

República de Colombia

Rama Judicial



*Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en
Extinción de Dominio de Antioquia*

Medellín, veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado	05-000-31-20-002-2020-00017-00
Radicado Fiscalía	110016099068201900147 Fiscalía 58 E.D.
Proceso	Extinción de Dominio
Afectados	Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros
Instancia	Primera
Tema	Control de legalidad
Decisión	Declara ilegalidad de las medidas cautelares de embargo y secuestro
Auto Interlocutorio	030-2020

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a resolver la solicitud de control de legalidad a las medidas cautelares de embargo y secuestro que recaen sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 001-23298 y sobre el establecimiento de comercio “*Thematic Luxury*”, además de las cautelas mencionadas, toma de posesión, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación,

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

ordenadas por la Fiscalía 58 Especializada de la Unidad de Extinción de Dominio en decisión del 16 de mayo del año 2019¹.

2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de extinción de dominio se origina en cumplimiento del oficio S-2019-/JINJU-GRIED 25.32 del 25 de abril de 2019 suscrito por la patrullera Leidy Paulina Gómez Quintero adscrita al grupo investigativo de extinción de dominio, mediante el cual informa que en investigación adelantada por funcionarios del grupo investigativo contra los delitos sexuales y la familia, han logrado identificar el *modus operandi* de un grupo de personas que “*convencen menores de edad con el fin de que se prostituyan, además estas personas son las encargadas de ofrecer los servicios sexuales proporcionados por parte de las menores, en la ciudad de Medellín y municipios cercanos*”.²

De esta manera, con el fin de corroborar la información ya conocida por parte de otros investigadores se adelantaron actividades investigativas como interceptaciones telefónicas, inspección judicial, además de labores tendientes a la identificación de los bienes relacionados en el informe y solicitados para extinción de dominio, entre otros del establecimiento de comercio “*Thematic Luxury*”.

El 15 de mayo de 2019, las presentes diligencias fueron repartidas a la Fiscalía 58 E.D., asignándole el radicado 110016099068201900147.³

¹ Cuaderno medida y demanda folios 3-23

² Cuaderno principal 1 folio 1

³ Cuaderno principal 1 folios 235-236

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Al día siguiente, valga decir 16 de mayo del pasado año, la Fiscal asignada emitió resolución de imposición de medidas cautelares en fase inicial.⁴

En posterior decisión, el 27 de junio de 2019, sin recaudar elementos materiales probatorios adicionales a los allegados del proceso penal, la Fiscalía presentó demanda extintiva entre otros, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 001-23298 y sobre el establecimiento de comercio “Thematic Luxury”, de la cual se avocó conocimiento por parte del homólogo Juzgado Primero, el cual se encuentra en etapa de notificación.

Ahora bien, el doctor William de Jesús Soto Angarita, solicita control de legalidad, respecto de las medidas cautelares decretadas mediante decisión del 16 de mayo de 2019. En consecuencia, las diligencias fueron allegadas a esta instancia judicial, correspondiéndole a este Juzgado por reparto el 02 de julio del presente año. Razón por la cual se dispuso solicitar los cuadernos copias del radicado 050003120001201900047 al Juzgado Primero, allegado en su totalidad el expediente, el Despacho dispuso requerir a la Fiscalía y al apoderado judicial, con el fin allegaran de manera completa el escrito de solicitud de control de legalidad, las pruebas mencionadas en el mismo y el poder para actuar.

Subsanado lo anterior, el 29 de julio del presente año se avocó conocimiento y ordenó correr traslado a los sujetos procesales de que trata el artículo 113 del actual Código de Extinción de dominio.⁵ Traslado que discurrió entre el seis (06) y el trece (13) de agosto del presente año.⁶ Oportunidad en la que concurrió la representante del Ministerio de Justicia y del Derecho.

⁴ Cuaderno medida y demanda folios 3-23

⁵ Cuaderno 2 control de legalidad folio 46

⁶ Cuaderno 2 control de legalidad folio 51

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**
Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**
Tramite: **Extinción de dominio**
Asunto: **Control de legalidad**
Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

3. DE LOS BIENES OBJETO DEL CONTROL DE LEGALIDAD

De propiedad de **Margarita María Jaramillo Baena, Loncer Ariel Mejía Guerrero, Loncer Sigifredo Mejía Roso, Yulieth Lobo Roso, Lilybeth del Pilar Lobo Roso, José Luis González Jaramillo y Jhon Jairo González Jaramillo.**

1. Inmueble (urbano), ubicado en la calle 33 nro. 64-94, del municipio de Medellín (Antioquia). M.I. **01-23298**.

De propiedad de **Lilybeth del Pilar Lobo Roso**

1. Establecimiento de comercio, denominado “Thematic Luxury”, identificado con la matrícula mercantil número 21-622403-02, ubicado en la calle 33 nro. 64-94, del municipio de Medellín (Antioquia).

4. COMPETENCIA

Previo a adoptar la decisión que en derecho corresponde, se debe indicar que en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 39 de la Ley 1708 del 20 de enero de 2014, este Despacho es competente para resolver la solicitud de control de legalidad presentada por la apoderada judicial de las afectadas.

El tenor literal de la citada norma es el siguiente:

**“ARTÍCULO 39. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE EXTINCIÓN
DE DOMINIO. Los Jueces de Extinción de Dominio conocerán:**

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**
Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**
Tramite: **Extinción de dominio**
Asunto: **Control de legalidad**
Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

(...)

2. En primera instancia, de las solicitudes de control de legalidad dentro de los procesos de su competencia.”

Como ya se señaló, el presente asunto se adelanta sobre unos bienes que se encuentran ubicados en el Distrito Judicial de Medellín; sobre los cuales se decretaron las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, esta última medida respecto al establecimiento de comercio, por parte de la Fiscalía 58 Especializada E.D., respecto de los cuales se solicitó verificar su legalidad por parte de la defensa de los afectados, circunstancia que en principio se adecua al supuesto legal contenido en las normas traídas a colación; motivo por el cual resulta viable hacer el pronunciamiento que en derecho corresponda.

5. DE LA SOLICITUD

En memorial allegado el 02 de julio de 2020 al correo electrónico del Despacho, luego de efectuarse el correspondiente reparto, el abogado William de Jesús Soto Angarita, en calidad de apoderado de los afectados Margarita María Jaramillo Baena, Loncer Ariel Mejía Guerrero, Loncer Sigifredo Mejía Roso, Yulieth Lobo Roso, Lilybeth del Pilar Lobo Roso, José Luis González Jaramillo y Jhon Jairo González Jaramillo, solicita se declare la ilegalidad de las medidas cautelares impuestas al bien inmueble y al establecimiento de comercio antes citados, en consecuencia se ordene la cancelación de las medidas cautelares y la devolución y entrega material de los mismos.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

El desacuerdo del letrado con la imposición de las medidas cautelares, radica en primer lugar en que las mismas no resultan ser ni proporcionales, ni necesarias, ni urgentes, puesto que, si sus mandantes no hacen parte de la organización criminal plenamente identificada y desmantelada por el ente acusador, difícilmente sus mandantes están destinando su propiedad para la comisión de ilícitos como lo señala la Fiscalía, en este orden de ideas las medidas cautelares resultan ser también desproporcionadas.

Indica que, contrario sensu de lo afirmado por la Fiscalía, los propietarios del establecimiento de comercio *THEMATIC LUXURY*, no tenían conocimiento de que su establecimiento de comercio, se estuviera presuntamente utilizando para efectos de una red criminal, organización criminal que está conformada por un determinado número de personas ajenas no solo al personal que labora al interior del establecimiento de comercio, sino que también son ajenas a los propietarios del inmueble y del establecimiento de comercio afectado

Continúa aseverando que, no es de recibo que se afirme por parte de la delegada Fiscal que sus poderdantes han facilitado el inmueble y el establecimiento de comercio, esto por cuanto, ellos sí han tomado las medidas necesarias para evitar el ingreso de menores de edad al mismo, medidas que son correlativas a los fines constitucionales de la propiedad privada, esto es, se brinda una capacitación al personal que ingresa a laborar al interior del establecimiento de comercio tendiente a hacer efectiva la prohibición de ingreso de menores de edad, adicional a lo anterior se hacen reuniones permanentes o periódicas dirigidas por la gerente o administradora operativa en las que se le recalca al personal que no pueden dejar ingresar al establecimiento de comercio menores de edad

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

En el mismo sentido, afirma que, tal destinación o facilitación no existe, puesto que, con la fijación de carteles que indican tal prohibición de menores de edad al establecimiento de comercio e inmueble donde este funciona, así como toda la información publicitada a través de la página web y de tres redes sociales que se desprenden o están vinculadas como son FACEBOOK, INSTAGRAM, YouTube, que dan cuenta de la prohibición de la entrada de menores de edad al establecimiento de comercio.

Insistiendo que, en el establecimiento de comercio denominado Thematic Luxury si se tenían controles, no solo de carácter humano, esto es, en cuanto a las persona que tenían la responsabilidad de recibir a los clientes, que lo eran y lo son los porteros y las recepcionistas, bajo la vigilancia de las supervisoras, la administradora y por supuesto sus propietarios, quienes hacían y hacen los controles respecto de quienes quieren tener acceso a los servicios que ofrece.

De otro lado, manifiesta que, los afectados si tenían preocupación y esa responsabilidad de que los avisos de prohibición de entrada de menores quedaran llamativos, y muy bien hechos, con mucha claridad para la vista del público, diseñados en los idiomas español e inglés. Los avisos están ubicados en puntos neurálgicos dentro del establecimiento de comercio, como parqueaderos, escalas de acceso a recepción ascensores, recepción entre otros que dan cuenta de cómo se deja claro que a THEMATIC LUXURY está prohibido el ingreso de menores de edad, garantizándose de esta manera el cumplimiento del artículo 58 de la Constitución.

Advirtiendo que, los encargados de la vigilancia portero y/o recepcionista fueron sometidos a engaño por parte de la menor A.Y.F.S. (partiendo de la

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

premisa y en gracia de discusión de que la menor entró) y de los presuntos autores de las conductas punibles.

Posteriormente, señala que, como es que la misma Fiscalía asegura que investiga o investigó a un grupo delictivo dedicado al ofrecimiento de menores de edad en la ciudad de Medellín, relatando también que este grupo en desarrollo de su actividad delictual acuerda tarifas, lugares de encuentro, etc., lo que significa que este grupo delictivo, del que categóricamente se afirma no hacen parte los propietarios del establecimiento de comercio e inmueble afectados en el presente trámite, utilizan los establecimientos para sus propios fines, sin que sus propietarios, administradora, supervisoras, porteros y recepcionistas lo sepan, es decir, a espaldas de estos, razón por la cual ha de tenerse que los integrantes de la organización criminal someten a engaño a sus defendidos, y eso si efectivamente ingresó dicha menor, porque del plenario y de los informes contradictorios de la policía judicial y el agente encubierto, surgen serias dudas sobre la entrada de esta menor al establecimiento.

Recalcando que, la Fiscalía además de señalar e identificar plenamente a todos y cada uno de los miembros del grupo delictivo, ha señalado también que no existe prueba de que los propietarios del establecimiento de comercio o del inmueble hayan participado de manera directa en el desarrollo de las conductas punibles.

Así las cosas, las medidas cautelares no son proporcionales, no son necesarias y mucho menos resultan ser útiles, dada la inexistencia de elementos materiales probatorios o evidencia física que indiquen que sus mandantes han participado en la comisión de un delito, luego se insiste no se puede destinar o facilitar un inmueble para prácticas ilegales cuando no existe el conocimiento previo de que las mismas se están ejecutando.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Aduce que, la organización criminal plenamente identificada por el ente acusador y de la que hacía parte la menor AYW, sabía que para lograr los fines propuestos de dicha organización, debían de engañar a los propietarios, administradores, recepcionistas de los diferentes establecimientos de comercio llámense Hoteles, Moteles, Bares, Discotecas, etc., y en especial para poder burlar a las personas encargadas de ejercer los controles de ingreso a los mismos, por esta razón es que, la menor AYW ofrecía a sus compañeras de plantel contraseñas falsas, contraseñas con las que ya se acreditaba la mayoría de edad, esto para poder lograr sus fines.

Nótese, además, como la menor AYW presenta en su colegio como acudiente a otra femenina a la que hace pasar como su hermana, supuesta hermana que resulta ser una mujer con la que no tiene ningún tipo de parentesco, pero que además también ejerce la prostitución. Ha de tenerse que la menor en cuestión como uno de los miembros de la organización criminal, ejercía la prostitución y para poderla ejercer hacía uso de una contraseña o cédula de ciudadanía falsa, esto es de fácil deducción puesto que, si la menor les ofrecía a sus compañeras los trámites para obtener esta clase de documentos falsos, es porque ella ya hacía uso de ellos. La menor, a pesar de su edad, es una persona proclive al engaño, a burlar a la autoridad.

Continua, enseñando que, cuando la mentada menor propone el inmueble o mejor el establecimiento de comercio hoy afectado en el presente trámite, sabía claramente que podía ingresar no solo a este sino a cualquier otro establecimiento haciendo uso de una cédula o una contraseña falsa, o engañando de cualquier otra forma al personal designado por los propietarios para ejercer los controles para la prohibición de entrada de menores de edad.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Además, sus defendidos han implementado las medidas preventivas para evitar el ingreso de menores de edad al establecimiento de comercio, diferente es que las mismas no surtan efecto cuando a un establecimiento de comercio llega una persona que porta un documento falso que lo acredita como persona mayor de edad, tanto propietarios como empleados no están en condiciones o mejor no tienen el conocimiento necesario para identificar cuando una contraseña o una cédula de ciudadanía son falsas.

Destaca que, esta defensa echa de menos elementos suasorios y se echa de menos lógicamente la valoración de los elementos de prueba que vinculen el bien inmueble y el establecimiento de comercio de sus mandantes con la causal invocada por el ente acusador, ya que ninguno de los elementos de prueba enunciados por la Fiscalía vincula el inmueble y el establecimiento de comercio con las actividades ilícitas señaladas por el ente acusador sobre las que se fundamenta la causal extintiva.

En igual sentido se echa de menos los elementos de prueba que demuestren que el inmueble y el establecimiento de comercio estén destinados a la práctica de actividades ilícitas, como para afectar el derecho patrimonial de unas personas que como lo señaló la Fiscalía no hacen parte de la red criminal.

Subraya que, la Fiscalía, no realizó una suficiente y adecuada investigación, no recolectó los elementos de prueba que le permitieran ese indispensable juicio que le permitiera predicar la causal señalada, seguramente si hubiera cabal cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley 1078 de 2014, el ente acusador podría haber recaudado los elementos de prueba que le permitieran ver y analizar cómo opera el establecimiento de comercio, hubiese podido constatar que los propietarios

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

del establecimiento de comercio cuenta con las medidas necesarias que buscan evitar el ingreso de menores de edad al mismo.

Luego, no se tornaba en indispensable afectar un derecho patrimonial subjetivo de contenido económico, sin realizar un verdadero test de proporcionalidad de cara a examinar los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad que le permitieran establecer la procedencia de las medidas cautelares que fueron tomadas.

Las medidas cautelares devienen en desproporcionadas, inadecuadas excesivas y vulneradoras al derecho fundamental a la propiedad, toda vez que nunca han sido utilizados para el ingreso de menores de edad, nunca fueron creados por sus propietarios para tal fin y mucho menos para la realización de conductas punibles como es la utilización de y explotación sexual comercial de personas menor de 18 años.

Replicando que, bastaba sólo con la suspensión del poder dispositivo ya que contrario a lo afirmado por el ente acusador la génesis de la propiedad de mis mandantes no va en contra ni atenta contra los valores, principios y reglas que guían en un Estado Social y Democrático de Derecho, razón por la cual con la suspensión del poder dispositivo, ni el inmueble ni el establecimiento de comercio podrían ser ocultados, negociados, grabados, distraídos, transferidos y mucho menos sufrir deterioro, extravío o destrucción.

La Fiscalía tampoco hace un verdadero juicio de necesidad, simplemente se limita a indicar que la medida a imponer es imperiosa e inescindible y que no existan otras medidas menos lesivas de derecho, sin hacer ese juicio de valoración que le permitiera determinar cuál era la menos lesiva, simplemente como se indica se limita el ente acusador a reseñar un

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

jurisprudencia y que se debe de tener en cuenta la convención internacional sobre los derechos del niño sin ponderar elemento alguno de prueba frente al juicio de valor que le permitiera determinar cuál medida resultaba menos lesiva a los afectados optando por imponer todas las medidas cautelares autorizadas por la ley.

No es admisible que en ese juicio de necesidad se tenga en cuenta la gravedad de las conductas delictivas, esto por cuanto las mismas fueron cometidas por personal ajeno a la propiedad del inmueble y del establecimiento de comercio, razón por la cual, tal motivación no es de recibo y hace que las medidas no sean razonables, proporcionales, útiles y mucho menos necesarias frente al marco constitucional de la extinción del derecho de dominio por destinación, máxime cuando no hay prueba de que mis mandantes hayan participado en la comisión de ilícito alguno, y por el contrario si han propendido por dar cumplimiento a la función social y ecológica de su propiedad.

Por otra parte, en cuanto al informe del agente encubierto de fecha 08 de octubre de 2018 y al informe de investigador de campo adiado 08 de noviembre de 2018, expuso lo siguiente:

- ✓ El informe de agente encubierto no hace mención de la mujer que se hace llamar Vanesa. Frente a lo cual se debe de plantear el siguiente cuestionamiento: si el agente encubierto no menciona a Vanesa ¿cómo es que el informe de investigador de campo la menciona con número de teléfono?
- ✓ Otro cuestionamiento obedece a la forma en que supuestamente el agente encubierto contacta a Angie ¿Cómo la contactó?, si en el informe de agente encubierto de 28 de octubre de 2018 no se

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

menciona a Vanesa como lo indica el informe de investigador de campo ya referido.

- ✓ El cuestionamiento anterior, obligatoriamente nos lleva a plantear los siguientes interrogantes: ¿Quién es Angie?, ¿Cuál es el nombre completo de Angie?, ¿Angie es mayor o menor de edad?, ¿Está plenamente identificada?
- ✓ El informe de agente encubierto referido, además de no indicar el nombre “Vanesa” no señala que el agente encubierto haya sido ingresado a un grupo de WhatsApp ¿Por qué razón el investigador de campo señala tal situación en su informe?
- ✓ El informe de agente encubierto al que me vengo refiriendo, no señala que la supuesta Angie es quien sugiere el hotel Thematic Luxury ¿Cómo es que el investigador de campo imprime tal afirmación?
- ✓ Otra inconsistencia se evidencia en el hecho de que el agente encubierto no señala en ninguno de sus apartes del informe, que la supuesta Angie sea menor de edad, es más, el del informe de investigador de campo tampoco lo señala.
- ✓ En sentir de esta defensa, la Fiscalía general de la Nación con fundamento en el informe de agente encubierto, y de investigador de campo, termina realizando afirmaciones temerarias, esto en lo que tiene que ver con la afirmación según la cual el establecimiento de comercio permite el ingreso de mujeres a ejercer la prostitución sin que se exija documentos que acrediten la mayoría de edad, toda vez que dicha afirmación carece de sustento.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Lo anterior nos permite colegir de manera clara y categórica que, cuando la menor AYF concertó la cita con el agente encubierto sabía que de cualquier forma iba a poder ingresar al mismo.

En cuanto a la afirmación realizada por la delegada Fiscal, carece de coherencia, y deviene en una falsa afirmación por cuanto, como lo podrá apreciar de manera directa usted su señoría, en el certificado de Cámara de Comercio claramente aparece que con fundamento en la matrícula e inscripciones efectuadas en el registro mercantil que lleva ante esta entidad la señora Lilybeth del Pilar Lobo Roso, matriculó el establecimiento de comercio denominado Thematic Luxury como establecimiento principal, el 2 de noviembre de 2016, para la actividad de alojamiento en hoteles (Actividad 5511), y que según comunicación del 29 de marzo de 2017, comunicación registrada el 31 de marzo de 2017, en el libro 15, bajo el radicado número 27225, se efectuó la mutación a la nueva actividad (Actividad 5530) servicio por horas.

Así mismo, se tiene que el 27 de septiembre de 2017, mediante comunicación registrada el 28 de septiembre de 2017, en el libro 15, bajo el número 81848, se realiza una nueva mutación para contar desde este momento con dos actividades, esto es el servicio por horas (Actividad 5530) y el expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro del establecimiento de comercio (Actividad 5630).

Concluye afirmando que, referente a la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de las medidas cautelares y especialmente frente al numeral 2 del artículo 112 de la Ley 1708 de 2018 se tiene que las mismas en fase inicial han de ser excepcionales y la Fiscalía debe establecer cuál es la medida más propicia para asegurar los bienes afectando lo menos posible los derechos de las personas.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Insistiendo que se declare la ilegalidad de las medidas cautelares de embargo, secuestro y toma de posesión de los bienes objeto del presente pronunciamiento.

6. DEL TRASLADO DE QUE TRATA EL ARTICULO 113

Admitido el control de legalidad propuesto por la defensa de los afectados, por secretaria se corrió traslado a los demás sujetos procesales, por el termino de cinco (5) días, tal como lo dispone el artículo 113 inciso 2° de la Ley 1708 de 2014. Término dentro del cual únicamente concurrió la delegada del Ministerio de Justicia y del Derecho.

6.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

La doctora Andrea Lyzeth Londoño Restrepo, dentro del traslado a los sujetos procesales y en tiempo oportuno, luego de realizar un recuento procesal manifestó que se debe desestimar el control de legalidad de las medidas cautelares, invocado por el doctor William de Jesús Soto Angarita, toda vez que las medidas cautelares decretadas dentro de un proceso de extinción de dominio tienen un carácter eminentemente provisional. Su existencia se debe a la necesidad de poder garantizar el cumplimiento de las resueltas del trámite extintivo.

Advierte que, si la Fiscalía profirió resolución de medidas cautelares sobre el bien propiedad de los señores Lilybeth del Pilar Lobo Roso, Jhon Jairo González Jaramillo, Longer Sigifredo Mejía Roso, José Luis González Jaramillo, Yulieth Lobo Roso y Loncer Ariel Mejía Guerrero, fue porque encontró elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

probablemente los bienes afectados tienen un vínculo con la causal extintiva.

Señala que, en el caso concreto pudo determinar la Fiscalía de conocimiento la existencia de una organización delincuencia, que ha materializado daños irreparables para la sociedad y sus integrantes gravitan en la comisión de actividades ilícitas, dando cuenta que, indica la Fiscalía se trata de tres redes dedicadas a la explotación sexual comercial con menores de 18 años, proxenetismo con menor de edad e inducción a la prostitución en la ciudad de Medellín liderado por el señor Charles Byung Park, de nacionalidad coreana.

Aunado a lo anterior, se puede extraer de la decisión que las medidas cautelares se fundamentaron en las diferentes pruebas que fueron reseñadas en el numeral quinto de dicha resolución.

De manera que, los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos tenidos en cuenta por el ente instructor, en torno a la configuración de la causal 5ª del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, el contenido material de las pruebas allegadas a la actuación y que dieron sustento a la imposición de las medidas cautelares de los bienes cuestionados, deben ser debatidos, discutidos y resueltos por parte del juez en la etapa procesal correspondiente, que para el caso que nos ocupa, deberá ser la etapa de juicio, donde los afectados y su apoderado, podrán realizar un debate con respecto a las pruebas que obran en el proceso, pues ello es propio de una oportunidad posterior en la que deberá analizarse con suficiencia que los muebles afectados no tienen ninguna conexión con las presuntas actividades ilícitas desarrolladas por estos, ya que la finalidad y alcance del control de legalidad, está claramente delimitado en el artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, en virtud del cual tan solo es dable analizar si existen

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

elementos mínimos de juicio, la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas, la motivación de la decisión y la legalidad de las pruebas en que se funda.

Asimismo, en el caso objeto de estudio para esa agencia Ministerial no se configuró NINGUNA causal del artículo 112 del C.E.D., máxime cuando el apoderado de los afectados no hace referencia a ninguna de ellas y es evidente que en la resolución proferida por el ente Fiscal el día 16 de mayo de 2019, se reitera la existencia de elementos mínimos que demuestren que la medida es necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines, razón por la cual no es viable jurídicamente declarar a este punto la ilegalidad de las medidas cautelares impuestas, toda vez que se reúnen los requisitos de legalidad formal y material exigidos por el legislador.

Por lo que peticona al despacho, no acceda a las solicitudes presentadas por el apoderado, por las siguientes razones:

i). No se acreditó la configuración de ninguna de las causales contempladas en el artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, puesto que en la actuación obran elementos mínimos de juicio suficientes para decretar dichas medidas.

ii) Así mismo, la afectación de los bienes con medidas cautelares del bien identificado con matrícula mercantil 21-622403-02 es necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines, esto es impedir que éstas sean negociadas, gravadas o transferidas y a su vez evitar una destinación ilícita.

iii). Además, se advierte que la medida cautelar decretada por la Fiscalía 58 de la Dirección Nacional de Extinción de Dominio, fue motivada y se

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

profirió con fundamento en medios de pruebas legal, regular y oportunamente allegados a la actuación.

Por lo que peticona, declarar la legalidad de las medidas cautelares impuestas por la Fiscalía General de la Nación mediante resolución del 16 de mayo de 2019.

7. FUNDAMENTOS LEGALES

Con base en lo expuesto, el Despacho analizará la solicitud presentada por el apoderado de los afectados, a fin de verificar si se reúnen los presupuestos para acceder a su pretensión, o si por el contrario deben ser legalizadas las medidas cautelares ordenadas por la Fiscalía 58 Especializada E.D. el 16 de mayo de 2019. Para ello, resulta pertinente señalar la normatividad que rige la presente actuación.

Así pues, en primer lugar, se debe indicar que la ley 1708 de 2014 prevé tres tipos de control de legalidad en lo que se refiere al proceso de extinción del derecho de dominio.

Estos son el control de legalidad a las medidas cautelares; el control de legalidad sobre el archivo; y el control de legalidad de los actos de investigación. La primera clase de control es el propuesto en esta oportunidad, por lo que es necesario mencionar como fue regulado en el Código de Extinción de Dominio:

“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

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

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.

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. (Subrayado fuera del texto)*

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.*

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

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.” (Subrayado fuera del texto)

En lo que tiene que ver con los fines y las clases de las medidas cautelares, los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014, modificados por los artículos 19 y 20 de la Ley 1849 de 2017, respectivamente prevén lo siguiente:

***Artículo 87. 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. (Subrayado fuera del texto original).

***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.*

Adicionalmente, de considerarse razonables y necesarias, se podrán decretar las siguientes medidas cautelares:

- 1. Embargo.*
- 2. Secuestro.*

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

3. *Toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.*

(...). Subrayas del Despacho.

8. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La finalidad por excelencia de las medidas cautelares no es otra que garantizar que el bien objeto de la acción no sea ocultado, gravado, negociado, distraído, transferido o que pueda sufrir deterioro, extravío o destrucción, o para cesar su uso o destinación ilícita, conforme lo prevé el artículo 87 Ib., en aras de evitar así que en caso de proferirse una sentencia que declare la extinción de dominio, esta carezca de efectividad por carencia del objeto.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la propiedad privada es objeto de protección Constitucional, conforme al artículo 58 de la Carta Política, y también a través de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 17, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 21.

El desarrollo jurisprudencial ha establecido que la propiedad es un derecho fundamental cuando tiene una relación directa con la dignidad humana⁷, lo que determina fortalecer su ámbito de protección, ya que los derechos fundamentales son un “*parámetro de legitimidad del sistema político y jurídico*”⁸, por lo que deviene que la propiedad no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas que desconozcan el interés

⁷ Sentencia T-454/12 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. _

⁸ URBANO MARTÍNEZ José Joaquín, La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2 edición. 2013 Pg.103.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

del propietario de obtener una utilidad económica sobre sus bienes y contar con las condiciones mínimas de goce y disposición.

Pese a lo anterior, es claro que la propiedad no es en realidad un derecho absoluto, pues el Estado puede imponer limitaciones, como ocurre en los procesos de extinción de dominio.

Las medidas cautelares en los procesos de extinción de dominio tienen su finalidad como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2006:

“Esta Corporación ha señalado en efecto que las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.[35]

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (C.P. arts. 13, 228 y 229).”

Es decir, la Ley 1708 de 2014 con sus modificaciones y la regulación atinente a las medidas cautelares prevista en sus artículos 87 y 88 instruye que las mismas tienen carácter preventivo y no sancionatorio, porque protegen el derecho a la propiedad, garantizan el principio de publicidad y

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

limitan el tránsito de bienes afectados en el comercio de manera provisional, mientras se adopta una decisión de fondo.

Para que su decreto (el de las medidas) resulte procedente, debe tener como finalidad evitar que los bienes cuestionados sufran variación en su titularidad, deterioro, extravío o destrucción, o cesar el uso o destinación ilícita; y en cada caso se estudiará de cara al control de legalidad las causales invocadas y su legalidad misma, para conjurar o no las restricciones, resaltando sus características del ruego, como son su posterioridad al de la resolución de la medida, su ruego, el acatamiento de las reglas y técnicas y su escrituraria; reseñaron los tintes de publicidad y respeto por los derechos de los afectados que deben primar a partir de la materialización de las medidas cautelares.

De manera previa resulta de importancia resaltar y dejar por sentado a todas las partes intervinientes en esta causa las características de la acción de extinción de dominio y para ello es bueno traer los criterios que la Corte Constitucional indicó en Sentencia C- 958 de 2014, a saber:

(...) "... a. La extinción de dominio es una acción constitucional consagrada para permitir, no obstante, la prohibición de la confiscación, declarar la pérdida de la propiedad de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social,

b. Se trata de una acción pública que se ejerce por y a favor de/ Estado, como un mecanismo para disuadir la adquisición de bienes de origen ilícito, luchar contra la corrupción creciente y enfrentar la delincuencia organizada.

c. La extinción de dominio constituye una acción judicial mediante la cual se declara la titularidad a favor del Estado de los bienes a que

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

se refiere la Ley 1708 de 2014 sin contraprestación no compensación de naturaleza alguna.

d. Constituye una acción autónoma y directa que se origina en la adquisición de bienes derivados de una actividad ilícita o con grave deterioro de la moral social, que se ejerce independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal.

e. La extinción de dominio es esencialmente una acción patrimonial que implica la pérdida de la titularidad de bienes, en los casos previstos por el artículo 34 de la Constitución y las causales precisadas en la ley.

f. Por las particularidades que la distinguen la acción de extinción de dominio se sujeta a un procedimiento especial, que rige por principios y reglas sustanciales y procesales propias,

Si bien la acción de extinción de dominio ha tenido un claro rasgo penal, a partir de conductas tipificadas en la ley, el legislador está habilitado para desarrollar los hechos que configuran cada una de las tres causales, mediante nuevas normas que desarrollen aquellas acciones para extinguir el derecho de dominio por conductas que atentan gravemente contra la moral social o causan un grave perjuicio al Tesoro Público, independientemente de su adecuación o no a un tipo penal. "⁹(...)

Sobre el punto se dijo, en decisión proferida por nuestro Tribunal de cierre¹⁰ que.

(...) ... si con el juicio penal se pone en marcha la facultad del Estado para que, a través de la Rama Judicial del Poder Público, declare o no la responsabilidad de una persona, luego de surtir un proceso reglado, de tal forma que en el evento de ser encontrado responsable del cargo, sufrirá la imposición de una aflicción,

⁹ Sobre el punto vale recordar que el artículo 17 del Código de extinción de Dominio, prevé: "NATURALEZA DE LA ACCIÓN. La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido." (Subraya la Sala).

¹⁰ MAGISTRADO PONENTE: WILLIAM SALAMANCA DAZA Radicado: Control de legalidad medidas cautelares 050003120001201800022 01 Procedencia: Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia Afectados: Olga Liliana Moreno Romero Decisión: Confirma Acta. 109 Bogotá D. C. veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

ya sea privativa la libertad o de carácter pecuniario, lo que se conoce genéricamente como el ius puniendi; tal derecho de penar difiere de la acción orientada a perseguir la riqueza deshonesto o utilizada en actividades que deterioran la moral social, o que se mezcle con ella; de ahí que en el expediente de la especie, que se encuentra apenas en sus albores, no se persiga el comportamiento criminal de algún ciudadano; por el contrario, se encuentra en tela de juicio el origen, uso o destinación de un bien que contraría a la Constitución, y por ello se persigue esté en cabeza de quien esté.

La acción también difiere de los cometidos del derecho civil, porque lo que se disputa en el proceso de extinción es la titularidad de las prerrogativas reales de una persona sobre una cosa, con un valor cuantificable, como consecuencia de la probada existencia de una causal contemplada en el CED, por ejemplo, por la presunta utilización espuria; entre tanto, la acción real en el proceso civil, dota a una parte de la reipersecutoriedad por medio del cual el particular busca la restitución de su derecho real, como ocurre en las acciones hipotecarias, reivindicatorias o posesorias.

Lo anterior es suficiente para aclarar que el elemento a dilucidar, difiere en los ámbitos penal, civil y de extinción de dominio, y de allí que este último cuente con un estatuto especialísimo, y aunque su apertura puede tener o no su fuente en investigaciones de orden punitivo, no busca una declaración de responsabilidad, como tampoco enfrenta a dos particulares en pro del resarcimiento de una obligación o derecho de orden civil, por eso se dice que el efecto sobre patrimonio difiere el ramo de esta especialidad de la jurisdicción.

Es que, el ius perseguendi con el que la Constitución y la ley dotan a la Fiscalía, le permite al ente investigador, formular su pretensión consistente en la solicitud de la declaratoria judicial de la extinción del dominio a favor del Estado, siempre y cuando los bienes de los que se trate, estén inmersos en alguna de las causas previstas en el canon 16 de la Ley 1708 de 2014, porque la acción es de contenido patrimonial.

Acatando, entonces, las previsiones contenidas en los artículos 34, 58, 250 y siguientes de la Carta, amén de los artículos 29, 34, 158, 159 de la Ley 1708 de 2014, con las modificaciones de la Ley 1849 de 2017, la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad para dar inicio a las exploraciones en contra de los bienes respecto de los cuales esté por determinarse si se encuentran inmersos en

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

alguna de los eventos del CED; de cara a ellos, al ente en cuestión le compete "dirigir y coordinar técnica, operativa y jurídicamente las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley

(...)

Corolario a lo anterior, debe anotarse que al imponerse una medida cautelar el funcionario competente para ello debe en su acto funcional (resolución):

- i) **Contar con elementos de juicio suficientes** para considerar el probable vínculo del bien con la causal de extinción de dominio a esgrimir o utilizar.
- ii) Fijar y puntualizar que la materialización de la medida se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.
- iii) **Motivar adecuadamente su finalidad**¹¹ y
- iv) Evitar que la decisión esté fundamentada en prueba ilícita.

Por lo tanto, debe tenerse claro que en la imposición de las medidas cautelares la Fiscalía tiene un doble deber i) motivar adecuadamente su finalidad y ii) contar con elementos de juicio suficientes para considerar el probable vínculo del bien con alguna causal de extinción de dominio, tal como lo dispone el artículo 88 de la Ley 1708 de 2014 modificado por el artículo 20 de la Ley 1849 de 2017.

¹¹ Esta es la causal a que refiere el memorialista instante del control de legalidad.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Pero adicional a lo anterior es necesario considerar que, la medida cautelar que con carácter general tiene procedencia en el trámite de extinción de dominio, es la suspensión del poder dispositivo, y sólo de manera excepcional pueden imponerse el embargo y secuestro, pero con la carga adicional para el funcionario judicial, de exponer la **razonabilidad** y **necesidad** de las mismas.

La razonabilidad implica que el funcionario realice un análisis sobre la adecuación e idoneidad de la medida a imponer frente al objetivo que se persigue con la misma. Es decir, que es imperioso establecer en concreto por qué razón el embargo y el secuestro son las medidas que deben decretarse para lograr el fin propuesto, esto es el ocultamiento, negociación, distracción, etc. Se trata entonces de un análisis del fin de la medida, el medio elegido y la relación entre uno y otro.

Por otra parte, la necesidad consiste en establecer que la intervención o limitación del derecho fundamental a la propiedad se realiza a través de la medida más favorable para el mismo, esto es que no existe en el ordenamiento una medida menos lesiva, pues de ser así, deberá preferirse sobre la otra.

9. DEL CASO CONCRETO

Para el caso en concreto, ha de recordarse que la Fiscalía 58 de Extinción de Dominio, mediante decisión del 16 de mayo de 2019, decretó entre otros bienes, medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 001-23298, además para el establecimiento de comercio denominado “Thematic Luxury” toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica objeto de este trámite.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Al analizar la mencionada decisión, se puede observar tal y como lo señala la defensa que la Fiscalía no contaba con los elementos de juicio suficientes para imponer las medidas cautelares, pues tan sólo se limitó a indicar, brevemente, que *“se observa de los elementos materiales probatorios de la parte penal el informe de Investigación de Campo de fecha 08/11/2018 del agente encubierto manifestando que contacto a una mujer proxeneta que se llama Vanesa por WhatsApp esta a su vez, lo contacta con Angie (Menor de edad) quien es ella la que le sugiere el hotel Thematic Luxury”*.

De la misma manera expuso: *“Es así como el informe del agente el cubierto de fecha 08/10/2018 el establecimiento de comercio THEMATIC LUXURY, destinado para el alojamiento por horas, el cual es reconocido en la ciudad de Medellín como el Motel Thematic Luxury, es importante resaltar que este establecimiento fue visitado por el Agente Encubierto que obra dentro del proceso penal con radicado 110016099145201800006 el cual se adelanta por los delitos Demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años, inducción a la prostitución y proxenetismo, en compañía de una mujer de edad, recomendando ella misma este lugar y quien no presentó ningún inconveniente para su ingreso, además es la menor quien pide la habitación y se omite por parte de los administradores del establecimiento la solicitud de algún documento que acredite su mayoría de edad para poder permanecer dentro del mismo, logrando omitir lo dispuesto dentro del acuerdo 050 de 2009 por el Consejo de Medellín, donde mencionan la obligación de los establecimientos y sus administradores respecto el ingreso de menores de edad a estos lugares”*.

En resumen, la delegada Fiscal concluye que, *“la persuasión racional que se desprende de cada prueba recolectada permite arribar que todos los bienes tienen un claro vínculo o relación de los aquí afectados con la actividad ilícita, bien sea de manera mediata o inmediata a partir de hechos indicadores que tiene como hechos indicado actividades ilícitas en la consecución y destinación de los bienes patrimoniales”*

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

A continuación, señala que de los medios de convicción se develan conductas criminales que deben ser reprochadas desde el ámbito penal como desde el escenario jurídico de la extinción del derecho de dominio en tanto de la ejecución de actividades ilícitas por estas redes liderada por proxenetas germinaron derechos subjetivos patrimoniales ilícitos, por tanto, emergen causales de destinación ilícita de extinción de dominio, las cuales validan la aplicación del poder soberano extintivo de dominio del Estado.

Para comenzar, la Judicatura deberá señalar que la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioren gravemente la moral social.¹²

En cuanto a las actividades ilícitas el código de la materia estipula que:

“Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social”¹³

De otro lado, en lo que atañe al deber de justificar las decisiones judiciales en este caso las resoluciones de la Fiscalía que impone medidas cautelares, debe decir el Despacho que fue configurado como una garantía dentro del proceso que pretende informar a las partes respecto a la justicia o no de una determinada decisión y los alcances de la expedición de una resolución a un derecho invocado o pretensión, indicando a los actores el por qué se acepta o rechaza su planteamiento procesal. Por ello, la fundamentación de las decisiones permite el control de la misma a través de los recursos interpuestos por quien se siente perjudicado por la resolución o sentencia.

¹² Artículo 15 Ley 1708 de 2014

¹³ Artículo 1 numeral 2 Ley 1708 de 2014

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

La motivación de las decisiones judiciales es un deber de los funcionarios, llámense jueces o fiscales y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial o director de la causa, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el servidor encargado de emitir la decisión (resolución, auto o sentencia) establece la interpretación de las disposiciones normativas, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso.

En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces –fiscales y operadores jurídicos en general de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del funcionario judicial un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

El Fiscal tiene la obligación legal y constitucional de motivar las decisiones, ya que se itera, la motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.

Ahora bien, la resolución sometida a control de legalidad, como bien lo indica la defensa en su escrito, no cuenta con elementos de juicio **suficientes**, como lo exige el artículo 88 del C.E.D. que permitan considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción de dominio, y por ello carece del ejercicio argumentativo, propio de la motivación que debe contener semejante decisión, máxime que se impusieron de manera indiscriminada todas las cautelas consagradas en el código de la materia.

Del análisis de los redundados elementos materiales probatorios traídos y aglomerados en el expediente para el despacho, brilla por su ausencia la vinculación del bien inmueble y del establecimiento de comercio objeto del presente pronunciamiento, pues no se demostró que los mismos estuvieran destinados a la práctica de actividades ilícitas, como lo afirma el ente Fiscal.

Y ello por cuanto, si bien existen informes de agente encubierto, en los mismos únicamente se refiere a un posible ingreso al inmueble donde funciona el establecimiento de comercio conocido como “*motel Thematic Luxury*”, así:

“Me pude enterar que hay un sitio en la avenida 33, el Hotel Tematic Luxury ubicado en la dirección Calle 34 número 64-59 que está permitiendo el ingreso de mujeres para

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

*ejercer prostitución sin exigir documentos que acrediten que se trata de personas mayores de edad*¹⁴ (28 de octubre de 2018).

*“... lo acompañaban tres mujeres, las mismas que habíamos visto por fotografías, una de ellas la reconocí que es la misma Angie con que Sali en octubre del año 2018 al hotel Luxury”*¹⁵ (07 de marzo de 2019).

Y se infiere por parte del Despacho que se trata de un posible ingreso, por varias razones, la primera es que en el informe fechado 28 de octubre de 2018, el agente encubierto indica que la dirección del hotel al que hace referencia en su informe como “*Thematic Luxury*”, es la calle 34 número 64-59 y la dirección donde funciona y ha funcionado el establecimiento de comercio denominado “*Thematic Luxury*”, es la **calle 33 nro. 64-94**, al menos así reposa tanto en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble como el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio.

En segundo término, la actuación de agente encubierto, que es la única prueba que trajo como sustento la delegada Fiscal para la imposición de las cautelares, adolece de la prueba incuestionable, que lo es la grabación o registro de la entrada al establecimiento “*Thematic Luxury*”, relacionada en el folio 217 del cuaderno 4, sin que se hubiese aportado a este trámite extintivo. En el mismo sentido, el acta de audiencias de función de control de garantías de fecha 14 de mayo de 2019, frente al control posterior de actividades de agente encubierto, carece del correspondiente audio. Lo cual resulta necesario para este Juzgador.

¹⁴ Cuaderno principal 2 folio 269

¹⁵ Cuaderno principal 3 folio 83

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Otro aspecto que llama la atención de la Judicatura es lo manifestado por la Fiscal, en la resolución de fecha 16 de mayo de 2019, en cuanto a que la menor Angie es la que sugiere el hotel Thematic Luxury, ya que esa afirmación es realizada por la servidora de Policía judicial Leidy Paulina Gómez Quintero en el informe adiado 15 de mayo de 2019¹⁶ y no por el agente encubierto, al menos no se trajo prueba de ello a este paginario.

De la misma manera, debe decir el Despacho que tampoco se realizó actividad investigativa por parte de la delegada Fiscal para establecer si efectivamente la menor A.Y.F.S. es la misma que menciona el agente encubierto en su informe, ya que el registro civil de nacimiento¹⁷ aportado por la Fiscalía da cuenta que para el año 2018 A.Y.F.S. contaba con 15 años. Y en uno de los informes de interceptación con fecha 11 de mayo de 2018 la menor interceptada Angie, refiere a una de sus amigas:

*“...tengo diecisiete (17) años”.*¹⁸

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptaran los planteamientos del ente Fiscal, tendría que analizarse los sendos informes de interceptación que dan cuenta que la menor utilizaba indiscriminadamente cédulas o contraseñas falsas para ingresar a diferentes establecimientos, veamos:

Informe del 11/05/2018

“Angie recibe llamada de Estefany (?), Estefany pregunta si no tenía una amiga que le prestará una cédula, Angie dice, que tenía una prestada y que tiene es la contraseña, Estefany dice que le diga a 3p (MD) que le paze la cédula, Angie dice que la 3p no le contestaba, pregunta si para donde iban

¹⁶ Cuaderno principal 5 folio 5

¹⁷ Cuaderno principal 1 folio 86

¹⁸ Cuaderno principal 4 folio 10

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

exigían la cédula al ingreso, Estefany responde, sí, porque a donde iban ya habían tenido un problema por “eso”, pregunta si solo tenía la contraseña, que si no tenía un carnet, dice, **“usted es menor cierto”**, Angie contesta, sí “tengo diecisiete (17 años?)”, Estefany dice, que se va a comunicar con “Camila FAJARDO, que ella nos tiene una cédula”.¹⁹

En el mismo informe se resalta:

“Angie recibe llamada de Marce, Marce manifiesta que se introdujo “todo ese paquete que había ahí”, Angie dice, bueno y pregunta si tenía la cédula original y que si tenía la foto de ella Marce responde sí, Angie dice, que vaya relajada y comenta **“mija acá nos están pidiendo la cédula y yo no me parezco a ella, me toca aprenderme ese número todo”**, Marce pregunta, quien estaba pidiendo la cédula, Angie responde, que el “man 3p (HD), que trabaja acá con nosotras, que es el manager pues de ese man 4p (HD)” ...”²⁰

Informe 23/07/2018:

“Angie recibe una llamada de Mauricio, Angie le dice que Andrea **le va a traer una cédula**, Mauricio, si quiere cuando vaya a arrancar me avisa para que salgan las dos”.²¹ Subrayas fuera del texto original.

Además, en el informe de investigador de campo -FPJ-11 del 15 de mayo de 2019 se dijo que:

“... efectivamente Agnie es menor de edad y quien se vale de cédulas falsas para ingresar a diferentes sitios...”²²

¹⁹ Cuaderno principal 1 folio 106

²⁰ Cuaderno principal 1 folio 107

²¹ Cuaderno principal 2 folio 183

²² Cuaderno principal 5 folio 3

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Razón por la cual, bien puede predicarse que el personal a cargo de verificar la mayoría de edad en el establecimiento de comercio objeto de este pronunciamiento, pudo incurrir en error por presentarse por parte de la menor una cédula o contraseña falsa. Pues dicho personal, no cuentan con instrumentos o elemento de verificación para tal fin.

Con todo, del análisis de los elementos materiales probatorios, podemos extractar que la menor A.Y.F.S., también mentía ante las autoridades académicas, así lo expreso el rector de la Institución Educativa Jhon F. Kenedy del municipio de Itagüí en la declaración rendida el 18 de abril de 20018:²³

“... esta amiga se llama MICHEL ANDREA QUINTERO, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.035.878.389, celular No. 3015544091, persona la cual figura en la matricula estudiantil de ANGIE YURLENI FLOREZ SERNA, identificada con tarjeta de identidad No. 1.015.868.114 de bello-Antioquia, con dirección calle 31 # 45ª-58, teléfono fijo 5820707, celular No. 3004488361, como hermana y acudiente ante este institución educativa, persona a la cual llame la semana pasada verificando la información contenida en la matrícula de la menor ANGIE, le manifesté el por qué ella figura en la matrícula de esta menor como acudiente y hermana sin tener algún tipo de parentesco a lo cual me manifestó que no tenían parentesco alguno y que Angie no tenía los padres vivos...”. (Sic)

También acierta el apoderado judicial cuando indica que sus prohijados no se encuentran vinculados a ningún proceso penal, menos hacen parte de la organización criminal desmantelada por la Fiscalía General de la Nación. Pues, de ser así, la Fiscalía General de la Nación, bien pudo haberles imputado los mismos cargos que a los proxenetas que si hacían parte de la organización criminal.

²³ Cuaderno principal 1 folios 56-58

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

Luego, al no predicarse actividad ilícita desarrollada por los propietarios y/o arrendatarios, se equivoca la delegada de la Fiscalía en la imposición de tan lesivas medidas cautelares, recordando que el artículo 88 impone la carga de decretar las medidas sobre los bienes en donde existan elementos de juicio **suficientes** que permitan considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción de dominio.

No hace falta entonces mayor examen para concluir como bien lo advirtió el abogado que, las medidas cautelares devienen en desproporcionadas, inadecuadas y excesivas, nótese que ninguna actuación investigativa desplegó la Fiscal en Extinción de Dominio para corroborar lo manifestado por el agente encubierto (única prueba), en cuanto a que en el denominado “*motel Thematic Luxury*” no exigen documentos para su ingreso. Pues la fecha de asignación del presente proceso lo fue el 15 de mayo de 2019²⁴ y la resolución de las medidas cautelares decretadas de manera excepcional (antes de la demanda) al día siguiente es decir el 16 del mismo mes y año.²⁵ Omitiendo por completo la fase inicial de que trata el artículo 118 del C.E.D., especialmente en lo que se refiere a los numerales 2 y 4, que a la letra dicen:

“2. Buscar y recólectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales de extinción de dominio que se invoquen.

4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio.”

De cualquier modo, la falta de cuidado ante el ingreso esporádico de menores de edad conllevaría a una sanción administrativa como el cierre temporal o definitivo del establecimiento de comercio o una multa al

²⁴ Cuaderno medida y demanda folios 1-2

²⁵ Cuaderno medida y demanda folios 3-23

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

mismo, según la Ley 679 de 2001 y el acuerdo 50 del 2009 expedido por el Concejo de Medellín, mencionado por la misma Fiscal en la resolución de imposición de las cautelas.

Y, precisamente para ello en el numeral octavo del acuerdo municipal antes citado, le otorgó la facultad a la Policía Nacional de inspeccionar periódicamente los establecimientos comerciales, con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos que para su funcionamiento les impone la ley y el acuerdo para prevenir los abusos y explotación sexual contra la niñez y la adolescencia, circunstancia de la cual no se allegó prueba al expediente, para establecer el cumplimiento o no de esa función asignada a la Policía Nacional, es decir, si se realizó algún tipo de visita a este establecimiento.

De la misma manera, el mismo Acuerdo publicado en la gaceta oficial en su artículo cuarto,²⁶ dice: “**En caso de duda sobre la edad de la persona, cuando haya alguna circunstancia que permita inferir que se trata de un menor de edad** así el documento presentado certifique la mayoría, o cuando haya dudas sobre la validez de la autorización, **el administrador del establecimiento deberá proceder a comunicarse en forma inmediata con la Policía nacional o la Policía de infancia y adolescencia a través de un medio de comunicación idóneo que preste la agilidad y la rapidez que se necesita en el momento de la situación, quienes presentarán el caso a las autoridades competentes.**”. (negritas y subrayas del despacho). Es decir, la regla general no es solicitar el documento de identificación a las personas que frecuenten un establecimiento (motel), en caso de duda sobre la edad de la persona que hace inferir al personal que va a atender los servicios que han requerido y deduce que se trata de una menor de edad deberá solicitar el documento de identificación. Además, este tipo de establecimientos trata de proteger al máximo la intimidad de las personas

²⁶ Año XVI, No. 3525, 9 de septiembre 2009, pág. 27, Folio 228 del cuaderno 5 copia)

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

que ingresan a los mismos, por lo que se hace más complejo verificar las edades de los usuarios de estos negocios.

Con todo, se itera, no puede predicarse una actividad ilícita de ello, mucho menos, soportar unas medidas cautelares con lo dicho únicamente por el agente encubierto, quien señala una dirección muy diferente a la que realmente corresponde al establecimiento “Thematic Luxury” y no se trajo al plenario la grabación o registro al ingreso del mismo, como lo indican los informes.

De cualquier modo, la medida cautelar que con carácter general tiene procedencia en el trámite de extinción de dominio, es la suspensión del poder dispositivo, y sólo de manera excepcional pueden imponerse el embargo y secuestro; para su imposición, las mismas deben cumplir con el objetivo fijado para ello. Pues se requiere un análisis sobre los elementos de juicio obrantes en la actuación que permitieran arribar a la conclusión, que se hace razonable y necesario, según el artículo 88 del actual Código de Extinción de Dominio, pero con la existencia de elementos de juicio suficientes.

Al tratarse de una limitación a un derecho fundamental, es claro que se deben contar con elementos de juicio suficientes que soporten tales medidas restrictivas, máxime que los propietarios no están investigados penalmente por ninguna actividad ilícita, debiendo de los elementos que sustenten tal afirmación, ir más allá de lo dicho por el agente encubierto, debiendo ser verificado o constatado por otros medios probatorios para poder cotejar dicha situación.

Para el Despacho, no resulta suficiente lo plasmado en los informes del agente encubierto para imponer las medidas de embargo, secuestro y toma

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

Ahora bien, la presunción de que el inmueble y el establecimiento de comercio materia de este pronunciamiento están destinados a actividades ilícitas, concretamente a la explotación sexual comercial de menores de 18 años, proxenetismo con menor de edad e inducción a la prostitución, tampoco quedo plenamente demostrado, pues es una mera apreciación o conjetura de la delegada de la Fiscalía al momento de proferir la resolución de medidas, es un tema que deberá probarse en juicio, pero que resulta insuficiente en este estadio procesal para imponer las cautelas de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, cuando existen otras medidas menos lesivas para evitar que los bienes puedan ser negociados, gravados, distraídos o transferidos y por tratarse de un bien inmueble no podrá ser ocultado o extraviado, amén de que los propietarios son las más interesados en cuidarlo y que no sufra un deterioro.

No obstante, tampoco se realiza una argumentación motivada en torno a la razonabilidad y necesidad de las medidas cautelares de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, pues basta con la imposición de la limitación del poder dispositivo para garantizar los fines de que habla el artículo 87 de la Ley 1708 de 2014 modificado por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017.

En este sentido, conviene destacar lo plasmado en la sentencia C-379 de 2004, por la H. Corte Constitucional, sobre las medidas cautelares, expresando que:

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

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

El mismo Tribunal, respecto al derecho a la propiedad, ha dicho que adquiere el carácter de fundamental cuando tiene contacto con la dignidad humana, la vida, la integridad, etc., por lo cual cualquier limitación a la disposición, uso y goce debe ser mínima, y tan sólo en la medida de lo necesario para conseguir el fin que se persigue:

“...Este Tribunal considera que si bien las medidas cautelares, como el embargo, son admisibles desde una óptica constitucional para asegurar el pago de una obligación, su decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, una orden de secuestro, embargo, caución, inscripción de la demanda o similar no puede vulnerar las prerrogativas fundamentales mínimas del ciudadano, como lo son, entre otras, la vida digna y el mínimo vital. Al respecto, la Sala encuentra que el legislador ha establecido una serie de restricciones al decreto de medidas cautelares con el objetivo de proteger los derechos fundamentales...” (subrayado fuera de texto).²⁷

Así, puede sostenerse entonces, que sí existe motivación de parte de la Fiscalía en torno a los fines que cumple en este caso la suspensión del

²⁷ Sentencia T-788 de 2013. M.P. Dr Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

poder dispositivo, que igualmente tiene limitación a la propiedad, en tanto que se pretende evitar que el inmueble y el establecimiento de comercio sean negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir un deterioro o destrucción, fines que se cumplen a cabalidad con la limitación del poder dispositivo, pues de ninguna manera los afectados podrán enajenar o negociar los bienes.

Lo anterior, claro está, deberá ser confirmado o desvirtuado en sede de juicio, a través de las pruebas que fueron incorporadas por la Fiscalía, las que se practiquen y aquellas que igualmente aporten los afectados. Razón por la cual los documentos aportados por el apoderado no serán valorados en esta decisión.

Con base en lo anterior, estima este Juzgado que las medidas cautelares de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica decretadas por la Fiscalía no se evidencian como razonables y necesarias para lograr el fin propuesto, pues, es suficiente con la suspensión del poder dispositivo para asegurar tal resultado, considerando que los bienes objeto de este litigio no son de aquellos que se pueden ocultar o sufrir deterioro, quien más que sus propietarios, para mantenerlos en conservación y cuidado.

Véase entonces que, para garantizar los demás fines, esto es, los bienes puedan ser negociados o transferidos, idóneo y suficiente lo es la cautela de suspensión del poder dispositivo, que, si bien afecta la limitación a la propiedad, no es tan lesiva como lo es la medida de embargo y secuestro. Esta implica la inscripción inmediata en el registro de instrumentos públicos y en cámara de comercio, y por lo tanto se impide así que puedan ser objeto de cualquier enajenación o negociación.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

En lo concerniente a la suspensión del poder dispositivo, por sustracción de materia se declarará su legalidad, en razón a que la misma tiene por objeto evitar la negociación de los bienes en tanto que es proporcional y razonable, para así mantener los bienes bajo la protección estatal; adicionalmente, en caso de que los afectados sean vencidos en juicio, asegurar el objeto de la acción.

Es necesario considerar además, que las medidas cautelares no implican en ningún caso desconocer el derecho de propiedad, porque este no se está extinguiendo sino tan sólo limitando el poder de disposición, en la medida en que es necesario para evitar que se consumen negociaciones, como la venta, permuta, donación, etc., que causen daños a terceros o vacíen el contenido de una sentencia que decida de fondo el proceso, situación que se encuentra garantizada como ya se dijo con la limitación del poder dispositivo, con lo cual se limita en la menor medida posible el derecho fundamental a la propiedad.

Por lo tanto, la limitación a la propiedad por parte del Estado a través de las medidas cautelares debe ser mínima, lo cual, en este caso, para los efectos propios del trámite de extinción de dominio, se logra con la suspensión del poder dispositivo; pues además se debe considerar que, en este asunto, se puede imponer una sanción administrativa frente al establecimiento de comercio.

No cabe duda, que el secuestro y la toma de posesión del establecimiento de comercio son unas medidas que lesionan en mayor grado el derecho de propiedad, teniendo en cuenta que no implica simplemente el registro en el folio de matrícula inmobiliaria, sino además que, en la práctica de las diligencias, el bien inmueble y el establecimiento de comercio objeto de

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

este pronunciamiento fueron entregados a la Sociedad de Activos Especiales (SAE) para que los administre a través de un secuestro.

En consecuencia, con lo anterior, el Juzgado deberá declarar la ilegalidad de las medidas cautelares de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, por no existir elementos de juicio suficientes y en esa medida no se muestran como necesarias y razonables para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 87 de la ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 19 de la Ley 1849 de 2017, de conformidad con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 112 del C.E.D.

Sin embargo, se mantendrá vigente la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo como quiera que responde a los fines del artículo 87.

De la decisión adoptada por este Juzgado deberá informarse a la oficina de registro correspondiente y a la Cámara de Comercio de Medellín para que realicen la anotación respectiva en el folio de matrícula inmobiliaria y en el certificado de existencia y representación, respectivamente y a la Sociedad de Activos Especiales SAE para que realice entrega material e inmediata del inmueble y del establecimiento de comercio denominado “Thematic Luxury” a los afectados o a su apoderado en caso que así sea designado por la representante legal, ello obviamente a la ejecutoria de la presente decisión.

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

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**
Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**
Tramite: **Extinción de dominio**
Asunto: **Control de legalidad**
Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA ILEGALIDAD de las medidas cautelares de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica decretadas por la Fiscalía 58 Especializada E.D., en resolución del 16 de mayo de 2019, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 001-23298 y sobre el establecimiento de comercio “Thematic Luxury”, según se expuso en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA LEGALIDAD de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo impuesta por la Fiscalía 58 Especializada E.D., sobre los bienes descritos en el numeral anterior, por las razones expuestas en esta decisión.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la decisión, **ORDENAR** la cancelación de las medidas cautelares de embargo y secuestro, ordenadas por la Fiscalía 58 Especializada E.D. en este proceso, respecto del inmueble descrito en el numeral primero de esta providencia, ante la oficina de registro correspondiente, haciéndole saber que la medida de suspensión del poder dispositivo queda vigente y de ello se deberá dejar constancia en la anotación respectiva.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la decisión, **ORDENAR** la cancelación de las medidas cautelares de embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, ordenadas por la Fiscalía 58 Especializada E.D. en este proceso, respecto del establecimiento de comercio descrito en el numeral primero de esta providencia, ante la Cámara de Comercio de Medellín, haciéndole saber que la medida de

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00017-00**

Afectados: **Establecimiento de comercio Thematic Luxury y otros**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Decisión: **Declara ilegalidad medidas cautelares**

suspensión del poder dispositivo queda vigente y de ello se deberá dejar constancia.

QUINTO: EN FIRME esta decisión, se comunicará a la Sociedad de Activos Especiales SAE para que realice entrega material e inmediata del inmueble y del establecimiento de comercio a los afectados o a su apoderado en caso de que así sea designado por la representante legal.

SEXTO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Extinción de Dominio, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la ley 1708 de 2014.

SÉPTIMO: EN FIRME esta decisión, remítase copia de la presente decisión junto con los cuadernos copia al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Antioquia, quien tiene el conocimiento en sede de juicio. Indicando en el oficio remisorio que en futuras actuaciones se deberán remitir los cuadernos originales de conformidad con el artículo 45 del C.E.D.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ VÍCTOR ALDANA ORTIZ

JUEZ

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

Se notifica el presente auto por **ESTADOS N° 038**

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

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

Medellín, 26 de agosto de 2020

