



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 y SE ORDENA CORRER TRASLADO COMÚN DE CINCO (5) DÍAS A LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES (párrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1708 de 2014 adicionado por el artículo 8º de la Ley 1849 de 2017, numeral 2º del artículo 39 y aparte final del inciso 2º del artículo 113 de la Ley 1708 de 2014)

RADICACIÓN: 54001-31-20-001-2021-00028-01
PROCEDENCIA FGN: 1100016099068201900502 - FISCALÍA 39 Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio

AFECTADOS: GILBERTO SEGUNDO CIFUENTES GONZÁLEZ, GILBERTO ANTONIO CIFUENTES MURILLO, JOSEFINA AMADO DE PATINO, BEATRIZ ELENA PATINO AMADO, JORGE URIEL PATINO AMADO, LEIDY JULIANA BADILLO QUINTERO, SOCIEDAD SURTIJEANS S.A NIT: 811028538-4, JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS. Sociedad en comandita NIT 822002320-3, FREDDY CELIS GIL, JUAN CARLOS RAMIREZ OROZCO, ALEJANDRO DE JESÚS JIMENEZ GONZÁLEZ.

TRÁMITE: Matrícula Inmobiliaria: 260-121763, 260-121764, 260-185271, 260-185272, 260-229954, 260-244982, 260-30020, NIT O MATRÍCULA 117210-16595566-8, RAZÓN SOCIAL QUESERA CIFUENTES, NIT O MATRÍCULA: 286721- 1090489330-3, RAZÓN SOCIAL: SHOES PLAN B, NIT O MATRÍCULA: 260249-88270318-4, RAZÓN SOCIAL: LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA, NIT O MATRÍCULA: 271022-1093764291-4, RAZÓN SOCIAL: VARIEDADES LAS LOCURAS PAISAS DE LA FRONTERIZA, NIT O MATRÍCULA: 260796- 1013639987-6, RAZÓN SOCIAL: TODOA\$ 1000 \$ 2000 \$ 5000 EL GIGANTE DELA OCTAVA.

TRÁMITE: PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Analizado el memorial rubricado por el Dr. **JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES¹**, apoderado de confianza de los señores **GILBERTO ANTONIO CIFUENTES MURILLO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16'595.566 y **GILBERTO SEGUNDO CIFUENTES GONZÁLEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. V094.245.252, en donde solicita de esta judicatura control de legalidad sobre las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021² por la Fiscal 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, control de legalidad que recae únicamente sobre el los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria **Nos. 260-121763 y 260-121764** de la Oficina de Registro de Cúcuta, y el establecimiento de comercio bajo la matrícula mercantil **No. 117210-16595566-8**, razón social "QUESERA CIFUENTES", en la ciudad de Cúcuta, 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 23 de junio de 2020 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, los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria **Nos. 260-121763 y 260-121764** de la Oficina de Registro de Cúcuta, y el establecimiento de comercio bajo la matrícula mercantil **No. 117210-16595566-8**, razón social "QUESERA CIFUENTES", ubicados en San José de Cúcuta, Norte de Santander, se encuentran dentro de la causal 5ª del Código de Extinción de Dominio³.

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

¹ A Folios 2 al 26 del Cuaderno de Control de Legalidad Original No. 1 del Juzgado.

² A Folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

³ Ver folio 3 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



“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.”⁴.

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 proporcionalidad 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 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 toman 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, ya demás 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.”. (Folio 15 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 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

⁴ A Folio 2 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



no pueden seguir bajo la custodia o administración de sus moradores o de quienes permitieron el incumplimiento de la función social y ecológica."⁵.

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, 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.*"⁶.

En ese orden de ideas, la Fiscalía asegura que se encuentran argumentados los motivos que justificaron la imposición de las medidas cautelares que concita la atención del Despacho:

"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." (Folio 16 del Cuaderno de medidas cautelares de la FGN).

1.4. De otro lado, el ente investigador en el capítulo que denominó "*6. MATERIAL PROBATORIO QUE SUSTENTA LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU RESPECTIVO TEST DE PROPORCIONALIDAD*" relacionó el Informe No. S-2019-010984/SUBGA-POJUD del 5 de agosto de 2019, firmado por la PT. **LEIDY DAYANA ALVARADO HERNÁNDEZ**, investigadora Criminal del Grupo de Policía Judicial de POLFA – Bogotá D.C., el cual compromete la legalidad de los bienes de los aquí afectados, indicando los siguientes elementos de pruebas: Inspecciones judiciales realizadas el día 5 de marzo de 2019 dentro de varios procesos administrativos; copias de los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes cautelados; escrituras públicas y certificados de matrícula mercantil de establecimiento de comercio. (Ver folios 11 al 14 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN).

1.5. A grandes rasgos, ese es el cuadro probatorio y argumentativo que presenta la Fiscalía 64 de Extinción de Dominio con relación a las pesquisas realizadas durante la Fase Inicial de la Acción extintiva del dominio y que, según su punto de vista, dan sustento a las medidas cautelares que la defensa controvierte.

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. El Dr. **JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES**, solicita controlar las medidas cautelares en favor de sus mandantes sosteniendo que "*El presente control de legalidad se fundamentará en los enunciados normativos contenidos en los artículos 111 a 114 de la Ley 1708 de 2014, precisamente en el artículo 112, bajo sus numerales 1, 2 y 32*"⁷, sustentándolo de la siguiente manera, iniciando por la causal 1ª del artículo 112 del CED:

"De esta manera la defensa se propone indicar que los bienes identificados con los números de matrícula inmobiliaria 260-121763 y 260-121764 de la Oficina de Registro de Cúcuta, y el establecimiento de comercio

⁵ Folios 15 al 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁶ Ver folio 16 Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁷ Ver folio 4 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.



bajo la matrícula 117210- 16595566-8 cuya razón social es "QUESERA CIFUENTES", no se encuentran relacionados la causal de extinción de dominio seleccionada por la señora Fiscal, y con ninguna otra (...)

La actividad ilícita que se centra como núcleo fáctico de la fase inicial en el presente caso es el contrabando, como bien fue reiterado en pluralidad de ocasiones por parte de la Fiscalía. Esta conducta requiere como mínimo (posteriormente se entrará en mayor detalle) de la concurrencia de ciertos elementos, de forma lógica, sin tener que realizar un mayor esfuerzo puede entenderse que debe tratarse de una mercancía, producto o cualquier tipología de elemento que haya sido ingresado al país sin el cumplimiento de las regulaciones aduaneras para tal efecto. En todo caso, que haya sido ingresado al país sin el cumplimiento de las normas que regulen la materia."⁸. (Destacado en el texto original).

Asegura que no se configura el tipo penal de contrabando por cuanto los productos que se comercializan en los establecimientos de comercio que representa tienen su origen dentro de la ciudad de Cúcuta, haciéndose los siguientes interrogantes:

"1. ¿Cómo puede ser posible identificar que un queso sin marca, identificación, grabado o señal particular sea proveniente de otro país? 2. ¿Cómo puede ser posible identificar que una tocineta sin marca, identificación, grabado o señal particular sea proveniente de otro país? 3. ¿El hecho de no poseer la factura de un producto alimenticio lo hace automáticamente contrabando?". (Ver folio 5 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado).

Luego, hace este razonamiento:

"Además, deja ver un desconocimiento de las figuras comerciales de la industria agropecuaria de la ciudad, en donde las transacciones de los pequeños empresarios del campo no suelen realizarse a través de la extensión de factura directa, sino que aquellos bajan de los pueblos y realizan la venta, por lo que sería necesario criminalizar todas estas conductas y extinguir el dominio de la mitad de los negocios de la ciudad.

Por otro lado, deja de lado un hecho fundamental y que raya en lo absurdo: La Quesera Cifuentes es una quesera. Precisamente produce queso, esto quiere decir que es absolutamente no tener factura de un queso que no se ha comprado, porque se ha producido.

No hace falta ir más lejos y desagregar más argumentos. ¿Cómo es posible que se tilde a una empresa familiar, productora de queso y otros derivados en la ciudad, de estar contrabandeando con sus propios productos? Resulta evidentemente irracional y sacado de todo propósito perseguido por el ordenamiento jurídico". (Ver reverso del folio 5 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado).

Enseguida sostiene que es imposible pensar que una empresa productora de productos lácteos (queso) los traiga desde el extranjero, afirmando, además, que el hecho de ser Cúcuta una ciudad fronteriza con el vecino país de Venezuela no significa que cualquier producto sin factura proceda de ese país.

Luego, en atención al delito de contrabando la defensa trae a colación jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la que señala los requisitos para que se estructure el punible en mención señalando la cantidad de mercancía para poder establecer el mismo. (Ver folio 6 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado).

2.2. En cuanto a la causal 2ª del artículo 112 del CED, la defensa enfatizó:

*"De esta manera será necesario determinar la configuración y alcance de este requisito de proporcionalidad en Colombia para poder compararlo con el ejercicio argumentativo deprecado en el presente caso por la señora Fiscal 39 adscrita a la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, a efectos de llegar a una conclusión que se anuncia: i) la Fiscalía no argumentó de forma suficiente los criterios de proporcionalidad necesarios para la imposición de las medidas cautelares impuestas y ii) más allá de la argumentación, las medidas correspondientes al embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes, y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica son abiertamente desproporcionadas para la persecución de los fines autorizados por el ordenamiento jurídico."*⁹.

⁸ Ver folio reverso del folio 4 y folio 5 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.

⁹ Ver reverso del folio 6 del Cuaderno de Control de Legalidad de Medidas Cautelares No. 1 del Juzgado



Cita en su apoyo las sentencias C - 838 de 2013, C - 178 de 2014 y Sentencia C - de 2015 para estimar la desproporcionalidad de las medidas cautelares controvertidas, y así enfatizar que el ente investigador no cumplió con la debida argumentación de la imposición de las medidas cautelares, haciendo, según señala, una argumentación genérica: *“esto quiere decir que no cumplió con el deber de señalar porqué era proporcional la aplicación de cada una de las medidas que decretó a cada uno de los bienes objeto de la misma. Esto impide determinar si caso a caso, todas las medidas adoptadas suplían este criterio; lo anterior debido a que las conductas endilgadas a cada una de las empresas son totalmente disímiles en cuanto a su naturaleza, gravedad y ocurrencia; además de ello, podría concluirse con total facilidad que las realidades de cada una de las empresas y bienes son diferentes, debido a que, por ejemplo, puede que alguna de los bienes afectados se dedique (como lo considera la fiscal) a la destinación de la actividad ilícita de contrabando, pero también puede ocurrir que solo se tenga información de que en uno de los bienes se encontró un material sin factura. Esto cambiaría diametralmente las consideraciones a tener en cuenta sobre las argumentaciones que deberían tenerse en cuenta”*¹⁰.

Además de señalar que no hubo una adecuada argumentación de cada inmueble en particular, asegura que ni siquiera se refirió la Fiscalía a los mismos:

“Muestra de esta generalidad desprovista de cualquier tipo de tratamiento particular es que, en el análisis de la idoneidad, la Fiscalía 39 señaló que se trata de un reproche al comportamiento desinteresado y descuidado de parte de los propietarios en el ejercicio del arriendo, cuando en ningún momento los señores Cifuentes se han encontrado como arrendadores del inmueble, y no ha sido acreditado en momento alguno.

*Esto quiere decir, que nunca mencionó directamente a los bienes correspondientes a los señores Cifuentes en la argumentación de idoneidad, y por lo tanto sin acreditar la idoneidad, no podría acreditarse la necesidad, y mucho menos la proporcionalidad en sentido estricto, por lo que el ejercicio argumentativo decaería antes de ser iniciado”*¹¹.

Sigue con sus argumentos para ahora criticar el juicio de idoneidad hecho por el instructor:

“Sin embargo, en cada una de las argumentaciones de la adecuación, la señora Fiscal refirió que el fin perseguido era el de administrar justicia, cuando en ningún momento el legislador ha establecido que lo que se persigue con la medida cautelar sea la finalidad de administrar justicia. Principalmente porque la Fiscal en este caso no será la que administre justicia, y este ejercicio de administración de justicia no es el que entra en conflicto con la propiedad privada: el señor Juez puede administrar justicia sin afectar la propiedad (ello supondría que en todo caso que se administre justicia se fallaría en contra de los afectados, lo que resulta incorrecto jurídicamente).

*De tal manera que, puede concluirse que el único análisis que le era exigido realizara la señora Fiscal en el presente caso frente a la adecuación de la medida, no se llevó a cabo. Sino únicamente frente a finalidad que no está contemplada por el legislador como la finalidad de la afectación preliminar a la propiedad. Y me permito, de forma respetuosa, reiterar el punto: el legislador no contempló la posibilidad de que se pudiera afectar la propiedad de forma preliminar bajo la medida cautelar bajo la justificación de estar persiguiendo la finalidad de administrar justicia, sino bajo unas reglas específica y taxativamente señaladas en el artículo 87”*¹². (Resaltado en el original).

Y frente a la necesidad de las medidas precautelativas, la respetada defensa dice que la adecuada era únicamente la suspensión del poder dispositivo pues, arguye, con ella se consiguen los fines perseguidos por el legislador, como también asegura que de los mismos hechos no se puede predicar la aplicación inmediata de las cautelas en examen ya que *“Lo anterior quiere decir que, la fiscalía señala en el presente caso que la medida es idónea porque los bienes se encontraban siendo (sic) destinados para actividades ilícitas, y que por esta misma razón resulta ser necesaria. ¿Cuál es el problema con esto? Que no se sigue lógicamente que una medida sea idónea por la ocurrencia de un hecho, una medida es idónea por la utilidad que muestra para la persecución de un fin legítimo, no por el hecho ilícito que origina la actividad; esto llevaría al absurdo de pensar que no pueden presentarse procesos de extinción de dominio sin medidas cautelares, lo que sería suplantar al legislador”*¹³.

¹⁰ Ver reverso del folio 7 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.

¹¹ Ver folio 8 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.

¹² Ver folio 8 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.

¹³ Ver folio 9 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.



2.3. Con respecto a la causal 3ª del artículo 112 del CED adujo:

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

En el presente caso, tal como se puede observar de la parte resolutive de la decisión, la señora Fiscal 39 decidió imponer las medidas cautelares de: i) suspensión del poder dispositivo, ii) embargo, iii) secuestro y iv) toma de posesión de bienes, haberes, y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

Si bien, como vimos en el acápite anterior, podríamos señalar con total claridad que existió un defecto motivacional incorregible frente a cada una de las medidas decretadas, por haber hecho una alusión genérica y escueta de los conceptos correspondientes al test de proporcionalidad, lo cierto es que hubo una ausencia absoluta de motivación frente a la imposición de la medida cautelar correspondiente a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

Tan grave y palmario será este yerro que en ninguna de las 17 páginas correspondientes con la resolución de medidas cautelares se menciona dicha medida, solo en el primer ordinal de la parte resolutive. Es decir, ni siquiera fue mencionado de paso, como un comentario, sugerencia o quizá una idea suelta. Nunca fue mencionado, jamás se hizo una motivación si quiera mínima al respecto”¹⁴.

2.4. Finalmente, solicita la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía 39 de Extinción de Dominio en contra de los bienes anteriormente señalados bajo la resolución de fecha 15 de marzo de 2021.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

A través de auto de sustanciación emitido por parte de este Despacho el día 22 de abril de 2021, se admite 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 39 Delegada Especializada del Derecho de Extinción de Dominio, mediante memorial fechado a los 26 días del mes de abril de los corrientes, solicitó de esta judicatura denegar la solicitud hecha por la defensa de los afectados, en los siguientes términos:

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

Ahora en cuanto a la segunda circunstancia, como bien podrá observar señor Juez, se efectuó el test de razonabilidad sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, pues como bien se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004 MP. Alfredo Bertrán Sierra (...)

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

¹⁴ Ver reverso del folio 10 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.



*Por lo anterior, solicito de manera respetuosa al señor Juez denegar la solicitud de control de legalidad presentada por el doctor Juan Camilo Páez Jaimes, 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, y del procedimiento efectuado.*¹⁵.

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

4. DE LA COMPETENCIA

Con fundamento numeral 2º del artículo 39¹⁶, artículo 111 e inciso 2º del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, norma última modificada por el artículo 19¹⁷ de la Ley 1849 de 2017, por encontrarse los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria **Nos. 260-121763 y 260-121764** de la Oficina de Registro de Cúcuta, y el establecimiento de comercio bajo la matrícula mercantil **No. 117210-16595566-8**, razón social *"QUESERA CIFUENTES"*, en la ciudad de Cúcuta, 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:

La Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., 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"*¹⁸.

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.

(...) 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

¹⁵ Ver folios 34 al 35 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 1 del Juzgado.

¹⁶ 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).

¹⁷ 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, extravió 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"*.

¹⁸ 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.



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.

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”¹⁹.

Así mismo la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ya había advertido el deber del juez en esta instancia de 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 concurran las siguientes circunstancias, descritas en el canon 112 ejusdem (...)”²⁰.

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 los inmuebles afectados que reclama la defensa dentro de la presente Acción extintiva, al tenor de lo 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:

5.2.1. Para el *sub judice* el ente Fiscal afirma que los bienes requeridos han sido utilizados para la realización de actividades ilícitas²¹, pues según las imputaciones hechas por el instructor en el establecimiento comercial de marras, ubicado en la Avenida 5 # 6 – 20/16, locales 1 y 2, identificados con los folios de matrícula Nos. 260-121763 y 260-121764 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta, se encontraron “450 queso tipo industrial de procedencia extranjera por un valor avaluó de 4.205.250 con Acta de aprehensión N° 3018, de fecha 05/07/2017. 392 queso tipo industrial de procedencia extranjera por un valor avaluó (sic) 2.259.488, 23 tocineta ahumada de procedencia extranjera por un valor avaluó de 242.949 con Acta de aprehensión No 3464, de fecha 18/09/2018”²².

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Ver folios 3 y 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

²² Ver folio 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



Como prueba de lo anterior, el instructor presenta los siguientes documentos: el Acta de Aprehensión No. 10431 del 5 de julio de 2017²³ y el Acta de Aprehensión No. 4893 del 18 de septiembre de 2018²⁴, ambos realizados por funcionarios de la Seccional de Aduanas de Cúcuta, respecto de lo cual la Fiscalía General de la Nación hizo la siguiente afirmación:

“Con respecto de los inmuebles identificados con folios de matrícula 260-121763 y 260-121764 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta, los cuales se encuentran unidos físicamente, han sido destinados ilícitamente de manera reiterada por parte de sus propietarios, para el almacenamiento, venta y distribución de mercancías de contrabando (productos lácteos y de charcutería), conllevando de esta manera a los propietarios al incumplimiento de la función social y ecológica que le asiste a su propiedad por mandato constitucional; allí funciona el establecimiento de comercio bajo razón social QUESERA CIFUENTES”²⁵.

Por tal razón, a través de la Resolución del 15 de marzo de 2021 decidió imponer las medidas precautelativas objetadas por la respetada defensa.

A continuación, se entrarán a estudiar y resolver una por una las inquietudes planteadas por la defensa, en atención a lo estipulado en el artículo 112, numerales 1, 2 y 3 del CED, las cuales son las siguientes:

“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. (...)”²⁶.

5.2.2. DE LA PRESUNTA FALTA DE PRUEBAS PARA IMPONER MEDIDAS CAUTELARES: Como hipótesis de trabajo la defensa plantea que la Fiscalía invocó como actividad ilícita el delito de contrabando, el cual no acaecería pues asegura que no existe prueba que lo configure y, en consecuencia, no se estructura ya que *“sin tener que realizar un mayor esfuerzo puede entenderse que debe tratarse de una mercancía, producto o cualquier tipología de elemento que haya sido ingresado al país sin el cumplimiento de las regulaciones aduaneras para tal efecto. En todo caso, que haya sido ingresado al país sin el cumplimiento de las normas que regulen la materia”²⁷*, citando en su apoyo la sentencia SP4129 del 6 de abril de 2016, Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Para luego rematar: *“Asunto que, en efecto no resulta vulnerando el bien jurídico del orden económico y social que protege el contrabando, y se sale de la esfera de la legislación penal.*

En este orden de ideas, para el caso en concreto la falta de formalidades de las mercancías aprehendidas por el control aduanero, sería un asunto que se resolvería por los medios de control aduaneros”²⁸.

Es decir, la defensa afirma que no existe prueba que configure el tipo penal de contrabando por lo que los inmuebles por él representados no estarían inmersos dentro de la causal 5ª del artículo 16 del CED enrostrada por el instructor.

5.2.2.1. A pesar de los argumentos esbozadas por el gestor, resulta oportuno resaltar que el presente proceso no tiene como fuente ningún proceso penal que esté en curso en contra de los afectados, sino que el origen se evidencia en unas

²³ Ver folios 75 a 92 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

²⁴ Ver folios 95 al 103 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

²⁵ Ver folio 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

²⁶ Ver reverso del folio 4 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.

²⁷ Ver folio 5 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.

²⁸ Ver reverso del folio 6 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.



infracciones administrativas en desarrollo de operaciones comerciales detectadas por funcionarios de la DIAN en la ciudad de Cúcuta, durante controles aduaneros sobre el mencionado establecimiento de comercio en donde sus propietarios no presentaron la documentación requerida que mostrara la legalidad de los productos allí comercializados.

En consecuencia, no se hará ninguna consideración respecto de la tesis de la defensa de la atipicidad de la conducta por él descrita ya que es oportuno recordarle la naturaleza de la acción constitucional de extinción de dominio:

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

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

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

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

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

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

Finalmente, es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien, se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad”²⁹.

Con base en lo anterior, es pacífica, reiterada y constante la jurisprudencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.:

“Impera precisar que, la acción de extinción del derecho de dominio es de origen constitucional, en cuanto la consagra el artículo 34 de la Constitución Política; de carácter público, en razón de que a través de ella se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio, el tesoro público y la moral social; real y de contenido patrimonial, porque recae sobre cualquier derecho real e implica la pérdida de la titularidad del bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, conforme se extrae del contenido del artículo 17 de la Ley 1708 de 2014.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 740 de 2003, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.



También, debe resaltarse que esta acción, según se señala en el artículo 18 de la precitada disposición, es autónoma e independiente de la penal o de cualquier otra, e independiente de la declaración de responsabilidad.

Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1708 de 2014, implica la pérdida de la titularidad de los bienes sujetos a este trámite, a favor del Estado y sin ninguna contraprestación o compensación para el afectado, entre otras circunstancias, cuando los bienes "hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas" (...) "³⁰.

Carece entonces de cualquier interés entrar a considerar la hipótesis de la defensa, pues es clara la autonomía e independencia de la acción constitucional de extinción de dominio en cuanto al origen y destinación de la propiedad privada.

No depende la acción extintiva de la comisión de un delito, basta que la propiedad privada tenga un origen o se le dé un uso contrario a los postulados constitucionales establecidos en los artículos 34³¹ y 58³² Superiores.

Para el caso en examen la causal enrostrada por el persecutor es por destinación lo cual implica el uso ilegal en sentido amplio de la propiedad, ante lo cual esta judicatura se acoge al concepto doctrinario de ilegalidad más autorizado:

"Ilegalidad es lesión del derecho: en primer lugar lesión del derecho objetivo, del precepto jurídico – lesión de la ley; en segundo lugar lesión del derecho subjetivo, del interés – lesión del bien jurídico "³³.

Igualmente, el CED define lo que debe entenderse por actividad ilegal cuando en su artículo 1º, numeral segundo señala:

"2. Actividad Ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social."

En tal virtud, se desestimarán los argumentos de la defensa en torno a la no presencia de una conducta delictiva que pudiera respaldar su tesis.

5.2.2.3. Por otro lado, para la imposición de las medidas cautelares es suficiente que exista prueba que lleve al instructor al grado de conocimiento de probabilidad³⁴, es decir, que sea probable que el bien o los bienes objeto de extinción de dominio estén en relación directa con la causal invocada.

Sobre este particular ha expresado la Sala de Extinción de Dominio:

"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

³⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto del 22 de enero de 2019 resuelve segunda instancia sentencia, con el Rad. No. 110013120002201600089 01, M.P. **MARÍA IDALÍ MOLINA GUERRERO**.

³¹ Constitución Política. – "Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

³² Constitución Política. – "Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente".

³³ **GRAF ZU DOHNA, Alexander**. La Ilícitud. Editorial jurídica mexicana, México, 1959, pág. 6.

³⁴ CED. - "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).



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”³⁵.

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, situación elemental que ha sido soslayada en el presente control de legalidad.

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”³⁶.

Siendo así las cosas, no es este el escenario natural para zanjar las apreciaciones hechas por la defensa, dilucidándose de este modo que en el caso *sub examine* no se ha presentado una situación ilegal que de al traste con la pretensión estatal.

Basta que, en el momento procesal de imposición de las cautelas, el ente investigador cuente con la prueba mínima necesaria que lo lleve al conocimiento probable de una presunta relación de causalidad entre el bien y la causal para sacarlo del comercio. 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”³⁷.*

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 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 recientemente la Sala de Extinción de Dominio sostuvo:

“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

³⁵ 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.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia del 14 de mayo de 1936, G. J.XLIII No. 1909, pág. 691.

³⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 60.

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.



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-³⁹.

Al hilo de lo anterior, es pacífica y reiterada la jurisprudencia que sostiene que 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 controvertidas⁴⁰.

5.2.2.4. Sentado lo anterior, en el presente proceso la Fiscalía cuenta con los siguientes elementos de pruebas:

Informe de Policía judicial No. S-2019-010984/SUBGA-POJUD-29.54 del 05 de agosto de 2019, firmado por la Pt. **LEIDY ALVARADO HERNÁNDEZ**, Investigador Criminal POLFA, en donde se aprecia un acápite intitulado *"HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES"*⁴¹, el cual da cuenta de presuntas actividades de almacenamiento, posesión, distribución y comercialización de mercancías y productos lácteos de procedencia extranjera, señalándose el modo en que realizan tales actividades ilegales, la plena identificación e individualización de los inmuebles de marras y la causal imputada⁴². También tiene como base probatoria los formatos de policía judicial FPJ 9 del 5 de marzo, del 23 de abril y 7 de mayo 2019 contentivos de toda la información de los procesos administrativos que cursan en contra de los bienes objeto de examen.

Contiene dos actas de hechos y aprehensión, ya citadas, ambas realizadas una el 5 de julio de 2017⁴³ y otra el 18 de septiembre de 2018⁴⁴, describiéndose en ambos procedimientos que en dicho establecimiento de comercio no se presentó la respectiva documentación que acreditara la legalidad de la mercancía allí encontrada. Se aprecia que en ambos procedimientos administrativos se encuentran estampadas en las mencionadas actas las firmas de los aquí afectados.

Conforme a lo anterior, es claro que los propietarios del establecimiento de comercio en estudio, de forma reiterada, no cumplieron con las normas administrativas para el legal funcionamiento de su empresa, pues en sendas oportunidades no lograron justificar, al menos en ese momento, la procedencia lícita de los productos que fueron encontrados al interior del inmueble carentes de registro.

Esa es la realidad fáctica y probatoria que de forma diáfana se puede constatar con la documentación aportada por el instructor, dando origen a la decisión controvertida, adquiriendo particular importancia señalar que el persecutor cumplió en debida forma sus obligaciones procesales y probatorias para lograr la imposición del embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo.

Ha dicho la Honorable Corte Constitucional que la restricción de derechos constitucionales como los que nos atañen, debe tener sustento en la Carta Superior observándose unos requisitos de carácter formal para su restricción:

"La figura del control de legalidad a la medida de aseguramiento y a las decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes encuentra pleno respaldo constitucional desde distintas ópticas. Por ejemplo (i) como forma de control externo a las actuaciones y omisiones de la Fiscalía General de la Nación. (ii) como

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**.

⁴⁰ **ROCHA ALVIRA, Antonio**. La Prueba en Derecho. Ediciones Lerner, Bogotá, 1967, pág. 66.

⁴¹ Ver folio 5 del Cuaderno No. de la FGN.

⁴² Ver folios 5 al 6 del Cuaderno No. de la FGN.

⁴³ Ver folios 75 a 92 del Cuaderno No. 1 de la FGN.

⁴⁴ Ver folios 95 al 103 del Cuaderno No. 1 de la FGN.



*garantía judicial frente a restricciones de derechos individuales, en particular el de libertad personal y, (iii) como expresión del principio de colaboración armónica en el ejercicio de competencias entre el fiscal y el juez, cuya vigencia debe mantenerse durante todo el proceso*⁴⁵.

Para esta judicatura la actuación de la Fiscalía en la Fase Inicial se ajustó a los parámetros establecidos en los artículos 87 y 88 del CED, ya que arrimó de forma legal y oportuna el estándar de prueba necesario para imponer las cautelas.

Contrario a lo manifestado por la respetada defensa en su escrito deprecatorio del levantamiento de los gravámenes, existe el estándar de prueba requerido y, además, ajustado a la ritualidad de la Ley 1708 de 2014, solicitud basada en criticar subjetivamente las probanzas y argumentos que justificaron la afectación de los bienes que representa.

Ese respaldo demostrativo, independiente y objetivo a que se hace alusión, permite otorgar credibilidad a las razones expuestas por el instructor a la hora de imponer las precautelativas, y, siendo así las cosas, para esta judicatura no prospera la causal estipulada en el artículo 112,1 del CED, esto es *“Cuando no existan los elementos mínimos de considerar que probablemente los bienes afectados juicio con la suficientes para medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio”*, por las razones ya expuestas.

5.2.3. DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS NUMERALES 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 112 DEL CED

5.2.3.1. Establece la norma lo siguiente:

“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.”.

Según la defensa, la Fiscalía omitió hacer un correcto análisis del test de proporcionalidad, ya que a su parecer no fundamentó las medidas impuestas:

“: i) la Fiscalía no argumentó de forma suficiente los criterios de proporcionalidad necesarios para la imposición de las medidas cautelares impuestas y ii) más allá de la argumentación, las medidas correspondientes al embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes, y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica son abiertamente desproporcionadas para la persecución de los fines autorizados por el ordenamiento jurídico.”⁴⁶.

Después de citar jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional sobre el concepto del test de proporcionalidad, insiste en que *“La fiscal realizó una argumentación genérica, esto quiere decir que no cumplió con el deber de señalar porqué era proporcional la aplicación de cada una de las medidas que decretó a cada uno de los bienes objeto de la misma”⁴⁷, para finalizar asegurando que en cuanto a los fines de las medidas cautelares la que procedía, en su sentir, únicamente era la de suspensión del poder dispositivo⁴⁸.*

5.2.3.2. El Despacho observa a folios 15 y 16 del cuaderno de medidas cautelares, citados en el acápite 1.3 de este proveído, el desarrollo de lo que denominó test de razonabilidad sobre los bienes encartados, argumentando lo adecuado, necesario y proporcional de las cautelas que controvierte la respetada defensa.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁴⁶ Ver reverso del folio 6 del cuaderno de solicitud de control de legalidad.

⁴⁷ Ver reverso del folio 7 del cuaderno de solicitud de control de legalidad.

⁴⁸ Ver folio 9 del cuaderno de solicitud de control de legalidad.



Es por ello que el instructor decidió imponer todas las medidas contenidas en el artículo 88 del CED, con base en el material probatorio recaudado durante la fase inicial y que está claramente señalado en el Informe de Policía judicial No. S-2019-010984/SUBGA-POJUD-29.54 del 05 de agosto de 2019 antes citado, informe que tiene los soportes probatorios necesarios y pertinentes.

Ahora bien, la defensa aduce un presunto error motivacional incorregible⁵⁴ por una sospechada argumentación genérica hecha por la Fiscalía al momento de la imposición de las medidas cautelares.

Sin embargo, para esta judicatura, salvo mejor apreciación, el persecutor sí fue cuidadoso a la hora de la escogencia y argumentación de las medidas cautelares, aunque fue lacónico en sus apreciaciones lo cierto es que se basó en las pruebas recogidas en los procesos administrativos ante la DIAN. Por lo que en nuestro criterio la Fiscalía no omitió la carga argumentativa que le correspondía para darle soporte legal a la decisión que tomó.

De otro lado, la defensa hace el siguiente ataque con respecto a la medida cautelar de Toma de posesión, haberes y negocios de sociedades:

“(...) lo cierto es que hubo una ausencia absoluta de motivación frente a la imposición de la medida cautelar correspondiente a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

Tan grave y palmario será este yerro que en ninguna de las 17 páginas correspondientes con la resolución de medidas cautelares se menciona dicha medida, solo en el primer ordinal de la parte resolutive. Es decir, ni siquiera fue mencionado de paso, como un comentario, sugerencia o quizá una idea suelta. Nunca fue mencionado, jamás se hizo una motivación si quiera mínima al respecto”⁵⁵.

En principio pareciera asistirle razón al defensor en el sentido de que la Fiscalía no hizo ninguna argumentación respecto de la causal 3ª del artículo 88 del CED, pero como quiera que se cauteló el establecimiento de comercio en su totalidad, es evidente la procedencia inexorable de la cautela en examen.

En efecto, el CED señala:

*“Artículo 100. **Extensión de la medida cautelar.** La medida cautelar sobre acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, comprende también sus dividendos, intereses, frutos, rendimientos y demás beneficios o utilidades que genere.*

Cuando la medida cautelar recaiga sobre el 100% de las acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, o sobre un porcentaje de participación accionaria que confiera el control de la sociedad, ella se extenderá a todos los activos que conformen el patrimonio de la sociedad y a los ingresos y utilidades operacionales o ingresos netos de los establecimientos de comercio o unidades productivas que posea.

La dirección, administración y representación de la sociedad o persona jurídica será ejercida por el administrador del FRISCO o por quién este designe como depositario provisional”. (Resaltado fuera del texto original).

Es decir, la norma anterior comporta una instrucción capital para entender esta figura jurídica, en el sentido de que cuando la cautela es total inevitablemente pasará al administrador que el FRISCO determine con las facultades de administrarlo e intervenir todo aquello que conforme su patrimonio, que es lo que en esencia significa la causal reseñada.

⁵⁴ Ver reverso del folio 10 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado.

⁵⁵ Ver reverso del folio 10 ibidem.



Teniendo en cuenta lo anterior, existe la obligación de expresar las razones que llevan al funcionario judicial a tomar una determinación de fondo y así determinar el alcance, la finalidad y el objetivo que con dicha imposición se persigue, 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”⁴⁹, precisamente esa obligación de motivar las decisiones judiciales implica controlar el poder estatal de su brazo represor⁵⁰.

A propósito de lo anterior la jurisprudencia tiene decantado lo siguiente:

“5.2. En ese cometido, precisa recordar que a la Fiscalía General de la Nación le asiste la facultad de afectar preventivamente el patrimonio de los ciudadanos, presuntamente obtenido mediante actos criminales, al momento de la presentación de la demanda, si no se ha adoptado en la fase inicial del trámite extintivo, con el propósito de garantizar la tutela judicial efectiva del objeto perseguido en caso de que se emita sentencia ordenando el despojo del dominio. Desde luego, atendiendo las finalidades previstas en el artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, a saber:

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.

Medidas cautelares establecidas en el artículo 88 ídem, (i) suspensión del poder dispositivo, (ii) embargo, (ii) secuestro y, (iii) toma de posesión de haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica; la primera a imponer de establecerse, a partir de las piezas suasorias recaudadas, el probable lazo entre el capital gravado y alguna de las escenarios (sic) que describe el precepto 16 del mismo estatuto. Mientras que en las restantes, además del fundamento previamente expuesto, el fiscal asume la carga argumentativa adicional de motivar la razonabilidad y necesidad de su imposición.

Aspectos esenciales en tanto el “decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas” específicamente, el de propiedad privada consagrado en el canon 58 de la Carta Política”⁵¹.

En concordancia con lo anterior, la Fiscalía General de la Nación no solamente debe 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:

“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”⁵².

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”⁵³.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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”.

⁵¹ Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá -Sala De Extinción De Dominio, auto del 29 de julio de 2020, Rad. 54001 3120001 2018 00220-01, M.P. ESPERANZA NAJAR MORENO.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.



Sin embargo, la Fiscalía al descorrer traslado del presente trámite señaló:

“Y en cuanto a la tercera circunstancia, la toma de posesión de bienes, negocios y establecimientos de comercio a que se refiere, es el mismo secuestro pero para establecimientos de comercio, pues lo que se pretende es sacar el bien del comercio, ya que, una vez los afectados se enteren de la medida pueden sustraerse del mismo, es decir venderlo, acabarlo, cerrar, evadir, etc, por lo que no puede seguir bajo la administración de los afectados, razón por la cual es necesario pasar la administración de esos bienes a la entidad creada por el Estado que es la Sociedad de Activos Especiales SAE-SAS”⁵⁶.

La judicatura comparte las razones expuestas por el persecutor, aclarando, sin embargo, que la toma de posesión y haberes no es el mismo secuestro por cuanto son dos figuras totalmente diferentes e independientes entre sí.

Por lo que no es plausible atender favorablemente los argumentos expuestos por la defensa, en el entendido de una presunta vulneración de los derechos de los afectados al omitir la Fiscalía referirse puntualmente a la causal en comento.

Finalmente, 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.”⁵⁷.

5.2.3.3. Así mismo, independientemente de que el defensor de los aquí afectados comparta o no la hermenéutica que llevó a la Fiscalía General de la Nación a tomar la Resolución atacada, ello no descalifica *ipso facto* el mismo y, por ende, obligue a esta judicatura al levantamiento solicitado.

En tal virtud, el Despacho se ciñe a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia con respecto a la aplicación de los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia y su necesidad de aplicarlos en cualquier actuación judicial, al señalar:

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

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

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos

⁵⁶ Ver folio 35 del Cuaderno de Control de Legalidad del Juzgado:

⁵⁷ Corte constitucional, sentencia C-1025 del 20 de octubre de 2004, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.



cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

(...)

Insistir en la aplicación del citado control y esbozar el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en providencias como la presente, le permite no sólo a las autoridades conocer e interiorizar las obligaciones contraídas internacionalmente, en relación con el respeto a los derechos humanos, sino a la ciudadanía informarse en torno al máximo grado de salvaguarda de sus garantías.

Además, pretende contribuir en la formación de una comunidad global, incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las prerrogativas fundamentales en el marco del sistema americano de derechos humanos”⁵⁸.

De este modo, la Convención Americana de Derechos Humanos establece lo siguiente sobre la propiedad privada:

“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”.*

En interpretación de la norma en cita, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido sobre la restricción del derecho de la propiedad en los siguientes términos:

“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”⁵⁹.

Luego, en otro pronunciamiento, dijo el Alto Tribunal Internacional:

“60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”⁶⁰.

Puede verse sin mayores dificultades que la limitación de la propiedad privada es factible cuando se presenten los requisitos necesarios para su limitación, lo cual no implica el desconocimiento de dicho derecho, esto es, 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.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, segunda instancia tutela del 10 de junio de 2021, Rad. No. 11001-02-04-000-2021-00188-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 17951.



Entonces, y salvo mejor criterio, no se observa vulneración alguna a la preceptiva en materia de propiedad privada del instrumento internacional en cita que lleve a esta judicatura a decretar la ilegalidad deprecada por la defensa.

Conforme a lo citado, encuentra esta judicatura que el ejercicio 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 amplia*⁶¹.

5.2.3.4. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso⁶² 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 posible⁶³, entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance⁶⁴, 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, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES. HABERES, Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA**, se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio⁶⁵.

5.3. 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 numerales 1, 2 y 3 del artículo 112, de la Ley 1708 de 2014 planteadas como hipótesis de trabajo por la parte actora.

⁶¹ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, 252.

⁶² 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".

⁶³ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.

⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. En esa decisión se dijo a propósito de la prueba mínima: "*Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados".* (Resalto fuera del texto original).



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 Formal y Material 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 ECONÓMICA**, decretadas mediante Resolución del 15 de marzo de 2021, emitida por la Fiscalía 39 adscrito a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio en contra, entre otros, de los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria **Nos. 260-121763 y 260-121764** de la Oficina de Registro de Cúcuta, y el establecimiento de comercio bajo la matrícula mercantil **No. 117210-16595566-8**, razón social "QUESERA CIFUENTES", ubicado en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, por encontrarse dentro de la causal 5ª del Código de Extinción de Dominio, propiedad de los señores **GILBERTO ANTONIO CIFUENTES MURILLO y GILBERTO SEGUNDO CIFUENTES GONZÁLEZ**, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN⁶⁶ Y APELACIÓN⁶⁷** 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 **54001-31-20-001-2021-00028-01**, como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ
Juez

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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".