

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, noviembre veintidós (22) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO: Auto mediante el cual **SE RESUELVE CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES** del 26 de mayo de 2020 (artículos 111, 112 y 113 Ley 1708 de 2014).

AFECTADOS: **JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS Y MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS.**

RADICACIÓN: **54001-31-20-001-2019-00230-00**

RADICACIÓN FGN: **110016099068201700995 E.D Fiscalía 64** Delegada Adscrita a la Dirección de Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio Extinción.

BIENES OBJETOS DE EXT: **INMUEBLES:** Ubicado en la Calle 7 No. 5-23 Barrio José Antonio Galán con el **FMI No. 324-28841** y el ubicado en la Transversal 2 No. 7-20 Barrio José Antonio Galán distinguido con el **FMI No. 324-28225**, ambos en el municipio de Barbosa, Santander.

ACCIÓN: **EXTINCIÓN DE DOMINIO.**

En atención al memorial rubricado por la Dra. **ANA BEATRIZ GUZMAN RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 37.534.304, expedida en Suaita, Santander, portadora de la Tarjeta Profesional No. 307.312 del C.S. de J., en su condición de apoderada judicial de los afectados **JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS**, identificado con la CC. 91.011.771 y **MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS**, identificada con la CC. 40.011.010, mediante el cual depreca **CONTROL DE LEGALIDAD**¹ a las medidas cautelares decretadas el 25 de noviembre de 2019² por la **Fiscalía 64 DEEDD**, respecto de los bienes inmuebles identificados con folio de matrícula **No. 324-28841** ubicado en la Calle 7 No. 5-23 Barrio José Antonio Galán y el distinguido con la matrícula inmobiliaria **No. 324-28225**, ubicados en la Transversal 2 No. 7-20 Barrio José Antonio Galán del municipio de Barbosa, Departamento de Santander, conforme al contenido de los artículos 111³, 112⁴ y 113⁵ de la Ley 1708 de 2014.

¹ Ver folios 2 al 7 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

² Ver folios 1 al 37 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL Y SITUACIÓN FÁCTICA

1.1. Mediante la ya mencionada resolución del 25 de noviembre de 2019, 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 64 DEEDD** profirió Resolución de Medida Cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro de los bienes inmuebles aquí encartados al considerar que se encuentran inmersos dentro de la causal 5ª del Art. 16 del Código de Extinción de Dominio⁶.

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

“Mediante varios informes de policía judicial No. S- 2015- /SIJIN GIDES - 38.10 sin fecha, firmados por el Subintendente SAAVEDRA CELIS JAIME ANDRÉS, Jefe Unidad Investigativa de Extinción de Dominio SIJIN DESAN, de conformidad con la Ley 1708 de 2014, artículo 16, causal 5a, que refiere que sobre los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a estas o correspondan al objeto del delito; solicitó se estudiara la posibilidad de dictar medida cautelar sobre algunos bienes inmuebles ubicados en la Transversal 2 No 7-46, Transversal 2 No 7-20, Transversal 2 No. 7-26 Barrio José Antonio Galán Barbosa Santander, Carrera 5 No. 5 Par Manzana 8 Casa No. 4 Barrio Villa Paz Barbosa - Santander y Calle 7 No. 5-23 Barrio José Antonio Galán Barbosa Santander; donde fueran capturadas el día 24-03-2015, en diligencia de registro y allanamiento las siguientes personas: ANDERSON FERNEY FORERO RODRÍGUEZ y LEIDY PAOLA FORERO RODRÍGUEZ; JORGE LEONARDO PULIDO PARDO y JANETH MARTÍNEZ GÓMEZ; JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ MURILLO y JULLY STEFFANY ISAZA CONTRERAS; JASBEIDY KATHYUSKA PRADO CIFUENTES; y EDWIN JHOANY RODRÍGUEZ, ADRY YICETH COLORADO RAMÍREZ, respectivamente, por el presunto delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes definido en el artículo 376 del Código Penal.

Lo anterior en el entendido que a los capturados les fue incautada sustancia estupefaciente que arrojó positivo en las pruebas preliminares homologadas para Marihuana, cocaína y sus derivados. Actuaciones que se realizaron bajo la dirección de la Fiscalía Primera Seccional de Barbosa Santander, con noticia criminal No 6807761060302201480092.”⁷.

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 Dominio⁸, acudió a los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El persecutor, soporta su determinación en el test de Razonabilidad, para lo cual señaló, y se cita *in extenso*:

“Adicionalmente, para la adopción de las medidas cautelares, se hace indispensable demostrar que las mismas se emiten exponiendo el respectivo sustento que acredita la legalidad formal y material de su imposición, las cuales deberán ir sujetas inescindiblemente a los juicios de hecho y de derecho de: Adecuación, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto, y de esta manera justificar la utilización de medios para impedir 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 la transgresión a la moral social y el Orden Económico Social, por el origen ilícito de los recursos o destinación ilícita, y en el caso concreto se motivan de la siguiente manera:

DEL TEST DE RAZONABILIDAD Atendiendo los criterios de ponderación sobre los derechos fundamentales que se restringen con la imposición de las presentes medidas cautelares, ya que por un lado, afectarían el derecho a la propiedad privada, pero, por el otro, tenemos el fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía General de la Nación de administrar justicia, los criterios de ponderación se exponen de la siguiente manera: i), adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, 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

⁶ 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”.

⁷ Ver Folio 2 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

⁸ CED. - Artículo 87. “Fines de las Medidas Cautelares. · Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1849 de 2017. El nuevo texto es el siguiente: · Al momento de la presentación de la demanda de extinción de dominio, si no se han adoptado medidas cautelares en fase inicial, el Fiscal, mediante providencia independiente y motivada, ordenará las mismas con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita. En todo caso se deberán salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa. El juez especializado en extinción de dominio será el competente para ejercer el control de legalidad sobre las medidas cautelares que se decreten por parte del Fiscal”.

proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios Constitucionales más relevantes. Razón por la cual en el caso presente serán objeto de examen dichos ítems. 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 eran utilizados o destinados por sus ocupantes, esto es familiares y arrendataria, para la ejecución de actividades ilícitas de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, situación que como se indicara en la demanda sería de conocimiento de los propietarios JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS y MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS, respectivamente; y por lo que simultáneamente, esta medida de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO y la de EMBARGO, por ser las medidas jurídicas, se tornan adecuadas, para garantizar el cumplimiento de los fines fijados en el art. 87 de la Ley 1708 de 2014, pues con estas se busca evitar que los bienes cuestionados sean ocultados, negociados, gravados, distraídos o transferidos; y de igual manera, la medida cautelar de EMBARGO constituye un requisito indispensable para la eventual medida de secuestro.

La medida cautelar de SECUESTRO resulta adecuada, para aprehender los bienes aquí investigados; es decir, los relacionados en el numeral 5 de la presente decisión, ya que eran utilizados o destinado por sus ocupantes para la ejecución de actividades ilícitas de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, situación que como se indicara en la demanda sería de conocimiento de los propietarios JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS y MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS, respectivamente; por lo que se encuentran inmersos en la causal 5a del art. 16 del Código de Extinción de Dominio; con el fin de garantizar que cese su destinación ilícita, y además para que mientras se desarrolla el proceso extintivo, no pueda sufrir deterioro, extravío o destrucción, razones por las que es necesario trasladar la administración de este bien a la Entidad competente creada por el Estado, es decir, a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.

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 las actividades ilícitas de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, situación que como se indicara en la demanda sería de conocimiento de los propietarios JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS y MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS, respectivamente; inmersos en la causal 5a del art. 16 del Código de Extinción de Dominio; se oculten, vendan, graven o se transfieran, por tal razón se requiere sacarlo 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 de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, inmersos en la causal 5a del art. 16 de la Ley 1708 de 2014; y para que éstos no sea extraviados, destruidos o pasen a una condición de deterioro, razón por la que no pueden seguir bajo la custodia o administración de sus moradores o de quienes permitieron el incumplimiento de la función social y ecológica.

PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: Analizados los efectos que podrían producir estas medidas, se observa que el único derecho que entraría en contraposición con el fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía, es el derecho de la propiedad que podrían ostentar sus titulares. Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el Colombiano, tal como lo establece el preámbulo de nuestra Constitución, los derechos fundamentales constitucionales no son absolutos, y en el presente caso, en la ponderación entre el derecho a la propiedad y la administración de justicia, se observa que del material probatorio recaudado surgen elementos de juicio que permiten al Estado limitar en grado de probabilidad ese derecho a la propiedad, como quedó señalado en la demanda de extinción de dominio en relación con el cuestionado bien, 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 Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, desarrolladas por familiares y arrendataria, de los propietarios, respectivamente, hijo y nuera del señor JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS y arrendataria - trabajadora de la señora MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS, se puede determinar que constituyen los fundamentos serios, razonables y suficientes, para considerar que en dado caso, el derecho a la propiedad de quienes pudieren resultar afectados, debe ceder al fin constitucionalmente legítimo de la Fiscalía General de la Nación, que no es otro, que el de la administración de justicia, pues prevalece esa necesidad del estado de no reconocer ese derecho a la propiedad en sentido estricto, toda vez que dada su situación, procede la extinción del derecho de dominio.

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

*Para los bienes relacionados en el numeral 5 en esta decisión serán las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro*⁹.

A partir de las anteriores argumentaciones, afirma el instructor que existen pruebas y motivos suficientes para imponer las medidas cautelares que concita la atención del Despacho.

2. DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. Con el objetivo de garantizar los derechos que les asiste a los afectados, en especial el consagrado en el numeral 1 del artículo 13 del CED¹⁰, procede el Despacho a citar la petición elevada por la defensa, como sigue:

*"De acuerdo al orden de allanamiento que se llevó a cabo el día 24 de marzo del año 2015, dentro del radicado. 6807761030201480092, por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, se tiene que el inmueble ubicado en la calle 7 N. 5 - 23, barrio José Antonio Galán, bien identificado con el folio de matrícula número 324-28841 de propiedad JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS, donde se expone de manifiesto que es un inmueble de tres plantas y se compone de un establecimiento comercial de razón social " Cacharrería y ferretería Mundial", Donde claramente se especifica que el inmueble tiene una entrada accesoria por el costado sur oriental o de cara a la Diagonal tercera, es decir, parte de atrás, entrada ésta donde residen el indiciado y compañera en arriendo."*¹¹.

Seguidamente cita el artículo 222 de la ley 906 de 2004, refiriéndose al alcance de la orden de allanamiento para cuestionar el accionar de la policía judicial durante la diligencia del 24 de marzo de 2015, y luego expone:

"Por consiguiente, tal como se indica el inmueble consta del establecimiento de comercio, varias habitaciones y compartimientos, tanto así, que se indica la existencia de un apartamento independiente, el cual fue allanado, respetando el resto del bien, pues no existe prueba alguna ni existió evidencia que dentro del establecimiento de comercio "CACHARRERÍA Y FERRETERÍA MUNDIAL", fuese donde se cometiera el ilícito, así mismo, tampoco se indica que en las habitaciones o compartimientos (apartamentos), de los propietarios, se realizaba dicha actuación ilícita, por lo que éstos no fueron allanados, al no existir prueba alguna ni información que todos los que viven allí e incluso el propietario realizaba tal actuación.

*Por lo que, el ente acusador no puede suponer que dentro de todo el bien inmueble, habiendo independencia como ya se indicó y mucho menos que dentro del establecimiento de comercio, se realizaban tales actuaciones ilícitas, pues nunca fueron tocados en registro y allanamiento, por lo expuesto*¹².

Aclara que fue el hijo del propietario, **JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ MURILLO** quien, junto con su compañera sentimental llamada **JULLY STEFFANY ISAZA**, fue imputado por el delito de Tráfico de Estupefaciente, situación que dice la gestora su cliente ignoraba, pues afirmó: *"era desconocido por el propietario y por todos los arrendatarios que vivían en el bien inmueble en los demás compartimientos"*¹³.

Señala que la finca raíz en mención fue dividida en 5 compartimientos los cuales estaban arrendados por diferentes personas; argumenta que su cliente **ROQUE GONZÁLEZ** (padre), como ella misma lo denomina, habitaba el compartimento No. 2 y que el estupefaciente encontrado fue en compartimento No. 3 en donde residía el hijo de su cliente¹⁴.

De otro lado con relación al inmueble ubicado Transversal 2 N. 7-20 barrio José Antonio Galán, Barbosa, Santander, se indica que en el bien inmueble funciona el

⁹ Ver folios 4, 5 y 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

¹⁰ CED. Artículo 13. Derechos del afectado. Además de todas las garantías expresamente previstas en esta ley, el afectado tendrá también los siguientes derechos:

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

¹¹ Ver folio 2 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

¹² Ver reverso del folio 2 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

¹³ Folio 2 ib.

¹⁴ Ver folio 3 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

establecimiento "BAR VOLGA" de propiedad de la Sra. MARTHA CAIDEDO CÁRDENAS, hizo el siguiente razonamiento:

*"En dicho allanamiento como consta por el Jefe de la Unidad Investigativa, allí capturan a JASBLEDY KATHYUSCA PRADO CIFUENTES, quien no era empleada de la propietaria del bien inmueble, tan solo era una señorita que como todas las que se dedican a dicha labor, utilizan una habitación la cual es personal para atender sus clientela, y pagan al dueño un arriendo diario por la habitación tomada, pero sin subordinación alguna, ni obligación alguna, ahora, la propietaria del negocio ha sido muy cuidadosa, pese a su edad, siempre ha prohibida las actuaciones lícitas (SIC) en establecimiento, e incluso nunca había ocurrido tal situación, jamás había ocurrido un hecho de tal magnitud, ya que a las señoritas que ingresan a ejercer labores, antes de entregarles la habitación en arriendo, siempre se les registra antes de ingresar al establecimiento, pero en la habitación mientras que estén dentro de ella, se les respeta su intimidad, siendo imposible saber qué guardaba dentro de ella, incluso con carteles dentro del establecimiento, prohibición de expedido y sustancias alucinógenas, no es debido pensar, que fue consentido por la propietaria del negocio, pues con el registro de todo el establecimiento no se encontraron las sustancias en otras habitaciones ni dentro de todo el establecimiento, sino en la esa persona específica ya nombrada quien tenía en arriendo la habitación N. 2, la señorita se dedica al trabajo sexual, desconociéndose de plano su actuar. Siendo un tercero y ajeno al vínculo de la propietaria, tan solo era una señorita como todas las demás van de paso, así como pueden quedarse un mes o dos o hasta un año, también pueden durar un día y es permitido, ya que, habiendo disponibilidad de habitaciones la propietaria del negocio les arrienda habitación, pues es labor económica"*¹⁵.

Seguidamente enfatiza:

*"Por consiguiente, el desacuerdo con la imposición de las medidas cautelares de embargo y secuestro a mis prohijados, es basado en primer lugar, porque las mismas no resultan ser proporcionales, ni necesarias, ni urgentes, pues que mis mandantes no hacen parte de la organización "los Álvarez", personas que fueron plenamente identificadas y desmantelada por el ente acusador y condenas por el Juez competente, no resulta razonable que mis mandantes estén destinando sus propiedades para la comisión de ilícitos, tal como lo expone la Fiscalía, en este orden de ideas la medidas cautelares resulta ser desproporcionadas"*¹⁶.

Señala que la Fiscalía no hizo un verdadero juicio de necesidad por lo que, según afirma, las medidas cautelares se muestran como *"desproporcionadas, inadecuadas y excesivas y vulneradoras del derecho fundamental a la propiedad, toda vez que nunca fueron utilizados para hechos delictivos consentidos por los propietarios, y mucho menos han sido creados por éstos para tal fin, y mucho menos para el expedido, fabricación y consumo de sustancias alucinógenas"*¹⁷.

Luego exponen una serie de argumentos con la finalidad de demostrar la inocencia de sus patrocinados con relación a la investigación penal bajo el Rad. No. 6807761030201480092, por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, señalando condiciones personales, familiares y laborales en pro de sus defendidos; trae a colación sentencias de la Honorable Corte Constitucional en materia de propiedad privada.

Finalmente solicita:

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

*"se declare la ilegalidad de las medidas cautelares impuestas sobre los bienes inmuebles identificados con folios de matrículas número 324-28841 de propiedad de JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS - Establecimiento de comercio "Cacharrería y Ferrería MUNDIAL" y 324-28225 de propiedad de MARTHA MERCEDES CAICEDO - establecimiento de comercio "BAR VOLGA NITC CLUB, y en consecuencia de lo anterior, SE ORDENE LA CANCELACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA DEVOLUCIÓN Y ENTREGA MATERIAL DE LOS MISMOS A LOS AFECTADOS."*¹⁸.

¹⁵ Ver folio 3 lb.

¹⁶ Ver reverso del folio 3 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

¹⁷ Ver folio 6 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

¹⁸ Ver folio 7 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

3. DE LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.

El día 25 de junio de 2021¹⁹, este Despacho a través de auto de sustanciación admitió las solicitudes de Control de Legalidad a Medidas Cautelares presentado por los prenombrados señores y la impetrada por los doctores **ANA BEATRIZ GUZMAN RODRÍGUEZ**, en su condición de apoderada judicial de los afectados **JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS** y **MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS**, ordenando correr traslado común de conformidad con lo preceptuado en los artículos 33 y 113 de la Ley 1708 de 2014, dejando el expediente a disposición de los de los sujetos procesales e intervinientes, teniéndose los siguientes argumentos:

3.1. La Fiscalía 64 DEEDD, mediante memorial fechado los 30 días del mes de mayo de los corrientes²⁰, solicitó denegar la solicitud de control de legalidad presentada y en su defecto declarar la legalidad formal y material de las medidas cautelares que fueron ordenadas mediante resolución de fecha de 25 de noviembre de 2019, en los siguientes términos:

“Segundo: En dicha decisión quedó expuesto el test de razonabilidad de las medidas cautelares, a partir de la página 4 de la resolución, motivando los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de cada uno de los dispositivos, dirigido a los cuestionados inmuebles incursos en la causal 5 del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, respecto de los cuales se evidenció un flagrante incumplimiento de la función social y ecológica que impone la Constitución Política a la propiedad privada, toda vez que fueron utilizados para el ejercicio de actividades ilícitas, así como quedó anunciado y acreditado en la resolución. En consecuencia, no está llamada a prosperar la ilegalidad de las medidas cautelares, por cuanto no se dan las circunstancias de las que trata el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014.

(...)

Por lo anterior, solicito al señor Juez de Extinción de Dominio deniegue la solicitud presentada por la doctora Ana Beatriz Guzmán Rodríguez, en representación de los señores JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS y MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS, toda vez que las medidas cautelares se encuentran fundamentadas en todos los elementos de prueba existentes en la actuación habiendo sido lo suficientemente motivadas, y en consecuencia, se proceda a declarar su legalidad, toda vez que no se aprecian circunstancias que ameriten lo contrario.”²¹.

Los demás sujetos procesales e intervinientes especiales no recorrieron traslado.

4. DE LA COMPETENCIA

Con fundamento numeral 2º del artículo 39²², inciso 2º del artículo 87²³ y el artículo 111 de la Ley 1708 de 2014²⁴, norma última modificada por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017²⁵, y por encontrarse los bienes inmuebles ubicados en el municipio de

¹⁹ Ver folio 8 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

²⁰ Ver folio 166 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

²¹ Ver reverso del folio 16 del Cuaderno de Control de Legalidad a las Medidas Cautelares del Juzgado.

²² 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).

²³ CED. - Artículo 87. “**Fines de las Medidas Cautelares.**”

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

²⁴ C.E.D. - Artículo 111. Control de Legalidad a las Medidas Cautelares. *Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.*

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

²⁵ 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”.

Barbosa, Santander, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cúcuta, Norte de Santander, es competente para resolver.

5. CONSIDERACIONES

5.1. NATURALEZA DEL CONTROL DE LEGALIDAD:

Ha dicho la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que es deber del juez en esta instancia velar por la legalidad de las medidas cautelares que hayan sido tomadas por el instructor:

“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 (...)”²⁶.

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”²⁷.

Posteriormente 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 redundan 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 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

²⁶ 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.

²⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, Auto interlocutorio del 02 de septiembre de 2019, Rad. No. 050003120002201900021 01 (E.D 371) M.P. PEDRO ORIO AVELLA FRANCO.

*y secuestro, toma de posesión de bienes, haberes, negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica*²⁸.

Recientemente enfatizó:

“5.2. El control de legalidad se concreta en la revisión judicial posterior, de carácter facultativo -a petición del interesado- que, como lo previó el legislador, tiene por propósito revestir de garantías procesales al sujeto pasivo de la acción y equilibrar los instrumentos de defensa respecto de las atribuciones entregadas al acusador en la fase inicial”²⁹.

Ahora bien, las precautelativas son de carácter excepcional en la fase inicial según lo dispuesto en el artículo 89 *in fine*³⁰, obligando al instructor argumentar de tal manera que justifique a la luz de la Constitución y la Ley el porqué de la limitación del derecho de propiedad, motivando además la urgencia de la medida cuando utilice la suspensión del poder dispositivo y las figuras del embargo, secuestro y la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, pues *“cuando el Estado ejerce la acción de extinción de dominio, en manera alguna se exonera del deber de practicar las pruebas orientadas a acreditar las causales que dan lugar a ella”*. (Sentencia C – 740 de 2003).

En vista de lo anterior, es pertinente precisar que la competencia de este Despacho está limitada a conocer *“en primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia”³¹*, por lo que la presente decisión se limitará únicamente en lo concerniente al control de legalidad Formal y Material de las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía General de la Nación, sobre los inmuebles afectados 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 la judicatura deba determinar 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:

El libelista reclama la aplicación inmediata de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 112 del CED:

“ARTÍCULO 112. Finalidad y alcance del control de legalidad a las medidas cautelares. *El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

- 1. Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.*
- 2. Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines”.*

²⁸ 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.

²⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio, Auto de segunda instancia del 23 de septiembre de 2021, Rad. No. 11001 3120002 2019 00058-02, M.P. RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ.

³⁰ 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).

³¹ 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”.

5.2.1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

5.2.1.1. Es oportuno resaltar que para la imposición de las medidas cautelares de que trata el artículo 88 del CED³², es suficiente que exista prueba que lleve al instructor al grado de conocimiento de probabilidad, es decir, que sea probable que los bienes objeto de extinción de dominio estén en relación directa con la causal invocada:

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

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

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

(...) si el solicitante sustentara la petición -ilegalidad- en la circunstancia descrita en el numeral primero del artículo 112 del Código rector, correspondería al juez apreciar las pruebas aportadas por el ente acusador con el único objetivo de establecer si estas alcanzan índices de acierto, esto es, si hacen que las afirmaciones de cargo sean más o menos factibles -probabilidad-”³³.

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

5.2.1.2. En este caso en particular, para determinar la existencia o no de elementos mínimos de juicio suficientes, se tiene que el ente investigador presentó como pruebas lo siguiente:

“Informes de policía judicial No. S- 2015- /SIJIN GRIJU - 38.10 sin fecha, suscritos por el Subintendente SAAVEDRA CELIS JAIME ANDRÉS, Jefe Unidad Investigativa de Extinción de Dominio SIJIN DESANI, en el que invoca la causal 5 del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, para solicitar se estudie la posibilidad de dictar medida cautelar a varios bienes inmuebles; entre ellos los ubicados en la Calle 7 No. 5-23 Barrio José Antonio Galán Barbosa Santander y Transversal 2 No 7-20 Barrio José Antonio Galán Barbosa Santander; donde fueran capturadas el día 24-03-2015, en diligencia de registro y allanamiento JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ MURILLO, identificado con cédula de ciudadanía número 1.099.210.917 y JULY STEFFANY ISAZA CONTREAS, identificada con cédula de ciudadanía número 1.054.552.044, y JASBEIDY KATHYUSKA PRADO CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía número 1.090.486.678, respectivamente, por el presunto delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes definido en el artículo 376 del Código Penal, al haber sido halladas e incautadas en sus moradas sustancias estupefacientes que al ser sometidas a la prueba de identificación preliminar homologada PIPH, arrojó positivo para cannabis y/o sustancias homologadas para cocaína y sus derivados. Actuación que se realizó bajo la dirección de la Fiscalía Segunda Seccional de Barbosa Santander, donde inició la noticia criminal No. 6807761060302201480092, de lo cual se allegaron los correspondientes soportes”³⁴.

³² Código de Extinción de Dominio.

³³ 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.

³⁴ Ver folio 9 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN.

El informe de policía judicial No. S-2019-118655-SUBIN-GRUIJ 25.32, de fecha 28-08-20192, firmado por el investigador **JOHN JAIRO AGUDELO NIÑO**, de iniciativa investigativa mediante oficio S-2019-010984/SUBGA-POJUD de fecha 5 de agosto de 2019³⁵, signada por la investigadora Criminal del Grupo de Policía Judicial de POLFA – Bogotá D.C. que da cuenta de la identificación de los bienes objeto de investigación.

También se aportó el informe de policía judicial No. S-2019-149114-SUBIN-GRUIJ 25.32 de fecha 15-10-20193, firmado por el investigador Intendente **MIGUEL JOVANNY CASTILLO CHISICA**, que da cuenta de las labores de vecindario para establecer las actividades que se llevaban a cabo al interior de los bienes en examen, copias de actas de registro y allanamientos, copia acta de preacuerdo del 19 de junio de 2015 etc.

Con los anteriores medios de convicción el ente investigador estableció que probablemente las conductas allí descritas se enmarcaban dentro de la causal 5ª del CED, procediendo a emitir la Resolución que la respetada defensa controvierte:

“En primer lugar determinar la existencia de los bienes sobre los cuales el Estado pretende la Extinción del Dominio, así como su identificación, localización y ubicación como efectivamente se cumple a cabalidad.

En el presente asunto, es claro que los bienes inmuebles objeto de investigación son los identificados con los folios de matrícula inmobiliaria (SIC) 324-28841 y 324-28225, cuyos datos fueron consignados en forma detallada el numeral 5 del presente escrito.

En segundo lugar, acreditar la conducta ilícita como efectivamente se logra apreciar del desarrollo de la presente investigación, tal como se expone en el contexto de este libelo que contiene los elementos de prueba que garantizan la presencia de la causal invocada por la fiscalía (Numeral 5 Art. 16 Ley 1708 de 2014) en la presente demanda, que por ende nos permite inferir que, de acuerdo a la información acopiada, los inmuebles enunciados objeto de investigación, señalados en el acápite 5 de este escrito, fueron utilizados para la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el tráfico de stupefacientes (SIC)”³⁶. (Destacado en el original).

Nótese que el ente investigativo alcanzó el grado de probabilidad, el cual es definido por la doctrina más autorizada así: *“probabilidad no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un objeto múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor entidad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia, que se apartan de la afirmación”³⁷.*

Como se puede apreciar, es claro que en ese momento preprocesal la Fiscalía se valió de esa documentación para darle soporte legal a su determinación, es decir, en ese estadio le fue suficiente el material probatorio para afectar los bienes objeto del presente trámite.

O sea, que el ente investigador se valió de prueba sumaria para cautelar los bienes en estudio, prueba que tiene plena validez al interior del proceso de Extinción de Dominio. Para el efecto, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la prueba sumaria en los siguientes términos:

“Aunque la legislación colombiana no define lo que debe entenderse por prueba sumaria, su noción ha sido precisada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido la doctrina ha sido uniforme en señalar que la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer. Siendo claro que la prueba sumaria, es aquella que reúne las características de plena prueba que aún no ha sido controvertida, su exigencia para el decreto de las medidas, no vulnera los postulados constitucionales ni

³⁵ Ver folios 5 al 13 Cuaderno Original de la FGN.

³⁶ Ver folio 13 del Cuaderno de Medidas Cautelares de la FGN

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

menoscaba las posibilidades del debido proceso para el demandante, puesto que siendo las medidas cautelares de carácter preventivo y provisional, el debate probatorio sobre la titularidad de los derechos y la validez de los documentos aportados se da a plenitud dentro del proceso verbal respectivo ante los jueces competentes de la justicia ordinaria civil. Por tanto, para la Corte, el legislador obró conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas”³⁸.

Entonces, mal podría esta judicatura desconocer los medios de pruebas aportados por el instructor para darle validez jurídica a su decisión que la Gestora se muestra en desacuerdo, y, en ese sentido, no le asiste razón a la defensa al indicar que no existe prueba que ratifique la pretensión extintiva del instructor.

La Honorable Corte Constitucional ha recalcado la necesidad de presentar prueba cuando se presente la necesidad de limitar derechos fundamentales:

“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”³⁹. (Resalto fuera del texto original).

Y, por su parte, el superior jerárquico de esta judicatura ha señalado:

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

Lo anterior, con el propósito de revestir de garantías procesales al sujeto pasivo de la acción y equilibrar los instrumentos de defensa respecto de las atribuciones entregadas al ente instructor en la fase inicial”⁴⁰.

En efecto, como lo señala la doctrina refiriéndose a la imposición de medidas cautelares en fase de investigación: *“Las exigencias legales para proferir alguno de estos dos actos procesales no requieren como presupuesto el agotamiento de toda la controversia probatoria”⁴¹, cumpliéndose lo requerido en ese estadio procesal, es decir, para esta judicatura, salvo mejor apreciación, en la medida impuesta por el ente investigador es legal.*

5.2.1.3. Es también que la Fiscalía debe asumir la carga argumentativa de motivar la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de las medidas cautelares.

Al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional:

“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”⁴².

Y, posteriormente, acotó:

“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

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 523 del 04 de agosto de 2009, M.P. MARIA VICTORIA CALLE CORREA.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 01 de octubre de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁴⁰ 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.

⁴¹ BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 545.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

*perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes*⁴³.

En esta oportunidad se tiene que el persecutor motivó de manera suficiente la imposición de las cautelas a partir del folio No. 4 del Cuaderno de Medidas Cautelares con un título denominado “DEL TEST DE RAZONABILIDAD”, exponiendo los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La defensa simplemente se limitó a mostrar su desacuerdo con la imposición de las cautelas, sin controvertir de fondo la supuesta omisión de argumento del ente investigador, pues solo se decantó por frases como la del siguiente tenor: “*Dichas medidas cautelares son desproporcionadas, inadecuadas y excesivas y vulneradoras del derecho fundamental a la propiedad, toda vez que nunca fueron utilizados para hechos delictivos consentidos por los propietarios, y mucho menos han sido creados por éstos para tal fin, y mucho menos para el expedido, fabricación y consumo de sustancias alucinógenas*”⁴⁴.

No sobra decirle a la respetada defensa que las medidas cautelares son herramientas que buscan asegurar el resultado que al final se decida en una sentencia y que tienen sustento constitucional, como lo ha decantado la jurisprudencia:

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

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

Sin embargo, las cautelas jamás implican una sentencia condenatoria, pues el juicio no ha concluido⁴⁵. Es más, no entrañan una determinación de la responsabilidad o de la ilegitimidad del título que exige el derecho de dominio sobre un bien.

(...)

*Ahora bien, la protección precautelaria por importante que sea debe respetar el debido proceso del afectado, de manera que éste es la contracara de las finalidades preventivas de las medidas cautelares*⁴⁶. (Resaltado del Despacho).

Pero inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 21.2 de la Convención Americana⁴⁷, ha señalado en materia de medidas cautelares sobre la propiedad privada, 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”⁴⁸.

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

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁴⁴ Ver folio 6 del Cuaderno del Control de legalidad del Juzgado.

⁴⁵ Sentencia C-030 de 2006 y C-490 de 2000.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 357 del 6 de agosto de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

⁴⁷ 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”.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Chuparro Álvarez y Lapo Itáñez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

de la Constitución Política⁴⁹, 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 mutabilidad⁵⁰.

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

5.2.1.4. Así mismo, es pertinente aclarar que el juzgador en esta instancia debe practicar control formal y material a las medidas, sin hacer otras consideraciones que impliquen algún tipo de responsabilidad por la potísima razón de que este no es el escenario natural para ventilar debates probatorios ni mucho menos para alegatos de conclusión; basta establecer que el ente investigador ha cumplido con la carga probatoria y argumentativa en su Resolución, pues *“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”*⁵¹.

La jurisprudencia del Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. ha establecido de manera pacífica y reiterada la siguiente premisa:

*“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”*⁵². (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 controvertidas⁵³.

5.2.1.5. Queda sentado que las premisas expuestas por la defensa sobre la no responsabilidad de sus representados es un tema que debe ventilarse durante el debate probatorio en el juicio de extinción de dominio.

No es que se estén desestimando los argumentos de la defensa, sino que no puede esta judicatura entrar a considerar la postura de la defensa en el sentido de no compartir las razones que llevaron al instructor a emitir la resolución del 25 de noviembre de 2019.

Es preciso 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.

⁴⁹ 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”.*

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

⁵² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio, auto intertutorio de segunda instancia del 28 de septiembre de 2017, Rad. No. 080013120001201700022-01, M.P. WILLIAM SALAMANCA DAZA.

⁵³ ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba en Derecho. Ediciones Lerner, Bogotá, 1967, pág. 66.

(...)

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.”⁵⁴.

Esta judicatura se ciñe estrictamente a la jurisprudencia, entendiendo que “*la jurisprudencia es un trabajo interpretativo y constructivo que responde a cuestiones de derecho*”⁵⁵, por lo que acogerá la postura del instructor por cuanto la limitación de la propiedad privada es factible cuando se presenten los requisitos necesarios que así lo justifiquen, lo cual no implica el desconocimiento de dicho derecho.

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

En ese sentido, no se observa vulneración alguna que pueda respaldar la tesis de decretar el levantamiento de las precautelativas deprecada por la defensa.

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

Todo a la luz del debido proceso constitucional, pues se observa que el decurso de la fase inicial responde de forma estricta a lo establecido en la ritualidad que consagra la Ley 1708 de 2014 y sus modificaciones, ya que *en la injerencia de derechos fundamentales por parte de la fiscalía se exige una protección jurídica amplia*⁵⁶.

5.2.1.6. En criterio de este Despacho, el Debido Proceso⁵⁷ 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 posible⁵⁸, entendiendo que un principio no puede determinarse en abstracto, sino de forma específica porque solo en los casos concretos se puede

⁵⁴ Corte constitucional, sentencia C-1025 del 20 de octubre de 2004, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

⁵⁵ GUASTINI, Ricardo. Teoría Analítica del Derecho, ZELA, Lima, 2017, pág. 33.

⁵⁶ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, 252.

⁵⁷ 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”.

⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 80.

entender su alcance⁵⁹, de ahí que el Despacho no avizore que hasta este momento procesal se hayan conculcado garantías fundamentales de la parte afectada, por lo que atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventivas de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESRTRO**, se ajustó a la Constitución y la Ley, motivada en la existencia de unos elementos mínimos de juicio⁶⁰.

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

Entonces, atendiendo a las normas rectoras previstas en los artículos 2º y 6º de la Ley 1708 de 2014, en sede de control de legalidad se confirma que el actuar del ente investigador al ordenar e imponer las medidas preventivas de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESTRO** de los inmuebles identificados con Folio de Matrícula No. **324-28841 y 324-28225**, es conforme a derecho.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la legalidad Formal y Material de las Medidas Cautelares de **SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO y SECUESTRO** decretadas mediante Resolución del 25 de noviembre de 2019 por la Fiscalía 64 adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, sobre los bienes inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. **324-28841 y 324-28225**, ubicado en la Calle 7 No. 5-23 Barrio José Antonio Galán y en la Transversal 2 No. 7-20 Barrio José Antonio Galán respectivamente, del municipio de Barbosa, Departamento, por encontrarse dentro de la causal 5ª del artículo 16 Código de Extinción de Dominio, de propiedad de los señores **JOSÉ ROQUE GONZÁLEZ ROJAS**, identificado con la CC. 91.011.771 y **MARTHA MERCEDES CAICEDO CÁRDENAS**, identificada con la CC. 40.011.010, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión proceden los **RECURSOS ORDINARIOS DE REPOSICIÓN⁶¹ Y APELACIÓN⁶²**, ante la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011, Pág. 111.

⁶⁰ 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).

⁶¹ 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.

⁶² Aparte final del inciso 3º del Artículo 113 de la Ley 1708 de 2014 *“Las decisiones que tome el Juez en desarrollo del presente artículo, serán susceptibles del recurso de Apelación”*, concordante con el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 17 de la Ley 1849 de 2017: *“Las decisiones judiciales que denieguen cualquiera de los controles de legalidad establecidos en esta Ley, en el efecto devolutivo”*.

conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 113 de la ley 1708 de 2014.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión, téngase los Cuaderno de Control de Legalidad del juzgado de radicación **54001-31-20-001-2019-00230-01** como parte del expediente que cursa en etapa de juicio en este mismo Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN CARLOS CAMPO FERNÁNDEZ
Juez