



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 veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO:	Auto mediante el cual SE RESUELVE SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES (artículo 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014), respecto del bien inmueble identificado con los Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 260-229954 del que aparece como titular de derechos la SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A NIT: 811028538-4.
RADICACIÓN:	54001-31-20-001-2021-00028-05
PROCEDENCIA FGN:	1100016099068201900502 - FISCALÍA 39 Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio
AFECTADOS:	JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO, REPRESENTANTE DE JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS SOCIEDAD COMANDITA SIMPLE CON NIT: 822002320-3 Y OTROS.
BIENES OBJETOS DE EXT:	INMUEBLES: FMI No. 260-121763, 260-121764, 260-185271, 260-185272, 260-229954, 260-244982, 260-30020. ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO DENOMINADOS QUESERA CIFUENTES NIT 117210-16595566-8. SHOES PLAN B NIT 286721-1090489330-3. LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA NIT 260249-88270318-4. VARIEDADES LAS LOCURAS PAISAS DE LA FRONTERIZA NIT 271022-1093764291-4, TODO A \$1000 \$2000 \$5000 EL GIGANTE DE LA OCTAVA NIT 260-796-1013639987-6.
ACCIÓN:	EXTINCIÓN DE DOMINIO.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta Norte de Santander, a resolver la solicitud de control de legalidad, presentado por el **Dr. JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.090.504.660 de Cúcuta, abogado en ejercicio e inscrito con tarjeta profesional No. 310.672 del C. S. de la J., apoderado del señor **FREDY CELIS GIL**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 88.270.318, expedida en Cúcuta, Departamento Norte de Santander, mediante el cual depreca **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, del bien inmueble identificado con folio de matrícula No. **No. 260-229954**, donde funciona el Establecimiento Comercio bajo la matrícula 260249-82700319-4, de razón social **LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, Centro de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, que regulan el control de legalidad a las medidas cautelares.

1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL Y SITUACIÓN FÁCTICA

1.1. Mediante resolución del 26 de mayo del 2020, y con fundamento en los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, profirió Resolución de Medidas Cautelares al considerar que, entre otros, el bien inmueble identificado con folio de matrícula **No. 260-229954**, donde funciona el Establecimiento Comercio bajo la matrícula **No. 260249-82700319-4**, de razón social **LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, Centro de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, se encuentra dentro de la causal 5ª del Art. 16³ del Código de Extinción de Dominio⁴.

¹ Ver folios 1 al 14 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No.05

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

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

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

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



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 investigativa 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”⁵.

1.2.1. El precursor identifica e individualiza el inmueble de la siguiente manera:

Tipo de Bien	LOCAL COMERCIAL
Dirección	CALLE 9 # 7 – 66
Municipio	Cúcuta
Departamento	Norte de Santander
Escritura	No.2807 del 05/12/2012 de la Notaría 5 de Cúcuta
Matrícula inmobiliaria	260-229954 de la Oficina de Registro de Cúcuta
Propietario(s)	SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A NIT: 811028538-4.

1.2.2. Así mismo, el precursor identifica e individualiza el Establecimiento de Comercio de la siguiente manera:

Nit o matrícula	260249-88270318-4
Razón social	LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA
Dirección	CALLE 9 # 7 - 66, SECTOR CENTRO
Ciudad	Cúcuta
Departamento	Norte de Santander
Actividad Económica	Comercio al por menor de otros artículos Domésticos en establecimiento especializados.
Activos Vinculados	\$5'000.000
Observaciones	Renovó 29 de mayo 2020.

Respecto al inmueble objeto del presente control la fiscalía argumentó:

“Para el inmueble identificado con folio de matrícula 260- 229954, ha sido destinado ilícitamente de manera reiterada por parte de su arrendatario, para el almacenamiento, venta y distribución de mercancías de contrabando (bisutería), 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 este inmueble funciona el establecimiento de comercio bajo razón social LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA”⁶.

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

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

“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,

⁵ Ver folio 2 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁶ Ver folio 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



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, ii), 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"⁷.

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 no pueden seguir bajo la custodia o administración de sus moradores o de quienes permitieron el incumplimiento de la función social y ecológica"⁸.

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

⁷ Ver folio 15 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁸ Ver folios 15 y 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



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”⁹.

En ese orden de ideas, entonces, para el bien inmueble identificado con folio de matrícula No. **260-229954**, donde funciona el Establecimiento Comercio bajo la matrícula mercantil No. **260249-82700319-4**, de razón social **LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, Centro de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, 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.

Es decir, que a partir de las inspecciones judiciales realizada el día 05 de marzo de 2019, en alianza estratégica entre la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de “(...) *contrarrestar la delincuencia común y disminuir los índices de criminalidad, en especial aquellas organizaciones dedicadas al almacenamiento, posesión, distribución y comercialización de la actividad ilícita de mercancía y productos lácteos de procedencia extranjera, la cual no tiene documentación que ampare su legal ingreso a territorio nacional aduanero; observamos que años atrás se presenta un incremento considerable en la comercialización de mercancía extranjera, tal es así que la ciudad de Cúcuta*”¹⁰.

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. El Dr. **JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES**, interpone control de legalidad a las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021¹¹ por la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, a favor de su mandante el señor **FREDY CELIS GIL**, en calidad de propietario y administrador del establecimiento comercio bajo la matrícula 260249-82700319-4, de razón social **LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**, bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. **260-229954**, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, Centro de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander.

El profesional del derecho, solicita el control de las medidas cautelares a favor de su mandante, invocando los numerales 2 y 3 del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, que en su literal dicen:

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.*

2.2. En relación a la causal 2 del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, el abogado sustentó en los siguientes términos:

“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.”¹², como sustento la defensa trae a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2013.

⁹ Ver folio 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁰ Ver folio 5 del Cuaderno Original de la FGN

¹¹ Ver folios 1 al 17 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹² Ver reverso folio 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.



Acto seguido, sostiene lo que denomina los tres criterios de la doctrina probable constitucional de idoneidad o adecuación de la medida, la necesidad y el test de proporcionalidad en sentido estricto, con fundamento en la sentencia C-144 de 2015.

Así mismo manifiesta que *“en la resolución de medida cautelar no se acreditó con suficiencia este derrotero, pues su argumentación fue general para cada uno de los bienes inmuebles y establecimientos de comercio afectados, de manera que se puede considerar lo siguiente:*

“La fiscal realizó una argumentación genérica, reiterándose esto, ya que 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, bienes y actividades económicas que se desarrollan 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.

(...)

Por lo tanto, al no haber realizado un verdadero análisis de proporcionalidad frente a cada uno de los bienes afectados, puede entenderse, de plano, que no hubo la posibilidad de considerar las condiciones particulares de cada uno de los bienes. Recuérdese que con esta decisión se afectan uno de los derechos de mayor raigambre constitucional, pues la propiedad privada hace parte especial de la configuración constitucional colombiana, y su afectación debe estar precedida, en todo momento de las argumentaciones necesarias que permitan brindar claridad y seguridad sobre que no habrá ningún yerro que permita cuestionar su ilegalidad, so pena de incurrir en las posteriores reparaciones a esta afectación ilegal”¹³.

La defensa señala que la Fiscalía 39 ED no argumentó cada uno de los bienes inmuebles y establecimientos de comercio cautelados, y manifiesta:

“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.

Esto quiere decir, que nunca mencionó directamente a los bienes correspondientes al señor FREDY CELIS GIL 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”¹⁴.

Acto seguido, la defensa realiza algunas precisiones sobre la idoneidad o adecuación sustentada por la Fiscalía 39, en los siguientes términos:

*“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)”¹⁵.*

Concluyendo *“(…) que el único análisis que le era exigido realizar a 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”¹⁶. (Resaltado en el texto original).*

Así mismo, la defensa señala frente a la necesidad de las medidas cautelares, que *“Esto implica que la Fiscal debió seleccionar cuál de todas las medidas que señaló como adecuadas resulta ser*

¹³ Ver reverso del folio 5 y folio 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁴ Ver folio 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁵ Ver folio 6 y reverso del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

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



*menos gravosa; por tal razón, surge como evidentemente incorrecto que haya encontrado que todas las medidas son adecuadas, y a la vez necesarias. Puesto que, si todas resultan idóneas para el cumplimiento del fin, esto es, encuentra que todas sirven para asegurar la finalidad perseguida por el legislador, era su deber, y un **mandato de carácter constitucional** fundamentado en la doctrina probable de la Corte, el adoptar la que en menor medida afectara el derecho a la propiedad privada que, en este caso, resulta ser la de **suspensión del poder dispositivo**"¹⁷ (Resaltado en el texto original).*

Y dice que el precursor utilizó los mismos argumentos para acreditar los supuestos de idoneidad y necesidad de la causal de extinción de dominio, así: *"Lo anterior quiere decir que, la fiscalía señala en el presente caso que la medida es idónea porque los bienes se encontraban siendo 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"*¹⁸.

2.3. En lo referente a la causal 3ª del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, el gestor manifestó siguientes:

"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"¹⁹. (Resaltado en el texto original).

El Dr. JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES, finaliza solicitando a este estrado judicial que:
"En mérito de los argumentos expuestos anteriormente, se torna imperativo que el Juez de Extinción de Dominio competente: DECLARAR la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía 39 de Extinción de Dominio en contra del bien inmueble y establecimiento de comercio anteriormente señalados bajo la resolución de fecha 15 de marzo de 2021"²⁰.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

A través de auto de sustanciación emitido por parte de este Despacho el día 21 de junio de 2021²¹, se admitió la presente solicitud de Control de Legalidad a Medidas Cautelares ordenando correr traslado común de conformidad con lo preceptuado en los artículos 33 y 113 de la Ley 1708 de 2014, dejando el expediente a disposición de los de los sujetos procesales e intervinientes, teniéndose los siguientes argumentos:

3.1. Fiscalía 39 Delegada Especializada del Derecho de Extinción de Dominio, mediante memorial fechado a los 24 días del mes de junio de los corrientes, solicitó de esta judicatura denegar la solicitud hecha por la defensa del afectado, en los siguientes términos:

¹⁷ Ver folio 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁸ Ver folio 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁹ Ver reverso 8 y folio 9 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

²⁰ Ver folio 9 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

²¹ Ver folio 16 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05.



“Respecto a la segunda circunstancia invocada por el doctor Páez Jaimes, con relación a la decisión proferida por este despacho, en el entendido que las medidas cautelares no se tornan como necesarias, razonables y proporcionales, las mismas no encuentran asidero, pues el fin es evitar que se continúe con la actividad ilícita, ya que en el establecimiento de comercio de razón social “Los Santuarianos Fronteriza”, se estaban comercializando mercancías de contrabando; y como bien podrá observar señor Juez, la Fiscalía si 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 Beltrán Sierra, de la siguiente manera: “(...) Tercera.- Razón de ser de la caución, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...).

*Ahora bien, sobre las circunstancias esbozadas por el profesional del derecho, 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 el establecimiento de comercio “**La Locura de los Santuarianos Fronteriza**”, fue 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, es decir, allí se estaba realizando de manera reiterativa actividades ilícitas por parte del dueño del establecimiento de comercio; de esta manera incumpliendo con la función social de la propiedad, quien debe velar por que las actividades que ejerza sean lícitas y cumplan con la ley, es decir el propietario le dio una indebida destinación a su establecimiento; y en el presente caso se está debatiendo el incumplimiento de la función social de la propiedad consagrada en el artículo 58 de la Constitución Nacional.*

Es de recalcar que, la Fiscalía realizó una investigación en fase inicial que le permitió recaudar legalmente 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 ibidem, 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 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”²².

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 39²³, artículo 111 e inciso 2º del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, norma última modificada por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017²⁴, por encontrarse el del bien inmueble identificado con folio de matrícula No. **No. 260-229954**, donde funciona el Establecimiento Comercio bajo la matrícula 260249-82700319-4, de razón social **LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, Centro 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.

²² Ver anverso y reverso del folio 23 y folio 24 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05.

²³ 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).

²⁴ 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”.



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 (...)”²⁵.

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”²⁶.

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.

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”²⁷.

²⁵ 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**.

²⁶ 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**.

²⁷ 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**.



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*²⁸, 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, 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”²⁹.

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 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 cautelares adoptadas, sin entrar a resolver de fondo.

5.2. CASO CONCRETO:

La defensa solicita se decrete la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas a través de la Resolución del 15 de marzo de 2021, emitida por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, aduciendo 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 3...”³⁰.

Sea pertinente aclarar que el presente auto interlocutorio se referirá exclusivamente al establecimiento de comercio como tal, mientras que se declarará la improcedencia de la presente solicitud con respecto del inmueble que se identifica con el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 260-229954, por cuanto el Sr. FREDY CELIS GIL, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 88.270.318, expedida en Cúcuta, no es el propietario por lo que carece de legitimidad para el efecto, tal como se establecerá más adelante.

5.2.1. Para la imposición de las medidas cautelares de que trata el artículo 88 del CED³¹, 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).

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

²⁹ 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”.

³⁰ Ver folio 4 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05.

³¹ Código de Extinción de Dominio.



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

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

(...) si el solicitante sustentara la petición -ilegalidad- en la circunstancia descrita en el numeral primero del artículo 112 del Código rector, correspondería al juez apreciar las pruebas aportadas por el ente acusador con el único objetivo de establecer si estas alcanzan índices de acierto, esto es, si hacen que las afirmaciones de cargo sean más o menos factibles -probabilidad-”³².

En este caso en particular, el ente investigador presenta como prueba el informe de las actividades investigativas mediante oficio S-2019-010984/SUBGA-POJUD-29.54, de fecha 5 de agosto de 2019³³, suscrito por la **PT. LEIDY DAYANA ALVARADO HERNÁNDEZ**, investigadora Criminal del Grupo de Policía Judicial de POLFA – Bogotá, que le permitió imponer las cautelas aquí controvertidas sobre el establecimiento comercio bajo la matrícula mercantil **No. 260249-82700319-4**, de razón social **“LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA”**, bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria **No. 260-229954**, ubicado en la Calle 9 No. 7 – 62 de Cúcuta, donde manifestó:

“(…) teniendo en cuenta la información y documentación allegada al proceso, permite demostrar la actividad ilícita que se ha desarrollado en los muebles e inmuebles citados en la presente, los cuales han sido utilizados como medio e instrumento para el almacenamiento y venta de mercancía de contrabando. Esta 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 (...)”³⁴.

Encontrándose que en el inmueble funciona el establecimiento de comercio **“LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA”**, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62 de Cúcuta, los siguientes hallazgos:

*“250 limpián (sic) de cocina marca royal país de origen china por un valor avaluó \$1.600.000 con Acta de aprehensión N° 00124, de fecha 12/01/2018.
650 hoja de segueta de procedencia extranjera por valor avaluó de \$881.550 con Acta de aprehensión N° 02826, de fecha 26/07/2018
916 linternas, ventiladores, medias de procedencia extranjera por valor avaluó de \$ 2.442.398 con Acta de aprehensión N° 1172, de fecha 15/05/2017”³⁵.*

Así mismo, el persecutor aporta al plenario Certificado de Tradición del inmueble objeto de debate identificado con folio de matrícula inmobiliaria **No. 260-229954** de la oficina de instrumentos Públicos de Cúcuta, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, de propiedad de la **SOCIEDAD SURTITEX S.A. NIT: 811028538-4**³⁶.

Allega, copia de la Escritura Pública N° 2807 del 05 de diciembre de 2012, Notaría Quinta del Circuito de Cúcuta, cuya anotación No 2 se concretó la COMPRAVENTA, Folio de matrícula Inmobiliaria **No. 260-229954** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta, DE: ANTONIO PARRA identificado con cédula de ciudadanía 5530439 A: **SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A. NIT: 811028538-4**³⁷.

Se avizora en el plenario, Certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio de razón social **LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**, NIT 88270318-4, ubicado Calle 9 # 7 - 62, matrícula No. 260249 fecha de renovación

³² 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.

³³ Ver folios 5 al 13 Cuaderno Original de la FGN No. 1

³⁴ Ver folio 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN

³⁵ Ver folios 4 y 5 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN

³⁶ Ver folios 114 y 115 del Cuaderno Original de la FGN No. 3

³⁷ Ver folios 38 al 45 del Cuaderno Original de la FGN No. 2



de la matrícula 23 de marzo del 2021, de propiedad del señor **FREDDY CELIS GIL**, identificado con cédula de ciudadanía 88.270.318³⁸.

Así, mismo la Fiscalía General de la Nación, argumentó que:

*"Para el inmueble identificado con folio de matrícula 260- 229954, ha sido destinado ilícitamente de manera reiterada por parte de su arrendatario, para el almacenamiento, venta y distribución de mercancías de contrabando (bisutería), 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 este inmueble funciona el establecimiento de comercio bajo razón social LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA"*³⁹.

Y el precursor lo sustenta de la siguiente manera:

"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.

*Los EMP y EF recolectadas a través de las actuaciones investigativas, permiten inferir razonablemente la destinación de los citados inmuebles en la consumación de conductas relacionadas con la actividad delictiva de contrabando, entre otros, circunstancias que evidencian claramente las actividades indebidas allí desplegadas, llevando a los titulares de derecho de dominio al incumplimiento de la función social de la propiedad privada consagrado en la Carta Magna (Art. 58), pues que los propietarios han sido permisivos, a sabiendas de que en reiteradas ocasiones se han llevado controles y diligencias por parte de DIAN y POLFA, donde se han aprehendido mercancías de contrabando, procedimientos que son de público conocimiento, sin que se observe por parte de los titulares de derecho se tomen las medidas necesarias para evitar que el arrendatario continúe con la actividad ilícita que allí realizadas."*⁴⁰

El informe tiene sustento en la inspección judicial del día 05 de marzo de 2019, realizada en los procesos administrativos los cuales fueron aportados al paginario así:

1. Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 00124 del 12 de enero de 2018 y documentos soportes⁴¹, donde se evidencia *"(...) se procede a realizar visita aduanera con el fin de inspeccionar, verificar la m/cia física y documental que se encuentra al interior del establecimiento comercial, se da inicio a la inspección encontrando (2500) unidades de limpiadores de cocina marca: casa royal; de procedencia extranjera. El señor propietario de la m/cia manifiesta que no tiene documentación, soportes, facturas o declaraciones de importación de la m/cia en mención, por tal motivo se procede a realizar la medida cautelar de aprehensión (...)"*⁴².
2. Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 02826 del 26 de julio de 2018 y documentos soportes⁴³, donde se evidencia *"(...) se da inicio a la diligencia aduanera encontrando la siguiente m/cia: (250) pares de calzado tipo chanclas marca noraflez diferentes colores y tallas de procedencia extranjera (400) unidades de hojas de seguetas sin marca, de procedencia extranjera. El señor propietario del establecimiento manifiesta no tener ningún tipo de documentación o soporte ampare, por tal motivo se procede a realizar la medida cautelar, de aprehensión (...)"*⁴⁴.

³⁸ Ver folios 10 y 11 del Cuaderno Original de la FGN No. 1

³⁹ Ver folio 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN

⁴⁰ Ver folio 8 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN

⁴¹ Ver folios 1 al 9 Cuaderno Original de la FGN No. 2

⁴² Ver folio 2 del Cuaderno Original de la FGN No. 2

⁴³ Ver folios 12 al 20 Cuaderno Original de la FGN No. 2

⁴⁴ Ver folio 12 del Cuaderno Original de la FGN No. 2



3. Acta de Hechos para Acción de Control Posterior No. 1172 del 15 de marzo de 2017, y documentos soportes⁴⁵, donde se evidencia “(...) encontrando 110 linternas tipo minera de referencia cp-306, 88 ventiladores portables, 118 linternas led tipo minera de referencia 2014-2, 600 pares de medidas puntador de procedencia extranjera. El señor no presento ningún tipo de documentación que acrediten su legal ingreso al territorio aduanero nacional colombiano teniendo en cuenta lo anterior se procede a realizar la medida cautelar de aprehensión (...)”⁴⁶.

Así mismo, es claro para este estrado judicial que el establecimiento de comercio objeto de extinción, como lo muestran las actas de aprehensión realizadas por la DIAN, se encontró mercancía de contrabando, lo cual permite inferir razonablemente el nexo causal entre el bien objeto de cautelas con la causal enrostrada por el acusador, toda vez que se ha venido ejecutando de forma reiterativa actividades ilícitas, esto es, comercialización y almacenamiento de mercancías sin justificar su procedencia como tampoco aportar los documentos soporte que amparen la introducción legal al territorio aduanero nacional para su comercialización, por tal motivo es evidente que ha incumplido con la función social y ecológica que se le debe dar a la propiedad, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 58 de la Constitución Política⁴⁷.

Bajo ese entendido, sin duda alguna la Fiscalía cuenta con elementos de prueba suficientes para soportar la resolución que controvierte la defensa, como también se puede apreciar que el persecutor cumplió con la carga argumentativa que le es exigible.

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

“Prueba Sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce”.⁴⁸

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

*“Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados”*⁴⁹.

En efecto, como lo señala la doctrina: *“Las exigencias legales para proferir alguno de estos dos actos procesales no requieren como presupuesto el agotamiento de toda la controversia probatoria”*⁵⁰, 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.

⁴⁵ Ver folios 21 al 30 Cuaderno Original de la FGN No. 2

⁴⁶ Ver folio 22 del Cuaderno Original de la FGN No. 2

⁴⁷ 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.”

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁵⁰ BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 545.



Así las cosas, las medidas controvertidas 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:

*"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"*⁵¹.

La Fiscalía asume la carga probatoria para imponer las cautelares como también 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"*⁵².

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

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

*Lo anterior, con el propósito de revestir de garantías procesales al sujeto pasivo de la acción y equilibrar los instrumentos de defensa respecto de las atribuciones entregadas al ente instructor en látase inicial"*⁵³.

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

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

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C – 740 del 28 de agosto de 2003, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁵³ 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.



Sin embargo, las cautelas jamás implican una sentencia condenatoria, pues el juicio no ha concluido⁵⁴. Es más, no entrañan una determinación de la responsabilidad o de la ilegitimidad del título que exige el derecho de dominio sobre un bien

(...)

Ahora bien, la protección precautelaria por importante que sea debe respetar el debido proceso del afectado, de manera que éste es la contracara de las finalidades preventivas de las medidas cautelares⁵⁵. (Resaltado del Despacho).

De otro lado, es pertinente 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 officio⁵⁶”⁵⁷.

En tal virtud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 21.2 de la Convención Americana⁵⁸, 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”⁵⁹.

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 Política⁶⁰, 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 mutabilidad⁶¹.

Para esta judicatura la Fiscalía se ajustó a los parámetros establecidos en el artículo 88 del CED ya que arrió 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.

5.2.2. Así mismo, es pertinente aclarar que el juzgador en esta instancia debe establecer que la hipótesis del ente investigador alcanza el grado de conocimiento

⁵⁴ Sentencia C-030 de 2006 y C-490 de 2000.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 357 del 6 de agosto de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala*. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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”.*

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

⁶⁰ 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”.*

⁶¹ 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.



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”*⁶².

En efecto, así lo tiene decantado de manera pacífica y reiterada el 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”*⁶³. (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 controvertidas⁶⁴.

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

5.3.1. 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, el persecutor no realizó un adecuado análisis del test de proporcionalidad, y 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”*⁶⁵.

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”*⁶⁶, 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 dispositivo⁶⁷.

Desafortunadamente para los intereses de la defensa dichos argumentos no son suficientes para que esta Judicatura decrete la ilegalidad de las medidas cautelares impuestas sobre el establecimiento comercio que representa, y, teniendo en cuenta lo anterior, este estrado judicial dirá que las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía 39 E.D., se desarrolló y sustentó con apego al test de razonabilidad.

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

⁶² FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 60.

⁶³ 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.

⁶⁴ ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba en Derecho. Ediciones Lemer, Bogotá, 1967, pág. 66.

⁶⁵ Ver reverso del folio 4 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05

⁶⁶ Ver reverso del folio 5 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05

⁶⁷ Ver folio 7 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05



“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”⁶⁸.

Entonces, la Fiscalía no solamente contó con las pruebas necesarias para la afectación de derechos fundamentales, sino que argumentó a la luz de los fines constitucionales con base al Principio de Proporcionalidad, el cual, a partir de la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional se entiende 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”⁶⁹.

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”⁷⁰.

Es claro 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.

5.3.2. Ahora bien, la defensa aduce la presencia de un presunto error motivacional incorregible⁷¹ por argumentación genérica hecha por la Fiscalía al momento de la imposición de las medidas cautelares.

Para este Despacho, la Fiscalía basó su argumentación y la soportó en los procesos administrativos realizados ante la DIAN, reflejados en las inspecciones judiciales del día 05 de marzo de 2019, los cuales demuestran que, en desarrollo de controles aduaneros en el establecimiento de comercio de marras, se encontró mercancía, al parecer, de procedencia ilegal sin ninguna documentación que acreditara su legalidad.

⁶⁸ 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**.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, M.P. **CARLOS GAVIRIA DÍAZ**.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, M.P. **RODRIGO ESCOBAR GIL**.

⁷¹ Ver reverso del folio 8 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05



llegalidad que conllevó al instructor a tomar las medidas necesarias para contrarrestar el desarrollo ilegal de transacciones comerciales, entendiéndose que las mismas lesionan el ordenamiento jurídico en general, ya que la *“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”*⁷².

La defensa afirmó con respecto a la cautela de toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, lo siguiente: *“(...) 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”*⁷³.

Lo anterior lleva al defensor a señalar 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 consecuencia, la misma fue debidamente impuesta por el ente fiscal, respondiendo a la finalidad de evitar que se siga explotando de forma ilegal el inmueble en examen.

En efecto la norma 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 FRISCO o al administrador que este determine con las facultades de administrarlo e intervenir todo aquello que conforme su patrimonio.

Y no es que esta judicatura esté supliendo los argumentos de la Fiscalía, sino que se entiende que debido a la realidad procesal del presente caso resulta viable la imposición de la cautela de la cual la defensa se duele.

5.3.3. Igualmente, la defensa pretende que, a partir de las pruebas por él aportadas a través de este control de legalidad, se reconozca a su cliente fuera de toda responsabilidad, sin embargo, para este Despacho no resulta pertinente pronunciarse al respecto por la potísima razón de que no es este el escenario natural para tal fin.

Lo anterior tiene raíz en la jurisprudencia de la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal de Bogotá 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 insístase, lo que se pretende

⁷² GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Ilícitud. Editorial jurídica mexicana, México, 1959, pág. 6.

⁷³ Ver reverso del folio 8 y folio 9 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado No. 05.



*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*⁷⁴. (Resalto fuera del texto original).

Y reiterado recientemente como sigue:

*“En ese orden, la presente etapa del proceso no es, ciertamente, la oportunidad para someter a contradicción los elementos suasorios de cargo; tal ejercicio es propio del juicio donde se lleva a cabo la controversia entre los intereses contrapuestos que las partes en disputa -los perjudicados, el representante del Ministerio de Justicia y el acusador- representan”*⁷⁵.

Entonces, la tesis presentada por la defensa deberá ser probada durante el desarrollo del juicio.

5.4. EN REFERENCIA AL BIEN INMUEBLE IDENTIFICADO CON FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA No. 260-229954.

De acuerdo a la solicitud elevada a este Despacho en el contexto de “(...) **DECLARAR la ilegalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía 39 de Extinción de Dominio en contra del bien inmueble (...) señalados bajo la resolución de fecha 15 de marzo de 2021**”⁷⁶, es oportuno precisar que revisado el plenario el inmueble objeto de debate identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. **260-229954** de la oficina de instrumentos Públicos de Cúcuta, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, es de propiedad de la **SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A.** NIT: 811028538-4⁷⁷.

Así mismo, mediante Escritura Pública N° 2807 del 05 de diciembre de 2012, de la Notaría Quinta del Circuito de Cúcuta, en cuya anotación No. 2 se concretó la **COMPRAVENTA**, entre el señor **ANTONIO PARRA**, y Otros, identificado con cédula de ciudadanía 5530439, y la **SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A.** con NIT 811028538-4⁷⁸.

Por lo tanto, dentro del proceso de Extinción del Derecho de Dominio, son considerados como sujetos procesales, la Fiscalía General de la Nación y los afectados entre ellos las personas naturales o jurídicas, que invoquen ser titulares de derechos sobre el bien objeto de que se trate.

Por lo anterior, es preciso traer a colación que, mediante auto del 23 de julio de 2018, identificado con el radicado 080013120012016000501, siendo ponente el Honorable Magistrado **WILLIAM SALAMANCA DAZA**, se estableció que solo son “afectados” solamente aquellas personas que sean titulares del derecho de dominio.

Y de cara a la legitimación en la causa se tiene que ésta determina quiénes pueden ser parte en un proceso, es decir, “en rigor, quién debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito”⁷⁹. En términos del Consejo de Estado, la legitimación en la causa es un presupuesto anterior y necesario para dictar sentencia de mérito y hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente:

“Está legitimado en la causa por activa quien tiene la vocación para reclamar la titularidad de un derecho otorgado por la ley y, específicamente, cuando se interponen demandas en ejercicio del medio de control de

⁷⁴ 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**.

⁷⁵ 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**.

⁷⁶ Ver folio 9 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁷⁷ Ver folios 114 y 115 del Cuaderno Original de la FGN No. 3

⁷⁸ Ver folios 38 al 45 del Cuaderno Original de la FGN No. 2

⁷⁹ **ALVARADO, A.** Introducción al estudio del derecho procesal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 95.



*reparación directa, quien demuestre en el proceso su condición de perjudicado con la acción u omisión que produjo el daño cuya indemnización se reclama*⁸⁰.

Así mismo, la Sala de Extinción de Dominio del Honorable Tribunal de Bogotá, se ha pronunciado sobre la legitimidad en la causa en los siguientes términos: “(...) los destinatarios del CED, no sean otros, que las personas que figuran como dueños titulares del dominio, herencia, nuda propiedad, propiedad fiduciaria, usufructo, habitación, servidumbre activa y comunidad, la hipoteca, prenda, censo y el derecho de retención, o sea que, al proceso afectación de los derechos reales sólo pueden concurrir quienes ostenten tal calidad”⁸¹.

Y sobre la legitimación para acudir al proceso más adelante señala: “Así pues, cuando en la norma se habla, de la “...legitimación para acudir al proceso”⁸², la referencia legal se hace directamente al dueño de la cosa, y no, a los demás derechos que pueden recaer sobre ésta. Por eso, cuando el canon 17 del CED refiere que “La acción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real <patrimonial> y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido”. Esto debe entenderse en armonía con el resto del articulado de la codificación en cita.

*Si la acción tiene por resultado que el señorío sucumba sin contraprestación alguna a favor del Estado, porque así sea declarado judicialmente, en esa medida la legitimidad para acudir al proceso la da esa relación sustancial y no cualquier otra, aunque tenga su apariencia, pero devenga de un poder precario*⁸³.

En términos expresados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema se tiene:

“1. La legitimación en la causa como presupuesto indispensable para la procedencia de la pretensión, es decir, como condición de la acción judicial, ha sido considerada una cuestión propia de derecho sustancial pues alude a la materia debatida en el litigio.

La prosperidad de la pretensión depende, entre otros recursos ha dicho la Sala de que “se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado” (Destaca la Sala).

(...)

Así lo ha decantado la jurisprudencia de esta Sala al precisar que la ausencia de legitimación “no constituye independencia para resolver de fondo la Litis, si no motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se quiere cuando quien reclama el derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material que se ponga punto final al debate”⁸⁴

Al respecto, la Sala de Extinción de Dominio del Honorable Tribunal de Bogotá, se pronunció:

“El asunto no es meramente formal, antes bien es de carácter sustancial, como quiera que tal “legitimatío ad processum” implica la identificación de la capacidad jurídica procesal, y se trata de un verdadero presupuesto adjetivo para actuar, tanto así que la doctrina ha sostenido que la falta de aquella “constituye un motivo de nulidad, que vicia el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse en el caso de que el juez no caiga en la cuenta de que existe ese vicio”⁸⁵.

Por lo tanto, esta judicatura observa que el señor **FREDY CELIS GIL** carece de legitimidad en la causa por activa, toda vez que el titular de derechos del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria **No. 260-229954** de la oficina de

⁸⁰ Gaceta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, fallo 00350 de 2018, del 17 de septiembre de 2018, Consejero Ponente. **JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**.

⁸¹ Ver entre otros, Sala de Extinción de dominio del Tribunal de Bogotá, auto de 23 de julio de 2018, radicado 080013120001201600005 01, con salvamento de voto del Magistrado Pedro Oriol Avella Franco, y acción de tutela radicado 110012220000201900121 00, M.P. William Salamanca Daza.

⁸² Artículo 1° del CED

⁸³ Ver entre otros, Sala de Extinción de dominio del Tribunal de Bogotá, auto de 23 de julio de 2018, radicado 080013120001201600005 01, con salvamento de voto del Magistrado **PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO**, y acción de tutela radicado 110012220000201900121 00, M.P. William Salamanca Daza.

⁸⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción de Dominio, Rad.540013120001201900025 01, Auto del 17 de junio de 2020. M.P. Dr. **WILLIAM SALAMANCA DAZA**.

⁸⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción de Dominio, Rad.11001070401201100016 02 (E.D. 029.2), Auto del 19 de julio de 2019. M.P. Dr. **PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO**.



instrumentos Públicos de Cúcuta, ubicado en la Calle 9 No. 7 - 62, de la ciudad Cúcuta, es la **SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A.** NIT: 811028538-4⁸⁶.

Lo que significa que esta judicatura y salvo mejor criterio, decretará Rechazar de plano por Improcedente el control de legalidad en examen con relación al inmueble.

5.5. No es que esta judicatura desestime los argumentos debidamente planteados por la defensa, sino que lo cierto es que no es este el escenario natural para ventilar un debate probatorio y así determinar o no algún tipo de responsabilidad.

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 el inmueble encartado tiene relación con la causal 5ª del Art. 16 del CED.

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

Al hilo de lo anterior, la judicatura hará caso omiso de la solicitud elevada por la defensa del afectado pues al revisar la foliatura que comprende este trámite se advierte la existencia de elementos mínimos suficiente para el mantenimiento de la incolumidad de la Resolución del 15 de marzo de 2021.

5.6. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso⁸⁷ 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 posible⁸⁸, entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance⁸⁹.

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 preventiva de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN**, se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio que llevó a la adopción de la determinación que le desagrada a la defensa pero con respeto de la dignidad humana.

⁸⁶ Ver folios 114 y 115 del Cuaderno Original de la FGN No. 3

⁸⁷ 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".

⁸⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.

⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.



Y sólo en el hipotético evento en que ocurra una grave violación del derecho a la propiedad que genere para los afectados el desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad⁹⁰ procedería el levantamiento de las medidas cautelares impuestas por el ente investigador, situación que a juicio de este Despacho no concurre en el caso en concreto.

Por ajustarse 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, no advierte este Despacho que concorra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 112.2 y 112.3 de la Ley 1708 del 2014, invocadas por la parte afectada.

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: DECRETAR LA IMPROCEDENCIA del control de legalidad solicitado por el Dr. **JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES**, sobre las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO Y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN** decretadas mediante Resolución del 15 de marzo de 2021, por la Fiscalía 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre bien inmueble urbano identificado con folio de matrícula No. **260-229954**, de propiedad de la **SOCIEDAD SURTITEX S.A. S.A.**, ubicado en la calle 9 No. 7 - 62, Centro de Cúcuta, en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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**, 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, sobre el **Establecimiento Comercio** bajo la matrícula mercantil No. **260249-82700319-4**, de razón social "**LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA**", de propiedad del señor **FREDY CELIS GIL**, identificado con cédula de ciudadanía No. 88.270.318 expedida en Cúcuta, Departamento Norte de Santander, por encontrarse dentro de la causal 5ª del Código de Extinción de Dominio de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN⁹¹ Y APELACIÓN⁹²** ante la Sala de Decisión Penal de Extinción

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T - 506 DE 1992: "*El derecho a la propiedad se encuentra consagrado en la Constitución como un derecho social y solamente es viable pretender su amparo a través de la acción de tutela, cuando en el caso concreto conlleve un desconocimiento de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad*" (Sentencia T-240-02). Esta línea jurisprudencial se desarrolla también en las Sentencias T-284-94, T-554-94, T-310-95, T-440-95, T-447-96, T-5534-98, T-752-99, T-944-99, T-984-91 y T-1000-01.

⁹¹ 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 ORIO L AVELLA FRANCO** y salvamento de voto de la Dra. **MARÍA IDALÍ MOLINA GUERRO**.

⁹² 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



del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 113 de la ley 1708 de 2014.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión, téngase el Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001 -31 -20-001 -2021-00028-05**, como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ
Juez