

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO.



**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN
EXTINCIÓN DE DOMINIO DE ANTIOQUIA.**

Medellín, quince (15) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado	05000 31 20 002 2023-00086 00
Radicado Fiscalía	2022-00044 Fiscalía 65 E.D.
Proceso	Control de legalidad sobre medidas cautelares
Radicado del proceso principal en juzgamiento	<i>05000 31 20 001 2023-00082 00 Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Antioquia</i>
Solicitante del control	José Fernando Ospina Montoya CC.70.875.677
Identificación de los bienes cautelados respecto de los cuales se solicita el control	Establecimiento de comercio: <ul style="list-style-type: none"> • Almacén Yhonatan.
Decisión	Declara la legalidad de las medidas cautelares
Auto interlocutorio nro.	017

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a resolver la solicitud de control de legalidad presentada por el señor José Fernando Ospina Montoya, mediante su apoderado judicial, deprecada en contra de las medidas cautelares que afectan el establecimiento de comercio de razón social “Almacén Yhonatan”, identificado con la matrícula mercantil nro. 65664 de la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño, las cuales fueron impuestas por la Fiscalía 65 adscrita a la Dirección Especializada en Extinción del Derecho de Dominio –DEEDD-, mediante la resolución de medidas cautelares de fecha 21 de marzo de 2023.

2. RESUMEN FÁCTICO Y PROCESAL.

2.1. Hechos jurídicamente relevantes.

El delegado de la Fiscalía enuncia en la resolución de medidas cautelares lo siguiente como fundamento de hecho para su determinación impositiva:

En los municipios de El Peñol, Marinilla y San Carlos - Antioquia, desde el año 2016 hasta la fecha, de acuerdo a los actos de investigación adelantados dentro de la actuación penal SPOA 050016099154202000035 por la Fiscalía 152 EDA Antinarcóticos, se logró identificar la existencia de cuatro GDCO:

- 1. “La Peña”, liderada por Óscar Eduardo Vásquez Pulgarín, alias “El Rayo”, que delinque en el municipio de El Peñol y Marinilla.*
- 2. “Los Rayos o la L”, liderada por Juan Esteban Gómez Correa, en el municipio de El Peñol y Guatapé.*
- 3. “La Invasión”, liderada por Campo Elías Loaiza, en el municipio de San Carlos.*
- 4. “Alto de San José”, liderada por Alejandro Muñoz Morales, en el municipio de Marinilla.*

Estos grupos de delincuencia común organizados GDCO se circunscriben en una especie de outsourcing a la GDO Clan del Oriente, organización de mayor jerarquía que delinque en la subregión del Oriente Antioqueño, la cual se encuentra liderada por Óscar Eduardo Vásquez Pulgarín, alias “Rayo”, quien, desde antes del año 2015 fue integrante de la GDO La Terraza, que delinque en Medellín y en el Área Metropolitana.

Las actividades delictivas ejecutadas por estas GDCO les permiten su financiamiento y permanencia en el tiempo, ya que sus ingresos se derivan de las rentas criminales que le genera las diferentes actividades ilícitas ejecutadas, entre otras, monopolio de la distribución y comercialización de estupefacientes, extorsiones, desplazamientos, homicidios selectivos, hurtos en las diferentes modalidades, que le permiten el control total en los municipios donde tienen injerencia.

Estas organizaciones delincuenciales aprovechan la ubicación estratégica de estos municipios que son turísticos, para instrumentalizar personas e incluso a menores de edad, para ponerlos a su servicio, creando una verdadera empresa criminal, ya que cuenta con una estructura debidamente conformada, donde existe un cabecilla, coordinadores, vendedores o jibaros e incluso cuenta con un ala sicarial para el ajuste de cuentas y los desplazamientos de las personas que no cumplen con las exigencias de la organización.

Todas estas actividades ilícitas le han permitido la consecución de bienes a los integrantes de la organización, bienes que en ocasiones figuran a nombre su núcleo familiar y de allegados de confianza y otros bienes que son destinados para la ejecución de actividades ilícitas.

(...).

2.2. Actuación procesal relevante.

Formulada la petición de control de legalidad por el señor José Fernando Ospina Montoya, a través de apoderado judicial, ante la Fiscalía 65 adscrita a la Dirección Especializada en Extinción de Derecho de Dominio –DEEDD-, ésta remitió la solicitud en la fecha 01-11-2023 ante estos Juzgados del Circuito Especializados en Extinción de Dominio del Distrito Judicial de Antioquia¹ y, siendo sometido a reparto en la fecha 09-11-2023, correspondió por reparto el trámite a este Juzgado Segundo².

Así que mediante Auto de Sustanciación Nro.379 del 01-12-2023 se resolvió admitir a trámite la solicitud de control de legalidad sobre las medidas cautelares y, en consecuencia, se ordenó surtir el traslado según lo reglado por el artículo 113 del Código de Extinción de Dominio –CED-³.

Del referido auto se dejaron correr los términos de ejecutoria los días cinco (05), seis (06) y siete (07) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)⁴, procediendo la Secretaría a surtir el traslado ordenado durante los días once (11), doce (12), trece (13), catorce (14) y quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)⁵.

¹ Archivo “05AcuseRecibido” – tamaño 568KB.

² Archivo “002ActaRepartoS160” – tamaño 177KB.

³ Archivo “006AutoAdmiteCL-DisponeTraslado” – tamaño 0,99 MB; archivo “007NotificaciónEstado” – tamaño 272 KB.

⁴ Archivo “010ConstanciaEjecutoriaAutoAdmiteCL-OrdenaTraslado” – tamaño 275KB.

⁵ Archivo “011Traslado5DiasArt113CED” – tamaño 239KB.

Ahora, procede el Despacho a resolver de fondo la solicitud de control de legalidad.

2.3. Identificación de los bienes cautelados y el objeto del presente control de legalidad.

En la solicitud de control de legalidad se identificó el siguiente bien, el cual fue cautelado por la Fiscalía 65 Especializada en Extinción de Dominio mediante la resolución de medidas cautelares de fecha 21-03-2023. Se observa también, que las siguientes fueron las medidas cautelares decretadas y materializadas que hacen parte del objeto del presente control de legalidad.

BIEN NRO. 01	
<i>Tipo de bien</i>	ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO
<i>Razón social</i>	ALMACÉN YHONATAN
<i>Registro mercantil</i>	65664 DE LA CÁMARA DE COMERCIO DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO ⁶
<i>Dirección o ubicación</i>	TRANSVERSAL 3 #19 – 30, EL PEÑOL - ANT
<i>Propietario y porcentaje de propiedad</i>	JOSÉ FERNANDO OSPINA MONTOYA CC.70.875.677 (100%)
<i>Limitaciones o gravámenes a la propiedad inscritos</i>	No registra
<i>Medidas cautelares materializadas por cuenta del proceso</i>	a) EMBARGO b) TOMA DE POSESIÓN DE BIENES, HABERES Y NEGOCIOS ⁷

⁶ Archivo "04CertificadoAlmacén" – tamaño 257KB.

⁷ Archivo "007CuadernoMedidasCautelares" – páginas 324 a 332.

3. INTERVENCIONES.

Todos los sujetos procesales guardaron mutismo durante el traslado de la solicitud de control de legalidad sobre las medidas cautelares, es decir, no se realizó pronunciamiento alguno.

3.1. Causales invocadas y argumentación por el incidentista.

Respecto de la causal por preclusividad del término previsto por el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio –CED-, se argumenta que las medidas cautelares fueron ordenadas mediante resolución de fecha 21-03-2023 y materializadas sobre el establecimiento de comercio en la fecha 11-04-2023, lo que supondría que, a más tardar, el término de los 6 meses se encontraría vencido para la fecha 11-10-2023. Afirma el incidentista que para la fecha de presentación de la solicitud de control de legalidad no se tenía conocimiento acerca de la presentación de la demanda de extinción de dominio.

También que, si la Fiscalía consideró oportuna la imposición de medidas cautelares en consideración a contar con suficientes elementos de juicio, le correspondería la carga de exponer las razones por las cuales presentaría mora para estructurar y presentar la demanda de extinción de dominio.

En lo que respecta a la causal primera de ilegalidad de las medidas cautelares, se sirve de una exposición en tres puntos. Primero, la incongruencia entre una afirmación de que el establecimiento de comercio pueda tener un origen ilícito y la razón de que el mismo bien existiera y tuviera el mismo dueño desde un tiempo anterior a los hechos investigados.

Segundo, que la Fiscalía se soporta en la simple ignorancia acerca de las actividades económicas del establecimiento de comercio para presentar argumentos que giran alrededor del origen de los recursos para la creación y sostenimiento del establecimiento. El incidentista realiza énfasis en que la Fiscalía tuvo y conserva a su disposición los elementos probatorios necesarios para verificar la actividad comercial lícita, toda vez que durante la diligencia de toma de posesión de bienes, haberes y negocios se retuvieron los libros contables.

Tercero, otra razón presentada para solicitar que se declare la ilegalidad de las medidas cautelares consiste en explicar que el dinero que la GDCO le reclamaba al señor José Fernando Ospina Montoya, bien podría tener su explicación en hechos de extorsión sufridos por el comerciante.

En la solicitud de control de legalidad se presentan los argumentos para una posible sustentación de la causal segunda del artículo 112 CED, que se basan en exhibir lo exigua de la ponderación realizada por la Fiscalía en lo consistente en el sub-principio de proporcionalidad, ya que asegura que la argumentación no resalta por una verdadera motivación que permitiera considerar los fines de las medidas cautelares como preponderantes sobre los derechos fundamentales del afectado. Ni en lo relativo al sub-principio de idoneidad, respecto del cual se afirma que la Fiscalía no presentó razones que, atendiendo a una gradualidad en consideración a la gravedad de las medidas cautelares, permitieran considerar la suspensión del poder dispositivo como insuficiente para garantizar los fines del proceso.

Por último, invocando la causal tercera, menciona: *“resaltando que, frente a la medida cautelar de toma de posesión de bienes, haberes y negocios del establecimiento de comercio, la Fiscalía no expuso una sola línea de motivación (...)”*.

Su petición es que *“se declare la ilegalidad de las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y toma de posesión de bienes, haberes y negocios del establecimiento de comercio (...)”*.

4. CONSIDERACIONES.

4.1. Competencia.

El inciso final del artículo 215 del Código de Extinción de Dominio facultó al Consejo Superior de la Judicatura para reglamentar lo necesario para determinar los distritos judiciales para la competencia de las salas y los juzgados especializados en extinción de dominio, de tal manera que en uso de dichas atribuciones en el artículo 11 del Acuerdo PCSJA23-12124

del 19-12-2023 se acordó modificar con carácter permanente y a partir del 11-01-2024 la competencia territorial de los distritos especializados de extinción de dominio⁸.

Hay que considerar que al control de legalidad sobre las medidas cautelares en distinta jurisprudencia, de la Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se le ha dado el tratamiento nominativamente como un “incidente”, y en ese sentido, es que se le debería brindar luces al numeral 2 del artículo 39 del Código de Extinción de Dominio, en cuanto afirma que a la competencia de los jueces de extinción de dominio, respecto de las solicitudes de control de legalidad, les corresponde aquellas planteadas “*dentro de los procesos de su competencia*”. Sin embargo, el estado del arte constituido por la misma jurisprudencia ha optado por utilizar la lupa del artículo 35 del Código de Extinción de Dominio –CED- para aplicar las reglas de competencia territorial previstas por el legislador para el juzgamiento, aplicando de este modo por vía de analogía una norma de competencia al trámite incidental⁹.

En sentido de lo anterior, ubicándose el bien dentro del Distrito Judicial de Antioquia, se debe aplicar la regla de competencia del inciso 1° del artículo 35 CED, así es que este Despacho Judicial se aprecia competente por el factor territorial y, por lo tanto, en aplicación también del artículo 39 numeral 2 y del artículo 33 parágrafo 2° del Código de Extinción de Dominio, este Juzgado se determina competente para resolver en primera instancia acerca de la solicitud de control de legalidad.

4.2. Resolución del asunto.

4.2.1. Causal por caducidad.

⁸ Modificando el artículo 3° del Acuerdo PCSJA23-12067 de 2023, que modificó por el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10517 de 2016.

⁹ Aunque se ha aceptado, por regla general, que es inadmisibles la analogía para asignar competencias a una autoridad pública por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, porque no se puede crear mediante jurisprudencia normas que pertenecen a materia de estricta reserva legal (ver el concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado nro.2274 de 2015).

La causal de ilegalidad por la caducidad del término de seis (06) meses, que genera la pérdida de vigencia de las medidas cautelares decretadas como una potestad extraordinaria de la Fiscalía, se constituye como una sanción procesal contra la morosidad injustificada en el ejercicio procesal de la propia Fiscalía y, al tener esta causal una naturaleza claramente sancionatoria para el ente instructor, la tutela judicial efectiva de los derechos del propietario del patrimonio no se coordina armónicamente con la inimpugnabilidad de la decisión impositiva de medidas cautelares¹⁰ ni con este poder casi inquisitivo para que la Fiscalía motive y califique sus propias razones de urgencia y serios motivos fundados¹¹. Sobre el particular el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su honorable Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio, se pronunció sobre el tema en los siguientes términos¹²:

Así, la lectura que la judicatura dio al problema que se le plantea desconoce el principio de derecho “nemo iudex sine actore ne procedat ex officio”, que le garantiza a las partes que puedan acudir en igualdad de condiciones ante el juez. Esto se traduce en que al afrontar un cuestionamiento a los derechos reales en virtud de las pretensiones que exhibe la autoridad de investigación, su contraparte tiene garantizado lo que regulan los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, de los cuáles son reflejo los cánones 4, 5 y 8 del CED.

En otras palabras, el afectado tiene la prerrogativa de la tutela efectiva del derecho, haciendo las postulaciones que estime en aras de la contradicción; en ese sentido, considera el Tribunal que el competente para pronunciarse en torno a la postulación derivada del artículo 89 del CED es el juez de conocimiento, porque sólo este puede garantizar una decisión imparcial (...).

De tal suerte que este Juzgado comparte la postura del quejoso, a primera vista., en punto de que para el surgimiento del debate el afectado únicamente tiene que destacar el sobrepaso objetivo del plazo de 6 meses previsto por la norma, toda vez que el deber procesal que le corresponde al fiscal es el de “definir si la acción debe archivarse o si por el contrario resulta procedente presentar la demanda de extinción de dominio”; tal como fue disposición del legislador en el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio –CED- se impone sobre el fiscal que decreta medidas cautelares antes de la demanda de extinción de dominio, por lógica, que deba ser el instructor quien justifique su tardanza o inactividad procesal que mantiene en indefinición la posibilidad del ejercicio del derecho a la oposición y de

¹⁰ Artículo 111 del Código de Extinción de Dominio.

¹¹ Artículo 89 del Código de Extinción de Dominio.

¹² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio. (03 de junio de 2022) proveído de segunda instancia dentro del radicado 05000312000220210001701. [M.P. William Salamanca Daza].

contradicción del afectado, pero que, a su vez, mantiene la afectación a los derechos del titular del dominio sobre el patrimonio perseguido. Sobre los deberes procesales ha referido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-279 de 2013:

La jurisprudencia ha distinguido de manera clara entre deberes, obligaciones y cargas procesales, así: "Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez, otras a las partes y aun a los terceros, su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido; se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento".

Así las cosas, sea lo primero traer a colación los datos cronológicos del asunto en cuestión a efectos de hacer el análisis correspondiente:

<i>Fecha de la resolución de medidas cautelares</i>	<i>21 de marzo de 2023¹³</i>
<i>Fecha de la materialización del secuestro</i>	<i>11 de abril de 2023¹⁴</i>
<i>Fecha de inscripción de las medidas cautelares jurídicas en la cámara de comercio.</i>	<i>18 de mayo de 2023¹⁵</i>
<i>Fecha de presentación de la demanda</i>	<i>20 de octubre de 2023¹⁶</i>

El Alto Tribunal Constitucional ha asentado mediante su jurisprudencia que la exigencia a los funcionarios judiciales para observar el plazo razonable tiene “*el fin de evitar dilaciones injustificadas que configuren la vulneración de los derechos fundamentales*”¹⁷, elemento a partir del cual este operador judicial se fundamenta para iniciar la contabilización del término de seis (6) meses a partir de la fecha en que se materializó la primera restricción al derecho

¹³ Archivo “007CuadernoMedidasCautelares” – páginas 2 a 236.

¹⁴ Archivo “007CuadernoMedidasCautelares” – páginas 324 a 332.

¹⁵ Archivo “04CertificadoAlmacén” – tamaño 257KB.

¹⁶ Archivo “011OficioRemiteProceso” – tamaño 845KB.

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (11 de agosto de 2023) Sentencia T-309 exp. T-9286025. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

fundamental a la propiedad privada, porque el interés del actor que mediante la solicitud de control de legalidad busca tener acceso a la administración de justicia es para la tutela de sus derechos restringidos por la decisión impositiva de la Fiscalía. Aplicando los cálculos se tiene que¹⁸:

<i>Fecha de materialización de la medida cautelar</i>	<i>Fecha cumplimiento término de 6 meses</i>	<i>Fecha de presentación de la demanda</i>
<i>11 de abril de 2023</i>	<i>11 de octubre de 2023</i>	<i>20 de octubre de 2023</i>
	<i>Días hábiles de mora:</i>	<i>6 días</i>

Sin embargo, la honorable Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio -Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- ha acogido la reiterativa línea sentada mediante los fallos de tutela de las Altas Cortes y en ese sentido, en lo respectivo a la materia de la mora judicial cuando las medidas cautelares se prolongan en el tiempo, se ha explicado que la declaración de ilegalidad de las mismas sólo resulta de aplicación cuando realizado el examen del caso se encuentra que el plazo razonable fue superado injustificadamente¹⁹. Porque para la Corte Constitucional la mora judicial es solamente el “fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia”²⁰, debiéndose contemplar que “la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión”²¹, así como también se ha decantado que se puede demostrar objetivamente que la congestión del sistema

¹⁸ Se tiene que aplicar el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 de tal suerte que: a) como el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio señala el plazo en meses, se debe computar el término según el calendario, es decir, de fecha a fecha; pero b) la contabilización del retardo se tiene que realizar en días hábiles porque tampoco se le puede exigir al actor que realizara una actuación judicial en un día inhábil cuando la administración de justicia no presta el servicio, así tanto que “si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

¹⁹ Entre otras decisiones:

- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio. (13 de diciembre de 2022) proveído de segunda instancia dentro del radicado 05000312000220220000301. [M.P. María Idali Molina Guerrero].
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio. (s/f) proveído de segunda instancia dentro del radicado 05000312000220220001401. [M.P. William Salamanca Daza].

²⁰ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (22 de febrero de 2018) Sentencia T-052 exp. T-6296489. [M.P. Alberto Rojas Ríos].

²¹ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (27 de abril de 1995) Sentencia T-190 exp. T-44649. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo].

judicial y el exceso de cargas laborales no permite a los funcionarios cumplir con los plazos legalmente establecidos²².

Siguiendo la “*aplicación del test de plazo razonable en el caso particular*” expuesto por la honorable Corte Constitucional²³, hace destacar este Juzgado que la Alta Corte reconoce que los procesos de extinción de dominio se destacan por ser de altísima complejidad lo cual implica que “*la exigencia de plazo razonable no implica un plazo precipitado, pues, es una figura que compara el tiempo del trámite con el tiempo que resulta necesario para fallar de acuerdo con el tipo de proceso que se trate y sus circunstancias específicas*”²⁴.

Analizando las circunstancias específicas del proceso, se puede apreciar que la investigación con fines de extinción de dominio se trata de uno de los denominados “macroprocesos” donde se busca un impacto con trascendencia en contra de las finanzas ilegales de unos grupos de delincuencia organizada operativos en el Oriente Antioqueño, en desarrollo del cual la Fiscalía tuvo una carga argumentativa y probatoria muy alta de estructurar la pretensión extintiva del derecho de dominio sobre cada uno de los treinta y nueve (39) bienes pretendidos por la acción. Por lo anterior, este caso resulta de vital importancia para la política criminal del Estado, como quiera la investigación recae sobre cuatro (4) organizaciones delincuenciales –GDCO- 1) La Peña, liderada por Oscar Eduardo Vásquez Pulgarín, alias el Rayo, que delinque en el municipio de el Peñol y Marinilla, 2) Los Rayos o la “L” liderada por Juan Esteban Gómez Correa, que delinque en los municipios de el Peñol y Guatapé 3) La Invasión, liderada por Campo Elías Loaiza, en el municipio de San Carlos y 4) Alto de San José, liderada por Alejandro Muñoz Morales, en el municipio de Marinilla, que se investigan como una red criminal destacada y peligrosa adscritas a una organización de mayor jerarquía GDO Clan del Oriente, y que obtienen sus ingresos a partir de la ejecución de actividades ilícitas, lo que les ha permitido la adquisición de bienes que figuran de propiedad de los cabecillas o coordinadores de las bandas,

²² Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de julio de 2016) Sentencia SU-394 exp. T-4329910. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

²³ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (11 de agosto de 2023) Sentencia T-309 exp. T-9286025. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

²⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de julio de 2016) Sentencia SU-394 exp. T-4329910. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

integrantes de la organización delincencial y en otros casos, son puestos a nombre de su núcleo familiar y allegados de confianza.

Así, siendo objetivamente críticos, si el Código de Extinción de Dominio considera que el plazo razonable para que el juez resuelva una sola situación patrimonial es de treinta (30) días, la Fiscalía también requiere de un tiempo razonable para tejer la urdimbre del caso y así presentar en debida forma la demanda de extinción de dominio prestando atención a la afectación patrimonial de veintiséis (26) sujetos implicados en el proceso, lo que implica considerar que la presencia de morosidad por seis (06) días hábiles no representa una superlativa vulneración al plazo razonable porque la complejidad del asunto era ciertamente elevada.

Y, aunque también se debe considerar lo alegado por el incidentista, en punto de que la exigencia motivacional de la resolución de medidas cautelares requeriría que la Fiscalía ya tuviera elementos probatorios para lograr un grado de probabilidad acerca del vínculo de los bienes con alguna causal de extinción de dominio, además de una argumentación vehemente acerca de la razonabilidad y necesidad de las medidas cautelares, lo cual tornaría proporcional que la exigencia legislativa sea que el plazo máximo que la Fiscalía se puede tomar para perfeccionar la investigación sea de 6 meses en cualquier caso; también se tiene que realizar el análisis del siguiente criterio.

Obsérvese, que, dentro del plazo de 6 meses consagrado por el legislador en el artículo 89 del estatuto extintivo, la Fiscalía tuvo una diligencia razonable toda vez que se siguieron arrojando al plenario nuevos elementos de prueba²⁵ entre la fecha de la práctica de las medidas cautelares y la fecha de vencimiento del plazo razonable fijado por el legislador; cuyo estudio y valoración pueden justificar la superación del plazo por seis (06) días. Mientras que la razonabilidad de la afectación será objeto de estudio detallado en otro apartado de la presente providencia.

Por lo tanto, el plazo razonable previsto por el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio no fue soslayado ostensiblemente por parte de la Fiscalía 65 Especializada en Extinción de Dominio, y aunque la celeridad y eficiencia de la actuación judicial se trata de

²⁵ Ver archivo "005Cuaderno5Rad202200044" – páginas 9 a 243.

un mandato de optimización para todos los operadores, dentro del tema de la mora judicial “*se ha reconocido la realidad del país en materia de congestión del sistema judicial y el exceso de las cargas laborales*”.

4.2.2. Causal tercera para ejercer control de legalidad.

Ahora, para estudiar la causal tercera del artículo 112 del Código de Extinción de Dominio –CED- se debe comprender, primeramente, que dicha causal se diferencia de las previstas en los numerales 1° y 2° para declarar la ilegalidad de las medidas cautelares en que el control que exige ejercer es básicamente formal, es decir, cuando la norma exige verificar que “*la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada*” está reduciendo el supuesto de hecho hasta la carencia total de la exposición argumentativa que conllevara a la decisión impositiva contra el derecho del titular del dominio.

En el enunciado del supuesto de hecho descrito en la tercera causal para ejercer control de legalidad sobre las medidas cautelares, tal como también lo ha explicado la honorable Sala Penal de Decisión de Extinción del Derecho de Dominio, lo que exige “*el ordenamiento jurídico que su parte considerativa exteriorice los argumentos de orden dogmático o normativo, que justifiquen la determinación adoptada, y además, los de naturaleza fáctica y probatoria en respaldo de la afectación que con la misma se genere frente a los intereses particulares (...)*”. Por tanto, se trata esta causal de constatar la garantía del debido proceso que se concreta en la necesidad de la motivación de las decisiones judiciales, que cumple a su vez con una doble función: la endoprocesal y la general o extraprocesal.

Por otra parte, son las dos primeras causales las que requieren del juzgador que realice el análisis de fondo de los elementos de juicio, de los argumentos y de la hermenéutica jurídica utilizada por la Fiscalía para justificarse en la aplicación de medidas restrictivas del derecho de dominio, siendo por tal razón las causales bajo las cuales se esgrimen los argumentos que tienen por objeto quebrar la adecuada sindéresis con la que se adoptó la determinación.

Estar a la mira, la causal primera es la que exige el estándar de conocimiento que debe alcanzar la decisión restrictiva, es verificar que la carga motivacional pueda sostener

provisionalmente que concurre alguna de las causales de extinción de dominio, alcanzando índices de acierto; a su vez que la causal segunda exige la práctica de un juicio de ponderación, donde el legislador le exige a la decisión de imponer las medidas cautelares que se cumplan con unos fines y que se pueda afirmar que dichos fines se puedan superponer a la protección del derecho individual pero constitucionalmente protegido de la propiedad privada.

Contrariando a las afirmaciones irreflexivas del incidentista y separando los argumentos carentes de rigurosidad jurídica o de relevancia que fueron plasmados por la Fiscalía, se puede observar que el punto central del análisis realizado para fundamentar la imposición de las medidas restrictivas del derecho de dominio son las siguientes:

Obra en el proceso declaraciones y entrevistas que dan cuenta que [José Fernando Ospina Montoya] financia la organización criminal “La Peña”, haciendo un aporte mensual entre tres y cinco millones de pesos mensuales. Dinero que entrega en efectivo a integrantes de la organización criminal, en su negocio de razón social Yhonatan, establecimiento de comercio que también será afectado con medida cautelar en la presente resolución, en razón de la utilización del mismo.

Las anteriores razones fácticas que gozan de un soporte probatorio detrás de su afirmación, son posteriormente conectadas con la finalidad que cumplirían las medidas cautelares en el caso concreto, mediante un acto de aprehensión física que, frente a los establecimientos de comercio y de otras unidades de explotación económica que tienen una naturaleza compleja, se realiza mediante un acto más complejo que el simple secuestro y es aquella consistente en la toma de posesión de bienes, haberes y negocios:

(...) otros bienes, como el caso de los establecimientos de comercio donde se evidenciaron que se amparan en el hecho que supuestamente desarrollan una actividad lícita, pero en realidad son utilizados con fines ilícitos, de donde obtienen ingresos para continuar acrecentando su patrimonio.

(...).

Es un acto de aprehensión física en virtud del cual se despoja a alguien de la tenencia de un bien, siendo una forma de garantizar que quien ha obtenido ilícitamente un bien o ingresos a través de la destinación del mismo, no pueda continuar recibiendo beneficios económicos y a su vez que cese la destinación como medio o instrumento dependiendo del bien referido en la presente resolución (...).

Así que la incorrecta aprehensión o una interpretación a conveniencia de la lectura de la resolución de medidas cautelares no genera una razón de suficiente entidad para llegar a la conclusión de que las medidas cautelares carecen de motivación. Que la Fiscalía no se haya servido de presentar una definición acerca de la medida cautelar de toma de posesión de

bienes, haberes y negocios como sí lo hizo respecto de las precautelarias de suspensión del poder dispositivo, del embargo y del secuestro, no implica que la decisión de su imposición carezca de una exposición de motivos suficientes.

Se insiste, el fundamento para declarar la ilegalidad de las medidas cautelares por cuanto la decisión de imponerlas no haya sido motivada requiere que la argumentación de la Fiscalía no se haya expresado de forma absoluta, bien, sobre la relación del objeto con una causal extintiva del dominio, o bien, no haya explicado los motivos por los cuales resultaría razonable, necesario y proporcional restringir el derecho en cabeza de su titular; de manera contraria, existe la carga para el afectado de esgrimir los argumentos que tienen como propósito quebrar la adecuada *sindéresis* con la que se adoptó la determinación.

Y tanto es así que existe una motivación en la resolución de medidas cautelares que, en los siguientes apartados de esta providencia, este Despacho Judicial se servirá de considerar y analizar los argumentos de ataque presentados por el incidentista en contra de los elementos de juicio, de los argumentos y de la hermenéutica jurídica utilizada por la Fiscalía para justificarse en la aplicación de medidas restrictivas del derecho de dominio.

4.2.3. Causal primera para ejercer control de legalidad.

La causal prevista en el numeral 1º del artículo 112 del Código de Extinción de Dominio, le refiere al operador jurídico que debe declarar la ilegalidad de las medidas cautelares “*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*”.

Lo primero que exige la norma es la existencia de elementos mínimos de juicio, so pena de que se declare la ilegalidad de la decisión de imponer medidas cautelares por no haberse cumplido con el deber que tiene el funcionario judicial, como manifestación del principio del debido proceso que tienen las autoridades, de motivar fundadamente las decisiones que afecten derechos fundamentales; quebrantando de paso la regla del artículo 89 del Código de Extinción de Dominio, que indica que el decreto de las medidas cautelares debe atender bien

a un caso de urgencia manifiesta, o bien, a “*serios motivos fundados que permitan considerar la medida como indispensable y necesaria para cumplir alguno de los fines descritos en el artículo 87 de la presente ley*”

Este operador judicial se sirve de manifestar que comparte las observaciones realizadas por el incidentista en punto de que “*la Fiscalía no tuvo en cuenta elementos que vinculen el origen, es decir, la adquisición o creación del establecimiento de comercio con algún tipo de actividad ilícita*”, puesto que, es cierto que la información plasmada por el Despacho Fiscal en la resolución impositiva de medidas cautelares, en lo que respecta a la historia y situación jurídica del establecimiento de comercio “*Almacén Yhonatan*”, carece de cualquier explicación en lo respectivo al nexo o vínculo originario con el desarrollo de alguna actividad ilícita, destacándose así como datos irrelevantes para la motivación de la decisión.

Es destacable que el ente persecutor no se ha servido de proponer de manera congruente o en grado inferencial qué relación existe entre el cambio de nombre del establecimiento de comercio o el cambio de propietario con alguna actividad ilícita, así como tampoco se observa que ninguna relación tenga con la actividad ilícita materia de la investigación el señalamiento del monto de los activos vinculados al establecimiento, o señalar que la actividad sea el comercio al por menor de prendas de vestir, entre otra información insignificante; sin que sea siquiera posible pretenderse que la ingenua transcripción de la información que registra en la matrícula mercantil sea suficiente para sostener de manera seria y fundada que el establecimiento de comercio en cuanto en su origen demuestra alguna relación con las actividades ilícitas investigadas.

Todo operador judicial debe mantener de presente que el decreto de las medidas precautelares debe atender a serios motivos fundados que permitan considerar la medida como indispensable y necesaria para cumplir con alguno de los fines descritos en el artículo 87 del Código²⁶, de tal forma que, además de contar con suficiente y pertinente material probatorio dentro de su investigación para evitar el defecto fáctico de sus decisiones, tiene el deber de presentar una adecuada fundamentación que permita determinar provisionalmente, con base en un juicio de probabilidad o verosimilitud, si existen razones que permitan adoptar medidas

²⁶ Artículo 89 del Código de Extinción de Dominio.

cautelares sin tener que prejuzgar de fondo el asunto (criterio de la apariencia de buen derecho o “*fumus boni iuris*”).

Como respecto de la carga motivacional de la Fiscalía se predica que debe permitir sostener provisionalmente que concurre alguna de las causales de extinción de dominio, exigiendo el nivel de conocimiento que como estándar se ha denominado como “índices de acierto”²⁷, por ello se reclama que sus consideraciones deben atender a las reglas propias de la hermenéutica jurídica. Así que no es dable que la Fiscalía se valga de apelar a su propia ignorancia para sugerir que el establecimiento de comercio tuvo un origen ilícito²⁸: “*se desconoce el origen de los ingresos con los cuales constituyó este establecimiento de comercio (...)*”, pues es todo lo que alega la Fiscalía.

O para erradamente suponer que la demostración de la actividad ilícita para la cual se instrumentalizaría el bien se antecedería también como una demostración del origen ilícito del mismo por desconocimiento de los verdaderos antecedentes²⁹: “*no se tiene claridad a nombre de quién figuraba este negocio*”, como tampoco presenta ningún hecho indicador ni ninguna regla científica, técnica o de la experiencia para construir una verdadera conexidad entre el establecimiento de comercio “*Almacén Yhonatan*” y una causal de extinción de dominio por el origen ilícito, es decir, no logra siquiera presentar una inferencia lógica utilizando con tal fin las reglas propias de esa técnica de conocimiento.

Así es que, se aprecia necesario recordar al Despacho Fiscal sus cargas y deberes como ente instructor, a pesar de que se vislumbran claras desde el artículo 29 numeral 1 del estatuto extintivo donde se determina que la Fiscalía tiene la carga de “*investigar y determinar si los bienes objeto del trámite se encuentran en alguna de las causales de extinción de dominio*”³⁰, porque se supone que el decreto de medidas cautelares debe ser una providencia motivada y fundada hasta tal punto que, dado el caso que “*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*

²⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio. (03 de junio de 2022) proveído de segunda instancia dentro del rad. 05000312000220210001701. [M.P. William Salamanca Daza].

²⁸ Rústica falacia de apelación a la ignorancia.

²⁹ Falacia de causa falsa “*non causa pro causa*”.

³⁰ Destacados propios del Despacho.

*dominio*³¹, entonces las medidas cautelares se tornarían ilegales porque el fin procesal al cual se supone que deben atender se vislumbraría, en sí mismo, improbable o inverosímil.

La potísima y evidente desatención de sus propias cargas probatorias y de motivación hace posible reclamarle al Despacho Fiscal la indeterminación de los elementos mínimos que harían probable o verosímil el vínculo del establecimiento de comercio con la causal primera extintiva del dominio, porque según tiene decantada la jurisprudencia, cuando se pretende alegar que los bienes constituyen en estricto sentido el patrimonio que se constituye como consumación de un acto ilícito, entonces la primera carga le corresponde al pretensor de la acción de extinción de dominio debiendo recaudar un conjunto de elementos de convicción que permitan concluir³², reitérese, de manera probatoriamente fundada, que el dominio ejercido sobre unos bienes no sólo no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades legítimas, sino que además obedece al ejercicio de actividades ilícitas³³.

No obstante, la misma rigurosidad en el empleo y manejo de las herramientas de la hermenéutica jurídica resulta exigible por parte del incidentista, quien en lo respectivo al probable vínculo del establecimiento de comercio con la causal por destinación ilícita propone unas premisas desacertadas con la finalidad de arribar a una conclusión irrelevante.

Como antesala, aprecia este Juzgado que no parece suscitarse ninguna discusión en torno de la existencia del grupo de delincuencia común organizada –GDCO- denominado “La Peña”, con presencia en el municipio de El Peñol, dedicado al tráfico de estupefacientes y delitos conexos tales como la extorsión, el homicidio, concierto para delinquir, instrumentalización de menores y destinación ilícita de bienes, estructura criminal que:

(...) se organiza como una estructura multimodal o tipo red donde tienen un centro de poder en la ciudad de Medellín por parte del GDO La Terraza para el surtimiento de las sustancias

³¹ Numeral 1 del artículo 112 del Código de Extinción de Dominio.

³² Sírvase de remitirse a la jurisprudencia constitucional: Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de agosto de 2003) Sentencia C-740 exp. D-4449. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

³³ Línea jurisprudencial de vieja data:

- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (02 de septiembre de 2010) proveído de segundo grado dentro del rad. 1100131070012080000200. [M.P. José Joaquín Urbano Martínez].
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio. (19 de agosto de 2015) proveído de segunda instancia dentro del rad. 11001312000220080000200. [M.P. Pedro Oriol Avella Franco].

estupefacientes (...) y donde posteriormente aparecen nodos de distribución y por último los nodos de expendio que se aglutina en el municipio de El Peñol.

La información presentada en el informe de investigador de campo³⁴ realiza una consolidación y cruce de datos obtenidos a partir de las investigaciones penales y acciones policiales adelantadas en contra del incremento de la delincuencia en el municipio, lográndose apreciar que recoge información de fuentes abiertas, lo declarado por miembros del GDCO dentro de varias diligencias de interrogatorio a indiciado que también se encuentran recogidas en la presente investigación³⁵, se guía por actas de reconocimiento fotográfico por parte de víctimas y miembros de la banda, interceptaciones de comunicaciones y otras labores investigativas adelantadas por servidores de policía judicial.

Como se procederá a demostrar, la argumentación del incidentista consistió en plantear una serie de premisas irrelevantes a la línea de la investigación con fines de extinción de dominio, tal como entrar en una discusión acerca de la naturaleza de los establecimientos de comercio comparándolos con un automotor, dejando de lado las razones de hecho y su correspondiente fundamento probatorio, para arribar a la intrascendente conclusión de que *“lo único que sucedió (si es digno de creer el señor Galeano Cano) es que un día le regalaron una camiseta, esto no se traduce en ninguna actividad ilícita (...)”*; una forma de falacia informal³⁶ conocida por eludir la cuestión presentando una argumentación que concluye en una proposición diferente a la cual debió debatir, punto este que sí fue claramente propuesto por el Despacho Fiscal y es el pago aparentemente voluntario de aportes a la GDCO que oscilaron entre los dos y los cinco millones de pesos mensuales.

Parece que el incidentista no ha estudiado adecuadamente el proceso porque, contrario a lo afirmado en la solicitud de control de legalidad, en contra del perseguido patrimonialmente no existe solamente el interrogatorio a indiciado de Juan Esteban Galeano Cano, sino varias declaraciones juradas entre miembros y desertores de la GDCO “La Peña”, de los cuales fueron citados textualmente por la Fiscalía dos, por no hacer más extensa la resolución y considerar satisfecha la exigencia de fundamentación de la decisión restrictiva, aspecto frente

³⁴ Archivo “002Cuaderno2” – páginas 152 a 229.

³⁵ Se encuentran en el archivo “001Cuaderno1” – tamaño 93.2MB.

³⁶ Falacia de conclusión irrelevante o *“ignoratio elenchi”*.

al cual este Juzgado le debe conceder razón. Entonces, para andar sobre seguro, es necesario verificar el alias del señor José Fernando Ospina Montoya, para lo cual resulta de utilidad el interrogatorio de indiciado a Julián de Jesús Cuartas Celis, alias “Sureño”, miembro del GDCO “La Peña”³⁷:

PREGUNTADO: “Haga una descripción física de las personas que usted menciona que cometieron los homicidios y los cuales se dedican a la venta de sustancias estupefacientes en el municipio de El Peñol, manifieste cuál fue su participación”

CONTESTADO: “(...) Jhonatan El Loco, este señor lo conozco desde hace por ahí unos 7 u 8 años que empecé a trabajar en la organización (...), este señor tiene un almacén de ropa por los lados de las comidas rápidas, que se llama Almacén Jhonatan, este señor desde que yo entré a la organización es quien patrocina, como muchos de los ricos de acá del pueblo [El Peñol]. Este señor me lo presentó “Chicote Grande”, me llevó al almacén y me dijo que ese cucho era uno de los que le aportaban a la organización, en varias ocasiones después de conocerlo y estar en varias reuniones con él, alias “La Pulga” me decía que le recordara a Jhonatan El Loco la colaboración para el viejo (Rayo), este señor era muy cercano a la organización, tanto así que este hacía las reuniones en la finca de él mismo. Este señor le pasaba a la organización mensual un aproximado de 3 a 5 millones mensuales, este señor tiene bastante plata ya que hacía parte del círculo de confianza de Pablo Escobar, cuando este señor trabajó para Pablo le decían alias “Lambada”, en algunas ocasiones Jhonatan El Loco mostraba fotografías de él junto con Pablo y otros de los sicarios de este.

De las personas de las cuales acabo de hablar, estoy en condiciones de reconocerlas en fotografías o si me toca, personalmente”.

Tengamos en cuenta que Julián de Jesús Cuartas Celis, alias “Sureño”, dentro de la organización delincriminal tiene el cargo de “jefe de jíbaros” encargados de recibir y dosificar las sustancias estupefacientes y, también, de recoger los dineros ilícitos para consignárselos a alias “Gomelo”, circunstancia que explicaría su cercanía y conocimiento de los miembros del GDCO³⁸. Si se quisiera insistir, inmotivadamente, que la versión rendida bajo la gravedad de juramento no goza de credibilidad, se puede traer como corroboración el interrogatorio a indiciado de Juan Pablo Henao Clavijo, alias “Monstruo”, un jíbaro que buscaba acceder a un principio de oportunidad para su investigación penal por otros hechos³⁹:

“A la organización le entra mucha plata de varios comerciantes de El Peñol, plata que le es consignada en su mayoría directamente a Gomelo o a Rayo, entre los comerciantes que aportan plata está Pastrana, Luis Licores, Los Nenes y Jhonatan El Loco, este señor Jonathan se la pasaba reunido

³⁷ Archivo “003Cuaderno3” – páginas 70 a 80.

³⁸ Al respecto sírvase de revisar el perfilamiento de los miembros de la GDCO dispuesto por el investigador de campo.

³⁹ Archivo “003Cuaderno3” – páginas 60 a 69.

con Gomelo antes de que capturaran a Gomelo, los llegué a ver reunidos en la finca de Jonathan El Loco que queda más debajo de Barrio Nuevo como yendo para Guatapé”.

Como se puede observar, no resulta para nada inverosímil la versión rendida bajo la gravedad de juramento por Juan Esteban Galeano Cano, toda la información se puede cruzar y corroborar entre las declaraciones rendidas por los demás miembros del GDCO “Los Peña” que también reposan dentro del plenario⁴⁰, solamente hacía falta un estudio juicioso de la situación que encarta al señor José Fernando Ospina Montoya, alias “Jhonatan El Loco”, dentro de la investigación por las actividades ilícitas que motivan tanto este proceso de extinción de dominio como las razones por las cuales este Juzgado ordenará la compulsión de copias penales. Se expresa entre los hechos narrados por el interrogado cuya credibilidad se intentó paupérrimamente menoscabar⁴¹:

“(…) Estando dentro de la organización comencé a conocer los lugares donde tenía influencias o el control de las plazas de vicio (...), también conocí a muchos integrantes de la banda “La Terraza” que es mucha gente, pero los que más influencia tenían en San Vicente, Guarne y El Peñol, pero que permanecen en el parche en Medellín son: Rayo, La Pulga, El Cabe, Gomelo (...); de la organización que son de El Peñol son: (...) Los Sureños, Poncho Rojo, Los Hermanos Pija (...), Jonathan El Loco (...).”

“(…) Para el año 2019, Rayo asistió a dos reuniones con Jonathan El Loco en la finca del mismo Jonathan que queda pasando la entrada de Barrio Nuevo, vía Guatapé (...).”

“Jonathan El Loco, a este lo conozco desde el año 2018 que vine a trabajar a El Peñol con la organización, este es un señor gordo, medio alto, piel blanca, cachetón, canoso, de unos 45 a 50 años de edad. Lo conocí en un almacén de ropa que este tiene cerca de las discotecas (...). Desde entonces yo iba mucho donde Jonathan a pasarle revista y en 5 ocasiones fui a llevarle el número de cuenta que me daba La Pulga para que Jonathan le consignara, consignaciones que las primeras 3 veces las hizo Jonathan mensualmente de \$3.000.000 (3 millones), (...). En el año 2020, no recuerdo el mes pero fue como a mitad de año, se realizó una reunión en la finca de Jonathan a la cual asistió el mismo Jonathan, Rayo, Gomelo, El Cabe, Miguel, Larguero, Tarzán, Brujo y no sé quiénes más, pero hubo mucha gente de la razón [el GDCO] (...), reunión en la cual se habló de temas de trabajo en el pueblo (El Peñol) y a la vez se farrió (...).”

Mientras que el vínculo entre el establecimiento de comercio y la actividad ilícita consistente en la financiación de un grupo de delincuencia organizada resulta evidente si se considera que la profesión declarada por el señor José Fernando Montoya Ospina es la de comerciante, puesto que, si se tiene en cuenta que la idea de proporcionar una financiación no se desarrolla

⁴⁰ También se encuentra el interrogatorio de indiciado de Cristian Camilo Hincapié Álvarez, alias “Pizzero”, quien como ex-miembro del GDCO afirma tener motivos personales para declarar en contra de sus miembros. (archivo “003Cuaderno3” – páginas 93 a 98).

⁴¹ Archivo “003Cuaderno3” – páginas 81 a 92.

únicamente mediante el lavado de activos, sino que los recursos proveídos, entregados, administrados o aportados para promover, organizar, apoyar o sostener económica al GDCO “La Peña” pueden tener cualquier origen, se aprecia que tiene verosimilitud las apreciaciones de la Fiscalía en tanto afirma, obviando al administrador de los recursos del establecimiento de comercio, que *“este establecimiento de comercio hace entrega de su aporte a la organización, es decir, igualmente utiliza este bien para actividades diferentes a su objeto social”*.

Es indispensable comprender que aparte de explotar el establecimiento de comercio “*Almacén Yhonatan*” como una herramienta comercial para desarrollar un objeto social lícito, y sin necesidad de desvirtuar el desempeño de aquella actividad comercial, también se pudiese concluir que una parte de esos ingresos del establecimiento de comercio fueron destinados para el financiamiento del grupo de delincuencia organizada, porque el establecimiento de comercio es el medio de producción con el cual obtiene los recursos el señor Montoya Ospina, alias “*Jonathan El Loco*”, según fue manifestado en la propia solicitud de control de legalidad: *“(…) sin mencionar que fue por medio de esta medida la que en la práctica llevó a que mi defendido no pueda obtener ingresos de un establecimiento que desde el 2011 era su principal sustento”*. Es decir, como las causales extintivas del dominio por la destinación ilícita no exigen verificar la forma de germinación patrimonial, sino el deber jurídico de destinación legítima de la propiedad, podemos apreciar que el propietario usaba el establecimiento de comercio como el medio o el instrumento para generar bienes y recursos de génesis presumiblemente lícita que, posteriormente, según se viene de acreditar en un grado de verosimilitud, entregaba de manera aparentemente voluntaria y a manera de aporte al grupo de delincuencia común organizado denominado “*Los Peña*”; constatándose que varios de sus aportes fueron las consignaciones de unas sumas de dinero, por demás, por valores más considerables que la sola camiseta de la que habla la solicitud de control de legalidad, aunque el tipo penal objetivo consagrado en el artículo 345 del Código Penal no prevea topes mínimos en cuanto a los bienes o recursos destinados a la financiación del grupo delincencial.

Es así que, la inferencia lógica de la Fiscalía no ha sucumbido ante los señalamientos del incidentista, así como se acaba de exponer que el soporte probatorio existente representa la ilación probable con una causal de extinción de dominio contra el haber patrimonial que ahora se encuentra en entredicho. Así es como ha entendido la causal de ilegalidad el

honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala de Decisión de Extinción de Dominio-:

(...) lo que se hace es el contraste de la argumentación empleada por la Fiscalía General de la Nación para fijar los gravámenes y la existencia del soporte con el que dice que cuenta, pero no su contenido propiamente; entonces la verificación formal y material no gira en torno a la certidumbre de la existencia de los trastornos que dan origen a la acción, porque se ausculta en el posible vínculo con una causal extintiva de dominio, por consiguiente la tarea del incidentante consiste en demoler la inferencia lógica que enfrenta, porque no es posible llegar a la misma conclusión con los elementos propuestos (...)⁴².

Por tanto, como subsiste el probable vínculo del establecimiento de comercio con alguna causal de extinción de dominio, se derivará en la declaración de la legalidad formal y material de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo.

4.2.4. Causal segunda para ejercer control de legalidad.

La segunda causal del artículo 112 del Código de Extinción de Dominio –CED- le advierte al juez del control de legalidad que debe declarar la ilegalidad de las medidas cautelares cuando, sometidas a un juicio de ponderación, no se advierta que las mismas atiendan de manera proporcional al cumplimiento de sus fines.

De entrada, cabe anotar que el artículo 88 indica que es necesario que sobre un bien “*existan elementos de juicio suficientes que permiten considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción de dominio*”, como para que el mismo pueda ser sometido a la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, pero para que se puedan decretar las medidas cautelares extraordinarias, adicionalmente, se debe valorar la razonabilidad y la necesidad de las mismas. El primer tema no será nuevamente discutido, porque la verificación de que la carga motivacional de la Fiscalía permita sostener provisionalmente que concurre alguna de las causales de extinción de dominio se encuentra circunscrito a la causal primera del artículo 112 CED, y ya quedó estudiado en el capítulo anterior de esta providencia.

⁴² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio. (03 de junio de 2022) proveído de segunda instancia dentro del rad.05000312000220210001700. [M.P. William Salamanca Daza].

Si empezamos por el vínculo de razonabilidad, éste ha sido explicado por la honorable Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá como la subsistencia de la probabilidad de que el bien se encuentre vinculado con alguna causal de extinción de dominio, mediante una argumentación debidamente soportada⁴³.

Al respecto, solamente se aprecia necesario retirar el discurso acerca de que la entrega de dinero por parte del señor José Fernando Ospina Montoya era a causa de su rol como víctima de extorsiones ya que, de lo contrario, resultaría irrazonable sostener la vigencia de las medidas cautelares más gravosas para el goce del derecho de propiedad cuando, tras un ejercicio de hermenéutica jurídica con base en los mismos elementos sumarios de conocimiento con que contaba la Fiscalía, resultan realmente plausibles las afirmaciones y conclusiones que hacen menos verosímil o probable la procedencia de la causal de extinción de dominio.

Se manifiesta que este operador judicial no evidencia ningún aspecto circunstancial que permita considerar la posible ocurrencia de extorsiones: pues aparte de que todos los miembros de la GDCO “*La Peña*” refieren que alias “*Jhonatan El Loco*” es miembro de la organización criminal en calidad de promotor financiero, las reglas de la experiencia enseñan que no es para nada habitual que el pago de extorsiones se realice mediante consignaciones bancarias, sencillamente porque esto permite la rastreabilidad del dinero, así como tampoco es habitual que las reuniones del grupo de extorsionistas se realicen con tranquilidad y reiterativamente dentro de las fincas de la víctima y, aún más, con su participación en la reunión, dada la facilidad que se prestaría para una redada y la entrega de información a las autoridades, tampoco representan indicios a favor las reuniones con cabecillas delincuenciales sin que algún familiar haya denunciado jamás la ocurrencia de un secuestro extorsivo o la desaparición de la víctima, y además está la tolerancia durante años en el pago de extorsiones sin la presentación de denuncias por amenazas, violencia física o hurtos, puesto que la experiencia enseña que las exigencias extorsivas se suelen imponer con actos de violencia que generan la sensación de amenaza apremiante para la víctima.

⁴³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Decisión de Extinción de Dominio. (02 de septiembre de 2019) proveído de segunda instancia dentro del rad.05000312000220190002100. [M.P. Pedro Oriol Avella Franco].

Luego, tenemos que la necesidad de las medidas cautelares está orientada a que las mismas estén constituidas para garantizar el cumplimiento de los resultados del trámite del proceso, en consonancia con sus fines dispuestos por el artículo 87 del Código de Extinción de Dominio –CED-.

Nuevamente, contrariando a lo afirmado por el incidentista, se puede observar que la Fiscalía conecta la evidencia sumaria acerca de la destinación ilícita del establecimiento de comercio con los fines de las medidas cautelares, para quien se hacen necesarias las medidas de embargo y de toma de posesión de bienes, haberes y negocios porque *“los establecimientos de comercio que bajo el amparo de desarrollar una actividad lícita y son presentados aparentemente ante la comunidad, pero en realidad es una fachada para detrás de ellos utilizarlos para la realización de actividades ilícitas”*.

Entonces la Fiscalía efectivamente constató que se requiere la aplicación de las medidas cautelares que involucraron la retención física del establecimiento de comercio, no sencillamente por interrumpir la actividad comercial sino con el propósito de hacer cesar su destinación ilícita, conforme el artículo 87 CED. La necesidad se relievía evidente porque la simple imposición de la medida consistente en la suspensión del poder dispositivo no atiende a la naturaleza de un establecimiento de comercio, donde su inventario está destinado a la venta al público y resulta imposible inscribirse las medidas cautelares jurídicas sobre todo un inventario de prendas de vestir, como es el presente caso, entonces su complemento con la toma de posesión, física, tanto de bienes y haberes como de negocios, se torna indispensable para garantizar la finalidad prevista por el legislador extintivo.

Así lo deja en claro el Despacho Fiscal, se hace necesario e indispensable la intervención de la actividad del establecimiento de comercio por cuanto *“se evidencia que se amparan en el hecho que supuestamente desarrollan una actividad lícita, pero en realidad son utilizados para fines ilícitos”*. Nuevamente tiene que manifestarse al incidentista que el insuficiente estudio de la resolución no se justifica como una ausencia de motivación para la imposición de las medidas cautelares más restrictivas, en contraposición, no se aprecia que la Fiscalía haya recurrido a especulaciones para fundamentar su decisión, pudiendo cometer un defecto fáctico cuando equivocadamente consideró como elemento de convicción las anotaciones en el sistema misional de la Fiscalía (SPOA).

Al respecto, este Juzgado ya ha sido reiterativo en requerir a la Fiscalía para que evite incurrir en la indebida referencia como prueba e incorrecta hermenéutica jurídica de sus decisiones, pues la valoración defectuosa del acervo probatorio se puede fácilmente manifestar si realizase deducciones con respecto a tales anotaciones en el sistema SPOA, porque ha sido reiterativo el Despacho Fiscal en presentar tales consultas como parte del acervo probatorio. Frente a este tópico del valor probatorio de la simple existencia de denuncias o anotaciones penales, de conformidad con la jurisprudencia de las Altas Cortes, se ha puesto de presente por parte de este Juzgado que carecen en sí mismas de valor probatorio, porque⁴⁴:

El acto de denuncia tiene carácter informativo en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó y de los presuntos autores o partícipes, si fueren conocidos por el denunciante. No constituye fundamento de la imputación, ni del grado de participación, o de ejecución del hecho (...).

Considerando, adicionalmente, que la información puesta de presente por la Fiscalía en esta investigación ni siquiera contiene la narración fáctica de los hechos por los cuales se realiza el acto de denuncia que adujo en contra del señor José Fernando Ospina Montoya, se le advierte al Despacho Fiscal para que se abstenga de simplemente presentar una probatoria documental impertinente, inútil e inconducente para los temas de interés para la acción de extinción de dominio, puesto que si la denuncia como acto procesal que es⁴⁵:

(...) no constituye un elemento material probatorio o evidencia física, habida cuenta que, además de no estar consagrada como tal en el Título II, Capítulo Único, del Libro II de la Ley 906 de 2004, no ostenta la virtud de demostrar per se la presunta comisión de una conducta ilícita, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, así como de los presuntos autores o partícipes.

Lo anterior implica que no resulta admisible como elemento sumario de juicio para verificar en grado de probabilidad o verosimilitud si los bienes presentan un vínculo con alguna causal de extinción de dominio, porque como prueba no goza intrínsecamente de valor suasorio acerca de la realidad de la actividad ilícita o del nexo entre ésta y los bienes perseguidos para la extinción del derecho de dominio.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de noviembre de 2005) Sentencia C-1177 exp. D-5730. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (01 de marzo de 2018) Sentencia STP-3038 exp. T-96859. [M.P. Fernando León Bolaños Palacios].

Concluyendo con el análisis de la causal, para este Despacho Judicial la argumentación del vínculo de proporcionalidad determina que su materialización debe mostrarse como equitativa para el cumplimiento de sus fines, de cara a la posible limitación de otros derechos que pueden o no ser de contenido patrimonial, pues apréciase que la causal segunda del artículo 112 del Código de Extinción de Dominio –CED- está considerando su prótasis a partir, se itera, de los efectos de la materialización de la medida cautelar que como potestad fue otorgada por el legislador hacia el fiscal antes de la demanda de extinción de dominio, y en el mundo fenoménico lo que produce la aplicación de la norma del artículo 89 CED es la intervención de la posición jurídica favorable que tenía el afectado en virtud del ejercicio de su derecho de propiedad.

Resulta así evidente que siempre el análisis de proporcionalidad de la medida cautelar prevé que se traben un conflicto entre derechos de igual jerarquía a través del test de proporcionalidad, y para dirimirse en favor del ejercicio de la potestad del Estado, primero debe determinarse cómo el derecho de propiedad de los afectos podría no estar atendiendo a su función social y ecológica como principio constitucional, aunque sin necesidad de estar el supuesto bajo la certeza merced del valor de convicción de los medios suasorios, para proceder a descalificarlo y así es como debe quedar eminentemente sometido a los fines de las medidas cautelares con fines de la acción constitucional de extinción de dominio.

Lo anteriormente expuesto, significa para este Despacho Judicial, que este momento incidental exige entrar a valorar los derechos iusfundamentales que podrían sufrir afectación por la práctica de la medida cautelar, es decir, que para este Despacho Judicial el incidente de control de legalidad sobre las medidas cautelares fue consagrado por el legislador como una vía concreta de aplicación de los artículos 2, 4, 19 y 23 del propio Código de Extinción de Dominio, así como la garantía de protección de los derechos sustantivos reconocidos por el “*bloque de constitucionalidad*”.

Ignorando la contradicción del incidentista en lo relativo a que sí existe una argumentación en torno al sub-principio de proporcionalidad, se le plasmará que la Fiscalía no ha realizado una incorrecta interpretación de la jurisprudencia constitucional que ha establecido que, aunque la propiedad es un derecho fundamental cuya protección sirve como parámetro de legitimidad del sistema político y jurídico, su concepción por el constituyente le ha impuesto

límites sustanciales a su ejercicio que implican la posibilidad de su restricción, y es en dicho sentido que distingue el derecho de propiedad de otros derechos fundamentales inalienables, agrupándolo con aquellos que denominó, algo despectivamente, como “*derecho de segunda generación*”⁴⁶. Así explica el Alto Tribunal constitucional⁴⁷:

Con fundamento en la norma superior referida, esta Corporación ha señalado que el derecho a la propiedad privada tiene una doble dimensión: individual y social. Una dimensión individual porque se entiende como un derecho de carácter subjetivo que faculta a su titular para usar, gozar y disponer libremente de sus bienes. Este ejercicio le implica deberes de abstención para el Estado y máximo respeto por los bienes adquiridos de conformidad con las leyes. Además, según las condiciones del caso, adquiere la naturaleza de derecho fundamental para el titular de la propiedad, cuando su violación conlleve el desconocimiento evidente de principios y valores constitucionales, tal y como sucede con la vida y la dignidad humana.

La segunda dimensión, a partir de su función social, implica que la propiedad está sometida a intereses generales y comunitarios, que deben ser protegidos por las autoridades de la República, y cuyo ejercicio está condicionado por motivos de interés y utilidad pública. Este carácter social le representa al Estado la obligación de intervención activa y defensa efectiva del interés público, dada su incidencia en la construcción de la organización económica, jurídica y social, “resultado de un extendido proceso histórico y constitucional que resalta su importancia no solo como un instrumento de realización personal y familiar, sino también como un medio para la satisfacción de intereses comunitarios”.

Pero para ningún expositor resulta posible sostener que el derecho a la propiedad privada se le pueda tratar como de “*segunda categoría*”, puesto que su consagración dentro de las bases sociales, jurídicas, políticas y culturales de la República ameritó que fuera contemplado por la Constitución Política de Colombia, así como también se encuentra en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso concreto, aquello que realizó el Despacho Fiscal fue que relegó el grado de protección del derecho de propiedad en su dimensión individual, mediante un ejercicio ponderativo en el cual descalificó provisionalmente el derecho de propiedad del señor José Fernando Ospina Montoya por su inatención a la función social hacia la cual se debía proyectar el establecimiento de comercio “*Almacén Yhonatan*”, esto es que dirigió sus facultades de uso, goce y disposición de sus bienes, haberes y negocios como una fuente de

⁴⁶ Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de agosto de 2003) Sentencia C-740 exp. D-4449. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

⁴⁷ Corte Constitucional, Sala Plena. (05 de mayo de 2022) Sentencia SU-157 exp: T-8403523 y T-8530137. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

financiación para el grupo de delincuencia común organizada denominada “*Los Peña*”, en lugar de enfocarlo hacia la generación de riqueza social. Propuesto, motivado y sustentado lo anterior, tal como también lo analizó este Despacho Judicial en el apartado anterior, devino la obligación del Estado de intervenir activamente en defensa del interés público, concluyendo en que las restricciones impuestas a la propiedad no se presentan irrazonables ni desproporcionadas:

Considera esta Delegada que la medida cautelar de embargo y secuestro es idónea para evitar que el riesgo de destinación diferente al fin social que debe cumplir los inmuebles y muebles se haga efectiva; necesaria, atendiendo la naturaleza y finalidad que se persigue en el proceso de extinción de dominio, que no es otra que proteger la pretensión extintiva del Estado (...).

(...)

En ese sentido, se debe determinar si la afectación de los intereses individuales resulta equilibrada frente a los deberes impuestos en los artículos 34 y 58 de la Constitución Política, y si con el actuar de los propietarios de las viviendas motivo del trámite, quienes han destinado o permitido que los bienes sean destinados como plazas de vicio (...), razón por la cual el Estado debe obtener el dominio del bien cuya medida se impone.

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la legalidad material y formal de las medidas cautelares de embargo, secuestro y de toma de posesión de bienes haberes y negocios.

4.3. Otras determinaciones.

Como fue expresado en el apartado 4.2.3 de la parte motiva de esta providencia, se ordena la compulsión de copias en contra del señor José Fernando Ospina Montoya para que sea la Fiscalía General de la Nación la encargada de indagar y determinar la posible comisión de las conductas punibles de concierto para delinquir (art. 340) o la de financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada (art.345), tipificadas por el Código Penal, además de cualquier otra que determine la autoridad correspondiente.

Por Secretaría del Juzgado procédase de conformidad.

5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE ANTIOQUIA dispone y

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar la legalidad de las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y de secuestro con toma de posesión de bienes, haberes y negocios que recayeron sobre el establecimiento de comercio identificado en el apartado 2.3; de conformidad con lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO. Una vez en firme, dar cumplimiento a lo ordenado bajo el título “4.3. Otras determinaciones” de la presente providencia.

TERCERO. Informar que contra la presente decisión proceden el recurso de reposición⁴⁸ y el recurso de apelación⁴⁹.

CUARTO. Ordenar la notificación de la presente providencia mediante estados electrónicos, junto con la publicación de una copia de esta providencia en el microsítio web del Juzgado dispuesto para tales fines dentro del portal de Internet de la Rama Judicial; de conformidad al Acuerdo CSJANTA20-99 del 02 de septiembre de 2020, la Ley 2213 de 2022 y los

⁴⁸ Artículo 63 del Código de Extinción de Dominio: “*Salvo las excepciones previstas en este Código, el recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación que deban notificarse y contra los interlocutorios de primera instancia*”. (subrayado del Despacho).

⁴⁹ De conformidad con el último inciso del artículo 113 y el artículo 65 del Código de Extinción de Dominio.

artículos 44 y 54 del Código de Extinción de Dominio. Adicionalmente, háganse las respectivas anotaciones de la presente actuación en el Sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ VÍCTOR ALDANA ORTIZ

JUEZ.

**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE
EXTINCIÓN DE DOMINIO DE ANTIOQUIA**

Se notifica el presente auto por **ESTADOS N° 017**

Fijado hoy en la secretaría a las 08:00 AM.

Desfijado en la misma fecha a las 05:00 PM.

Medellín, 18 de marzo de 2024

LORENA AREIZA MORENO

Secretaría

Firmado Por:

Jose Victor Aldana Ortiz

Juez

Juzgado De Circuito

Penal 002 De Extinción De Dominio

Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **78e4aac9e128c2712352a485fe807f95630a9908f196aa03049de7362c3214c1**

Documento generado en 15/03/2024 01:38:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>