



República de Colombia



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

San José de Cúcuta, junio veintidós (22) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO: Auto mediante el cual SE RESUELVE CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES del 26 de mayo de 2020 (artículos 111, 112 y 113 Ley 1708 de 2014).
AFFECTADOS: JAIME ANDRÉS ESPINOSA HERRERAY OTROS
RADICACIÓN: 54001-31-20-001-2020-00057-00
RADICACIÓN FGN: 11001609906820200005 E.D Fiscalía 64 delegada adscrita a la Dirección de Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio Extinción.
BIENES OBJETOS DE EXT: INMUEBLES: FMI No. 260-260810, 260-103364, 260-178633, 260-178619, ESTABLECIEMITO DE COMERCIO VRIEDADES HEYLY VINZCO, ESTABLECIEMITO DE COMERCIO CJ SILVICELL Y ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO MUNUCCELL.
ACCIÓN: EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Analizado el memorial rubricado por el **Dr. JAIRO ELÍAS OSORIO RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.523.397 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio e inscrito con tarjeta profesional No. 229.292 del C. S. de la J., apoderado de la señor **JAIME ANDRÉS ESPINOSA HERRERA**, identificado con la CC No. Cédula de Ciudadanía No. 91.351.858, expedida en Piedecuesta, Departamento de Santander, mediante el cual depreca **CONTROL DE LEGALIDAD**¹ a las medidas cautelares decretadas el 26 de mayo de 2020² por la Fiscalía 64 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, respecto, entre otros, del bien inmueble identificado con folio de matrícula No. **No. 260-178633**, ubicado en la calle 9 No. 4 - 22, bloque B, local No. 88, Centro Comercial El Palacio, Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, que regulan el control de legalidad a las medidas cautelares.

1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL Y SITUACIÓN FÁCTICA

1.1. Mediante resolución del 26 de mayo del 2020, y con fundamento en los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, profirió Resolución de Medidas Cautelares al considerar que, entre otros, el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. **No. 260-178633**, ubicado en la calle 9 No. 4 - 22, bloque B, local No. 88, C.C. El Palacio, Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, se encuentra dentro de la causal 5ª del Art. 16³ del Código de Extinción de Dominio⁴.

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

“Mediante informe de policía judicial No. S-2019-125287/SUBIN GRUIJ 25.32 de fecha 11 de diciembre de 20191, suscrito por el Subintendente IVAN LÓPEZ RANGEL, adscrito a la Unidad Investigativa de Extinción de Dominio SIJIN MECUC, presentado ante la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, solicitó se

¹ Ver folios 1 al 14 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

² Ver folios 1 al 29 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

³ Ver folios 9 y 10 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁴ CED. – “Artículo 16. Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: (...)

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



estudiara la posibilidad de dictar medida cautelar sobre algunos bienes inmuebles y personas jurídicas, de conformidad con la Ley 1708 de 2014, artículo 16 causal 5a, que refiere que sobre los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a estas o correspondan al objeto del delito, señalando entre ellos, Local No. 74 con MI 260-178619, donde funciona la razón social "MUNUCELL", en la dirección Calle 9 # 4 - 42 Centro Comercial El Palacio; Local No. 88 con MI 260-178633, en el que opera la razón social "CJ SILVICELL" en la nomenclatura Calle 9 # 4 - 42 Centro Comercial El Palacio; predio con MI 260- 103364, ubicado en la Calle 15 # 1 - 150 Barrio Aeropuerto, así como el establecimiento de comercio de razón social "VARIEDADES HEYLY VINAZCO", que allí funciona; los negocios comerciales Guadalupe Urgencias Celulares, La Clínica del Celular, Smarthome y Proyecto JACR; y la vivienda ubicada en la Calle 29 # 6 - 54 - Barrió La Hermita, con MI 260-260810, todos en la ciudad de San José de Cúcuta, teniendo en cuenta que en dichas propiedades se estaba ejecutando actividades ilícitas relacionadas con la comercialización de celulares hurtados; hechos que son investigados por la Fiscalía 15 Local, dentro de las noticias criminales No. 540016001134201902560, 540016001134201902558, 540016106079201980872, en cuyo desarrollo se emitieron órdenes de registro y allanamiento, durante los cuales fueron hallados e incautados teléfonos celulares y dispositivos terminales móviles reportados como hurtados, lo que conllevó la captura en flagrancia de varias personas por los delitos de recepción y manipulación de equipos terminales móviles.

Con posterioridad, en desarrollo de la fase inicial del presente trámite, en informe No. S-2020-019488 UBIN GRUIJ 25.32 de fecha 5 de marzo de 2020, el grupo de policía judicial de esta investigación, solicitó la inclusión dentro de los bienes a investigar, del establecimiento de comercio de razón social "LAUREN CELL" que funciona en el local No. 109 en la Calle 9 No. 4-32 en el Centro Comercial El Palacio de la ciudad de Cúcuta, por estar siendo utilizado para la comercialización de celulares reportados por hurto, de lo cual da cuenta la diligencia de registro y allanamiento practicada el 9 de diciembre de 2019, con ocasión de la orden impartida por la Fiscalía 15 Local dentro del proceso penal 540016001131201909810, hechos que generaron varias capturas.

Los soportes traídos con el informe inicial, consistentes en copias de actuaciones surtidas en los diferentes procesos penales, serán relacionados y referenciados en el parágrafo de elementos de prueba que fundamentan la demanda"⁵.

1.3. Como sustento de la afectación cautelar de los inmuebles encartados, la Fiscalía en atención a lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Extinción de Dominio, acudió a los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El persecutor inicia el estudio del test de Razonabilidad con el criterio de Adecuación:

"ADECUACIÓN: La medida cautelar de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO es adecuada para excluir del círculo jurídico los bienes aquí investigados, toda vez que en la actuación existen elementos de juicio suficientes que permiten determinar el probable vínculo de éstos, es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, con la causal 5a del art. 16 del código de extinción de dominio, ya que eran utilizados o destinados por sus ocupantes, esto es familiares y arrendatarios, para la comercialización de teléfonos celulares hurtados y de dudosa procedencia, situación que como se indicara en la demanda sería de conocimiento de los propietarios Blanca Maldonado Moreno, Didier Enrique Vinazco Cristancho, Liliana Saavedra Rendón, Carmenza Romero Arévalo, Jaime Andrés Espinoza Herrera, Edicson Fabián Delgado Meza y Alberto Giraldo Álvarez, respectivamente; y por lo que simultáneamente, esta medida de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO y la de EMBARGO, por ser las medidas jurídicas, se tornan adecuadas, para garantizar el cumplimiento de los fines fijados en el art. 87 de la Ley 1708 de 2014, pues con estas se busca evitar que los bienes cuestionados sean ocultados, negociados, gravados, distraídos o transferidos; y de igual manera, la medida cautelar de EMBARGO constituye un requisito indispensable para la eventual medida de secuestro.

La medida cautelar de SECUESTRO resulta adecuada, para aprehender los bienes aquí investigados; es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, ya que eran utilizados o destinados por sus ocupantes y/o familiares del propietario y arrendatarios, para la ejecución de actividades ilícitas relacionadas con la comercialización de teléfonos celulares hurtados y de dudosa procedencia, situación que como se indicara en la demanda sería de conocimiento y consentimiento de los propietarios Blanca Maldonado Moreno, Didier Enrique Vinazco Cristancho, Liliana Saavedra Rendón, Carmenza Romero Arévalo, Jaime Andrés Espinoza Herrera, Edicson Fabián Delgado Meza y Alberto Giraldo Álvarez, respectivamente; por lo que se encuentran inmersos en la causal 5a del art. 16 del Código de Extinción de Dominio; con el fin de garantizar que cese su destinación ilícita, y además para que mientras se desarrolla el proceso extintivo, no pueda sufrir deterioro, extravío o destrucción, razones por las que es necesario trasladar la administración de este bien a la Entidad competente creada por el Estado, es decir, a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.

Además de las anteriores medidas cautelares, también es adecuada la medida cautelar de TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA, en relación con los establecimientos de comercio VARIEDADES HEYLY VINAZCO, CJ SILVICELL y MUNUCELL, que se localizan, el primero en la Calle 15 No. 1-150 y los dos

⁵ A Folios 2 al 3 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



restantes en el Centro Comercial El Palacio ubicado en la Calle 9 No. 4-22 Locales 88 y 74, respectivamente, de la ciudad de Cúcuta, pues se debe evitar que éstos, como quiera, que están siendo destinados para la actividad ilícita de comercialización de equipos terminales móviles hurtados, perpetradas por los propios dueños, sean distraídos, es decir, que se desvien, malversen o se apropien de los mismos, por lo que sus dueños deben ser separados de su administración y trasladarle esta responsabilidad a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., y de esta forma evitar que los anteriores administradores continúen recibiendo dividendos provenientes de las utilidades del uso ilícito de los negocios comerciales.”. (Folios 5 y 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN).

Seguidamente señala el ente investigador: “*NECESIDAD: Es necesaria la imposición de la medida cautelar de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO Y EMBARGO sobre los bienes señalados en el numeral 5 de esta resolución, por cuanto no existe una medida cautelar menos gravosa y restrictiva del poder dispositivo para el derecho a la propiedad, a través del cual se pueda lograr el objetivo que se persigue, es decir, para que los bienes que fueron utilizados o destinados para la ejecución de las actividades lícitas relacionadas con la comercialización de teléfonos celulares hurtados y de dudosa procedencia, situación que como se indicara en la demanda sería de conocimiento y consentimiento de los propietarios Blanca Maldonado Moreno, Didier Enrique Vinazco Cristancho, Liliana Saavedra Rendón, Carmenza Romero Arévalo, Jaime Andrés Espinoza Herrera, Edicson Fabián Delgado Meza y Alberto Giraldo Álvarez y en algunos casos practicadas directamente por los mismos; inmersos en la causal 5a del art. 16 del Código de Extinción de Dominio; se oculten, vendan, graven o se transfieran, por tal razón se requiere sacarlos del comercio, toda vez que el Estado, en tratándose de bienes utilizados ilícitamente, no puede brindarles protección legal.*

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

Asimismo, es necesaria la medida cautelar de TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS, de los establecimientos de comercio, porque no existe un medio menos lesivo para retirarlos de la administración de quienes venían ejerciéndola, para poder trasladarla al Estado a través de la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., de manera directa con toda la información contable que se requiere.”⁶.

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

Por consiguiente, analizadas puntualmente las medidas cautelares, se concluye que se encuentra superado el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Para los bienes relacionados en el numeral 5 en esta decisión serán las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro y Toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica”⁷.

En ese orden de ideas, entonces, para el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. **260-178633**, ubicado en la Calle 9 # 4 - 22 Local No. 88 Centro Comercial El Palacio de la ciudad de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, afirma la Fiscalía que a partir del material probatorio recogido existen

⁶ Folio 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁷ Ver folio 7 Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



motivos suficientes que la llevaron a imponer las medidas cautelares que concita la atención del Despacho.

Es decir, que a partir de la noticia criminal No. **540016001134201902558**, en dicho establecimiento de comercio fueron hallados dispositivos terminales móviles reportados como hurtados, los cuales eran comprados por las personas que allí laboraban. (Ver folio 9 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN).

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. El Dr. JAIRO ELÍAS OSORIO RODRÍGUEZ, interpone control de legalidad a favor de su mandante, quien luego de especificar que la esposa de su prohijado, Sra. **MARISOL CHINOME RANGEL**, le entregó el local bajo examen a la arrendadora **BUENAHORA FEBRES LTDA**, mediante contrato de mandato firmado el día 9 de enero de 2013, y que a su vez dicha arrendadora entregó el local en arrendamiento el día 8 de febrero de ese mismo año al señor **ASDRUBAL MEZA ÁLVAREZ y OTROS**, quienes destinaron el local para comercializar equipos celulares y accesorios.

Dicho lo anterior procedió a sustentar su solicitud en los siguientes términos:

“Conforme a lo consagrado en la norma ibidem, en el caso particular y concreto, no se observa en la relación factual y probatoria arrojada al plenario y mediante el cual da génesis a la resolución del veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por la Fiscalía 64 Delegada adscrita a la Dirección de Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio de Bucaramanga, que las medidas cautelares decretadas y materializadas, contempladas en el artículo 88 ibidem, numerales 1°-embargo- 2° - secuestro- y 3° -Toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.- se tornen necesarias y proporcionales.

Ampliamente se ha considerado por la Altas Cortes, Tribunales y Juzgados, basados en la jurisprudencia y legislación, que los derechos fundamentales no son absolutos; en el sub iudice, se encuentran enfrentados, por una parte, el derecho a la propiedad, guardando estrecha relación con la dignidad humana, la vida, entre otros, protegido no solo por nuestra Carta Magna sino por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 17, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 21; lo anterior, conlleva a pregonar que los derechos constitucionales, en este caso concreto, la propiedad, si bien se puede limitar, esta –limitación- debe ser, si existen elementos de juicio, minimamente, además de la configuración, motivada, de la proporcionalidad y racionalidad, para evitar transgredir el interés económico sobre el bien, máxime cuando con la utilidad monetaria se satisfacen derechos alimentarios de menores.”⁸. (Destacado en el texto original).

A continuación, cita la sentencia C-030 de 2006 y un pronunciamiento del Juzgado Segundo de Extinción de Dominio de Medellín sobre decreto y materialización de las medidas cautelares. Admitiendo inmediatamente que este no es el escenario para la determinación de responsabilidades insiste en que su cliente no tiene ninguna participación en el delito de receptación, mudo que la Fiscalía le imputó a una de las personas que la inmobiliaria le había arrendado el local.

En lo que tiene que ver con la medida de embargo, la respetada defensa señaló:

“Frente al anterior argumento de la Fiscalía, nace el primer reparo frente a la medida cautelar de embargo; se discrepa de la manera generalizada de motivar cada medida; incurre en una contrasentido, si con la medida de suspensión del poder dispositivo, tratándose de un bien inmueble, se garantiza la exclusión del círculo jurídico, sin embargo, soslaya argumentar, concretamente, las razones para decretar la medida de embargo, acudiendo a manifestar de manera desatinada, que procede como requisito indispensable para la medida cautelar de secuestro”⁹.

En relación con la medida cautelar de secuestro enfatizó:

⁸ Ver reverso del folio 2 y folio 3 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.

⁹ Ver folio 4 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.



“llama la atención la similitud de argumentos en la medida de suspensión del poder dispositivo y la que ahora nos ocupa; analizado el fin perseguido con la medida de secuestro -cese su destinación ilícita (...) deterioro, extravío o destrucción- la Fiscalía no argumenta, no presenta elementos de juicio que permitan, siquiera inferir, que el señor propietario del local comercial Jaime Andrés Espinoza Herrera, tuviera la intención de seguir destinando el local en actividades ilícitas, cuando está demostrado en el presente escrito, que no tiene vínculo alguno con la arrendataria Carmenza Romero Arévalo, por lo contrario, ha acudido a un proceso civil de restitución de bien inmueble arrendado, en aras de recuperar el local de su propiedad e incluso, acudiendo a la arrendataria de manera cordial, manifestando que lo utilizará para que funcione una bodega de almacenamiento”. (ver folio 4 y su reverso del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado).

Señala que para la imposición del secuestro la Fiscalía no arrojó prueba que demuestre el posible deterioro, extravío o destrucción del inmueble que representa, como tampoco, según afirma, el persecutor no presentó pruebas que demuestren que su cliente tuviera la intención de destinar su propiedad para la ejecución de actividades ilícitas, que, inclusive, han acudido a la jurisdicción civil en aras de conseguir la restitución de su inmueble. (Ver reverso del folio 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares del Juzgado).

En lo que tiene que ver con la motivación de las decisiones judiciales acotó como sigue:

“El Fiscal tiene la obligación legal y constitucional de motivar las decisiones, ya que se itera, la motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica, porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.

(...)

Sin mayores elucubraciones, considero que son deficientes las motivaciones de la Fiscalía; con las acciones iniciadas por mi poderdante, esto es, solicitando a la arrendadora Buenahora que terminara el contrato de arrendamiento, por la vía legales, y el inicio del proceso de restitución de bien inmueble, queda claro que mi prohijado si actuó siempre, buscando que se le restituyera su patrimonio, razones que derrumban lo esgrimido por la Fiscalía para predicar al necesidad de la medida; contrario sensu, se ha hecho referencia en líneas anteriores, que con la medida de Suspensión del Poder Dispositivo, está garantizado la titularidad del bien, no extravío, entre otras”¹⁰.

Frente a la medida de Toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica puntualizó:

“las motivaciones citadas por el ente Fiscal, se resquebrajan con las acciones asumidas por el señor Jaime Andrés Espinosa Herrera, cuando de manera inmediata acude a solicitar a la arrendadora que verificara la información de los motivos del cierre del local que había entregado en comodato; es más, con los elementos probatorios arrojados en esta instancia, se concluye la gestión realizada para lograr que se le terminara el contrato a la señora Carmenza Romero Arévalo, en calidad de arrendataria.

No debe perderse de vista, que ante la existencia de un contrato de arrendamiento, la vía para recuperar o terminar ese contrato, no es la violencia, no tomar justicia por propias manos, no, para eso están las vías legales; es más, la arrendadora Buenahora, solicitó al señor Intendente, MIGUEL ÁNGEL OROZCO COLMENARES, adscrito a la SIJINMECUC, mediante oficio que le informara las razones del cierre y este funcionario nunca emitió respuesta alguna; ahora bien, la arrendataria -Carmenza Romero Arévalo- indujo en error a la arrendadora, cuando, a petición del señor Jaime Andrés Espinosa Herrera, la arrendadora Buenahora le solicitó las razones de cierre de establecimiento, esta -Carmenza Romero Arévalo- argumentó que era por no tener una documentación al día.

Finalmente, con los oficios radicados a la arrendadora BUENAHORA FEBRES LTDA, atendiendo que existía contrato de mandato No. 32, y esta sumió la administración del local, así como con los escritos suscritos por mi poderdante en el sentido de dar por terminado el contrato de arrendamiento y su deseo de utilizar para almacenamiento de mercancía de su propiedad, al igual que el desahucio presentado a la señora Carmenza Romero Arévalo, en calidad de arrendataria y el inicio del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, son muestras de que, contrario a lo expresado por la Fiscalía, el señor Jaime Andrés Espinosa Herrera, se puso al frente del

¹⁰ Ver reverso del folio 5 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.



mismo y trató, por todos los medios legales, de asumir el control de su local comercial y no se despojó del deber de activar medidas para recuperar el inmueble; el contrato que se aporta, referente al señor ASDRÚBAL MEZA, es muestra que la arrendadora ha suscrito los contratos de arrendamientos desde que el inmueble fue entregado para su administración y sin problemas alguno". (Ver folio 4 y su reverso del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado).

2.2. Como petición principal y única solicita de esta judicatura se declare la ilegalidad de las medidas de Embargo y Secuestro y Toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, decretados y materializados en contra del bien inmueble identificado matrícula inmobiliaria **No. 260-178633**, de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Cúcuta.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

A través de auto de sustanciación emitido por parte de este Despacho el día 12 de febrero de 2021¹¹, se admitió la presente solicitud de Control de Legalidad a Medidas Cautelares ordenando correr traslado común de conformidad con lo preceptuado en los artículos 33 y 113 de la Ley 1708 de 2014, dejando el expediente a disposición de los de los sujetos procesales e intervinientes, teniéndose los siguientes argumentos:

3.1. Fiscalía 64 Delegada Especializada del Derecho de Extinción de Dominio, mediante memorial fechado a los 16 días del mes de febrero de los corrientes, solicitó de esta judicatura denegar la solicitud hecha por la defensa de los afectados, en los siguientes términos:

"Primero: La Fiscalía 64 DEEDD, en la resolución de fecha 26 de mayo de 2020, decretó, entre otras, medida cautelar de Suspensión del poder dispositivo, Embargo, Secuestro, sobre varios bienes dentro de los cuales está el inmueble identificado con folio de MI 260-178633 ubicado en la Calle 9 No. 4-22 o Avenida 4 No. 8-62 Bloque B Local 88 en la ciudad de San José de Cúcuta - Norte de Santander, cuyo titular es el señor JAIME ANDRÉS ESPINOSA HERREA con cédula de ciudadanía No. 91.351.858, invocando la causal 5a del Artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, por las razones allí expuestas, cuya relación factual y probatoria se encuentran plasmadas en la decisión al hacer mención de los elementos de prueba allegados oportuna y legalmente al expediente, seguidas de las consideraciones expresadas por la Fiscalía (folio 14 de la resolución y ss), por consiguiente, no es cierto la inexistencia de la relación factual y probatoria que motivaron la iniciación del trámite extintivo que conllevó a la imposición de medidas cautelares a los bienes investigados, entre ellos el identificado con folio de MI 260- 178633.

Segundo: La Fiscalía en la resolución de medidas cautelares explicó la justificación de la causal y el test de razonabilidad, citándose a la ley Art. 88 y ss Ley 1708 de 2014 y a las modificaciones introducidas por la Ley 1849 de 2017, esto para indicar que, en momento alguno se sustrajo a las circunstancias que exige el artículo 112 ibidem, relacionando en su orden el material probatorio y sus respectivas explicaciones; por consiguiente las restricciones impuestas a los bienes fueron debidamente motivadas, dentro los cuales se encuentra el que nos ocupa en este momento, es decir, el inmueble identificado con folio de MI 260-178633, razón por la cual no existe esta carencia en la mencionada providencia tal como lo sostiene el apoderado del afectado.

Por lo anterior, solicito al señor Juez de Extinción de Dominio deniegue la solicitud presentada por el doctor Jairo Elias Osorio Rodríguez, apoderado del señor JAIME ANDRÉS ESPINOSA HERRERA, toda vez que las medidas cautelares se encuentran debidamente fundamentadas en su orden y contienen la explicación de los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, respaldados en los elementos de prueba existentes legalmente en la actuación, y en consecuencia, se proceda a declarar la legalidad de las medidas cautelares decretadas en resolución de fecha 26 de mayo de 2020."¹².

Los demás sujetos procesales no recorrieron traslado, como tampoco lo hicieron Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio Público.

¹¹ Ver folio 15 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.

¹² Ver anverso y reverso del folio 22 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.



4. DE LA COMPETENCIA

Con fundamento numeral 2º del artículo 39¹³, artículo 111 e inciso 2º del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, norma última modificada por el artículo 19¹⁴ de la Ley 1849 de 2017, por encontrarse el del bien inmueble identificado con folio de matrícula No. **No. 260-178633**, ubicado en la calle 9 No. 4 - 22, bloque B, local No. 88, Centro Comercial El Palacio, Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, Norte de Santander, es competente para resolver.

5. CONSIDERACIONES

5.1. NATURALEZA DEL CONTROL DE LEGALIDAD:

Ha dicho la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que es deber del juez en esta instancia velar por la legalidad de dichas cautelas:

“Ahora bien, en punto del control al que se refieren los arts. 111 y subsiguientes de la Ley 1708 de 2014, es deber del juez competente revisar formal y materialmente la medida cautelar, que podrá declarar ilegal cuando concurren las siguientes circunstancias, descritas en el canon 112 ejusdem (...)”¹⁵.

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

“En síntesis, tomando en consideración la jurisprudencia de las altas Cortes de Justicia, se puede afirmar que las medidas cautelares en el marco del proceso de extinción de dominio: i) son compatibles con la naturaleza pública de la acción y con los intereses superiores del Estado que busca proteger a través del ejercicio de la misma; ii) protegen, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad del derecho de propiedad que se controvierte en el mismo; iii) son medidas preventivas que tienen como propósito asegurar que la decisión judicial que finalmente se adopte, al finalizar el juicio, sea materialmente ejecutada; y iv) garantizan el principio de publicidad e impiden la posibilidad de que se afecte la tradición y el tránsito normal de los negocios jurídicos relacionados con los bienes afectados”¹⁶.

Recientemente reiteró su jurisprudencia en los siguientes términos:

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

Con ocasión a la queja del recurrente, para la Sala se advierte (sic) de vital importancia recabar en que el trámite invocado impone realizar una verificación de la legalidad de la decisión, en punto de examinar que la providencia sea correlativa a las causales para imponerla, esto es: i) Revisión formal: si fue proferida por el funcionario competente, aspecto que desestima la ilegalidad del mandato; y ii) Constatación material que redunde en que dicho pronunciamiento acate con rigurosidad las formas propias del juicio, bajo el entendido que el fin cardinal, es garantizar el derecho de oponerse a las pretensiones de la Agencia Fiscal; aspectos todos que redundan en evitar actos que desborden las facultades que legalmente se le ha conferido a las autoridades judiciales para el caso la

¹³ 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).

¹⁴ 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”.*

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 2, sentencia del 13 de agosto de 2019, Rad. No. 105877, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

¹⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto que resuelve impugnación control de legalidad de medidas cautelares del 02 de septiembre de 2019, Rad. No. 050003120002201900021 01 (E.D 371) M.P. PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO.



Fiscalía General de la Nación; y se establece que justamente dichos aspectos no fueron desestimados, ni anunciados en el libelo que deprecia al control.

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

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

El juicio de verosimilitud sobre el nexo con alguna causal para afectar el dominio, se concreta en el examen de los elementos recaudados para determinar la viabilidad de imponer limitaciones, bajo el entendido que las cautelas limitan el derecho a la propiedad de manera transitoria y su fin inmediato es garantizar la materialización de las decisiones judiciales; pero además de considerarse razonable, necesario y proporcional (sic) se ordena el embargo y secuestro, toma de posesión de bienes, haberes, negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica”¹⁷.

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*¹⁸, 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).

En vista del anterior pronunciamiento, es pertinente precisar que la competencia de este Despacho es restringida y limitada a conocer “en primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia”¹⁹.

Por lo que la presente decisión se limitará en lo concerniente al control de legalidad Formal y Material de las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre el inmueble afectado que reclama la respetada defensa dentro de la presente Acción extintiva, al tenor de los dispuesto en el artículo 112 del Código de Extinción de Dominio.

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

5.2. CASO CONCRETO:

La defensa solicita se decrete la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas a través de la Resolución del 26 de mayo de 2020, emitida por la Fiscalía 64 Especializada de Extinción de Dominio, ya que en su sentir “se avizora la existencia de causales

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

¹⁸ 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 archivar o si por el contrario resulta procedente presentar demanda de extinción de dominio ante el juez de conocimiento”. (Resalto del Despacho).

¹⁹ Ley 1708 de 2014.- “Artículo 39. Competencia de los Jueces de Extinción de Dominio. Los Jueces de Extinción de Dominio conocerán: 1. En primera instancia, del juzgamiento de la extinción de dominio. 2. En primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia”.



para declarar la ilegalidad de las medidas, conforme al numeral 1 y 2 del artículo 112 *ibidem*, como se sustentará a continuación”²⁰.

5.2.1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Es oportuno resaltar que para la imposición de las medidas cautelares de que trata el artículo 88 del CED²¹, es suficiente que exista prueba que lleve, en este caso, al instructor al grado de conocimiento de probabilidad, es decir, que sea probable que el bien o los bienes objeto de extinción de dominio estén en relación directa con la causal invocada.

“Artículo 88. Clases de medidas cautelares. 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”. (Resaltado del Despacho).

Sobre el particular, recientemente afirmó la Sala de Extinción de Dominio:

“Por su parte, el artículo 88 de dicho compendio normativo prevé que es función obligatoria del instructor suspender el poder dispositivo cuando cuente con las piezas suasorias suficientes para fundamentar el probable vínculo entre el patrimonio de los involucrados y alguna de las causales que describe el precepto 16 del mismo estatuto; mientras que, podrá acudir excepcionalmente al embargo, secuestro o toma de posesión de haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, tras asumir la carga argumentativa de motivar su razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

(...) si el solicitante sustentara la petición -ilegalidad- en la circunstancia descrita en el numeral primero del artículo 112 del Código rector, correspondería al juez apreciar las pruebas aportadas por el ente acusador con el único objetivo de establecer si estas alcanzan índices de acierto, esto es, si hacen que las afirmaciones de cargo sean más o menos factibles -probabilidad-”²².

Y en esta sede, el objetivo es establecer si las pruebas con que cuenta el ente investigador alcanzan índices de acierto, esto es, si hacen que las afirmaciones de cargo sean más o menos probables; así mismo, este Despacho tiene el criterio de que en el escenario del control de legalidad lo que se tiene que debatir es: **(i) la existencia o no de elementos mínimos de juicio suficientes** que permitan inferir, razonablemente, a la Fiscalía la necesidad de adoptar tales cautelas, en razón al grado de probabilidad de vínculos de los bienes inmuebles con alguna de las causales extintivas de dominio, que para el *sub lite*, se trataría de la causal prevista en el numeral 5ª del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, **(ii) la carencia de motivación** de quien las adoptó y/o **(iii) la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas** para el cumplimiento de sus fines.

En este caso en particular, el ente investigador presenta como prueba la noticia criminal radicada con el No. 540016001134201902558, que le permitió imponer las cautelas aquí controvertidas sobre el Local No. 88 con MI No. 260-178633, en el que opera la razón social "CJ SILVICELL", ubicado en la Calle 9 # 4 - 42 Centro Comercial El Palacio, de la ciudad de Cúcuta.

Investigación penal que se desprende a partir de los hechos ocurridos el 22 de agosto de 2019, en donde a través de diligencia de registro y allanamiento fueron hallados dispositivos terminales móviles reportados como hurtados, los cuales, según la información presentada por la Fiscalía, eran comprados por las personas que laboraban en el local de marras, quienes contaban con la participación de un técnico que utilizaba cajas de liberación y programas maliciosos, procedían a liberarlos, arreglarlos y posteriormente ingresarlos al comercio formal, negocio ilegal

²⁰ Ver folio 2 del Cuaderno de Medidas Cautelares del Juzgado.

²¹ Código de Extinción de Dominio.

²² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto segunda instancia control de legalidad de medidas cautelares del 14 de septiembre de 2020, Rad. No. 54001 3120001 2019 00062-01, M.P. ESPERANZA NAJAR MORENO.



que se ejercía en bien investigado. (Folio 9 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN).

El persecutor aporta como pruebas el informe de policía judicial No. S-2019-125287/SUBIN GRUIJ 25.32, de fecha 11 de diciembre del año 2019, suscrito por el Subintendente **IVAN LÓPEZ RANGEL**, adscrito a la Unidad Investigativa de Extinción de Dominio SIJIN MECUC, anexando la noticia criminal No. **540016001134201902558**, adelantadas por la Fiscalía 15 Local de la ciudad de Cúcuta, la cual se valió de información otorgada el día 5 de agosto de 2019, por una fuente humana con reserva de identidad, afirmando la venta de celulares hurtados en el inmueble en estudio *“donde consta que en los inmuebles con MI 260-178633 y 260- 178619, donde funcionan los establecimientos del comercio CJ SILVICELL con MM 273940 y MUNUCCELL con MM 255395, respectivamente, intervenidos por la Policía Nacional en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, fueron hallados e incautados diferentes quipos celulares que al ser consultados en la página IMEI Colombia por sus números de IMEI, aparecieron reportados como hurtados, así como se puede evidenciar en la impresiones de la consulta SIOPER”*²³.

Bajo ese entendido, para el Despacho no hay dudas que la Fiscalía cuenta con elementos de prueba suficientes para soportar la resolución que controvierte la defensa, como también se puede apreciar que el persecutor cumplió con la carga argumentativa que le es exigible.

Como se puede apreciar, es necesario que el persecutor cuente con prueba mínima o sumaria que le permita en el grado de probabilidad tomar la decisión como la controvertida por la respetada defensa. Sobre el particular, el Máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sentenciado:

“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”.²⁴

Y la Honorable Corte Constitucional sentenció sobre prueba mínima, lo siguiente:

*“Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados”*²⁵. (Resalto fuera del texto original).

En efecto, se cumple lo requerido en ese estadio procesal, comprometiéndose los intereses reales del afectado, es decir, para esta judicatura, salvo mejor apreciación, las figuras precautorias fueron impuesta en forma debida sin que se avizore irregularidad alguna que respalde la tesis de la respetada defensa.

Por lo que las mismas adquieren plena validez en este caso en particular, sin que se muestren desproporcionadas o irrazonables, tal como se puede advertir de las consideraciones hecha por la Fiscalía en el acápite que denominó *“DEL TEST DE RAZONABILIDAD”* a partir del folio 4 al 7 de la Resolución de Medidas Cautelares.

Al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional:

*“La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, la cual propone tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”*²⁶.

²³ Ver folio 25 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de mayo de 1936, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, G. J.XLIII No. 1909, pág. 691.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.



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

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

Lo anterior, con el propósito de revestir de garantías procesales al sujeto pasivo de la acción y equilibrar los instrumentos de defensa respecto de las atribuciones entregadas al ente instructor en látase inicial”²⁷.

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

Así lo estableció el Tribunal Constitucional:

“27. Por otra parte, 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. Por el contrario, sigue vigente el deber de cumplir una intensa actividad probatoria pues sólo con base en pruebas legalmente practicadas puede inferir que el dominio que se ejerce sobre determinados bienes no encuentra una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas”²⁸.

No puede perder de vista el representante de la parte afectada que las medidas cautelares son herramientas que buscan asegurar el resultado que al final se decida en una sentencia y que tienen sustento constitucional, tal como lo ha decantado el Máximo Tribunal de lo Constitucional:

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

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

Sin embargo, las cautelas jamás implican una sentencia condenatoria, pues el juicio no ha concluido²⁹. Es más, no entrañan una determinación de la responsabilidad o de la ilegitimidad del título que exige el derecho de dominio sobre un bien

(...)

Ahora bien, la protección precautelaria por importante que sea debe respetar el debido proceso del afectado, de manera que éste es la contracara de las finalidades preventivas de las medidas cautelares”³⁰. (Resaltado del Despacho).

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

“4.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre los

²⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto del 13 de marzo de 2020 que resuelve impugnación control de legalidad de medidas cautelares, Rad. No. 54001-31-20-001-2018-00105-01, M.P. ESPERANZA NÁJAR MORENO.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 740 del 28 de agosto de 2003, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²⁹ Sentencia C-030 de 2006 y C-490 de 2000.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 357 del 6 de agosto de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.



derechos humanos, *se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas iusfundamentales, así su protección resulte procedente o no.*

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino ex officio³¹ ³².

En tal virtud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 21.2 de la Convención Americana³³, ha señalado en materia de medidas cautelares sobre la propiedad, lo siguiente:

“187. Este Tribunal estima que la adopción de estas medidas no constituye per se una violación del derecho de propiedad si se tiene en cuenta que no significa un traslado de la titularidad del derecho de dominio. En este sentido, la disposición de los bienes no puede efectuarse en forma definitiva y se restringe exclusivamente a su administración y conservación; y a los actos de investigación y manejo de evidencia respectivos”³⁴.

Como puede observarse, las cautelares tienen respaldo tanto en la Carta Superior como en el instrumento internacional de Derechos Humanos citado a la luz del artículo 93 de la Constitución Política³⁵, y en manera alguna implican una definición de responsabilidad.

Para esta judicatura la Fiscalía se ajustó a los parámetros establecidos en el artículo 88 del CED ya que arrimó el estándar de prueba necesario para imponer las cautelares, por lo que las cautelares controvertidas por la defensa se muestran como proporcional a la luz de la jurisprudencia citada en precedencia.

Ese mismo auto en cita aclara que el juzgador en esta instancia debe establecer que la hipótesis del ente investigador alcanza el grado de conocimiento de probabilidad.

5.2.2. De otro lado, con relación a la cautela de toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, la misma fue debidamente argumentada por el ente fiscal pues la impuso con la finalidad de evitar que se siga explotando de forma ilegal el inmueble en examen, *“como quiera, que están siendo destinados para la actividad ilícita de comercialización de equipos terminales móviles hurtados, perpetradas por los propios dueños, sean distraídos, es decir, que se desvíen, malversen o se apropien de los mismos, por lo que sus dueños deben ser separados de su administración y trasladarle esta responsabilidad a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., y de esta forma evitar que los anteriores administradores continúen recibiendo dividendos provenientes de las utilidades del uso ilícito de los negocios comerciales”³⁶.*

Es decir, la Fiscalía le dio aplicación correcta a lo establecido en el artículo 103, numeral 3 del CED, ordenando la entrega física de los haberes y documentos de la sociedad, especialmente los libros de contabilidad y estados financieros a la SAE para lo de su competencia.

5.2.3. Además, el investigador decidió aplicar las cautelares consagradas en el CED en virtud de los elementos materiales probatorios con que contaba para ese preciso momento procesal, el cual, como ya se advirtió, requiere de la prueba necesaria que

³¹ Corte IDH. *Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala*. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, tutela segunda instancia del 26 de noviembre de 2019, Rad. No. 11001-02-04-000-2019-01855-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. Jurisprudencia reiterada en el auto de segunda instancia del 10 de junio de 2021, Rad. No. 11001-02-04-000-2021-00188-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

³³ Convención Americana de Derechos Humanos. – “Artículo 21. *Derecho a la Propiedad Privada*

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

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

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

³⁴ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

³⁵ Constitución Política. – “Artículo 93. *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.*

³⁶ Ver folios 6 al 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



lo lleve al grado de conocimiento de la probabilidad, el cual se materializó a partir de los informes de policía judicial y las pesquisas investigativas del proceso penal ordinario.

Esas son las pruebas que vale para ese momento pre-procesal, prueba suficiente para agotar allí la controversia probatoria inclusive, esto es, no se requiere como presupuesto el agotamiento de toda la controversia probatoria³⁷.

No obstante, la defensa pretende que, a partir de las Pruebas por él aportadas a través de este control de legalidad se reconozca a su cliente fuera de toda responsabilidad, como queriendo alcanzar la verdad de una vez. Sin embargo, para este Despacho no resulta pertinente este estadio procesal para ventilar o debatir dicha tesis defensiva por la potísima razón de que no es este el escenario natural para tal fin.

Lo anterior tiene raíz en la jurisprudencia de la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal de Bogotá DC:

"Por lo tanto, en el estado actual de las diligencias, una postulación tal no cumple con las exigencias del artículo 112-1 del código de extinción de dominio, porque nada se controvierte en punto de la carencia de elementos mínimos de juicio para imponer motivadamente las cautelas, porque insistase, lo que se pretende es que prematuramente se realice la ponderación probatoria; es que si la Fiscalía aseveró, fundada en los informes que infiere la contaminación del origen y que la fuente de la propiedad no es honesta, y se pretende el adelantamiento de un juicio de extinción de dominio, el grado de convicción al final ya no es de la existencia de elementos mínimos o mera probabilidad, sino de certeza. Pero ello, es inédito aún porque la fase de juicio apenas comienza"³⁸. (Resalto fuera del texto original).

Y reiterado recientemente como sigue:

"En ese orden, la presente etapa del proceso no es, ciertamente, la oportunidad para someter a contradicción los elementos suasorios de cargo; tal ejercicio es propio del juicio donde se lleva a cabo la controversia entre los intereses contrapuestos que las partes en disputa -los perjudicados, el representante del Ministerio de Justicia y el acusador- representan"³⁹.

Entonces, la tesis presentada por la defensa deberá ser probada durante el periodo de práctica de pruebas durante el juicio extintivo.

5.2.4. De otro lado, afirma la respetada defensa que en el presente trámite se configuran los numerales 1 y 2 del artículo 112 del CED, esto es, que no existen los elementos mínimos de juicio para considerar que probablemente los bienes afectados tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio y que la materialización de la medida cautelar no se muestra como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.

Esta judicatura no comparte lo esbozado por el profesional del derecho ya que como se ha señalado en precedencia que el persecutor impuso las cautelas bajo las premisas establecidas en el CED, por lo que no se avizora la existencia de las causales deprecadas para declarar la ilegalidad de las medidas.

Es evidente que no solamente a la Fiscalía le asiste la perenne obligación de contar con pruebas para la afectación de derechos fundamentales, sino que se requiere el deber de argumentar a la luz de los fines constitucionales con base al Principio de Proporcionalidad, el cual, a partir de la jurisprudencia y doctrina alemana, la Honorable Corte Constitucional la ha definido así:

³⁷ BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 545.

³⁸ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio, auto interlocutorio de segunda instancia del 28 de septiembre de 2017, Rad. No. 080013120001201700022-01, M.P. WILLIAM SALAMANCA DAZA.

³⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto segunda instancia control de legalidad de medidas cautelares del 14 de septiembre de 2020, Rad. No. 54001 3120001 2019 00062-01, M.P. ESPERANZA NAJAR MORENO.



“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”⁴⁰.

Luego, en decisión posterior, el Tribunal Constitucional determinó que la restricción de un derecho constitucional debe ceñirse a los fines que desde la Constitución orientan la imposición de dichas medidas:

“Para que proceda (...) no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”⁴¹.

Por ello, no es que esta judicatura desestime los argumentos debidamente planteados por la defensa, sino que lo cierto es que no es este el escenario natural para ventilar un debate probatorio y así determinar o no algún tipo de responsabilidad. Esto es, tales planteamientos, si así lo desea, deberán ser trasladados al estadio procesal correspondiente en cumplimiento del debido proceso de la acción constitucional de extinción de dominio.

Encuentra esta judicatura que el ejercicio argumentativo realizado por la Fiscalía 64 Especializada de Extinción de Dominio, en la resolución controvertida atiende los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales pues interpreta las disposiciones contenidas en la ley extintiva de dominio señalando cómo a raíz de los medios de convicción recaudados durante la investigación, logró llegar a la conclusión de que el inmueble encartado tiene relación con la causal 5ª del Art. 16 del CED.

Todo a la luz del debido proceso constitucional, pues se observa que el decurso de la fase inicial responde de forma estricta a lo establecido en la ritualidad que consagra la Ley 1708 de 2014 y sus modificaciones.

Al hilo de lo anterior, la judicatura hará caso omiso de la solicitud elevada por la defensa del afectado pues al revisar la foliatura que comprende este trámite se advierte la existencia de elementos mínimos suficiente para el mantenimiento de la incolumidad de la Resolución del 26 de mayo de 2020.

5.2.5. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso⁴² entraña la idea de un proceso justo, el juzgar justo, es decir, equivale a todos los principios y garantías constitucionales a favor de la persona que se ve sometido a un procedimiento judicial o administrativo, es la forma como deben aplicarse dichos procedimientos.

Por lo que aceptando que éste más que un derecho es un principio, debe maximizarse en la mayor medida posible⁴³, entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance⁴⁴, de ahí que el Despacho no avizore que hasta este momento

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

⁴² 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”.

⁴³ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.



procesal se hayan conculcado garantías fundamentales de la parte afectada, por lo que atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventiva de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN** se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio, que llevó a la adopción de la determinación que le desagrada a la defensa pero con respeto de la dignidad humana.

Y sólo en el hipotético evento en que ocurra una grave violación 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 igualdad⁴⁵ 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.

De esta guisa, las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía 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, debidamente motivadas, no advierte este Despacho que concorra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 112.1 y 112.2 de la Ley 1708 del 2014.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la legalidad de las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN** decretadas mediante Resolución del 26 de mayo de 2020 por la Fiscalía 64, adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, entre otros, del bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. **No. 260-178633**, ubicado en la calle 9 No. 4 - 22, bloque B, local No. 88, Centro Comercial El Palacio, de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, por encontrarse dentro de la causal 5ª del Código de Extinción de Dominio, de propiedad del señor **JAIME ANDRÉS ESPINOSA HERRERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.351.858 expedida en Piedecuesta, Departamento de Santander, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

⁴⁵ 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.



SEGUNDO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN⁴⁶ Y APELACIÓN⁴⁷** 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.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión, téngase el Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001 -31 -20-001 -2020-00057-01**, como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ
Juez

⁴⁶ 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 GUERRO.

⁴⁷ 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”.