

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, octubre cinco (05) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO:	Auto mediante el cual SE RESUELVE CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES y SE ORDENA CORRER TRASLADO COMÚN DE CINCO (5) DÍAS A LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES (parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1708 de 2014 adicionado por el artículo 8º de la Ley 1849 de 2017, numeral 2º del artículo 39 y aparte final del inciso 2º del artículo 113 de la ley 1708 de 2014).
RADICACIÓN:	54001-31-20-001-2021-00028-01
PROCEDENCIA FGN:	1100016099068201900502 - FISCALÍA 39 Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio.
AFFECTADOS:	GILBERTO SEGUNDO CIFUENTES GONZÁLEZ, GILBERTO ANTONIO CIFUENTES MURILLO, JOSEFINA AMADO DE PATINO, BEATRIZ ELENA PATINO AMADO, JORGE URIEL PATINO AMADO, LEIDY JULIANA BADILLO QUINTERO, SOCIEDAD SURTIJEANS S.A NIT: 811028538-4, JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS, Sociedad en comandita NIT 822002320-3, FREDDY CELIS GIL, JUAN CARLOS RAMIREZ OROZCO, ALEJANDRO DE JESÚS JIMENEZ GONZÁLEZ.
TRÁMITE:	Matrícula Inmobiliaria: 260-121763, 260-121764, 260-185271, 260-185272, 260-229954, 260-244982, 260-30020, NIT O MATRÍCULA 117210-16595566-8, RAZÓN SOCIAL QUESERA CIFUENTES, NIT O MATRÍCULA: 286721-1090489330-3, RAZÓN SOCIAL: SHOES PLAN B, NIT O MATRÍCULA: 260249-88270318-4, RAZÓN SOCIAL: LA LOCURA DE LOS SANTUARIANOS FRONTERIZA, NIT O MATRÍCULA: 271022-1093764291-4, RAZÓN SOCIAL: VARIEDADES LAS LOCURAS PAISAS DE LA FRONTERIZA, NIT O MATRÍCULA: 260796-1013639987-6, RAZÓN SOCIAL: TODOAS 1000 \$ 2000 \$ 5000 EL GIGANTE DELA OCTAVA.
TRÁMITE:	PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Analizado el memorial rubricado por el Dr. **JOSÉ GREGORIO BOTELLO ORTEGA**¹, apoderado de confianza del señor **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12´105.459, en donde solicita de esta judicatura control de legalidad sobre las medidas cautelares decretadas el 15 de marzo de 2021² por la Fiscal 39 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, control de legalidad que recae únicamente sobre el bien inmueble identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria **No. 260-30020** de la Oficina de Registro de Cúcuta y el establecimiento de comercio **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS**, sociedad en comandita simple, ubicado en la dirección Calle 8 # 4-52 de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, conforme al contenido de los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, que regulan el control de legalidad a las medidas cautelares.

1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL Y SITUACIÓN FÁCTICA

1.1. Mediante resolución del 23 de junio de 2020 con fundamento en los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, profirió Resolución de Medidas Cautelares al considerar que, entre otros, al bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria **No. 260-30020** de la Oficina de Registro de Cúcuta y el establecimiento de comercio **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS** sociedad comandita simple, ubicado en la dirección Calle 8 # 4-52 de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, se encuentra dentro de la causal 5ª del Código de Extinción de Dominio³.

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

“Las presentes diligencias tienen su génesis en la iniciativa investigaba 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

¹ A Folios 2 al 272 del Cuaderno de Control de Legalidad Original No. 6 del Juzgado.

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

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

Nacional de Impuestos y Aduanas de Cúcuta, la Policía Fiscal Aduanera, obteniendo como resultado la aprehensión de diferente tipo de mercancías como bisutería, calzado, entre otros, los cuales no cumplen con los documentos soporte que ampare su legal introducción al territorio aduanero nacional para su comercialización.

Dentro de los actos de investigación efectuados por la policía judicial se logró recolectar a través de inspección judicial a los diferentes procesos administrativos adelantados por la DIAN, documentación que acredita la actividad ilícita desplegada en los diferentes inmuebles.”⁴.

Luego para este inmueble en particular señaló:

“Para el inmueble identificado con folio de matrícula 260-30020, 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 dicho inmueble funciona el establecimiento de comercio bajo razón social **TODO A \$ 1.000 \$ 2.000 \$ 5.000 EL GIGANTE DE LA OCTAVA**”⁵. (Destacado en el original).

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

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

“**ADECUACIÓN:** La medida cautelar de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO** es adecuada para excluir del círculo jurídico los bienes aquí investigados, toda vez que en la actuación existen elementos de juicio suficientes que permiten determinar el probable vínculo de éstos, es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, con la causal 5a del art. 16 del código de extinción de dominio, ya que han sido utilizados o destinados por sus arrendatarios, para la ejecución de actividades ilícitas de contrabando como bisutería, calzado, entre otros, situación que como se indicara en la demanda los propietarios, han sido indiferentes ante la destinación dada a los inmuebles por parte de su arrendatario; y por lo que simultáneamente, esta medida de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO** y la de **EMBARGO**, por ser las medidas jurídicas, se 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, ya demás para que mientras se desarrolla el proceso extintivo, no pueda sufrir deterioro, extravío o destrucción, razones por las que es necesario trasladar la administración de estos bienes a la Entidad competente creada por el Estado, es decir, a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.”. (Folio 15 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN).

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

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

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

⁵ Ver folios 6 al 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

la custodia o administración de sus moradores o de quienes permitieron el incumplimiento de la función social y ecológica.”⁶.

Y con relación al último criterio enfatizó: *“PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: Analizados los efectos que podrían producir estas medidas, se observa que el único derecho que entraría en contraposición con el fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía, es el derecho de la propiedad que podrían ostentar sus titulares. Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el Colombiano, tal como lo establece el preámbulo De nuestra Constitución, los derechos fundamentales constitucionales no son absolutos, y en el presente caso, en la ponderación entre el derecho a la propiedad y la administración de justicia, se observa que del material probatorio recaudado surgen elementos de juicio que permiten al Estado limitar en grado de probabilidad ese derecho a la propiedad, como quedó señalado en la demanda de extinción de dominio en relación con los cuestionados bienes, toda vez que de acuerdo a la información que registran los elementos de prueba que involucran a los titulares de los inmuebles investigados, y que dieron cuenta de las actividades ilícitas de contrabando desarrolladas por los arrendatarios o propietarios, se puede determinar que constituyen los fundamentos serios, razonables y suficientes, para considerar que en dado caso, el derecho a la propiedad de quienes pudieren resultar afectados, debe ceder al fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía General de la Nación, que no es otro, que el de la administración de justicia, pues prevalece esa necesidad del estado de no reconocer ese derecho a la propiedad en sentido estricto, toda vez que dada su situación, procede la extinción del derecho de dominio.”*⁷.

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

“Por consiguiente, analizadas puntualmente las medidas cautelares, se concluye que se encuentra superado el test de proporcionalidad en sentido estricto. Para los bienes relacionados en el numeral 5 en esta decisión serán las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro.”. (Folio 16 del Cuaderno de medidas cautelares de la FGN).

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

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

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. El Dr. **JOSÉ GREGORIO BOTELLO ORTEGA**, solicita controlar las medidas cautelares en favor de sus mandantes señalando genéricamente *“CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES (artículo 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014)”*⁸, sin especificar las causales en que funda su solicitud.

Inicia su disertación con las siguientes afirmaciones:

“Pues bien la fiscalía, siempre en las intervenciones deprecadas resalta que el proceso de extinción de dominio es un proceso autónomo e independiente, distinto al proceso penal, así como de cualquier declaratoria de responsabilidad penal. Pero bien que resulta sumar e invocar sustentos tácticos y jurídicos del proceso penal,

⁶ Folios 15 al 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁷ Ver folio 16 Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁸ Ver reverso del folio 7 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado.

aunado a ello permite con tan solo inferencias como se hace en el proceso penal, para lograr imponer una medida cautelar, con el argumento que el propietario del inmueble no está cumpliendo con la función social de la propiedad establecida en el artículo 58 de la constitución política.

Pues es de resaltar que surge como necesario no la inferencia razonable, sino un grado de certeza, aun cuando la norma no lo contemplo así, pues se tiene que establecer la RELACIÓN CAUSAL, del propietario con la causal solicitada, INFIERE de estar incurso en un abuso de autoridad (sic). Pues la fiscalía estaría creando un caos jurídico a no hacer el filtro constitucional y llevar a los estrados judiciales a todos lo que considere que se puede inferir, pues la demanda, es con un grado de certeza que está configurada la causal invocada”⁹.

Seguidamente agrega:

“A LA FISCALÍA (sic) para el caso QUE NOS OCUPA Y A FECTOS de imponer la medida le correspondería probar, que allí se estaban realizando actividades ilícitas, la simple conjetura o como le llamo la fiscalía "INFERENCIA RAZONABLE" Y (sic) es que esto no es otra cosa que según el diccionario: "deducir una cosa a partir de otra", que pueden conllevar hacer una inferencia falaz, pues aquí se debe tener certeza de que se efectuó la actividad ilícita y si el propietario cumplió o no cumplió con su deber social, correspondiéndole a la fiscalía, la demostración de existencia de causal alguna o relación entre el bien y la destinación ilícita del mismo, pero de una investigación que se dio por parte de la Dian y arrojó ese grado inferencia, donde queda la buena fé, donde existe la relación entre el propietario o mi representado y la actividad ilícita, quien puede tener certeza que este tenía conocimiento de la existencia de dicha mercancía y quien encontró la certeza, que permita establecer que efectivamente, allí se realizaban actividades ilícitas y que con el producto de esta actividades se adquirió el predio y el establecimiento de comercio, fue creado solo a realizar actividades ilícitas, y los cuales hoy día la fiscalía pretende extinguir, pues donde está la buena fé (esta se presume), como principio constitucional y que resalta está ley 1708, donde está la relación de la causal invocada.

En total desacuerdo con la imposición de las medidas cautelares, radica en primer lugar en que las mismas no resultan ser ni proporcionales, ni necesarias, ni urgentes, puesto que, mi poderdante no hace parte de la organización criminal, no tiene antecedentes judiciales, tiene una investigación penal, difícilmente mi apoderado no autorizo, ni permitió en su propiedad la comisión de ilícitos como lo señala la Fiscalía, ha señalado también que no existe prueba de que el propietario del inmueble haya participado de manera directa en el desarrollo de las conductas punibles. En este orden de ideas las medidas cautelares resultan ser también desproporcionadas, pues hasta la fecha la fiscalía no ha logrado establecer esa relación entre ellos, además de ello el valor que en su momento le fue incautado como mercancía de contrabando no supera ni los 5 millones de pesos, debido a ello la Dian es la que maneja y asiste estos casos donde la mercancía incautada no se le aporta la documentación legal y por eso mismo no compulsa copias a la parte penal por el favorecimiento al contrabando por el montó del mismo.”¹⁰.

Asegura que las cautelas son desproporcionadas debido a la falta de pruebas que vinculen a sus clientes con alguna actividad ilícita, como también afirma la falta de prueba que demuestre que los inmuebles hayan sido destinados para el venta o almacenamiento de mercancía legal.

Sin embargo, sostiene que la única medida procedente era la suspensión del poder dispositivo:

“Replicando que, (sic) bastaba sólo con la suspensión del poder dispositivo ya que contrario a lo afirmado por el ente acusador la génesis de la propiedad de mi mandante no va en contra ni atenta contra los valores, principios y reglas que guían en un Estado Social y Democrático de Derecho, razón por la cual con la suspensión del poder dispositivo, ni el inmueble ni el establecimiento de comercio podrían ser ocultados, negociados, grabados, distraídos, transferidos y mucho menos sufrir deterioro, extravío o destrucción ya que es su único medio de sustento para proteger a su núcleo familiar.” (Ver reverso del folio 8 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado).

Luego, finaliza con este razonamiento:

“De la misma forma, se deberá diferenciar pues afecte enormemente (sic) el derecho a la propiedad privada y a su libre destinación bajo las reglas de la sana crítica y la sana utilización, es decir la función social, pues bien su señoría como quiera que no me corresponde probar por el contrario si el correspondería a la fiscalía probar la relación causal y esta no lo ha establecido en debida forma, le solicito a su despacho las siguiente:

PRETENSIONES 1.- Que se efectué (sic) un control de legalidad, pues si bien la medida es legal, porque lo establece la ley, la misma no lo es o lo deja de ser en sentido que con respecto al bien no se probó la relación causal

⁹ Ver folio 3 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado.

¹⁰ Ver reverso del folio 7 y folio 8 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado.

entre el propietario del bien y el arrendatario. 2.- Que se sirva a declarar ilegal la MEDIDA CAUTELAR impuestas al bien inmueble antes citado y en consecuencia se ordene la cancelación de las medidas cautelares, la devolución y entrega material del mismo”¹¹.

A pesar de lo extenso del escrito deprecativo del levantamiento de las precautorias, no hubo más argumentación de parte de la defensa.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

A través de auto de sustanciación emitido por parte de este Despacho el día 06 de julio de 2021, se admite la presente solicitud de Control de Legalidad a Medidas Cautelares ordenando correr traslado común de conformidad con lo preceptuado en los artículos 33 y 113 de la Ley 1708 de 2014, dejando el expediente a disposición de los de los sujetos procesales e intervinientes, teniéndose los siguientes argumentos:

3.1. Fiscalía 39 Delegada Especializada del Derecho de Extinción de Dominio, mediante memorial fechado a los 26 días del mes de abril de los corrientes, solicitó de esta judicatura denegar la solicitud hecha por la defensa de los afectados, en los siguientes términos:

“En cuanto a la primera circunstancia, vale decir que en Fase Inicial de la investigación se hizo el análisis del material probatorio que fue legalmente recaudado y allegado por policía judicial, lo que permitió inferir razonablemente que los bienes, entre ellos, el identificado con FMI. 260-30020, 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”, procediendo así a presentar la Demanda de Extinción de Dominio dentro del radicado 110016099068201900502 de acuerdo a lo consagrado en el artículo 132 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 38 de la Ley 1849 de 2017, y decretar medidas cautelares de conformidad con los artículos 87 y 88 ibídem, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017.

Ahora bien, en cuanto a la segunda circunstancia, en el entendido que las medidas cautelares de embargo y secuestro no se tornan necesarias, razonables y proporcionales, las mismas no encuentran asidero, en primer lugar, por cuanto la fiscalía si argumentó y motivó la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas cautelares que se impusieron mediante la resolución de 15 de marzo de 2021 demostrando el vínculo del bien con la causal invocada y, en segundo lugar, el debate tendiente a anteponer la existencia de un contrato de arrendamiento, corresponde a un escenario propio de otra etapa procesal, atendiendo el principio de la carga dinámica de la prueba.

En cuanto al test de razonabilidad sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, bien se ha pronunciado 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 (..). (sic).

De otro lado, cabe precisar, que lo que aquí se cuestiona y reprocha es el incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, que implica obligaciones para los propietarios al tenor de lo normado en el artículo 58 inciso 2o de la Constitución Política, sin que se expusieran argumentos tendientes a derruir y cuestionar este precepto constitucional.

Por lo anterior, solicito de manera respetuosa al señor Juez denegar la solicitud de control de legalidad presentada por el doctor José Gregorio Botello Ortega, 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.”¹².

¹¹ Ver folio reverso del folio 9 y folio 10 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado.

¹² Ver folios 20 al 21 del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado.

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 39¹³, artículo 111 e inciso 2º del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, norma última modificada por el artículo 19¹⁴ de la Ley 1849 de 2017, por encontrarse los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria **No. 260-30020** de la Oficina de Registro de Cúcuta y el establecimiento de comercio **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS** sociedad comandita simple, ubicado en la dirección Calle 8 # 4-52 de la ciudad de Cúcuta, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, Norte de Santander, es competente para resolver.

5. CONSIDERACIONES

5.1. NATURALEZA DEL CONTROL DE LEGALIDAD:

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

“En síntesis, tomando en consideración la jurisprudencia de las altas Cortes de Justicia, se puede afirmar que las medidas cautelares en el marco del proceso de extinción de dominio: i) son compatibles con la naturaleza pública de la acción y con los intereses superiores del Estado que busca proteger a través del ejercicio de la misma; ii) protegen, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad del derecho de propiedad que se controvierte en el mismo; iii) son medidas preventivas que tienen como propósito asegurar que la decisión judicial que finalmente se adopte, al finalizar el juicio, sea materialmente ejecutada; y iv) garantizan el principio de publicidad e impiden la posibilidad de que se afecte la tradición y el tránsito normal de los negocios jurídicos relacionados con los bienes afectados”¹⁵.

Recientemente reiteró su jurisprudencia en los siguientes términos:

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

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

¹³ Inciso 2 del artículo 39 de la Ley 1708 de 2014 “**COMPETENCIA DE LOS JUECES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.** Los Jueces de Extinción de Dominio conocerán: 1. **En primera instancia, del juzgamiento de la extinción de dominio.** 2. **En primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia.**” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

¹⁴ Artículo 87 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017. “**Fines de las medidas cautelares.** Al momento de la presentación de la demanda de extinción de dominio, si no se han adoptado medidas cautelares en fase inicial, el Fiscal, mediante providencia independiente y motivada, ordenará las mismas con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita. En todo caso se deberán salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa. El juez especializado en extinción de dominio será el competente para ejercer el control de legalidad sobre las medidas cautelares que se decreten por parte del Fiscal”.

¹⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto que resuelve impugnación control de legalidad de medidas cautelares del 02 de septiembre de 2019, Rad. No. 050003120002201900021 01 (E.D 371) M.P. PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO.

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

El juicio de verosimilitud sobre el nexo con alguna causal para afectar el dominio, se concreta en el examen de los elementos recaudados para determinar la viabilidad de imponer limitaciones, bajo el entendido que las cautelares 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”¹⁶.

Así mismo la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ya había advertido el deber del juez en esta instancia de velar por la legalidad de dichas cautelares:

“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 (...)”¹⁷.

Por lo que la presente decisión se limitará en lo concerniente al control de legalidad Formal y Material de las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre los inmuebles afectados que reclama la defensa dentro de la presente Acción extintiva, al tenor de lo dispuesto en el artículo 112 del Código de Extinción de Dominio, advirtiendo, se itera, que la defensa no especificó la causal o causales que en su sentir se presentaban según su teoría del caso.

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 formal y material de las cautelares adoptadas, sin entrar a resolver de fondo.

5.2. DEL CASO CONCRETO:

5.2.1. Para el *sub judice* el ente Fiscal afirma que los bienes requeridos han sido utilizados para la realización de actividades ilícitas¹⁸, pues según las imputaciones hechas por el instructor en el establecimiento comercial de marras, ubicado en la Calle 8 # 4 – 52 de la ciudad de Cúcuta, se tiene que *“Para el inmueble identificado con folio de matrícula 260-30020, 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 dicho inmueble funciona el establecimiento de comercio bajo razón social TODO A \$ 1.000 \$ 2.000 \$ 5.000 EL GIGANTE DE LA OCTAVA.”¹⁹.*

Como prueba de lo anterior, el instructor presenta, entre otros, los siguientes documentos: Acta de aprehensión N° 1166 de fecha 15 de marzo de 2017²⁰, Acta de aprehensión N° 00126, de fecha 12 de enero de 2018²¹, Acta de aprehensión N° 2799, de fecha 25 de julio de 2018²².

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Ver folios 3 y 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁹ Ver folios 5 y 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

²⁰ Ver folios 204 al 216 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

²¹ Ver folios 217 al 228 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

²² Ver folios 229 al 244 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

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

5.2.2. De entrada llama poderosamente la atención de la judicatura las afirmaciones hecha por la defensa en el entendido de que para la imposición de las precautelativas por él controvertidas necesite en instructor el grado de conocimiento de certeza: *“pues aquí se debe tener certeza de que se efectuó la actividad ilícita y si el propietario cumplió o no cumplió con su deber social, correspondiéndole a la fiscalía, la demostración de existencia de causal alguna o relación entre el bien y la destinación ilícita del mismo, pero de una investigación que se dio por parte de la Dian y arrojo ese grado inferencia, donde queda la buena fé, donde existe la relación entre el propietario o mi representado y la actividad ilícita, quien puede tener certeza que este tenía conocimiento de la existencia de dicha mercancía y quien encontró la certeza, que permita establecer que efectivamente, allí se realizaban actividades ilícitas y que con el producto de esta actividades se adquirió el predio y el establecimiento de comercio, fue creado solo a realizar actividades ilícitas, y los cuales hoy día la fiscalía pretende extinguir, pues donde está la buena fé (esta se presume), como principio constitucional y que resalta está ley 1708, donde está la relación de la ,2) causal invocada”²³.*

Nada más alejado de la realidad, por cuanto la dinámica del rito extintivo señala que para la imposición de las medidas cautelares lo que el instructor en fase inicial necesita es el grado epistemológico de probabilidad, así lo ha manifestado la jurisprudencia del Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C.:

“Por lo tanto, en el estado actual de las diligencias, una postulación tal no cumple con las exigencias del artículo 112-1 del código de extinción de dominio, porque nada se controvierte en punto de la carencia de elementos mínimos de juicio para imponer motivadamente las cautelares, porque insistase, lo que se pretende es que prematuramente se realice la ponderación probatoria; es que si la Fiscalía aseveró, (...) 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”²⁴.

Y recientemente la Sala de Extinción de Dominio sostuvo:

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

(...) si el solicitante sustentara la petición -ilegalidad- en la circunstancia descrita en el numeral primero del artículo 112 del Código rector, correspondería al juez apreciar las pruebas aportadas por el ente 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-”²⁵.

De lo anterior se puede colegir llanamente que para la imposición de las medidas cautelares es suficiente que exista prueba que indique la probable relación causal entre el bien y la causal²⁶, es decir, que sea probable que el bien o los bienes objeto de extinción de dominio estén en relación directa con la causal invocada.

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

“Cuando el ente instructor cuente con piezas suasorias de las cuales infiera un probable vínculo entre el capital restringido y alguna de las causales que describe el precepto 16 del mismo estatuto, deberá ordenar la suspensión del poder dispositivo; en caso de considerar apropiado imponer embargo, secuestro, o toma 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.

²³ Ver reverso del folio 7 del Cuaderno de Medidas Cautelares No. 6 del Juzgado.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ CED. - *“Artículo 88. Clases de medidas cautelares. Aquellos bienes sobre los que existan elementos de juicio suficientes que permiten considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción de dominio, serán objeto de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo”.* (Resaltado del Despacho).

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 (sic) inicial”²⁷.

Como se puede apreciar, en ese escenario sólo es necesario que el persecutor cuente con prueba mínima o sumaria que le permita, en el grado de probabilidad, tomar la decisión pertinente.

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”²⁸.

Situación elemental que ha sido soslayada en el presente control de legalidad por parte del censor.

Es pacífica la posición que sostiene que al momento de la imposición de las medidas cautelares es suficiente la presencia de elementos de juicio que así lo ameriten, inclusive sin que dichas pruebas hayan sido controvertidas²⁹.

La doctrina más autorizada ha enfatizado:

“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”³⁰.

En el presente caso, la Fiscalía a partir de la documentación recopilada, actas de aprehensión, infirió razonablemente que los mismos, además, constituyen indicios que lo llevaron a la afirmación que el bien representado por la defensa estaba siendo utilizado para la ejecución de actividades ilícitas.

“La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en su ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración prestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de levisimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado”³¹.

De lo anterior queda claro, salvo mejor criterio, que las afirmaciones hechas por la defensa carecen de cualquier base argumentativa seria que conlleven a respaldar su petitorio, pues no se requiere la certeza para cautelar los bienes pasivos de la acción de extinción de dominio, basta con la probabilidad de que los mismos han sido utilizado para la ejecución de actividades contrarias a la Constitución y las Ley.

Para el caso en examen la causal enrostrada por el persecutor es por destinación y la misma procede independientemente de cualquier tipo de responsabilidad penal a que haya lugar o no, porque esta causal por destinación implica el uso ilegal en sentido amplio de la propiedad, ante lo cual esta judicatura se acoge al concepto doctrinario de ilegalidad más autorizado:

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

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia del 14 de mayo de 1936, G. J.XLIII No. 1909, pág. 691.

²⁹ ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba en Derecho. Ediciones Lerner, Bogotá, 1967, pág. 66.

³⁰ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 60.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia mayo 8 de 1997, Rad. No. 9858, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

“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”³².

Téngase además muy en claro, que el CED define el concepto de actividad ilegal consagrando en su artículo 1º, numeral segundo señala:

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

En tal virtud, se desestimaré el argumento de la defensa en cuanto a la necesidad de la certeza a la hora de la imposición de las medidas cautelares de las cuales se duele y de la no existencia de denuncia penal o proceso de la misma naturaleza en contra de su representado, por cuanto la actividad surtida en fase inicial es labor de identificación e individualización de bienes, recopilación de evidencias que les indique que pueden ser cobijados por una cualquiera de las causales establecidas en el artículo 16 del CED.

5.2.3. Así mismo, es pertinente señalar que el presente trámite extintivo no tiene origen en ningún proceso penal que esté en curso en contra de los afectados, sino que se establece a partir de unas infracciones administrativas en desarrollo de operaciones comerciales detectadas por funcionarios de la DIAN en la ciudad de Cúcuta, durante controles aduaneros sobre el mencionado establecimiento de comercio en donde se encontraron una serie de irregularidades de los productos allí comercializados.

Esto es, que en más de una ocasión se pudo establecer que el predio encartado estaba siendo utilizado para realizar actividades contrarias al ordenamiento jurídico, lo cual lo comprueba la Fiscalía con el Acta de aprehensión N° 1166 de fecha 15 de marzo de 2017³³, Acta de aprehensión N° 00126 de fecha 12 de enero de 2018³⁴, Acta de aprehensión N°2799 del 25 de julio de 2018³⁵.

Para esta judicatura es claro que ya en tres ocasiones se pudo establecer que en el establecimiento de comercio que ocupa la atención de esta judicatura se venían desarrollando actividades contrarias a la Ley, sin que hasta ese momento se hubiera aportado prueba de lo contrario por parte de los afectados.

Muy a pesar de no haber responsabilidad penal, tal como se afirma en el escrito de solicitud de control de legalidad, lo cierto es que esta jurisdicción especial es independiente y autónoma:

“También, debe resaltarse que esta acción, según se señala en el artículo 18 de la precitada disposición, es autónoma e independiente de la penal o de cualquier otra, e independiente de la declaración de responsabilidad”³⁶.

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

Entonces, trasladar, como pretende la defensa, la carga dinámica de forma absoluta al instructor es una muestra, otra vez, del desconocimiento de la dinámica de la acción de extinción de dominio pues en atención del artículo 152 del CED³⁷ corresponde a

³² GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Ilícitud. Editorial jurídica mexicana, México, 1959, pág. 6.

³³ Ver folios 204 al 216 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

³⁴ Ver folios 217 al 228 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

³⁵ Ver folios 229 al 244 del Cuaderno No. 2 de la FGN.

³⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto del 22 de enero de 2019 resuelve segunda instancia sentencia, con el Rad. No. 110013120002201600089 01, M.P. MARÍA IDALI MOLINA GUERRERO.

³⁷ CED. – *“Artículo 152. Carga de la prueba. Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso de extinción de dominio deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos.*

quien alegue ser titular de derechos su teoría de defensa so pena de ser extinguido el bien de su propiedad.

Ahora bien, son tres las reglas que integran el principio de la carga dinámica de la prueba, a saber:

“a) Onus probandi incumbit actori, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;

b) Reus, in excipiendo, fit actor, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que se funda su defensa; y

c) Actore non probante, reus absolvitur, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de la demanda”³⁸.

Por su parte, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

“Se dice que la carga de la prueba en material penal, por virtud del principio de presunción de inocencia, corresponde al ente encargado de investigar y acusar, lo que implica que el procesado queda relevado de probar la no perpetración del hecho delictivo y su no culpabilidad. Empero a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor.

En principio, es a la parte que alega determinado hecho a la que le corresponde probarlo en orden a demostrar el supuesto de facto que permite aplicar la norma que pretende hacer valer y que le beneficia (...)

La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes, en caso de que en el trámite se extraña la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

(...) Este tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte en los términos antes enunciados, pues se ha destacado que la carga de la prueba debe entenderse desde una perspectiva formal y material, según la cual a las partes les corresponde probar sus afirmaciones o negaciones, hechas al interior del proceso, y de no hacerlo, se generan consecuencias adversas”³⁹.

Con las ideas transcritas, no es que se releve al instructor de su misión constitucional de demostrar el nexo causal entre la causal extintiva y el bien de que se trate, sino que en esta especialidad la parte afectada cuando se opone debe adelantar su propia tarea demostrativa, y tan es así que se convierte en un deber de éste el de ofrecer los elementos de juicio suficientes para controvertir las pruebas de cargo aportadas el ente investigador.

5.2.4. Sentado lo anterior, es patente, a partir de la realidad fáctica y probatoria, que con la documentación aportada el instructor cimienta su decisión de forma acertada cumpliendo con las obligaciones procesales, probatorias y argumentativas para la imposición del embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo.

Procedimiento que se ajustó a la férula establecida en los artículos 87 y 88 del CED, arrimándose de forma legal y oportuna el estándar de prueba necesario requerido para imponer las cautelas controvertidas.

Sin perjuicio de lo anterior, por regla general, la Fiscalía General de la Nación tiene la carga de identificar, ubicar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestren la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio y que el afectado no es titular de buena fe exenta de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio.

Cuando el afectado no allegue los medios de prueba requeridos para demostrar el fundamento de su oposición, el juez podrá declarar extinguido el derecho de dominio con base en los medios de prueba presentados por la Fiscalía General de la Nación, siempre y cuando ellos demuestren la concurrencia de alguna de las causales y demás requisitos previstos en esta ley para tal efecto”. (Destacado del Despacho).

³⁸ ROCHA ALVIRA, ob. Cit. pág. 72.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación del 25 de mayo de 2011, Rad. No. 33660, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Respaldo demostrativo que no logra derribar la defensa ya que, del escrito deprecatorio del levantamiento de los gravámenes, el profesional del derecho basa su solicitud simplemente en críticas carentes de probanzas y argumentos.

5.2.5. Toca ahora establecer si el instructor cumplió con el test de proporcionalidad, es decir, si el instructor destacó los criterios hermenéuticos de Necesidad, Razonabilidad y Proporcionalidad en sentido estricto.

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

“Así las cosas, las medidas cautelares no son proporcionales, no son necesarias y mucho menos resultan ser útiles, dada la inexistencia de elementos materiales probatorios o evidencia física que indiquen que el propietario ha participado en la comisión de un delito, luego se insiste no se puede destinar o facilitar u almacenar o vender en un inmueble esta mercancía ilegal cuando no existe el conocimiento previo de que las mismas si sean de contrabando. Destaca que, esta defensa echa de menos elementos suasorios y se echa de menos lógicamente la valoración de los elementos de prueba que vinculan el bien inmueble y el establecimiento de comercio con el propietario con la causal invocada por el ente acusador, ya que ninguno de los elementos de prueba enunciados por la Fiscalía vincula el inmueble y el establecimiento de comercio con las actividades ilícitas señaladas por el ente acusador sobre las que se fundamenta la causal extintiva”⁴⁰.

El Despacho observa a folios 14 y 16 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la Fiscalía General de la Nación se desarrolló el test de razonabilidad sobre los bienes encartados, argumentando lo adecuado, necesario y proporcional de las cautelas que controvierte la respetada defensa.

De hecho, asiste razón a la Fiscalía cuando al descorrer traslado del presente control de legalidad cuando argumentó: *“Ahora bien, en cuanto a la segunda circunstancia, en el entendido que las medidas cautelares de embargo y secuestro no se tornan necesarias, razonables y proporcionales, las mismas no encuentran asidero, en primer lugar, por cuanto la fiscalía si argumentó y motivó la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas cautelares que se impusieron mediante la resolución de 15 de marzo de 2021 demostrando el vínculo del bien con la causal invocada y, en segundo lugar, el debate tendiente a anteponer la existencia de un contrato de arrendamiento, corresponde a un escenario propio de otra etapa procesal, atendiendo el principio de la carga dinámica de la prueba”.*

Sobre el test de proporcionalidad ha establecido la jurisprudencia constitucional:

“es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato”⁴¹.

En concordancia con lo anterior, la Fiscalía General de la Nación no solamente debe contar con pruebas para la afectación de derechos fundamentales, sino que se requiere el deber de argumentar a la luz de los fines constitucionales para así justificar la medida.

Es por ello que el instructor decidió imponer todas las medidas contenidas en el artículo 88 del CED, con base en el material probatorio recaudado durante la fase inicial en donde se demuestra, hasta esta altura procesal, que el establecimiento de comercio de marras en más de una ocasión se encontró en situación irregular. Por lo que en nuestro criterio la Fiscalía no omitió la carga argumentativa que le correspondía para darle soporte legal a la decisión que tomó basándose en pruebas recogidas en los procesos administrativos ante la DIAN.

Ahora bien, la defensa aduce que con la medida de suspensión del poder dispositivo era suficiente por lo que no se demostraría como desproporcionado:

⁴⁰ Ver reverso del folio 6 del cuaderno de solicitud de control de legalidad.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

“Las medidas cautelares devienen en desproporcionadas, inadecuadas excesivas y vulneradoras al derecho fundamental a la propiedad, toda vez que aunque en ese bien se encontró mercancía que no se logró establecer que es ilegal este mismo propietario del bien este de acuerdo con que su bien sea utilizado para cometer conductas delictivas.

Replicando que, bastaba sólo con la suspensión del poder dispositivo ya que contrario a lo afirmado por el ente acusador la génesis de la propiedad de mi mandante no va en contra ni atenta contra los valores, principios y reglas que guían en un Estado Social y Democrático de Derecho, razón por la cual con la suspensión del poder dispositivo, ni el inmueble ni el establecimiento de comercio podrían ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos y mucho menos sufrir deterioro, extravío o destrucción ya que es su único medio de sustento para proteger a su núcleo familiar”⁴².

O sea, entiende esta judicatura que la defensa acepta la imposición de las precautelativas sobre el establecimiento de comercio de su cliente, pero únicamente con relación a la medida de suspensión del poder dispositivo porque a su juicio no existen elementos de pruebas que justifiquen las otras medidas cautelares.

Sin embargo, esta judicatura que las medidas impuestas por ente acusador se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 88 del CED, toda vez que la Fiscalía las decretó en atención a los fines establecidos en el artículo 87⁴³ in fine, argumentando:

“(…) 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”⁴⁴.

Ahora, es un hecho sin relevancia jurídica que la defensa no comparta los argumentos de la Fiscalía, pues a lo largo de su extenso escrito se dedica exclusivamente a censurar la teoría del instructor sin aportar pruebas que soporten de manera seria y fundada sus apreciaciones.

En consonancia con lo anterior, es oportuno insistir en el carácter de las medidas cautelares al tenor de la jurisprudencia:

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

(...)

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

La existencia de medidas cautelares que transitoriamente saquen del comercio jurídico bienes muebles e inmuebles, cual sucede con el embargo y secuestro de los mismos en el proceso civil, no serían ni por asomo una medida confiscatoria.”⁴⁵.

5.2.6. Para esta judicatura, salvo mejor apreciación, esa postura subjetiva de la defensa, carente de argumentos y pruebas, no es de recibo y, por tanto, la decisión

⁴² Ver reverso del folio del Cuaderno de Control de Legalidad No. 6 del Juzgado.

⁴³ CED. – “Artículo 87. Fines de las medidas cautelares. Al momento de proferir la resolución de fijación provisional de la pretensión el Fiscal ordenará, mediante providencia independiente y motivada, las medidas cautelares que considere procedentes 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 deberá salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa”.

⁴⁴ Ver folio 15 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁴⁵ Corte constitucional, sentencia C-1025 del 20 de octubre de 2004, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

de la Fiscalía General de la Nación es acertada y ajustada a derecho, ya que no es posible, al menos en este escenario, descalificar *ipso facto* la Resolución en estudio, echándose de menos elementos de juicio serios que obligue a esta judicatura al levantamiento solicitado.

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

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

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

(...)

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

Además, pretende contribuir en la formación de una comunidad global, incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las prerrogativas fundamentales en el marco del sistema americano de derechos humanos”⁴⁶.

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

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.*

En interpretación de la norma en cita, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia e imposición de medidas cautelares sobre el derecho a la propiedad en los siguientes términos:

“187. Este Tribunal estima que la adopción de estas medidas no constituye per se una violación del derecho de propiedad si se tiene en cuenta que no significa un traslado de la titularidad del derecho de dominio. En este sentido, la disposición de los bienes no puede efectuarse en forma definitiva y se restringe exclusivamente a su administración y conservación; y a los actos de investigación y manejo de evidencia respectivos”⁴⁷.

Siendo así las cosas, la limitación de la propiedad privada es posible cuando se presenten los requisitos necesarios para su limitación, sin implicar necesariamente el desconocimiento del derecho de propiedad privada, inclusive desde la óptica de los derechos humanos se justifica la restricción para la salvaguarda de la función

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, segunda instancia tutela del 10 de junio de 2021, Rad. No. 11001-02-04-000-2021-00188-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

social y ecológica que ella implica y dejar incólume los fines procesales cuando se ajustan a los parámetros legales consagrados en la Convención.

Conforme a lo narrado, encuentra esta judicatura que el ejercicio argumentativo realizado por la Fiscalía 39 Especializada de Extinción de Dominio, en la resolución controvertida atiende los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, pues interpreta las disposiciones contenidas en el CED, señalando cómo a raíz de los medios de convicción recaudados en la fase inicial logró llegar a la conclusión de que los bienes que representa la defensa tiene relación con la causal 5ª del Art. 16 ejúsdem.

5.2.7. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso⁴⁸ 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.

Por lo que aceptando que éste más que un derecho es un principio, debe maximizarse en la mayor medida posible⁴⁹, entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede entender su alcance⁵⁰, de ahí que el Despacho no avizore que se hayan conculcado garantías fundamentales de la parte afectada, por lo que atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventivas de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES, Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA**, sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria **No. 260-30020** de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Cúcuta y el establecimiento de comercio **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS**, sociedad en comandita simple, ubicado en la dirección Calle 8 # 4 - 52 de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, se ajustó a la Constitución y la Ley motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio⁵¹.

5.3. De esta guisa, las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía se ajustan a los parámetros establecidos en los artículos 87 y 88 de la ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, debidamente motivadas, no advierte este Despacho que concorra alguna de las circunstancias previstas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 112, de la Ley 1708 de 2014, norma consagradoria de las causales para levantar las medidas cautelares, que, entre otras cosas, la defensa ni siquiera las señaló en específico.

La parte gestora del presente control de legalidad no presenta, se itera, ni pruebas ni argumentos que permitan establecer que la Fiscalía General de la Nación incurrió en una cualquiera de las causales para que este Despacho tome la decisión que en

⁴⁸ 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".

⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. En esa decisión se dijo a propósito de la prueba mínima: "Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica (...) deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados". (Resalto fuera del texto original).

su favor pretende, por lo tanto, se imparte legalidad formal y material a la decisión objeto de controversia tomada en la Resolución del 15 de marzo de 2021.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la legalidad Formal y Material de las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO, SECUESTRO y TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES, Y NEGOCIOS DE SOCIEDADES, ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO O UNIDADES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA**, decretadas mediante Resolución del 15 de marzo de 2021, emitida por la Fiscalía 39 adscrito a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio en contra, entre otros, el bien inmueble identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria **No. 260-30020** de la Oficina de Registro de Cúcuta y el establecimiento de comercio **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO E HIJOS**, sociedad en comandita simple, ubicado en la dirección Calle 8 # 4 - 52 de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, por encontrarse dentro de la causal 5ª del Código de Extinción de Dominio, propiedad del señor **JESÚS ALBERTO NAVARRO MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12'105.459, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN⁵² Y APELACIÓN⁵³** ante la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 113 de la ley 1708 de 2014.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión, téngase el Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001-31-20-001-2021-00028-06**, como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ
Juez

⁵² Según criterio de la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, procede el RECURSO DE REPOSICIÓN contra la decisión que resuelve el control de legalidad a las medidas cautelares, radicado 680013107002201600023-01 (E.D. 202), aprobado mediante Acta No. 066 de agosto 1 de 2017, con ponencia del Dr. PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO y salvamento de voto de la Dra. MARÍA IDALÍ MOLINA GUERRO.

⁵³ Aparte final del inciso 3º del Artículo 113 de la Ley 1708 de 2014 "Las decisiones que tome el Juez en desarrollo del presente artículo, serán susceptibles del recurso de Apelación", concordante con el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 17 de la Ley 1849 de 2017: "Las decisiones judiciales que demuegan cualquiera de los controles de legalidad establecidos en esta Ley, en el efecto devolutivo".