



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, julio veintiuno (21) 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).

AFECTADO: GILBERTO SEGUNDO CIFUENTES GONZÁLEZ Y OTROS.

RADICACIÓN: 54001-31-20-001-2021-00028-03

RADICACIÓN FGN: 1100160990682019005502 E.D Fiscalía 39 delegada adscrita a la Dirección de Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio Extinción.

BIENES OBJETOS DE EXT: INMUEBLES: FMI No. 260-185271 y 260-185272 entre otros.

ACCIÓN: EXTINCIÓN DE DOMINIO.

En atención al memorial rubricado por los señores **BEATRIZ ELENA PATIÑO AMADO**, identificada con cédula de ciudadanía 60.337.924 de Cúcuta, **JORGE URIEL PATIÑO AMADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.481.891 de Cúcuta, **JOSEFINA AMADO DE PATIÑO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.008.947 de Bogotá, y **LIDIA BALAGUERA QUINTERO**, en representación de la inmobiliaria **LA FONTANA S.A.S**, mediante el cual deprecia **CONTROL DE LEGALIDAD**¹ a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021² por la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, respecto, entre otros, de los bienes inmuebles identificados con folio de matrícula **No. 260-185271** y **260-185272**, ubicados en la calle 10 No. 2 - 22, local No. 3 y en la calle 10 No. 2 - 24, local No. 4 de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111³, 112⁴ y 113⁵ de la Ley 1708 de 2014.

Y también se aprecia solicitud de control de legalidad medidas cautelares a la misma Resolución señalada, presentada por el Dr. **JORGE ANDRÉS AMÉZQUITA TORO**,

¹ Ver folios 3 al 30 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado (02)

² Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

³ C.E.D. - Artículo 111. *Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.*

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

⁴ C.E.D. - Artículo 112. *Finalidad y Alcance Del Control De Legalidad A Las Medidas Cautelares. El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.*

2. *Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.*

3. *Cuando la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada.*

4. *Cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas.*

⁵ C.E.D. - Artículo 113. *Procedimiento para el Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. El afectado que solicite el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente a alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo anterior. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.*

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

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



identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.378.989 de Andes – Antioquia, con tarjeta profesional No. 221.348 del C.S. de la J. en calidad de abogado principal y el Dr. **OSCAR ALEJANDRO CASTAÑO LÓPEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.377.178 y Tarjeta Profesional No. 150.784 del C.S. de la J., en calidad de abogado suplente de los afectados **JOSEFINA AMADO DE PATIÑO, BEATRIZ ELENA PATIÑO AMADO y JORGE URIEL PATIÑO AMADO**⁶.

1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL Y SITUACIÓN FÁCTICA

1.1. Mediante resolución del 15 de marzo del 2021⁷, y con fundamento en los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio profirió Resolución de Medida Cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro de algunos bienes inmueble, entre ellos, los identificados con folio de matrícula inmobiliaria Nros. **260-185271 y 260-185272**, ubicados en la calle 10 No. 2 – 22/24, locales 3 y 4 de la Ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, al considerar que se encuentra inmersos dentro de la causal 5ª del Art. 16 del Código de Extinción de Dominio⁸.

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

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

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

“Los inmuebles identificados con folios de matrícula 260-185271 y 260-185272 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta, han sido destinados ilícitamente de manera reiterada por parte de su arrendatario, para el almacenamiento, venta y distribución de mercancías de contrabando (Calzado), sin que se observe por parte de los titulares se haya tomado medida alguna para evitar que se sigan utilizando en el ejercicio de dichas actividades ilícitas, conllevando de esta manera a los propietarios al incumplimiento de la función social y ecológica que le asiste a su propiedad por mandato constitucional, en el cual funciona el establecimiento de comercio bajo razón social SHOES PLAN B”¹⁰.

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 Dominio¹¹, acudió a los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁶ Ver folios 2 al 40 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado (03)

⁷ Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁸ 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”.

⁹ Ver Folio 2 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁰ Ver folio 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

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

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



El persecutor, soporta su determinación en el test de Razonabilidad, para lo cual señala:

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

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

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

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

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

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

PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: Analizados los efectos que podrían producir estas medidas, se observa que el único derecho que entraría en contraposición con el fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía, es el derecho de la propiedad que podrían ostentar sus titulares. Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el Colombiano, tal como lo establece el preámbulo De nuestra Constitución, los derechos fundamentales constitucionales no son absolutos, y en el presente caso, en la ponderación entre el derecho a la propiedad y la administración de justicia, se observa que del material probatorio recaudado surgen elementos de juicio que permiten al Estado limitar en grado de probabilidad ese derecho a la propiedad, como quedó señalado en la demanda de extinción de dominio en relación con los cuestionados bienes, toda vez que de acuerdo a la información que registran los elementos de prueba que involucran a los titulares de los inmuebles investigados, y que dieron cuenta de las actividades ilícitas de



contrabando desarrolladas por los arrendatarios o propietarios, se puede determinar que constituyen los fundamentos serios, razonables y suficientes, para considerar que en dado caso, el derecho a la propiedad de quienes 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 y secuestro”¹².

En ese orden de ideas, para los bienes inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nros. **260-185271** y **260-185272**, ubicado en la Calle 10 # 2 – 22/24 Locales 3 y 4 de la ciudad de Cúcuta, afirma la Fiscalía que a partir del material probatorio recogido existen motivos suficientes que la llevaron a imponer las medidas cautelares que concita la atención del Despacho.

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. Con el objetivo de garantizar los derechos que les asiste a los afectados, en especial el consagrado en el numeral 1 del artículo 13 del CED¹³, procede el Despacho a atender la petición elevada por los señores **BEATRIZ ELENA PATIÑO AMADO, JORGE URIEL PATIÑO AMADO JOSEFINA AMADO DE PATIÑO, y LIDIA BALAGUERA QUINTERO**, en representación de la inmobiliaria **LA FONTANA S.A.S**, solicitando **CONTROL DE LEGALIDAD**¹⁴ a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021¹⁵.

Los señores **BEATRIZ ELENA PATIÑO AMADO, JORGE URIEL PATIÑO AMADO, JOSEFINA AMADO DE PATIÑO, y LIDIA BALAGUERA QUINTERO**, en representación de la inmobiliaria **LA FONTANA S.A.S** argumentaron lo siguiente:

*“CUARTO: Así las cosas, vemos con gran preocupación la situación, ya que nos estamos viendo gravemente afectados tanto en nuestro buen nombre como en nuestro patrimonio, por la presunta comisión de actos delictivos de los arrendatarios, razón por la que mediante la presente petición se pone en contexto al señor Fiscal la relación contractual existente con los señores **LISETH DANIELA SOTO COBOS y EDINSON RICO PALACIOS**, a fin de evidenciarle que somos terceros de buena fe exenta de culpa en su modalidad cualificada (diligente y prudente), entre otras cosas, por tomar las cautelas debidas al entregar el inmueble a una empresa especializada y cualificada, hecho por el que se deben desafectar nuestros bienes y apartar de la investigación que se encuentra en curso en contra de estas personas.*

QUINTO: Conforme a lo expuesto es demostrado que se nos está atribuyendo conductas delictivas que no hemos infringido, por tanto, si bien somos los dueños de la propiedad, no se nos puede atribuir responsabilidad por la presunta comisión de actos delictivos en que incurran terceras personas como en este caso son los arrendatarios; así mismo no se nos puede endilgar permisibilidad en la comisión de esta conducta punible, ya que nunca se tuvo conocimiento de la misma, por el contrario es evidenciado que en nuestra condición de propietarios y arrendadores se ejercieron los controles existentes, así como se le establecieron las prohibiciones al arrendatario, de destinar el inmueble arrendado para comisión de hechos delictivos o que impliquen contravención a la Ley”¹⁶.

Como petición solicita a la fiscalía, entre otras, que con fundamento en los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, se ejerza control de legalidad de las medidas cautelares; para ello señala:

“CAUSAL 1: No existen elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que los bienes afectados con las medidas tienen vínculo con alguna causal de extinción de dominio, ya que como fue acreditado los bienes

¹² Ver folio 7 Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

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

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

¹⁴ Ver folios 3 al 30 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (02)

¹⁵ Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁶ Ver folios 3 (REVERSO) y 4 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (02)



fueron adquiridos de forma lícita, y se ejercieron todos los controles existentes a nuestro alcance, así como era desconocido que los arrendatarios estuvieran destinando el inmueble para la comisión de presuntos actos delictivos o que impliquen infracción a la Ley.

CAUSAL 2: La materialización de la medida de secuestro de nuestros inmuebles efectuada por la fiscalía el 25/03/2021 en la que se designó como administrador provisional a la S.A.E no se muestra como necesaria, razonable y proporcional, pues ya había sido inscrita orden de embargo y prohibición para enajenar ante la oficina de instrumentos públicos desde el 19 de marzo de 2021, hecho que dejó a los bienes fuera del comercio, y con el que la Fiscalía en uso de sus atribuciones garantizó que los bienes no fueran gravados o transferidos.

Razón por la cual la orden de secuestro se considera como excesiva y desproporcionada, puesto que con la práctica de esta medida cautelar se genera un grave perjuicio a nuestros recursos, pues dejamos de recibir los frutos (arrendamientos) que son necesarios para nuestro sustento, situación que es de suma preocupación conociendo los términos de duración de los procesos de extinción de dominio, por lo que consideramos se deberá cancelar la medida de secuestro y que la administración de estos inmuebles continúe bajo nuestro cargo, hasta que exista resolución judicial al respecto”¹⁷.

2.2. De otro lado, exponen los profesionales del Derecho en su solicitud aparte lo siguiente:

*“CUARTO: En los inmuebles señalados, estaba funcionando el establecimiento de comercio SHOES PLAN B, cuya tenencia material se hallaba en cabeza de los señores LISETH DANIELA SOTO COBOS y EDINSON RICO PALACIOS, en virtud del contrato de arrendamiento que se formalizó a través de INMOBILIARIA LA FONTANA S.A.S, desde el 28 de junio de 2016 (Anexo 2), en cuyo clausulado se estableció **prohibición expresa de destinar o usar el inmueble para cualquier fin no permitido en la ley.***

QUINTO: Los señores LISETH DANIELA SOTO COBOS y EDINSON RICO PALACIOS no tuvieron ningún vínculo contractual directo con los titulares de los inmuebles, sino con una empresa especializada del sector inmobiliario (Anexo 3), quienes en la fase de contratación demostraron los requisitos exigidos por la empresa inmobiliaria y la empresa de afianzamiento FIANZA CRÉDITO S.A.S. para entregar en arrendamiento los referidos inmuebles, así como también no hubo registro legal o hecho público que permitiera inferir un uso ilegítimo o indebido de la propiedad afectada (Anexo 4).

SEXTO: En los “FUNDAMENTOS DE DERECHO” de la citada resolución de medidas cautelares, la Fiscalía 39 señala que el decreto de dichas medidas debe atender al numeral del Artículo 112 de la Ley 1708/2014, que exige un análisis de Adecuación, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto, a fin de justificar su aplicación. Frente a los inmuebles para los cuales se solicita el control de legalidad en este escrito, refirió la Fiscalía 39 que la medida se sustenta en que, dichos inmuebles, “(...) han sido utilizados como medio e instrumento para el almacenamiento y venta de mercancía de contrabando”. Agrega que, “Los inmuebles identificados con folios de matrícula 260- 185271 y 260-185272 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Cúcuta, han sido destinados ilícitamente de manera reiterada, por parte de su arrendatario, para el almacenamiento, venta y distribución de mercancías de contrabando (calzado), sin que se observe por parte de los titulares se haya tomado medida alguna para evitar que se sigan utilizando en el ejercicio de dichas actividades ilícitas...”. Sería éste el hecho ilícito fundante para la procedencia de las medidas cautelares arriba discriminadas.

*SÉPTIMO: En la página 14 de la RESOLUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES, la Fiscalía 39 efectúa lo que jurídicamente se conoce como “TEST DE RAZONABILIDAD”, análisis normativo al que está obligada dicha Entidad en virtud de la exigencia expresa del Código de Extinción de Dominio, la jurisprudencia de cierre en esta especialidad y de la misma Corte Constitucional, en donde el delegado (a) fiscal despacha mediante una fórmula genérica, al más puro estilo “copy page” de otras resoluciones, lo que sería dicho juicio de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio. Y lo que es más grave aún, el ente fiscal cree cumplir con esta exigencia legal y constitucional sin distinguir y analizar las distintas situaciones jurídicas que recaen sobre cada uno de los inmuebles afectados con la medida, relegando con ello la indisponible y prescriptiva obligación de argumentar la razonabilidad de la medida. Por esta razón y las que se pasan a exponer, **la Fiscalía 39 desconocería abiertamente la obligación que tiene de realizar un test de razonabilidad concreto, suficiente y debidamente motivado, cuando decide afectar un derecho constitucional como es el de la propiedad privada”¹⁸.***

Más adelante se exponen:

“ ... Para este caso en concreto, por los argumentos que se expondrán a continuación, exponemos ante Su Señoría por qué la Delegada el ente fiscal procedió basándose en el mero cumplimiento formal de los referidos

¹⁷ Ver folios 2 (REVERSO) y 3 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (03)

¹⁸ Ver folios 4 (REVERSO) y 5 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (02)



requisitos, **pero de ninguna manera en su sentido material**, tal como lo exige el precitado precepto, pues como podrá advertirse de la simple lectura del genérico argumento, lo que utiliza es una fórmula argumental general y sin referirse a ningún caso concreto, englobando indiscriminadamente todos los inmuebles sin distinción alguna de aspectos decisivos en este tipo de análisis como, en el caso que nos convoca, los afectados no desarrollaban la actividad económica, sino que lo encargaron en administración en una reputada empresa del gremio para su gestión.

En concreto, el análisis realizado por la Fiscalía de extinción no sólo no supera los elementos mínimos de juicio para considerar que los bienes afectados están vinculados a la causal de extinción de dominio prevista por el numeral 5 del Artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, según lo exige el numeral 1 del citado Artículo 112, sino que además las medidas cautelares de embargo y secuestro resultan a todas luces desproporcionadas, lo que de contera conlleva el incumplimiento o no satisfacción de la obligación de motivación que le asiste al ente fiscal¹⁹

Para argumentar puntualmente:

“De acuerdo con lo indicado, la Fiscalía 39 de la DIRECCIÓN ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO, no aplicó realmente un juicio o test de razonabilidad (proporcionalidad en sentido amplio), pues con independencia de los reparos que puedan merecer los presupuestos objetivos y subjetivos para que pueda operar la pretensión extintiva (los cuales se expondrán en la contestación a la demanda de extinción), el Delegado (a) fiscal no efectuó un análisis individual para cada inmueble afectado, sino general, desatendiendo la diversa situación jurídica de cada inmueble, lo que a todas luces violenta el debido proceso.

Pero además, habiéndola realizado en forma individual, no superaría el test de proporcionalidad por las siguientes razones. En los siguientes términos se resume el análisis realizado por la Fiscalía al respecto, de donde se denotará, de entrada, que no realiza ningún análisis aplicado en concreto:

Adecuación: *“(...) han sido utilizados o destinados por sus arrendatarios, para la ejecución de actividades ilícitas de contrabando...” “(...) situación que como se indicara en la demanda los propietarios, han sido indiferentes ante la destinación dada a los inmuebles por parte de su arrendatario; por lo que se encuentran inmersos en la causal 5ª del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio”*

Necesidad: *“(...) 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 utilizado o destinados para la comisión de actividades ilícitas...”*

Proporcionalidad en sentido estricto: *“(...) toda vez que de acuerdo a la información que registran los elementos de prueba que involucran a los titulares de los inmuebles investigados...”. Respetuosamente nos permitimos preguntar a Su Señoría, si hipotéticamente hubieran sido 50 los inmuebles afectados con la medida cautelar, ¿estas fórmulas generales estarían constitucionalmente admitidas sin detenerse a evaluar cada caso concreto?*

(...)

Con respecto a la “motivación” efectuada por la Fiscal Delegada, en punto del criterio de adecuación, resulta importante resaltar la ya referida vaguedad o pobreza argumentativa del ente persecutor, cuando indica lo siguiente: “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 estos, es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, con la causal 5ª del art. 16 del Código de Extinción de Dominio, ya que han sido utilizados o destinados por sus arrendatarios, para la ejecución de actividades ilícitas de contrabando como bisutería, calzado, entre otros, situación que como se indicara en la demanda los propietarios, han sido indiferentes ante la destinación dada a los inmuebles por parte de su arrendatario; y por lo que simultáneamente, esta medida de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO y la de EMBARGO, por ser las medidas jurídicas, se tornan adecuadas para garantizar el cumplimiento de los fines fijados en el art. 87 de la Ley 1708 de 2014, pues con estas se busca evitar que los bienes cuestionados sean ocultados, distraídos o transferidos; y de igual manera, la medida cautelar de EMBARGO constituye un requisito para la eventual medida de secuestro”²⁰.

Y finalizan:

“De acuerdo con los argumentos expuestos y soportes documentales relacionados en el cuerpo de este escrito y reconocida la personería para actuar al Suscrito de conformidad con el poder anexo, respetuosamente solicitamos se Declare la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas sobre los inmuebles con las

¹⁹ Ver folio 3 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (03)

²⁰ Ver folios 3 al 4 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (03)



Matriculas Inmobiliarias 260-185271 y 260-185272 y, en consecuencia, se ordene la cancelación de las medidas cautelares, así como la devolución y entrega material de los mismos”²¹.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

El día 7 de mayo de 2021²², este Despacho a través de auto de sustanciación admitió las solicitudes de Control de Legalidad a Medidas Cautelares presentado por los prenombrados señores y la impetrada por los doctores **JORGE ANDRÉS AMÉZQUITA TORO**, y **OSCAR ALEJANDRO CASTAÑO LÓPEZ**²³ 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. La Fiscalía 39 Delegada Especializada del Derecho de Extinción de Dominio, mediante memorial fechado los días 12 y 13 de mayo de los corrientes, solicitó denegar la solicitud de control de legalidad presentada y en su defecto declarar la legalidad formal y material de las medidas cautelares que fueron ordenadas mediante resolución de fecha 15 de marzo de 2021, hecha por la defensa de los afectados, en los siguientes términos:

“Ahora bien, sobre las circunstancias esbozadas por el doctor Amezquita Toro, respecto al numeral 3 del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, considera el despacho que no le asiste razón, pues en Fase Inicial de la investigación se hizo el análisis del material probatorio que fue legalmente recaudado y allegado por policía judicial, lo que permitió inferir razonablemente que los bienes se encontraban incursos dentro de la causal 5ª del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, que a la letra dice: 5. “Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas”, toda vez que en estos locales funciona el establecimiento de comercio SHOES PLAN B, objeto de visitas por parte de la DIAN y la Policía Fiscal Aduanera en diferentes ocasiones, obteniendo como resultado la aprehensión de mercancía de contrabando (calzado), es decir, allí se estaba realizando de manera reiterativa actividades ilícitas por parte del dueño del establecimiento de comercio; y ante esto que es de público conocimiento por parte de la comunidad, los propietarios de los locales no ejercieron las acciones correspondientes para evitar que siguiera ocurriendo. Es así, que en el presente caso se está debatiendo el incumplimiento de la función social de la propiedad privada consagrada en el artículo 58 de la Constitución Nacional, pues los propietarios no fueron diligentes, y por el contrario fueron indiferentes con la destinación ilícita que se le estaba dando a sus inmuebles.

(...)

Cabe decir que la Fiscalía efectuó una investigación en fase inicial que le permitió recaudar elementos materiales probatorios para presentar la demanda de extinción de dominio dentro del radicado 110016099068201900502 de acuerdo a lo consagrado en el artículo 132 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 38 de la Ley 1849 de 2017, y decretar medidas cautelares de conformidad con los artículos 87 y 88 ibídem, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017.

Por lo anterior, solicito de manera respetuosa al señor Juez denegar la solicitud de control de legalidad presentada por el doctor JORGE ANDRÉS AMEZQUITA TORO, y e en su defecto, declarar la legalidad formal y material de las medidas cautelares que fueron ordenadas mediante resolución de fecha 15 de marzo de 2021, y del procedimiento efectuado”²⁴.

Los demás sujetos procesales e intervinientes especiales no recorrieron traslado.

4. DE LA COMPETENCIA

Con fundamento numeral 2º del artículo 39²⁵, inciso 2º del artículo 87²⁶ y el artículo 111 de la Ley 1708 de 2014²⁷, norma última modificada por el artículo 19 de la Ley

²¹ Ver folio 7 (REVERSO) del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (03)

²² Ver folio 31 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (02).

²³ Ver folio 42 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (03).

²⁴ Ver folio 57 Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado (03).

²⁵ 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).

²⁶ CED. - Artículo 87. “Fines de las Medidas Cautelares.

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

²⁷ C.E.D. - Artículo 111. Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. *Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del*



1849 de 2017²⁸, y por encontrarse los bienes inmuebles ubicados en la calle 10 No. 2 – 22/24, locales 3 y 4, en la ciudad de 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 (...)”²⁹.

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”³⁰.

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 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.

Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

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

²⁸ 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”.*

²⁹ 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.

³⁰ 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.



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”³¹.

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*³², 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”³³.

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:

Sea lo primero precisar que en esta oportunidad se observan dos solicitudes sobre los bienes en examen, es decir, uno presentado directamente por los afectados ante la fiscalía³⁴, en la que el ente investigador como respuesta dio traslado de dicha petición a esta judicatura³⁵, y otro presentado por los apoderados de la parte afectada ante este Despacho³⁶, abriéndose por la Secretaría dos radicados consecutivos

³¹ 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.

³² Ley 1708 de 2014, Artículo 89, modificado por el artículo 28 de la Ley 1849 de 2017. - “Medidas cautelares antes de la demanda de extinción de dominio. Excepcionalmente, el fiscal podrá decretar medidas cautelares antes de la demanda de extinción de dominio, en casos de evidente urgencia o cuando existan serios motivos fundados que permitan considerar como indispensable y necesario, para cumplir con alguno de los fines descritos en el artículo 87 de la presente ley. Estas medidas cautelares no podrán extenderse por más de seis (6) meses, término dentro del cual el Fiscal deberá definir si la acción debe archivarse o si por el contrario resulta procedente presentar demanda de extinción de dominio ante el juez de conocimiento”. (Resalto del Despacho).

³³ 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”.

³⁴ Ver folios 3 al 30 del Cuaderno No. 1 del Control de Legalidad No. 2 del Juzgado.

³⁵ Ver folio 2 del Cuaderno No. 1 del Control de Legalidad No. 2 del Juzgado.

³⁶ Ver folios 2 al 40 del Cuaderno No. 1 del Control de Legalidad No. 3 del Juzgado.



identificados con los Nos. 2 y 3, advirtiéndose que ambas solicitudes serán resueltas mediante el presente auto interlocutorio.

Se recibió ante el Despacho solicitud por parte de los ciudadanos **BEATRIZ ELENA PATIÑO AMADO, JORGE URIEL PATIÑO AMADO, JOSEFINA AMADO DE PATIÑO y LIDIA BALAGUERA QUINTERO**, en representación de la inmobiliaria **LA FONTANA S.A.S**, y, por otro lado, los abogados **JORGE ANDRÉS AMÉZQUITA TORO, y OSCAR ALEJANDRO CASTAÑO LÓPEZ** solicitan **CONTROL DE LEGALIDAD** a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021³⁷ por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, respecto, entre otros, de los bienes inmuebles identificados con folio de matrícula **No. 260-185271 y 260-185272**, ubicados en la calle 10 No. 2 - 22 local 3 y en la calle 10 No. 2 – 24 local 4, de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111³⁸, 112³⁹ y 113⁴⁰ de la Ley 1708 de 2014.

5.2.1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

5.2.1.1. Es oportuno resaltar que para la imposición de las medidas cautelares de que trata el artículo 88 del CED⁴¹, 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

³⁷ Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

³⁸ C.E.D. - Artículo 111. Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. *Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.*

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

³⁹ C.E.D - Artículo 112. Finalidad y Alcance Del Control De Legalidad A Las Medidas Cautelares. *El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

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

⁴⁰ C.E.D. - Artículo 113. Procedimiento para el Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. *El afectado que solicite el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente a alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo anterior. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.*

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

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

⁴¹ Código de Extinción de Dominio.



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-⁴².

Por lo que corresponde al Juzgador en este estadio procesal, 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, para determinar la existencia o no de elementos mínimos de juicio suficientes, se tiene que el ente investigador presentó como prueba el informe de iniciativa investigativa mediante oficio S-2019-010984/SUBGA-POJUD de fecha 5 de agosto de 2019⁴³, signada por la investigadora Criminal del Grupo de Policía Judicial de POLFA – Bogotá D.C.

Según el escrito de la Fiscalía la *“destinación ilícita quedó en evidencia a través de los elementos materiales probatorios extraídos de los procesos administrativos de control aduanera, en las cuales se ordenó visitas a los inmuebles antes citados, obteniendo como resultado lo descrito en el siguiente cuadro, así:”*⁴⁴

En los inmuebles identificados con Folios de matrícula N° **260-185271** y **260-185272**, ubicados en calle 10#2-22/ 24 local 3 – 4 se hallaron:

“305 pares de calzado deportivo marca Nike diferentes tallas colores y estilo por un valor avaluó 2.251.000, con acta de aprehensión No. 2609, de fecha 10/07/2018.

80 pares de calzado deportivo marca Nike diferentes tallas colores y estilo por un valor avaluó 1.724.966 con Acta de aprehensión No. 4989, de fecha 28/10/2017.

*216 calzada tipo chancleta para dama de diferente marca y color de país de origen china, por un valor avaluó 1.264.896 con Acta de aprehensión N°00235, de fecha 17/01/2019”*⁴⁵.

Por consiguiente, el persecutor señala que:

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

*A pesar de que los expedientes administrativos escapan a la órbita penal, si permiten evidenciar que dichos inmuebles están siendo utilizados de manera reiterativa para la comercialización de mercancías de contrabando como bisutería, calzado, entre otros, según los hallazgos obtenidos en los operativos efectuados por la DIAN y Policía Fiscal y Aduanera -POLFA.”*⁴⁶

Información soportada con la Inspecciones Judiciales realizada el día 05/03/2019, según consta en acta a folios 19 del Cuaderno Original de la Fiscalía, a los procesos administrativos:

⁴² 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.

⁴³ Ver folios 5 al 13 Cuaderno Original de la FGN No. 1

⁴⁴ Ver folio 4 Medida Cautelar FGN

⁴⁵ Ver folio 4 Medida Cautelar FGN

⁴⁶ Ver folio 8 Cuaderno de Medida Cautelar FGN.



1. Radicado 89- 02609 aportando diversos documentos⁴⁷ entre ellos, Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 3670 del 10 de julio de 2018, donde se relaciona *"inconsistencia en (100) (SIC) pares de calzado marca Nike, (45) pares de calzado marca Adidas, (10) pares de calzado marca converse, (55) pares de calzado marca SKYSTAR, (45) pares de calzado tipo chancla de procedencia extranjera, lo cual no presenta ningún tipo de documento que acredite su legal ingreso al territorio aduanero Nacional, (...)"*⁴⁸.
2. Radicado: 89-04989, para lo cual se allega Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 13417 del 28 de octubre de 2018, que registra: *"procedemos a verificar física y documentalente la mercancía que se encuentra en el lugar, encontrando la siguiente mercancía la cual no presenta ningún tipo de documentación que acredite su procedencia (...)"*⁴⁹.
3. Radicado:89-00235, Acta de Inspección a lugares del 07 de mayo de 2019⁵⁰, en el que se evidencia entre otros documentos, el Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 330 del 17 de enero de 2017, contiene: *"una vez notificados se procede a verificar la mercancía exhibida y almacenada en el establecimiento encontrando 216 pares de calzado tipo chancletas de procedencia extranjera, las cuales no cuentan con ningún documento soporte que acredite s lugar de introducción al territorio aduanero nacional..."*⁵¹.

5.2.1.2. Los elementos presentados por la Fiscalía le permitieron inferir que los inmuebles sobre los que recaen las medidas fueron destinados para el almacenamiento y comercialización de mercancía tipo calzado de procedencia extranjera, pues al momento de realizar las visitas aduaneras por parte de los funcionarios de la DIAN, no se presentó documentación que acreditara su ingreso de forma legal al territorio aduanero nacional, considerando esta judicatura que se cumple con prueba mínima o sumaria⁵² que respalda la resolución controvertida por los apoderados.

La Honorable Corte Constitucional sentenció sobre prueba mínima lo siguiente:

*"Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados"*⁵³. (Resalto fuera del texto original).

En efecto, como lo señala la doctrina refiriéndose a la imposición de medidas cautelares en fase de investigación: *"Las exigencias legales para proferir alguno de estos dos actos procesales no requieren como presupuesto el agotamiento de toda la controversia probatoria"*⁵⁴, cumpliéndose lo requerido en ese estadio procesal, es decir, para esta judicatura, salvo mejor apreciación, en la medida impuesta por el ente investigador no se avizora irregularidad alguna.

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

Al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional:

⁴⁷ Ver folios 127 al 140 Cuaderno Original de la FGN No. 1.

⁴⁸ Ver folio 129 Cuaderno Original de la FGN No. 1.

⁴⁹ Ver folio 142 Cuaderno Original de la FGN No. 1.

⁵⁰ Ver folio 21 Cuaderno Original de la FGN No. 1.

⁵¹ Ver folio 156 Cuaderno Original de la FGN No. 1.

⁵² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de mayo de 1936, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, G. J.XLIII No. 1909, pág. 691. *"Prueba Sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce"*.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁵⁴ BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 545.



“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”⁵⁵.

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

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

Lo anterior, con el propósito de revestir de garantías procesales al sujeto pasivo de la acción y equilibrar los instrumentos de defensa respecto de las atribuciones entregadas al ente instructor en la fase inicial”⁵⁶.

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

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”⁵⁷.

Las medidas cautelares son herramientas que buscan asegurar el resultado que al final se decida en una sentencia y que tienen sustento constitucional, como lo ha decantado la jurisprudencia:

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

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

Sin embargo, las cautelas jamás implican una sentencia condenatoria, pues el juicio no ha concluido⁵⁸. 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 precautelar 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”⁵⁹. (Resaltado del Despacho).

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 740 del 28 de agosto de 2003, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁵⁸ Sentencia C-030 de 2006 y C-490 de 2000.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 357 del 6 de agosto de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.



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

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

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino ex officio⁶⁰”⁶¹.

En tal virtud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 21.2 de la Convención Americana⁶², 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”⁶³.

Como puede observarse, las cautelas tienen respaldo tanto en la Carta Superior como en el instrumento internacional de Derechos Humanos citado a la luz del artículo 93 de la Constitución Política⁶⁴, y en manera alguna implican una definición de responsabilidad, pues una de las características del Control de Legalidad es ser accesoria al proceso de extinción de dominio, tener una tesitura prevalente, instrumental, temporal y que no aplica el principio de mutabilidad⁶⁵.

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

5.2.1.4. Así mismo, es pertinente aclarar que el juzgador en esta instancia debe establecer que la hipótesis del ente investigador alcanza el grado de conocimiento de probabilidad de la presunta relación de causalidad entre el bien y la causal para limitar su dominio. De este modo, la doctrina ha dicho que la *“probabilidad no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un objeto múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor entidad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia, que se apartan de la afirmación”⁶⁶.*

Afirmación que hace eco en la jurisprudencia del Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C.:

“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

⁶⁰ Corte IDH. **Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala**. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

⁶¹ 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**.

⁶² 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”.

⁶³ Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

⁶⁴ 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”.**

⁶⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Rad.660013120001201900040 01 (E.D. 425) Auto del 3 de diciembre de 2020. M.P. Dr. **PEDRO ORIEL AVELLA FRANCO**.

⁶⁶ **FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola**. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 60.



*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*⁶⁷. (Resalto fuera del texto original).

Concluyendo esta judicatura que, al hilo de lo anterior, al momento de la imposición de las medidas cautelares es suficiente la presencia de elementos de juicio que así lo ameriten, inclusive sin que dichas pruebas hayan sido controvertidas⁶⁸.

En cuanto al argumento expuesto por los afectados en su petición y los profesionales del Derecho, los mismos no son discutibles en esta etapa procesal, esto es, la administración de los predios a través de la inmobiliaria LA FONTANA S.A.S, las obligaciones de los arrendatarios, la buena fe cualificada exenta de culpa y la prohibición de responsabilidad objetiva hacia los propietarios, pues como recientemente lo reiteró el superior vertical:

*“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”*⁶⁹.

Entonces, la teoría del caso de la defensa deberá ser probada durante el periodo probatorio durante el juicio extintivo, insistiendo, que el control de legalidad no es el estadio procesal en el que el Juez deba declarar la existencia o inexistencia de derechos, ya que la finalidad en este escenario es la de revisar la legalidad de las cautelas adoptadas, sin entrar a resolver de fondo.

A su vez señalan los profesionales del derecho que la resolución emitida por la Fiscalía carece de motivación *“en punto del criterio de adecuación, resulta importante resaltar la ya referida vaguedad o pobreza argumentativa del ente persecutor”*⁷⁰, desconociendo que la Fiscalía cumplió con la carga argumentativa que le permitió tomar una determinación de fondo y determinar el alcance, la finalidad y el objetivo que con dicha imposición se persigue⁷¹, ya que *“(…) la motivación de las decisiones judiciales es, sin duda, un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión”*⁷², precisamente es esa obligación de motivar las decisiones judiciales la que implica controlar el poder estatal de su brazo represor⁷³.

5.2.1.5. De otro lado, afirman los apoderados que las medidas cautelares no satisfacen los fines buscados con su imposición, al considerarla no proporcional en cuanto al valor de los predios y la estimación económica por la que se persiguen los bienes.

Esta judicatura no comparte lo esbozado por la defensa en el entendido de que el persecutor impuso las cautelas bajo las premisas establecidas en el CED, y téngase en cuenta que la proporcionalidad no se mide por factor económico. Es pertinente citar la Honorable Corte Constitucional la ha definido al Principio de Proporcionalidad, así:

⁶⁷ 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.

⁶⁸ ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba en Derecho. Ediciones Lerner, Bogotá, 1967, pág. 66.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Ver folio 4 (Reverso) del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado. (03)

⁷¹ Ver folios 14 al 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁷² FERRER BELTRÁN, Jordi. Apuntes Sobre El Concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 34, abril, 2011, pp. 87-107.

⁷³ Cfr. ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. Bogotá D.C., ediciones Doctrina y Ley, 2018, pág. 72. El renombrado autor español enseña: *“la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez”*.



“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”⁷⁴.

Igualmente, es oportuno insistir en el carácter de las medidas cautelares al tenor de la jurisprudencia:

“Las medidas cautelares, por definición, son una decisión de carácter precautorio que puede adoptar la autoridad judicial en los casos precisamente señalados por el legislador, en orden a anticipar la protección a un derecho y la eficacia de la resolución con la cual podría culminar el proceso en la sentencia definitiva.

(...)

El derecho de dominio incluye como uno de sus atributos el de realizar actos de disposición sobre el bien objeto del mismo, no lo es menos que la medida cautelar que lo suspenda de manera transitoria y mientras se encuentre pendiente de una decisión judicial definitiva, no implica por sí sola vulneración del derecho de propiedad. De ser así, jamás sería procedente el embargo y secuestro de bienes muebles o inmuebles en cualquier proceso civil, ni serían procedentes tampoco estas medidas en un proceso penal cuando se decreten por el juez en los casos autorizados por la ley, pues siempre se afecta con ellas el poder de disposición sobre los bienes respecto de los cuales recaen tales medidas precautorias.

La existencia de medidas cautelares que transitoriamente saquen del comercio jurídico bienes muebles e inmuebles, cual sucede con el embargo y secuestro de los mismos en el proceso civil, no serían ni por asomo una medida confiscatoria.”⁷⁵.

Esta judicatura se ciñe estrictamente a la jurisprudencia, entendiendo que *“la jurisprudencia es un trabajo interpretativo y constructivo que responde a cuestiones de derecho”⁷⁶*, por lo que acogerá la postura del instructor por cuanto la limitación de la propiedad privada es factible cuando se presenten los requisitos necesarios que así lo justifiquen, lo cual no implica el desconocimiento de dicho derecho.

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

En ese sentido, y salvo mejor criterio, no se observa vulneración alguna que pueda respaldar la tesis de decretar el levantamiento de las precautelativas deprecada por la defensa. Conforme a lo citado, encuentra esta judicatura que el ejercicio probatorio y argumentativo realizado por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, 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 los bienes que representa la defensa tiene relación con la causal 5ª del Art. 16 del CED.

Todo a la luz del debido proceso constitucional, pues se observa que el decurso de la fase inicial responde de forma estricta a lo establecido en la ritualidad que consagra la Ley 1708 de 2014 y sus modificaciones, ya que *en la injerencia de derechos fundamentales por parte de la fiscalía se exige una protección jurídica amplia⁷⁷.*

5.2.1.6. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso⁷⁸ entraña la idea de un proceso justo, el juzgar justo, es decir, equivale a todos los principios y garantías

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁷⁵ Corte constitucional, sentencia C-1025 del 20 de octubre de 2004, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁷⁶ GUASTINI, Ricardo. Teoría Analítica del Derecho, ZELA, Lima, 2017, pág. 33.

⁷⁷ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, 252.

⁷⁸ Constitución Política. - Artículo 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*



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 posible⁷⁹, entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance⁸⁰, de ahí que el Despacho no avizore que hasta este momento 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 preventivas de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESTRO**, se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio⁸¹.

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 concurra alguna de las circunstancias previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 112, de la Ley 1708 de 2014 planteadas como hipótesis de trabajo por la parte actora.

Entonces, atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventivas de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESTRO** de los inmuebles identificados con Folio de Matrícula No. **260-185271** y **260-185272**, es conforme a derecho.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la legalidad Formal y Material de las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESTRO** decretadas mediante Resolución del 15 de marzo de 2021 por la Fiscalía 39, adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, entre otros, de los bienes inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. **260-185271** y **260-185272**, ubicados en la calle 10 No. 2 - 22 local 3 y en la calle 10 No. 2-24 local 4, de la ciudad de Cúcuta, Departamento de

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”.

⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.

⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. En esa decisión se dijo a propósito de la prueba mínima: *“Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede preferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados”.* (Resalto fuera del texto original).



Norte de Santander, por encontrarse dentro de la causal 5ª del artículo 16 Código de Extinción de Dominio, de propiedad de los señores **BEATRIZ ELENA PATIÑO AMADO**, identificada con cédula de ciudadanía 60.337.924 de Cúcuta, **JORGE URIEL PATIÑO AMADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.481.891 de Cúcuta y **JOSEFINA AMADO DE PATIÑO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.008.947 de Bogotá, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN⁸² Y APELACIÓN⁸³** 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 los Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001 -31 -20-001 -2021-00028-02** y **54001 -31 -20-001 -2021-00028-03** como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ
Juez

⁸² 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.

⁸³ 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".