

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
EN EXTINCIÓN DE DOMINIO ANTIOQUIA

Medellín, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado	05-000-31-20-002-2020-00013-00
Radicado Fiscalía	110016099068201900163 Fiscalía 65 E.D.
Proceso	Extinción de Dominio
Afectado	José Hernando Duque Arango
Instancia	Primera
Tema	Control de legalidad
Decisión	Declara legalidad medidas cautelares
Auto Interlocutorio	025-2020

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a resolver la solicitud de control de legalidad interpuesta por el afectado José Hernando Duque Arango a las medidas cautelares de embargo y secuestro respecto de los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria números 001-210246 y 001-210231 y el vehículo de placa KIV-630 de propiedad de **José Hernando Duque Arango**, ordenadas por la Fiscalía 65 de la Unidad de Extinción de Dominio en decisión del 20 de agosto de 2020.

2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**
Afectado: **José Hernando Duque Arango**
Tramite: **Extinción de dominio**
Asunto: **Control de legalidad**

La acción de extinción de dominio se origina por la compulsa de copias realizada por la Fiscalía 28 Seccional de la Unidad Especial de Delitos Contra la Administración el 02 de mayo de 2019, en donde hace saber que dicha Fiscalía adelanta una investigación por las conductas punibles de prevaricato por acción y omisión, así como cohechos propios e impropios en concordancia con tráfico de influencias. Solicitando la designación de un Fiscal para que adelante investigación espejo de extinción de dominio en contra de las personas investigadas y su núcleo familiar.¹

Es así, como la Fiscalía 65 E.D., mediante decisión fechada 10 de mayo de ese mismo año ordeno adelantar la fase inicial y practicar pruebas de interés para la investigación.

De esta manera y una vez recaudado los elementos materiales probatorios, la Fiscalía presentó demanda extintiva entre otros, sobre bienes de propiedad de José Hernando Duque Arango, la cual correspondió por reparto a este mismo Juzgado y se encuentra a despacho para proferir la decisión que en derecho corresponda.

Ahora bien, el afectado José Hernando Duque Arango, solicita control de legalidad, respecto de las medidas cautelares de embargo y secuestro decretadas mediante decisión del 20 de agosto de 2019. En consecuencia, las diligencias fueron allegadas a esta instancia judicial, correspondiéndole a este Juzgado por reparto el 10 de marzo del presente año, por lo que se dispuso avocar conocimiento y correr traslado a los demás sujetos procesales de que trata el artículo 113 del actual Código de Extinción de dominio.² Traslado que discurrió entre el seis (06) y diez (10) de julio del corriente

¹ Cuaderno 1 principal folio 1

² Cuaderno control de legalidad 1 folio 138

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

año.³ Oportunidad en la que concurrió la representante del Ministerio de Justicia y del Derecho.

3. DE LOS BIENES OBJETO DEL CONTROL DE LEGALIDAD

1. Inmueble (urbano), ubicado en la carrera 76 nro. 73B-22 edificio Bella Villa, apartamento distinguido con el número 203, del municipio de Medellín (Antioquia). M.I. 001-210246
2. Inmueble (urbano), parqueadero no. 8, ubicado en la carrera 76 nro. 73B-22 edificio Bella Villa del municipio de Medellín (Antioquia). M.I. 001-210231
3. Vehículo, tipo campero, marca Toyota, línea 4 runner, de placa **KIV-630**, modelo 2011, numero de chasis JTEBU4JR5B5031134, matriculado en la Secretaría de movilidad de Medellín.

4. COMPETENCIA

Previo a adoptar la decisión que en derecho corresponde, se debe indicar que en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º 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 el afectado.

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:

³ Cuaderno control de legalidad 1 folio 143

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**
Afectado: **José Hernando Duque Arango**
Tramite: **Extinción de dominio**
Asunto: **Control de legalidad**
(...)

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 y secuestro, por parte de la Fiscalía 65 Especializada E.D., respecto de algunos de los bienes se solicitó verificar su legalidad por parte del afectado José Hernando Duque Arango, circunstancia que en principio se adecua al supuesto legal contenido en las normas traídas a colación; motivo que resulta viable hacer el pronunciamiento que en derecho corresponda.

5. DE LA SOLICITUD

En memorial signado 12 de febrero del presente año, el afectado José Hernando Duque Arango, solicita que se declare la ilegalidad de las medidas cautelares de (embargo y secuestro) sobre los bienes de su propiedad, de conformidad con los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014.

El desacuerdo del solicitante con la imposición de las medidas cautelares en cuanto al numeral primero radica en que, en su sentir, la providencia que las decreta es absolutamente confusa y no establece específicamente sobre cuales de las causales contenidas en el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014 se adecuan típicamente los señalamientos en su contra, razón por la cual se hace mucho más complejo y dispendioso aterrizar esta indeterminación sustancial y determinar cuál sería el juicio típico de reparo por el que la Fiscalía sanciona su comportamiento y con el que adecua su conducta en alguna de la causal taxativamente reglado frente al curso de la resolución.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Indica, que no existen elementos mínimos de juicio para considerar que los bienes secuestrados sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita porque no existe una sola evidencia que dé cuenta que hubiese recibido dineros por la omisión en sus funciones, esto no solo dentro del proceso que sirve como génesis para el inicio de este procedimiento especial constitucional, es decir, la investigación penal.

Asevera que, en ninguna evidencia probatoria plasmada se le acusa de haber recibido dinero alguno, y si de entrada no existe reparo en sus actuaciones en lo que respecta a la obtención ilícita de dineros, de contera los bienes adquiridos no pueden haber sido producto del recibo de dineros que no existen. El informe de investigador da cuenta que posiblemente participó en actos que configuran delitos, más NO dan cuenta, de la posible recepción de dineros a su favor provenientes de tales ilícitos. Ninguna de las pruebas da cuenta de la existencia de la apropiación de un solo peso con los cuales pudiera haber obtenido sendos bienes.

Por el contrario, en virtud de la carga dinámica de la prueba, aportó los documentos que certifican la consecución de los préstamos, tanto ante el fondo de la vivienda, como de Bancolombia, el retiro de sus cesantías laborales para ajustar el valor del apartamento y las deducciones hechas por nómina de ambos créditos.

Igualmente, no existen elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que los bienes secuestrados forman parte de un incremento injustificado que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas porque de contera está asegurando que el derecho al trabajo es una fuente ilícita de realización y riqueza.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Remata, exponiendo que ante la ausencia de herramientas de juicio que permitan inferir que los bienes sobre los cuales recae la medida están incursos en alguna de las causales de extinción, pues no existe reparo penal que le atribuya la apropiación ilícita de dineros y de contera que con ellos hubiese adquirido los bienes, sino que además obra prueba suficiente y conducente que demuestran que ambos fueron adquiridos por dos prestamos bancarios de los cuales se obtenían las cuotas, por medio de deducciones hechas a su salario dando cuenta que para ello no se dispuso dinero alguno distinto al proveniente de su trabajo y esto en ningún sistema legal puede denominarse como apropiación ilícita de dineros para la configuración de una causal de extinción.

Referente al numeral segundo, manifiesta que, la Fiscalía 65 Especializada en el establecimiento de las medidas cautelares de embargo y secuestro sobre sus bienes, se ausento de su mandato legal frente al establecimiento de criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad dedicando este espacio a consolidar sanciones de carácter moral, desconociendo flagrantemente la presunción de inocencia de los investigados y acudiendo a ejemplos como el de los señores Sergio Zuluaga y Rubén Darío Naranjo, sin hacer un pronunciamiento factico y expreso frente a la comparecencia de estos elementos necesarios para la imposición de la medida frente a sus bienes, y escudando su decisión en argumentos morales frente a la prevalencia del interés superior sin aterrizar en su caso, un solo argumento legal ni de sustentación probatoria respecto de la decisión impuesta sobre la medida frente a sus bienes.

Continúa planteando que, una decisión de tan hondo calado demanda del instructor absoluto rigor en el ejercicio del ius puniendi, y en este caso la Fiscalía profirió una decisión a partir de motivos de contenido moral y social y con ello, se separó de la responsabilidad de sustentar las razones materiales

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

y formales frente a cada afectado que le asistieron para determinar desde el mismo día en que nace la investigación, la materialización de las medidas. Acá de lo que se trata es de configurar una labor investigativa sobre la procedencia de los bienes objeto de la medida y por qué frente a los mismos se ha impuesto la medida, acá de lo que se trata es de sustentarse de manera material y formal con la evidencia del recibo de dinero producto de la comisión de los ilícitos y además cuantificarlos, acá de lo que se trata es de sustentar de manera material y formal por qué los bienes sustentan un incremento injustificado del patrimonio y sobre que valores, pero en ausencia de ello y con conocimiento del origen de sus bienes, la Fiscal solo se limitó a decir, *“ah sí, ya conozco la procedencia de los bienes, procedencia ABSOLUTAMENTE LEGAL por cierto y que no reconoce, pero es que así lo hacia para ocultar los que si recibió por los ilícitos”*.

Concluyendo que, este no puede ser el instrumento motivo por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación sustenta una decisión como esta en los términos de categoría argumentativa.

De otro lado, en lo relativo al numeral tercero, afirma que esta acción es distinta a la acción penal, así lo dispone el artículo 18 de la Ley 1708, y por lo tanto las razones para justificar tanto la interposición de la demanda de extinción como la resolución por medio de la cual se disponen las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, no pueden ser las mismas.

En el mismo sentido, asegura que, en gracia de discusión, si compro el apartamento, con un préstamo de vivienda y el retiro de sus cesantías, actuación más que acreditada ante la Fiscalía, del que solo supo mencionar que probablemente se haya hecho de esta manera para ocultar los dineros recibidos, sin que haya podido demostrar en grado siquiera de inferencia en

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

donde y cuando, bajo que prueba se sustenta el hecho de que hubiera recibido un peso producto del ilícito.

Anota que, si compró el carro de contado, por fuera de la línea de tiempo de las conductas reprochadas, la compra de este carro fue en febrero del año 2019 y las actuaciones penales que se adelantaban para las conductas realizadas en el año 2016, 2017 y 2018. El dinero fue producto de la venta de la camioneta anterior que tenía con placas RIG-612, esa camioneta la adquirió en octubre del año 2016 y la compró por préstamo libre inversión que solicitó ante Bancolombia y que fue aprobado también en octubre de 2016. En febrero de 2019 vendió la camioneta de placa RIG-612, producto de esa venta más un préstamo de 20 millones (adjunta letra), adquirió la camioneta de placa KIV-630.

Reiterando que, desde octubre de 2016 hasta septiembre de 2019 se le descontaba de su nómina el pago de este préstamo en favor de Bancolombia, y a la fecha de presentación del control de legalidad adeudaba la suma de \$ 80.000.000 millones de pesos respecto de la deuda del vehículo.

Posteriormente, señala que, no se establecieron criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad frente a las medidas incoadas en su contra, además se incorporaron presupuestos de la investigación penal que no solo fueron desestimados por el juez de control de garantías frente a la ausencia de inferencia razonable respecto de la posible comisión de esos delitos sino que además la ausencia de inferencia razonable respecto de la posible comisión de estos delitos sino que además no conducen a una demostración de la presunta apropiación de dineros producto de la comisión de delitos para la obtención de los bienes objeto de la medida.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Finalmente, dice que, de manera desleal y temeraria la Fiscalía asegura que este proceso fue realizado de esta manera para muy posiblemente ocultar los dineros recibidos producto de la actividad ilícita, hecho que desborda cualquier criterio de argumentación y que nace de una absurda especulación que materializa la presunción de mala fe, la deslealtad procesal y la temeridad en las afirmaciones hechas por la Fiscal.

Solicitando, que se declare de manera principal la ilegalidad parcial de la resolución proferida el 20 de agosto del pasado año y se ordene el levantamiento de las medidas cautelares de embargo y secuestro; de manera subsidiaria se declare la ilegalidad de la cautela de secuestro de los bienes de su propiedad.

Presenta como medios probatorios de su disertación escrita:

1. Cedula de ciudadanía.
2. Formato acta de secuestro de inmueble realizado por la Fiscalía 65 el 22 de agosto de 2019.
3. Formato acta de secuestro de vehículo realizado por la Fiscalía 65 el 22 de agosto de 2019.
4. Escritura pública de compraventa y constitución de hipoteca en favor del fondo de la vivienda de la Gobernación de Antioquia.
5. Desembolso de la liquidación y retiro de cesantías en favor de José Ramiro Botero Vallejo por valor de \$ 26.318.553 en calidad de cónyuge de la propietaria anterior del inmueble embargado y secuestrado, señora Sara Sofia Osorio de Botero.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

6. Certificado expedido por el fondo de vivienda del departamento de Antioquia dado el 26 de agosto de 2019, donde certifica la fecha, el valor de las cuotas, deducciones y demás datos del préstamo realizado para la compra del inmueble.

7. Constancia expedida por la tesorería de la Contraloría General de Antioquia de las deducciones hechas por nomina a Bancolombia por concepto de crédito de libranza numero 240095972 sobre los que se certifican las deducciones a partir del mes de octubre de 2016 para la compra de la camioneta 4 runner modelo 2017, y el fondo de la vivienda de la Gobernación de Antioquia por concepto de préstamo, además las fechas en las que se han hecho las deducciones de sendos prestamos mes a mes sobre su salario.

8. Extracto bancario tomado de la página de Bancolombia que da cuenta del valor adeudado por el crédito de libranza 240095972 expedido el 7 de noviembre de 2019.

9. Historial del vehículo de placa RIG-612 adquirido en octubre de 2016 y vendido en febrero de 2019.

10. Historial del vehículo de placa KIV-630 adquirido en febrero de 2019.

11. Letra de cambio en favor de Amanda de Jesús Arango Piedrahita, por el préstamo a favor del afectado por la suma de \$20.000.000 millones de pesos para ajustar el valor de la camioneta 4 runner modelo 2011 adquirida en febrero de 2019.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

12. Derecho de petición radicado ante la Fiscalía 65 E.D. radicado el 10 de octubre de 2019, solicitando copia de la resolución del 20 de agosto del mismo año.

13. Respuesta derecho de petición emanada de la Fiscalía 65 E.D. con fecha 1 de noviembre de 2019 donde niega la notificación de la resolución.

14. Solicitud de archivo de investigación radicada el 14 de noviembre de 2019.

15. Resolución del 20 de agosto de 2019 por medio de la cual la Fiscalía dispuso las medidas de embargo y secuestro de los bienes adscritos a nombre del afectado.

6. DEL TRASLADO DE QUE TRATA EL ARTICULO 113

Admitido el control de legalidad propuesto por el afectado José Hernando Duque, 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 2º 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, descorre traslado dentro del término oportuno, luego de hacer un recuento de los antecedentes fácticos de la presente actuación, manifestó que debe rechazarse la solicitud de control de legalidad mediante la cual se pretende la declaratoria de ilegalidad de las

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo decretadas mediante resolución del 20 de agosto de 2019.

Señala que, el ejercicio de la acción de extinción de dominio por la Fiscalía es distinto y autónomo al campo jurídico penal, es por tanto independiente de toda responsabilidad, por lo tanto, no son de recibo como fundamento de ilegalidad a las medidas cautelares por la no existencia de una sentencia condenatoria en contra el recurrente, dado que no son elementos esenciales del trámite extintivo.

Además, el argumento de la no existencia de elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio. Tampoco son de recibo, porque se pudo determinar la existencia al parecer de funcionarios de confianza del Subcontralor Rubén Darío Naranjo y del contralor Sergio Zuluaga Peña que se concertaron para tener el control de las auditorías realizadas a las diferentes entidades y funcionarios que son objeto de control fiscal de la Contraloría Departamental de Antioquia, haciendo uso de sus cargos que tenían la competencia para certificar y emitir los informes finales de las auditorías con los hallazgos encontrados los cuales eran previamente revisados y ajustados; lo cual el actuar no estaba ajustado a la constitución y la ley, contrario al actuar ético, transparente y objetivo con lo cual debe actuar los funcionarios públicos.

Así mismo, obran en el expediente elementos mínimos de juicio y pruebas contundentes que permiten considerar que si existe un vínculo entre los bienes y la causal extintiva invocada; razón por la que la petición debe ser negada y en consecuencia se deberá declarar la legalidad de las medidas cautelares.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

De manera que, la Fiscalía cuenta con gran material probatorio y que de dichos elementos se logran inferir de manera probable una causal de extinción de dominio, aplicable a los bienes cautelados, aunado a que se trata de un caso de connotación nacional que bajo ningún supuesto se puede tolerar los posibles actos de corrupción.

Por lo que peticona al despacho, no acceda a las solicitudes presentadas por el señor José Hernando Duque Arango, 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 es necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines, esto es impedir que este sea negociado, gravado o transferido y a su vez evitar una destinación ilícita.

iii). Además, se advierte que la medida cautelar decretada por la Fiscalía 65 Especializada de la Dirección Nacional de Extinción de Dominio, fue motivada y se profirió con fundamento en medios de pruebas legal, regular y oportunamente allegados a la actuación.

Así las cosas, solicitó se imparta legalidad de la resolución proferida el 20 de agosto de 2019 por la Fiscalía 65 Especializada de la Dirección Nacional de Fiscalías de Extinción de Dominio, mediante la cual se decretaron las medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo sobre los inmuebles en cuestión, por ajustarse dicha providencia a los parámetros contemplados en el Código de Extinción de Dominio.

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00
Afectado: José Hernando Duque Arango
Tramite: Extinción de dominio
Asunto: Control de legalidad

7. FUNDAMENTOS LEGALES

Con base en lo expuesto, el Despacho analizará la solicitud presentada por el afectado, a fin de verificar si se dan los presupuestos para acceder a su pretensión, o si por el contrario debe impartirse legalidad a las medidas cautelares ordenadas por la Fiscalía 65 Especializada E.D. el 20 de agosto del pasado año. 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 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*

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de 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.

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*

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

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

(...)

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

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

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 humana⁴, lo que determina fortalecer su ámbito de protección, ya que los derechos fundamentales son un “*parámetro de legitimidad del sistema político y jurídico*”⁵, por lo que deviene que la propiedad no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas que desconozcan el interés 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.

⁴ Sentencia T-454/12 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. _

⁵ URBANO MARTÍNEZ José Joaquín, La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2 edición. 2013 Pg.103.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

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 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.

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

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 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

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

grave perjuicio al Tesoro Público, independientemente de su adecuación o no a un tipo penal. "6(...)

Sobre el punto se dijo, en decisión proferida por nuestro Tribunal de cierre⁷ 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, 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 la 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

⁶ 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).

⁷ 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: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

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 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**⁸ y

⁸ Esta es la causal a que refiere el memorialista instante del control de legalidad.

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

iv) Evitar que la decisión esté fundamentada en prueba ilícita.

De acuerdo con lo anterior, la representante de la Fiscalía estimó conveniente las medidas cautelares de los bienes de propiedad del aquí afectado y otros, toda vez que, conforme a las investigaciones adelantadas, al parecer se trata de bienes que tienen un nexo con las actividades ilícitas desplegadas por un grupo de funcionarios de la Contraloría de Antioquia, entre los cuales fue señalado José Hernando Duque Arango, dedicados a “*archivar, modificar, ajustar*” los hallazgos fiscales, penales disciplinarios y administrativos de funcionarios y exfuncionarios públicos, desde el año 2017.

La investigación da cuenta que los bienes materia del presente control de legalidad fueron adquiridos por el señor José Hernando Duque Arango, con posterioridad al acuerdo criminal del que presuntamente hizo parte cuando se desempeñaba como auditor auxiliar, que según la Fiscalía consistió en “*...es coordinador de la auditorias, es decir, junto con el subcontralor y Contralor encargado RUBÉN DARÍO NARANJO HENAO, organizan los diferentes grupos de auditores para realizarlas, destacándose que tiene claro cuáles son los lineamientos dados por los Jefes, que son el CONTRALOR Sergio Zuluaga y Subcontralor RUBÉN DARÍO NARANJO HENAO, quienes precisamente están pendiente de los informes de auditorías, para entrar a ‘negociarlas’ con los responsables, a cambio, como se ha venido señalando reciben en muchas ocasiones dinero, o favores personales o políticos*”.

Precisó la delegada de la Fiscalía en su resolución de medidas cautelares como hechos extraído del caudal probatorio recopilado que “*... José Hernando Duque participa activamente en la elaboración de los informes y denota que tiene pleno conocimiento de las presuntas actividades ilícitas que*

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

se ejecutan en la Contraloría, relacionada con los diferentes tipos de hallazgo”.

Anotó además que, “de acuerdo a los diferentes informes de auditoria que fueron recopilados por los investigadores de la actuación penal, se observa que los contratos que fueron objeto de auditoria por parte de Funcionarios de la Contraloría, se realizaron, como ya se dijo sin el cumplimiento de los requisitos legales, se hizo fraccionamiento de contratos evitando de esta forma superar la cuantía mínima, adicionalmente, que no se halló soporte que demuestre la ejecución o cumplimiento del contrato, pagos de contratos sin verificar su ejecución, que generaba hallazgos penales, fiscales y disciplinarios, que algunos casos eran dejados en el informe preliminar, pero después de dar traslado a las entidades, eran aceptadas las explicaciones sin mayor verificación y en otros casos, incluso los auditores indicaban o elaboraban las respuestas de manera que el hallazgo se pudiera retirar o ‘bajar’...”.⁹

Resaltando que, con su actuar permitió que los recursos públicos fueran destinados para fines diferentes a los señalados en el presupuesto de cada entidad o utilizados para realizar contrataciones sin el cumplimiento de los requisitos legales, que terminaron en obras que no se ejecutaron o en pagos de favores, que de haber hecho su trabajo de forma adecuada y de acuerdo a sus funciones hubieran sido objeto de investigación estos funcionarios.

Otra evidencia contenida en los sendos informes de policía judicial lo es que “los auditores y otros funcionarios, que fueron identificados como de ‘confianza’ del Contralor y Subcontralor: JOSE FERNANDO DUQUE, DIONNER ANDRES ORTIZ (Auditor auxiliar), JOSE HERNANDO DUQUE ARANGO (Contralor auxiliar), GABRIEL JAIME CASTAÑO

⁹ Folio 43 cuaderno principal 6

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

ARISTIZABAL (Contralor Auxiliar), entre otros, pues se encuentra demostrado que ellos en la mayoría de los casos, eran los encargados de realizar las diferentes auditorias y obviamente era del equipo previamente escogido por el Contralor y Subcontralor, en razón que les era conveniente para sus intereses, porque de lo contrario los auditores imparciales iban hacer su trabajo de manera transparente e imparcial, dejando constancia de los hallazgos reales encontrados, sin que se prestaran para los hallazgos fueran variados o 'bajados'".

Así entonces, la investigación en su fase inicial da cuenta que es posible que los bienes de propiedad del afectado se encuentren incursos en las causales 4 y 8 consagradas en el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, esto es los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia y los que formen parte de incremento patrimonial no justificado.

Pues, pese a que el afectado allegó como elementos de prueba con la solicitud de control de legalidad, las diferentes constancias de los créditos realizados tanto por el fondo del Departamento de Antioquia como de la entidad bancaria Bancolombia, no es menos cierto que una de las causales invocadas como objeto de extinción para los bienes del señor José Hernando lo es los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia (causal 8) y no los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita (causal 1), como mal lo cito el afectado dentro de su escrito de control de legalidad.

Con todo, la adquisición de los bienes y los recursos para ello, serán objeto de valoración en sede de juicio, es decir, no se tendrá en cuenta como fundamento de motivación de la presente. Pues, únicamente este escenario reviste al Juez al estudio o valoración de los elementos que se tuvieron en

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

cuenta para la imposición de las medidas cautelares, porque se estaría habilitando un escenario diferente al mismo juicio.

Ello obviamente será objeto de discusión y análisis dentro del juicio extintivo, junto con los demás elementos de prueba que sean incorporados al plenario, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y serán sometidos a **contradicción**, pero valga decir no en este contexto, sino una vez iniciado el juicio de extinción de dominio, momento procesal oportuno en el cual se activa el derecho de defensa y contradicción, estadio procesal dispuesto para ello.

Además, la acción de extinción de dominio no es una sanción que se impone por la comisión de una conducta punible, lo que debe analizarse es la concurrencia de las causales invocadas con la presunta actividad ilícita y la capacidad de adquisición de los bienes.

Asimismo, debe recordarse que las medidas cautelares bien principales o accesorias, son impuestas de manera provisional, y si bien la normatividad vigente ordena su imposición de manera excepcional, en este caso la Fiscalía General de la Nación, adopto tales medidas con fundamento en una pretensión seria, razonable y con el suficiente respaldo probatorio para tal fin, es decir satisfaciendo los presupuestos mínimos para tal fin.

Ahora bien, 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

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

decisiones permite el control de la misma a través de los recursos interpuestos por quien se siente perjudicado por la resolución o sentencia.

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

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

los poderes públicos, y porque sólo cuando la 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.

La resolución sometida a control de legalidad emerge suficiente motivación por lo que el argumento del afectado proponente se queda sin piso alguno. Distinto es que esta argumentación no sea de su aceptación y concorde a su punto de vista jurídico, pero para ello el camino ideal es la impugnación de la decisión de fondo que emita el funcionario que cierre la instancia, ya que el control de legalidad como vehículo jurídico, sólo se encauza en punto de sus cuatro causales expresamente señaladas en la ley y no en aspectos de interpretación o de alegación conclusiva.

Del breve análisis de los elementos probatorios traídos y aglomerados en el expediente para el despacho, brilla con soporte probatorio suficiente, que la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada en ésta causa, si contó con elementos mínimos de juicio que pueden enlazar, en particular las causales extintivas enrostradas y que motivó la necesidad de su imposición a efectos de que no se distraiga su titularidad, sea destruido u ocultado para el caso del vehículo.

Aunque se reclame por el contradictor que la Fiscalía no presenta pruebas o que las existentes no tienen la entidad vinculante necesaria, por el hecho de contar con prestamos hipotecario, libre inversión y personal, ello es un aspecto de lid y rivalidad en sede de juzgamiento y no del control de legalidad, pues para éste funcionario instructor y conocedor del control de legalidad presentado, se tiene que sin mayor esfuerzo se advierte que sus

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

opiniones no tienen la virtud para enervar la resolución de imposición de restricciones de medidas cautelares y, en consecuencia, tampoco para declarar ilegales las medidas impuestas en resolución del 20 de agosto de 2019, la cual será confirmada en su totalidad.

Se hace necesario, proporcional y razonable ordenar respecto de los bienes el embargo y secuestro, veamos porque:

Es presupuesto esencial al iniciar el test de proporcionalidad, partir de los fines de la medida específicamente establecidos en la norma, esto es tener en cuenta que, de acuerdo con los bienes en cuestión, se evite que puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción y, en todo caso, se salvaguarden los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.

Establecido lo anterior, como quiera que en el presente caso lo que se pretende es evitar que los bienes puedan ser transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción, pasemos ahora sí al Test:

El principio de proporcionalidad es una técnica que nos permite definir cuándo un límite a un Derecho establecido por el legislador es o no, compatible con la Constitución; esta técnica de tres (3) pasos que se llama Test de Proporcionalidad, es un examen de proporcionalidad que consiste en:

Tenemos de un lado una norma que determina un límite a un derecho, y tenemos del otro a la Constitución.

Para saber si esta norma es compatible con la Constitución, nos tenemos que hacer tres (3) preguntas, a saber:

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

1. ¿El objetivo que se propuso el legislador al establecer ese límite es compatible o no con lo que señala la Constitución? ¿Es un objetivo constitucionalmente legítimo? ¿Sí o no?

2. Partiendo entonces de que el objetivo es constitucional, ¿es a la vez racional? ¿Es un objetivo que se puede alcanzar con la medida que está proponiendo el legislador y que limita derechos? Tenemos entonces que valorar la racionalidad instrumental del límite, esto es la posibilidad de que a través de esa determinación se alcance el objetivo fijado.

3. Proporcionalidad en sentido estricto que consiste en que ponderemos si dentro de todas las medidas que podría tomar el legislador para alcanzar el objetivo, es la que menos sacrifica el derecho en cuestión

Desde el punto de vista del proceso de extinción de dominio se requiere como ya se indicó, demostrar con grado de probabilidad que los bienes objeto del proceso tienen una relación directa con alguna de las causales del artículo 16 del Código de la materia, razones que por tanto justifican la imposición de la medida de conformidad con los fines que establecen los artículos 87, 88 y 89 E.D.

Así entonces, es necesario analizar los tres (3) elementos que determinan la proporcionalidad, en el caso concreto:

1. La limitación de la disposición de los bienes (suspensión del poder dispositivo), así como el embargo y el secuestro, tienen como objetivo y fin propio evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos, o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; limitaciones que encuentran su justificación en el proceso mismo de extinción de dominio consagrado constitucionalmente y

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00

Afectado: José Hernando Duque Arango

Tramite: Extinción de dominio

Asunto: Control de legalidad

desarrollado en legislación especial (Ley 1708 de 2014), cuando se encuentren: establecidos unos bienes determinados, identificados e individualizados; una o varias causales, que para el caso en cuestión son:

4. " Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas, y

8. "Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita la procedencia"

Por ello el nexo entre estos bienes y las causales reseñadas, es completamente plausible, todo lo cual, permite que constitucionalmente se aplique el trámite extintivo a estos bienes, pues el objetivo es que esos bienes no puedan reputarse legales y sean sometidos, se reitera, al trámite respectivo (Extinción).

Ahora, teniendo en cuenta que el objetivo fijado es la puesta fuera de comercio de los bienes sometidos a las medidas precisamente para que no puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos, puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción y por tanto no se pueda disponer de ellos, es necesario decir, que este objetivo se logra con las medidas impuestas, pues ante la inminencia de un límite como el que se va a imponer, bien podría el propietario comenzar a disponer de los mismos, gravarlos y en especial, venderlos, para por ejemplo, conseguir liquidez, con lo cual no solo se dificultaría, que una vez probadas las causales se declare la extinción del dominio, sino que a esos terceros que adquieran los bienes se les entre a estudiar en punto de la adquisición, si ésta fue llevada a cabo o no de buena fe.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

Y, por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, esto es que se pondere si dentro de todas las medidas que se pueden tomar para alcanzar el objetivo fijado (objetivo que es compatible con la Constitución, objetivo que tiene racionalidad instrumental, esto es que tiene un vínculo entre medios y fines) es el que menos sacrifica el derecho protegido, en cuestión.

Entonces, estamos hablando del derecho de dominio y a la propiedad y junto con ese derecho, el que se tiene a disponer libremente de él en cualquiera de sus formas (enajenarlo, gravarlo, embargarlo); la acción de extinción de dominio no vulnera el derecho a la propiedad, sino que desvirtúa la titularidad aparente de tal derecho. Ello es así en cuanto parte del presupuesto de que el bien nunca se obtuvo, pues sólo son derechos adquiridos aquellos que se obtienen de conformidad con el ordenamiento jurídico. Así entonces para limitar este ejercicio del derecho, no existe una forma menos gravosa para sus titulares, que la imposición de las medidas razón de ser de esta decisión.

En Conclusión, debemos advertir que las medidas de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO, EMBARGO Y SECUESTRO y que se impusieron a los bienes objeto de este pronunciamiento cumplen con la finalidad consagrada en las normas referidas porque:

1. Las medidas son adecuadas de acuerdo a la pretensión principal y única del Estado a través de este tipo de procesos, que busca la extinción de dominio como consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere la ley extintiva, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

2. Las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro son los instrumentos adecuados para garantizar la pretensión del Estado y evitar la disposición física y jurídica de los bienes.

3. Se tiene como probable, de acuerdo a los elementos probatorios allegados, el vínculo, atadura o nexo con las causales que permiten considerar la adquisición de bienes con el producto de actividades ilícitas, así como el incremento patrimonial no justificado.

De conformidad con lo indicado se dispondrá ratificar la imposición de las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro de los bienes ya reseñados.

El Proceso de Extinción del Derecho de Dominio tiene como finalidad que a través de una sentencia se declare la titularidad a favor del Estado de bienes vinculados a éste y será en sede de juzgamiento por especialidad y técnica donde el afectado deberá presentar todas sus pruebas, hipótesis o coartadas defensivas y en esa misma sede se le resolverán, más no en control de legalidad, pues se itera el control, solo procede:

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.

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

De otro lado, ante la remisión concreta a las normas procesales civiles en lo que respecta al manejo de bienes, es necesario concluir que para cumplir con el fin del proceso de extinción de dominio deben imponerse previamente las medidas cautelares de embargo y secuestro sobre los bienes objeto del proceso.

El embargo y el secuestro buscan asegurar el remate judicial tornándose como instrumento coactivo procesal; abriendo el camino al remate o a la venta en pública subasta y a la tradición de los bienes a favor del Estado, para finalmente garantizar la efectividad de la sentencia.

De tal forma que tal como ya se planteó dentro de este proceso se encuentran elementos probatorios que indican que los bienes en cabeza del afectado probablemente tengan vínculo con actividades ilícitas que es el objeto de debate o cuestión en este proceso principalísimo, de allí que las medidas se tornaron en principio justas, proporcionales, necesarias y útiles, ya que se encuentran cobijados por la presunción de adquisición con dineros provenientes de una actividad ilícita, siendo necesario y razonable imponer las medidas de embargo y secuestro y suspensión del poder dispositivo, para garantizar que al proferir la sentencia los bienes se conserven en favor del Estado quien los recibirá conforme las normas Constitucionales y Legales.

Agreguemos además que, ante el conocimiento del proceso, es posible que el titular del derecho ante la inminencia de perder los bienes, dispongan de estos físicamente y de esta forma el Estado no logre la finalidad última del proceso como es extinguir el derecho de dominio, siendo pertinente la imposición de las medidas.

Válido es echar en cara que, la medida cautelar tiene como primer presupuesto proteger el derecho fundamental a la tutela efectiva y el

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

principio de razonabilidad de las medidas cautelares se soporta en la calidad de instrumento de éstas respecto de la sentencia definitiva; entre la demanda y la sentencia, transcurre un espacio de tiempo durante el cual el afectado por el proceso extintivo, puede con miras a anular o impedir los efectos del fallo, variar la titularidad jurídica de sus bienes realizando acciones que permitan que éstos puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción. Es por esto, que excepcionalmente se otorga al Fiscal la potestad de afectar bienes con medidas cautelares antes de la demanda, adelantándose entonces a la conclusión de la fase inicial con la emisión de esta resolución.

Los elementos probatorios recolectados a través de lo que lleva la fase inicial, hacen verosímil el derecho del Estado respecto del proceso de Extinción de Dominio y con la anterior exposición de motivos tenemos que estas medidas cautelares son adecuadas a la pretensión o consecución del fin propuesto por la Fiscalía en el proceso de extinción de dominio.

De manera que, las medidas, sí son las adecuadas en un proceso como el que nos ocupa con una eminente pretensión económica y lo que se busca es la permanencia de los bienes por lo menos en lo esencial hasta la producción de la sentencia, el embargo busca conservar el estado de cosas de derecho mediante la exclusión del comercio impidiendo la posibilidad de realizar cualquier acto que afecte la titularidad de bien y el secuestro pretende preservar el estado de cosas de hecho, protege su mismidad y su inalterabilidad física, que no sea cambiado por otro y que sus particularidades físicas no sean variadas, 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 quienes han conseguido bienes con el producto de una actividad ilícita o han incrementado su patrimonio con bienes que muy seguramente provienen de esta actividad, no puedan, de un lado, seguir

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

consiguiendo bienes con el fruto de estas actividades, así como tampoco puedan venderlos, transferirlos o gravarlos a otros.

Así pues, desde ya se debe decir que, al hacer una lectura detenida del escrito allegado por el afectado, se puede advertir que, no se configura ninguna de las causales invocadas y contempladas en el artículo 112 de la ley 1708 de 2014, que ameriten declarar la ilegalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Fiscalía.

Aunado a lo anterior recuérdese que, no solamente se contó con la información de una fuente formal a través de denuncia directa, sino que fueron realizados otros actos de investigación como búsqueda selectiva en base de datos, interceptaciones telefónicas, con el fin de corroborar lo expuesto por dicha fuente, con base en lo cual, según lo expuesto por la Fiscalía Delegada tanto en la demanda, como en aquellas en las cuales decretó las medidas cautelares cuestionadas, se logró establecer que posiblemente esos bienes hacen parte del incremento patrimonial no justificado por parte del afectado.

En concordancia con lo anterior, no resulta acertado afirmar como lo hace el afectado que en este proceso de extinción de dominio no se hace necesario la materialización de las medidas cautelares cuestionadas (embargo y secuestro), pues no se puede desconocer que los bienes fueron adquiridos precisamente en el tiempo que la Fiscalía señala como foco de la actuación criminal.

Entonces, advirtiendo la motivación de la resolución objeto de control, considera el Despacho que las medidas cautelares decretadas a los bienes de José Hernando Duque Arango, se encuentran conducentes, necesarias, oportunas, proporcionables, razonables, y útiles, teniendo en cuenta que se

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

trata de bienes adquiridos aparentemente procedentes del ilícito, y se hace necesario para evitar en el caso de los inmuebles permitir, facilitar o patrocinar un incremento patrimonial injustificado, y un deterioro destrucción o enajenación en el caso del vehículo.

Así las cosas, la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro de los bienes de propiedad del afectado es idónea, toda vez que constitucional y legalmente la autoridad que la decretó cuenta con la legitimidad para hacerlo, además porque la misma tiene por objeto evitar la negociación de los bienes producto de actividades ilícitas pero que aparentan la legalidad, y el deterioro o destrucción de estos en los términos del artículo 87 de la Ley 1708 de 2014.

De otra parte, no se encuentran excesivas o violatorias a los derechos de propiedad, teniendo en cuenta que, si en verdad la Constitución protege este derecho a los particulares, éstos deben demostrar en el acontecer procesal, y en su oportunidad procesal que su origen es fuente del trabajo digno. Por lo anterior mientras el aquí afectado, en uso de la etapa probatoria demuestre y entregue las pruebas pertinentes para demostrar tal origen, los bienes deben ser custodiados y amparados para que no desaparezcan ni se deterioren hasta el momento de definir su situación jurídica de manera definitiva en cualquiera de las dos instancias (primera o segunda).

Se verifica y se ratifica igualmente a través de ésta providencia que todos los actos de investigación inicial legalmente declarados y recogidos llevaron al ente fiscal a emitir la resolución que decreta las medidas cautelares en aras de salvaguardar los bienes perseguidos por el Estado. Así las cosas, y como quiera que se encuentran definidos los fines y propósitos de las medidas adoptadas por la Fiscalía de embargo y secuestro, aunado al hecho que fueron ordenadas en cumplimiento de los parámetros impuestos para ello,

Radicado: **05-000-31-20-002-2020-00013-00**

Afectado: **José Hernando Duque Arango**

Tramite: **Extinción de dominio**

Asunto: **Control de legalidad**

estima el despacho que es razonable, necesaria y proporcional la imposición de tales restricciones, con el objeto de evitar que mientras se define su contexto jurídico, éstos no sean negociados, vendidos ni transferidos a terceras personas y no se pierda el objeto de la presente acción de extinción del derecho de dominio.

Valga precisar que el hecho de que exista una medida cautelar en cabeza de los bienes no implica necesariamente la pérdida del derecho de dominio, pues únicamente se está limitando ese derecho con el ánimo de conservar el objeto de la acción hasta tanto se estructure o no alguna de las causales de extinción del derecho de dominio y evitar el deterioro material y preservar el estado de las cosas, objeto de valoración pecuniaria.

En consecuencia, atendiendo al modo preventivo de las medidas cautelares, se declarará la legalidad de las medidas de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro impuestas a los bienes de propiedad del afectado José Hernando Duque Arango, en tanto que son proporcionales y razonables, para así mantener los bienes bajo la protección estatal. En resumen, si existen medios probatorios que permiten colegir su imposición.

Por lo anterior, el Despacho estima que las medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía 65 Especializada E.D. mediante decisión del 20 de agosto de 2019 en este proceso, se ajustan a los parámetros establecidos en los artículos 87 y 88 de la ley 1708 de 2014 con su respectiva modificación; y a su vez, de ninguna manera concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 112 ibídem; razón por la cual impartirá legalidad tanto formal como material a la mencionada decisión.

Radicado: 05-000-31-20-002-2020-00013-00
Afectado: José Hernando Duque Arango
Tramite: Extinción de dominio
Asunto: Control de legalidad
En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la legalidad tanto formal como material de la decisión emitida por la Fiscalía 65 E.D. el 20 de agosto del pasado año, mediante la cual se ordenó las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro entre otros sobre los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 001-210246 y 001-210231 y el vehículo de placa KIV-630 de propiedad de José Hernando Duque Arango, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: EN FIRME esta decisión, incorporasen las presentes diligencias al radicado 2020-00012 que se sigue en este Despacho.

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° 034

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

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

Medellín, 04 de agosto de 2020

Secretaría