea de paso, que muy a pesar de que existe plena autonomía entre el procedimiento penal y la acción de extinción de dominio, no puede dejarse pasar por alto que las pruebas de aquél proceso fueron declaradas ilegales por lo que en este escenario procesal deben correr la misma suerte en estricta aplicación del principio de Legalidad de la Prueba, principio de raigambre constitucional que no puede ser obviado, pues es claro que el actuar de la fiscalía en la fase inicial afecta ostensiblemente el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio)<sup>55</sup>. Su exclusión es palmaria.

Así mismo, la doctrina más autorizada ha señalado: "*Se excluye evidencia pertinente cuando se estima que es preferible sacrificar su valor probatorio no admitiéndola, antes de comprometer la búsqueda de la verdad con esa evidencia, que tiene potencial de conducir a error*"<sup>56</sup>.

Existe un exabrupto jurídico en la pretensión formulada por el ente fiscal, al sostener su pretensión en pruebas viciadas de ilegalidad. Todos los elementos probatorios enunciados como sustento para formar la pretensión estatal carecen de validez jurídica y en consecuencia no le es posible a la judicatura proceder respecto de ellas a realizar el respectivo juicio de valor.

**10.3.2. El Debido Proceso**<sup>57</sup> enseña la idea de un proceso justo, es 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, es la forma como debe aplicarse el sistema jurídico. Por lo que aceptando que éste más que un derecho es un principio, debe maximizarse en la mayor medida posible ya que el significado de un principio no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos específicos porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance<sup>58</sup>.

En el presente caso se encuentra quebrantado el principio constitucional al debido proceso que rige cada una de las actuaciones judiciales, pues a partir de una revisión minuciosa de la actuación realizada por la Fiscalía General de la Nación, específicamente los medios cognoscitivos que sustentan su pretensión, se advierte que desde la fase inicial se trasgredió lo contemplado en la Carta Política.

Este Despacho es del criterio de que la acción de extinción de dominio es de estirpe constitucional, lo cual significa que tiene unas garantías superiores que deben estar siempre a resguardo ante cualquier situación que las pueda afectar, lo que obliga de la judicatura que en cada una de sus decisiones se tengan siempre en cuenta la incolumidad de los derechos fundamentales<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Ley 906 de 2004 "Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia".

<sup>55</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-916 del 18 de septiembre de 2008, M.P. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ. En dicha sentencia de tutela se precisó lo siguiente: "*Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales*".

<sup>56</sup> CHIESA, Ernesto L., Tratado de Derecho Probatorio, Tomo I, Publicaciones JTS, primera edición impresa en los Estados Unidos de Norteamérica, pág. 1.

<sup>57</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>58</sup> ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2011, Pág. 111.

<sup>59</sup> Cfr. ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En Neoconstitucionalismo(s), Ed de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición, 2009, pág. 34.

Resulta que cada una de la pruebas que sustentan la solicitud del Estado fueron recaudadas sin el cumplimiento de la reglas exigidas por el Legislador para su recaudo en la Ley 906 de 2004; razón por la cual queda sin sustento probatorio la pretensión extintiva de dominio, sin que pueda llegar adoptarse una decisión distinta a la ya enunciada con anterioridad.

10.3.3. Ahora, en gracia de discusión, no está demás señalar que se evidencia que la fiscalía también tiene conocimiento de que el 25 de septiembre de 2015<sup>60</sup>, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantía Ambulante, en el proceso con el Código Único de Identificación **54-001-61-06-079-2015-82412**, decretó la ilegalidad de la captura de la señora **LUZ ELIANA CASTELLANOS FRANCO**, pues el medio cognoscitivo que así lo demuestra fue allegado como parte de la pesquisa realizada en la fase inicial<sup>61</sup>.

A fin de decir lo que en derecho corresponda, como prueba de oficio se ordenó que a través de la Secretaría del Despacho se librara oficio a la Fiscalía 1ª Seccional, Unidad Intervención Temprana de Entradas – Cúcuta, a fin de que se solicitara expedir copia de los audios de las audiencias preliminares que reposaran en la carpeta identificada con el Código Único de Identificación Criminal **54-001-61-06-079-2015-82412**, para determinar las razones que llevaron específicamente al Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantía Ambulante a decretar la ilegalidad de la captura de la señora **LUZ ELIANA CASTELLANOS FRANCO**.

Como respuesta al requerimiento realizado se obtuvo el respectivo registro de audio de la Audiencia de Legalización de Captura efectuada el 25 de septiembre de 2015 por el juez de control de garantías, del que se extracta que como motivación para adoptar la decisión de ilegalidad se expuso:

*“Pues bien, teniendo en cuenta que la Fiscalía llega a este Despacho a presentar a esta persona pues que argumenta fue capturada en flagrancia, bajo la conducta punible que se encuentra por fuera del Código Penal, el artículo 105 de la Ley 1453 de 2011 que establece que “el que manipule, re programe, remarque o modifique la terminales móviles” manipule, re programe, remarque o modifique son verbos rectores por supuesto que de resultado y se evidencia tal y como lo argumenta el abogado defensor que efectivamente la policía llegó y lo que pudo encontrar fue un programa en el computador que al parecer, al parecer, sirve para ejecutar ese tipo de manipulación, reprogramación, remarcación o modificación, pero sin decir o manifestar o encontrar algún elemento que haya sido, repito, en razón a que se trata de un tipo penal de resultado, manipulado, reprogramado, remarcado o modificado, entonces por supuesto que no se puede encuadrar en este momento la conducta punible que argumenta la Fiscalía se evidenció por parte de los policiales, es decir no se encontró ningún elemento, repito, manipulado, reprogramado, remarcado o modificado, únicamente un programa el cual sirve, al parecer también en gracia de discusión, sirve para realizar esas modificaciones. El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal que establece la captura en flagrancia, que ha sido argumentada por la Fiscalía, dice que la persona que sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito, delito en Colombia, pues aquí hablando con el defensor y el fiscal, ustedes saben que significa y no se puede concebir que según lo expuesto en esta audiencia que **LUZ ELIANA CASTELLANOS FRANCO** haya sido capturada ejecutando alguna conducta punible, entonces esta captura se tiene como ilegal”<sup>62</sup> (Negrita y subrayado fuera de texto).*

De lo expuesto se advierte que el juez constitucional de control de garantías no evidenció con los medios cognoscitivos que se haya ejecutado alguna actividad ilícita, aunado al hecho que solo quedó en la alegación del ente investigador que existía una torre de computador con un programa que aparentemente servía para adulterar los mecanismos de identificación de los terminales móviles, sin que se realizara referencia algún tipo de experticia técnica que dieran cuenta de ello.

10.3.4. Es así que este operador judicial, con el fin de lograr establecer si le asistía razón al ente investigador, ordenó mediante auto interlocutorio del 1º de octubre de 2019 que se realizara “*experticia técnica a una torre de computador marca SAT, de color Negra y Gris, con número de identificación serial 027030103201, F14168262, modelo SATPOWER629, incautada el 24 de septiembre de 2015 por servidores de la Policía Judicial SIJIN MECUC, en el proceso*

<sup>60</sup> Ver folio 32 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>61</sup> Ver folio 32 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

<sup>62</sup> Ver folio 175 del Cuaderno No. 1 del Juzgado, CD, Record 17:39 al 19:28.

adelantado bajo el número de radicado 54-001-61-06-079-2015-82412, emitiendo informe en el que se especifique 1) para qué es utilizado el programa denominado IMEI TOOLS 2) si el mismo se encuentra instalado en la CPU de la referencia y 3) en la medida de lo posible se establezca cuántas veces fue utilizado y para qué fin<sup>63</sup> orden que fue atendida por el Subintendente **EDWIN ALEXANDER LOGATTO CUADROS**, Perito Informático Forense adscrito a la SIJIN MECUC, quien mediante oficio No.S-2019 111638/SUBIN –GUCRI 3.1 del 24 de octubre de 2019 presentó el correspondiente informe señalando:

*“(…) me permito informa al Juzgado Penal de Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, que para el día 15 de octubre del año 2019 tomé posesión como perito en informática forense, para realizar el análisis a una torre de computador marca SAT de color negra y gris, con número de identificación serial 029030103201, F14168262, modelo SATPOWER629, incautada el día 24 de septiembre del año 2015, en el proceso adelantado bajo el número de radicado 540016106079201582412 (...) por lo anterior se procede a revisar el proceso del caso en el mencionado Juzgado, del cual se extrajo copia del acta de incautación de elementos, que fue arribada por el señor Patrullero Diego Ramírez Garzón, quien para la fecha de la incautación laboraba en la Seccional de Investigación Criminal Cúcuta, saliendo trasladado para la seccional de investigación Criminal del Departamento de Policía Cundinamarca, por lo que se hace necesario contactarlo vía celular al número 3214441972, quien manifestó que la torre de computador había sido devuelta al dueño, luego de que se le hiciera un estudio básico de computador había sido devuelta al dueño, luego de que se le hiciera un estudio básico de campo, toda vez que la captura del responsable de dicha torre de computador la habían declarado ilegal en el momento de la audiencia de legalización de captura, por tal motivo no se puede realizar dicho estudio ya que no se cuenta con el elemento material probatorio”.*

Así, no existe ningún sustento probatorio que respalde lo expuesto por el ente investigador, esto es que el programa denominado IMEI TOOLS era utilizado para adulterar la identificación de los terminales móviles y que el mismo se encontrara instalado en la CPU que presuntamente fue hallada al interior del inmueble ubicado en Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial “EL PALACIO” de Cúcuta Norte de Santander, pues al tratar de realizar la correspondiente experticia técnica, que dicho sea de paso debió realizarse en la etapa pre-procesal, encuentra el Despacho que es materialmente imposible llegar a ese conocimiento y absolver estos interrogantes como quiera que la misma no se encuentra a disposiciones de las autoridades.

Al no existir prueba, no hay con qué pronunciarse en relación a la pretensión favorable de extinguir el dominio en los términos expuesto por el persecutor. Un clásico del derecho probatorio ha descrito a las claras la importancia de la prueba al interior del proceso:

*“De ahí la extraordinaria importancia que tiene la prueba, pues ella impregna todo el proceso, le imprime movimiento y llega hasta convertirse en la base de la sentencia”<sup>64</sup>.*

Entonces, claramente resulta baladí extenderse en cualquier otro tipo de consideración, como por ejemplo razonar si se encuentra acreditado el aspecto subjetivo de las causales de que tratan los numerales 5º y 6º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014 o los argumentos expuestos por el afectado, cuando ante la ausencia de prueba no concurre ni siquiera su aspecto objetivo, sin que se pueda entonces llegar a afirmar que los bienes objeto de la presente fueron utilizados como medio o instrumento para la ejecución de una actividad ilícita o que de acuerdo a las características en que se encontraron ello se podía establecer.

**10.3.5.** El Legislador refiriéndose a la carga dinámica de la prueba en el artículo 152 de la Ley 1708 de 2014, previó que *“Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso de extinción de dominio deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos (...) Sin perjuicio de lo anterior, por regla general, la Fiscalía General de la Nación tiene la carga de identificar, ubicar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestran la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio y que el afectado no es titular de buena fe exenta de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción*

<sup>63</sup> Ver folio 146 del Cuaderno No. 1 del Juzgado.

<sup>64</sup> FLORIÁN, Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2002, Pág. 42. En esa misma obra se cita la frase de Mascardo: “la prueba es el alma del proceso”.

*de dominio*” (negrita fuera de texto), postulado que debe entenderse como un todo, integrado por dos obligaciones, una principal y otra accesoria: la primera de resorte exclusivo del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación y la segunda, a cargo de quien tiene la calidad de afectado.

De tal suerte que para poder exigirle al afectado controvertir probatoriamente los hechos que le endilga el ente investigador, es imperioso que la Fiscalía General de la Nación hubiese realizado una pesquisa eficaz y efectiva; pero además que le permita al juez de conocimiento inferir razonablemente que el comportamiento externo del titular del bien se estructura la causal prevista en la ley para declarar la extinción de dominio y la existencia el nexo de causalidad con la causal invocada. En ese orden de ideas, la carga de la prueba cumple una doble función, actúa como regla de conducta para las personas y como regla de juicio para quien resuelve<sup>65</sup>. Como quedó establecido en acápites anteriores, la Fiscalía General de la Nación no logró sustentar su pretensión ni siquiera con prueba mínima.

**10.3.6.** Considera este Despacho que la carga de la prueba por parte de la Fiscalía General de la Nación no fue cumplida, pues se allegaron a la actuación alguna piezas procesal que fueron obtenidas con violación al debido proceso, razón por la cual con las mismas no se puede llegar a señalar que el **bien inmueble** identificado con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro Comercial “**GALERÍA**” y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial “**EL PALACIO**” de Cúcuta Norte de Santander, siendo el **establecimiento comercial** de razón social “**D'TODITO COMUNICACIONES**”, con número de matrícula mercantil **00162597**, se encuentran inmersos en las causales de que trata el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014.

Debía el ente investigador asumir una posición activa y obtener medios de prueba lícitos que refutaran la presunción general sobre la destinación lícita que se le da a la propiedad y tendiente a demostrar, en este caso en particular, que el derecho reclamado ante el Estado no era digno de reconocimiento al ir en contra de la moral social y ecológica que este demanda, en razón a que el artículo 58 superior dispone, “*la propiedad es una función social que implica obligaciones*”. Al no acreditar con prueba sumaria<sup>66</sup> el sustento de su pretensión se expuso a la consecuencia adversa de la presente decisión. Así, se optará por la resolver de manera desfavorable la solicitud extintiva del derecho de dominio.

De este modo, teniendo en cuenta el hecho de que el persecutor no aportó las pruebas necesarias para respaldar su pretensión extintiva y por el hecho de que no se está llamada a prosperar la teoría de la Fiscalía de aplicar el numeral 5° o 6° del artículo 16° de la Ley 1708 de 2014, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta Norte de Santander, declarará la improcedencia de la acción extintiva de dominio respecto de los bienes objeto de la presente actuación y de los que aparece como titular de derechos es el señor **ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA**.

**10.3.7.** En firme la presente decisión se oficiará a la **OFICINA DE REGISTRO E INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CÚCUTA**, a la **CÁMARA DE COMERCIO** de esta ciudad y a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S.**, para que procedan al levantamiento de las medidas cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO Y SECUESTRO** decretadas en junio 27 de 2017 por la Fiscalía 39 Seccional adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, en el radicado No. **13583 E.D.**, e inmediatamente inscriban la presente sentencia, realizando las actividades administrativas a las que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Cúcuta – Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar la **IMPROCEDENCIA** de la acción de extinción del derecho de dominio deprecada por la Fiscalía General de la Nación, respecto de del **bien inmueble** identificado con Folio de Matrícula No. **260-155683** ubicado en la Calle 9 No. 4 – 22 Local No. 60 Edificio Centro

<sup>65</sup> CALVINHO, Gustavo. Carga de la Prueba. Buenos Aires, Astrea, 2016, pág. 36.

<sup>66</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, G. J.XLIII No. 1909, pág. 691. En esa sentencia del 14 de mayo de 1936, la Corte Suprema definió Prueba Sumaria: “*Prueba Sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumarla de una prueba se refiere al modo como ella se produce*”.

Comercial "GALERÍA" y/o Avenida 4 No. 8 – 62 Edificio Centro Comercial "EL PALACIO" de Cúcuta Norte de Santander, el cual aparece como establecimiento comercial de razón social "D'TODITO COMUNICACIONES", con número de matrícula mercantil 00162597, de los que aparecen como titular de derechos ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA, conforme a la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada la presente decisión, OFÍCIESE a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CÚCUTA, a la CÁMARA DE COMERCIO de esta misma ciudad y a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S., informándole que se les ordena la cancelación de las medidas cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESTRO** que puedan llegar a reposar, como consecuencia de la actuación extintiva de dominio adelantada por la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, en el trámite de la referencia, en el Folio de Matrícula No. 260-155683 y en el número de matrícula mercantil 00162597, del que aparece como titular de derecho el señor ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA, conforme a la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO:** De la presente decisión, una vez quede en firme, **COMUNÍQUESE** a la Dra. **MARÍA VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO**, presidenta de la Sociedad de Activos Especiales SAE - S.A.S, y a la Dra. **ELSA YANETH MARTÍNEZ PINZÓN** Vicepresidenta de Muebles e Inmuebles de la sociedad, o a quién haga sus veces, su contenido, ordenándosele que proceder a la entrega inmediata del bien inmueble identificado con los Folio de Matrícula No. 260-155683 del que aparece como titular de derechos el señor ALBERTO JOSÉ BERNAL PEÑA, por las razones expuestas en presidencia.

**CUARTO:** Contra la presente decisión, conforme al numeral 1º del artículo 65 de la Ley 1708 de 2014, procede el recurso ordinario de **APELACIÓN**, no obstante, una vez ejecutoriada la misma, en caso de darse lo dispuesto en la parte final del artículo 147 de la Ley 1708 de 2014 remítase la actuación al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que se efectúe el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los bienes que no fueron objeto de extinción.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ  
Juez

WDHR.