

Señores

**HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (REPARTO).****E.S.D.**

Bogotá D.C.

**Ref.:**

<b>Proceso:</b>	Acción de tutela.
<b>Accionante(s):</b>	Ricardo de Jesús Zuluaga Aparicio, Leonor Zuluaga Aparicio y Alejandro Zuluaga Álvarez.
<b>Accionado(s):</b>	Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio.

**LUIS SAID IDROBO GÓMEZ**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 14.229.555 expedida en Ibagué, portador de la Tarjeta Profesional número 48.653 C.S.J. actuando en nombre y representación de **RICARDO DE JESÚS ZULUAGA APARICIO, LEONOR ZULUAGA APARICIO y ALEJANDRO ZULUAGA ÁLVAREZ**, acudió respetuosamente ante su Despacho para promover **ACCIÓN DE TUTELA**, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1991 y 1382 de 2000, para que judicialmente se le conceda la protección del derecho constitucional fundamental la **IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** consagrados en los artículos 13 y 29, de la Carta Política, y al, derecho humano a la propiedad privada de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17 y Convención Americana sobre Derecho Humanos en su artículo 21, por las decisiones emitidas por el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio que mencionaré en la referencia de este escrito.

Para tal efecto, me permito manifestar lo siguiente, para efectos de contextualizar las decisiones que dieron origen a instaurar la presente acción.

**A manera de Introducción.**

La extinción de dominio surgió como un mecanismo para desarticular la estructura financiera de las organizaciones criminales, con el tiempo y en virtud de los cambios normativos e interpretaciones se amplió su finalidad a perseguir bienes de persona que no hacen parte de organización criminal alguna, y cuyos bienes son eventualmente utilizados en la realización o ocultamiento de una actividad delictiva.

En ese transitar, se perdió de vista la finalidad inicial, así como la tensión existente entre los derechos de los ciudadanos y el interés del estado, adicional a la poca investigación previa por parte del ente fiscal que olvidando lo largos que resultan los procesos de extinción de dominio someten a dicho trámite, bienes que nada tienen que ver con actividades criminales, dejando de lado la sucesivas jurisprudencias donde se advierte que a los ciudadanos no se pueden imponer cargas que ni siquiera el estado puede realizar.

Así en el caso presente se observará como la existencia de dos celulares, en uno de los tres **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO** origina la extinción de dominio sobre 45 locales

comerciales y un apartamento, que funcionaba en el mismo inmueble donde tuvo lugar el procedimiento, a pesar que la misma fiscalía y las investigaciones apuntaban a unos **ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES** específicos.

Errores como este ya le han costado millonarias sumas al estado, desapareciendo otra de las razones de la creación de la normatividad, que pretendía entregar a la justicia, medios financieros para perseguir la criminalidad.

Después de esta breve introducción procedemos a plantear en términos técnicos los motivos de esta tutela.

## I. PARTES.

**ACCIONANTES:** Las partes accionantes de esta Tutela son **Ricardo de Jesús Zuluaga Aparicio, Leonor Zuluaga Aparicio, Alejandro Zuluaga Álvarez** representados judicialmente por el Dr. **Luis Said Idrobo Gómez**, con correo electrónico [idrobo@idroboasociados.com](mailto:idrobo@idroboasociados.com).

**ACCIONADAS:** Las partes accionadas de este proceso son el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio.

## II. HECHOS.

1. La Unidad de Investigaciones Tecnológicas de la Sijín-Decun informó sobre la desarticulación del Grupo de Delincuencia Común Organizada denominada “Los IP”, conformada por nueve integrantes que usaban presuntamente **TRES ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO**, dentro del centro comercial Sucre de Girardot (Cundinamarca) para la ejecución de -concierto para delinquir, manipulación, alteración y daño informático de equipos terminales móviles y recepción-; lo que permitió a la Fiscalía 43 Delegada investigar lo relacionado con el uso dado a los mismos.
2. De acuerdo a la información anterior, El 1° de abril de 2019 se profirió la resolución de inicio del proceso de extinción de dominio.
3. El día 10 de abril de 2019 la Fiscalía 43 Especializada presentó la demanda respecto del bien con matrícula inmobiliaria N°307-27006 de propiedad de mis representados y los establecimientos de comercio de razones sociales “Centro Comercial Sucre”, “Luchocell 1”, “Tecno Comunicaciones Santi”, “Fidocell”, “Tecno mundo 1 A”, “Celunet la 11”, por la causal que consagra el numeral 5º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014. \*<sup>1</sup>
4. El Bien inmueble, Centro Comercial Sucre y los establecimientos de comercio, objeto de la medida cautelar y proceso de extinción de dominio, se encuentran ubicados en el Municipio de Girardot Cundinamarca.
5. De acuerdo con las actividades adelantadas por la fiscalía, presuntamente se logró identificar 1 bien **INMUEBLE** y **6 RAZONES SOCIALES**, los cuales fueron reconocidos como lugares usados presuntamente para la recepción de Equipos Terminales Móviles Hurtados.

---

<sup>1</sup> Numeral 5 del artículo 16 ley 1708 del año 2014. “Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: (...)5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.”

6. El fin de dicha investigación, era la desarticulación del Grupo de Delincuencia Común Organizada “**LOS IP**”, conformado por nueve integrantes, quienes usaban **DIFERENTES LOCALES COMERCIALES** como medio o instrumento para la presunta ejecución de actividades ilícitas.
7. Según la fiscalía, la causal para solicitar la demanda de extinción de dominio y en consecuencia las medidas cautelares, fue por destinación ilícita de bienes para el almacenamiento y expendio de celulares hurtados de acuerdo con las manifestaciones hechas por la fuente humana. Esto implica por probado un hecho con una manifestación **ANÓNIMA**, que dio origen a dicha investigación, sobre las cuales no opera la causal.
8. El ente acusador argumentó que los bienes, **CENTRO COMERCIAL Y ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO**, fueron destinados para cometer actividades ilícitas. Más, sin embargo, de los elementos materiales probatorios allegados por la fiscalía se concluye que **SÓLO LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES TECNO COMUNICACIONES SANTI Local 1-09, LUCHOCCELL Local 1-07 y la CLÍNICA DEL CELULAR Local N 1-15**, eran supuestamente usados por los integrantes de esta estructura delincuencial para comprar, vender, manipular y/o alterar los Equipos Terminales Móviles.
9. **LA FISCALÍA EN CUANTO A LA MEDIDA CAUTELAR, LA REALIZA SOBRE LA TOTALIDAD DEL BIEN INMUEBLE**, incluyendo no solamente los establecimientos comerciales objeto de investigación y allanamiento sino el centro comercial, todos los locales comerciales del bien inmueble., y un apartamento que se encontraba ubicado en el mismo centro comercial, a pesar que la investigación y la orden iba dirigida a los establecimientos comerciales, que son una unidad patrimonial distinta al bien inmueble.
10. Se radicó por parte de esta representación, control de legalidad de la medida cautelar ante el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de dominio, bajo las causales 1 y 2, establecidas en el artículo 112 de la ley 1708 de 2014, que indican:
  - *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.*
  - *Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.*
11. Frente a la causal 1 del artículo 112 de la ley 1708 de 2014, se alegó, debido a que no existieron elementos por parte de la Fiscalía que pudiese considerar que el bien inmueble, era usado para destinación ilícito de venta y compra de celulares hurtadas.
12. En cuanto a la causal 2 del artículo 112 de la ley 1708 de 2014, se alegó, que la Fiscalía no argumentó por qué era necesaria, razonable y proporcional, cautelar todo el bien inmueble, cuando únicamente las investigaciones iban dirigidas **A TRES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES**.
13. El Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá D.C., en fecha veintinueve (29) de septiembre del año dos mil veinte (2020), se

pronunció sobre el control de legalidad referente a las medidas cautelares mencionadas con antelación, rechazando el control de legalidad sobre las medidas cautelares y declarando la legalidad de las mismas, porque el inmueble no estaba des englobado, desconociendo que los establecimientos comerciales, son una unidad patrimonial.

14. Inconforme con la decisión adoptada se interpuso recurso de apelación en contra de dicho auto, la cual fue resuelta por el Tribunal Superior de Bogotá en la Sala de Extinción de Dominio. Quien confirmó la decisión que declaró la legalidad de las medidas cautelares que aquí nos ocupan, de fecha veintitrés (23) de julio del año en curso.
15. Producto de la medida cautelar, se tiene que existe afectación de derechos de terceros de buena fe, quienes jamás estuvieron inmersos en la investigación, y que, a pesar de los mismos elementos probatorios por parte de la fiscalía, que, en el Centro comercial, solo eran **TRES LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES** que presuntamente se usaban como destinación ilícita, y que solo en uno de ellos se encontraron elementos que podrían dar lugar a la causal invocada, decide de manera desproporcional, afectar a todo el bien inmueble con la medida cautelar.
16. Al momento de la diligencia por parte de la fiscalía, existía un solo establecimiento comercial abierto al público de los tres a los que le venían a hacer la diligencia, porque el **ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO LUCHO CELL 1** ya no existía, lo que encontró la fiscalía fue una relojería y donde funcionaba el **ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO LA CLÍNICA DEL CELULAR** estaba cerrado desde hace más de dos años (abril de 2017).
17. Actualmente, el bien objeto de la medida cautelar, está de manos de la SAE, quien tampoco da cuenta de la administración del mismo, indicando que, al ser un contrato privado, mis representados no cuentan con legitimación para obtener información sobre los contratos que se celebren al interior de la administración del mismo.
18. **La sentencia de primera y segunda instancia, desconocieron, el derecho fundamental al debido proceso, pues no tuvo en cuenta los presupuestos para que operara el control de la medida cautelar, ni las sentencia tiene la parte motiva, del por qué las medidas cautelares son proporcionales y no existen otras menos lesivas, que cumplan la misma finalidad, ni hubo valoración de las pruebas allegadas, que pretendían probar, por qué la medida cautelar era desproporcional.**
19. De igual manera, las dos sentencias objeto de esta acción constitucional, desconocieron el derecho fundamental a la protección de la tutela judicial efectiva, en cuanto no resolvieron de fondo, el petitum del control de legalidad de la medida cautelar, como se estudiará detalladamente en el acápite de los defectos originados a partir de las sentencias en mención, que dan lugar a la procedencia de esta acción constitucional.

### III. EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE TUTELA Y SUS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA FRENTE AL CASO ESPECIFICO.

El fundamento constitucional de la acción de tutela se encuentra contenido en el artículo 86 de la Carta Política, que a la letra expresa:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”*

Pretendió entonces el constituyente, garantizar mediante la acción de tutela, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona cuando quiera que se encuentren vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos legalmente previstos, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial igualmente eficaz y oportuno para protegerlos; incluso en presencia de otro mecanismo judicial, es procedente la protección por vía de tutela, cuando de evitar un perjuicio irremediable se trata.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria, y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las que la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

Complementando lo que viene de señalarse, la Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela procede cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial o cuando, pese a su existencia, no resulten idóneos y eficientes, a menos que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el que el mecanismo constitucional procede de manera transitoria. Al respecto, el Alto Tribunal ha señalado:

*“El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona puede reclamar ante los jueces “en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”<sup>2</sup>*

Ahora bien, en razón a la subsidiariedad la acción de tutela resulta procedente siempre y cuando se han agotado todos los mecanismos de defensa como el caso en concreto, siempre y cuando se busque evitar el perjuicio irremediable. De tal modo que la tutela sea interpuesta como un mecanismo transitorio para evitar dicho perjuicio, por lo cuales los efectos del fallo se presentaran de manera transitoria en tanto se arriba a una decisión en el proceso judicial.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-398/14

Podemos establecer que la acción tutela se puede identificar que la acción judicial que dio lugar a la vulneración del derecho, es la afectación al debido proceso y la administración de justicia debido a que en ningún momento se motivó por parte de los jueces de instancia, el petitum del control de legalidad de la medida cautelar, que precisamente obedeció al ser la misma desproporcionalidad.

Lo anterior ya que, al proceder a imponer las medidas preventivas, las mismas no se encaminaron a los establecimientos comerciales y de los cuales la diligencia solo se realizó en uno de ellos, que se encuentran ubicados en el centro comercial sucre, sino que, de manera irrazonable, exagerada y desproporcionada incorporaron el inmueble en su totalidad, esto es el centro comercial, 45 locales comerciales y los establecimientos comerciales que allí operaban, aspectos que fueron omitidos por parte de los jueces de instancia, de los cuales, se aportó pruebas, que de igual manera no fueron valoradas, afectándose el debido proceso y la protección a la tutela judicial efectiva.

Una vez, citado los elementos constitucionales de la tutela, se procederá a analizar si frente al caso en concreto, es procedente la tutela contra decisiones judiciales para el caso objeto de estudio.

#### IV. ¿PROcede LA TUTELA CONTRA LAS DECISIONES DEL JUZGADO TERCERO DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO SALA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO?

Para poder desarrollar, si procede la tutela, se hará primero unas citaciones de cuáles han sido los requisitos desarrollados por la Corte Constitucional, para poder hablar de tutela contra providencia judicial.

Así las cosas, se ha indicado:

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan **agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-** de defensa judicial al alcance de la persona afectada, **salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable**. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De

lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los **hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". (Resaltado fuera de texto).

**Los segundos -requisitos específicos-**, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados "causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales", y se explicaron en los siguientes términos:

- "a. **Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. **Defecto procedural absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. **Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. **Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. **Error inducido**, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

**g. Decisión sin motivación**, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

**h. Desconocimiento del precedente**, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

**i. Violación directa de la Constitución”.**

Conforme a los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, esta parte accionante, procederá a identificar frente a qué requisitos generales y específicos se encuentra la procedencia de la tutela y a su vez, se dará explicación y argumentación de por qué, el Juez Constitucional deberá pronunciarse, por estar frente a dos decisiones que quebrantan derechos fundamentales.

*Frente a los requisitos generales, se cumplen los siguientes:*

1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional
2. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable
3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez.
4. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

*Frente a los requisitos especiales, en el caso objeto de estudio, se cumplen los siguientes:*

1. Defecto procedural absoluto.
2. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
3. Defecto material o sustantivo.

## **V. REQUISITOS GENERALES QUE SE CUMPLEN PARA LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.**

### **¿Por qué el presente asunto tiene relevancia constitucional?**

El presente, torna relevante constitucionalmente, debido a las siguientes razones:

1. Se trataba del control de legalidad de unas medidas cautelares (Que se tornaron desproporcionadas y no cumplen la finalidad para las cuales están diseñadas), afectando el debido proceso, y el principio y derecho fundamental de protección a la tutela judicial efectiva.

Para poder entender esta relevancia constitucional, es importante indicar que en esta acción constitucional no está discutiendo la legalidad de la medida cautelar, sino precisamente las decisiones que obviaron el análisis probatorio, que llevaban a la conclusión de que la medida cautelar impuesta es claramente desproporcional, y en consecuencia, la vulneración al debido proceso, que implica, que en cualquier actuación, (en esta permitida), se incorporen pruebas, que logren llevar a la certeza del juez, que las medidas cautelares eran desproporcionales, y que con otras menos lesivas, se podía cumplir el mismo fin; como a su vez, que al haberse omitido dicho análisis, llevó al Juez de primera instancia y al Tribunal en segunda instancia, a proferir sentencias, que quebrantan los derechos y principios constitucionales.

Ahora bien, la relevancia constitucional, del presente asunto, tiene una génesis en cuanto se trata de asunto de cautelas, al interior de un proceso de extinción de dominio; proceso, que como bien se sabe, no se resuelve en un par de meses, sino que, debido a la complejidad, se tramita y culmina en años.

Son precisamente procesos, que duran más de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como “plazo razonable”, y dicho tiempo, no tiene por qué soportarlo un tercero de buena fe, quien no tiene proceso penal en su contra, y hace parte, como afectada dentro del proceso de extinción de dominio, y que, a efectos de proteger sus derechos, quiso acudir a los mecanismos judiciales, como fue el control de legalidad de las medidas cautelares, pero que no fueron resueltas conforme a derecho por parte de la primera y segunda instancia; por lo que será el juez de tutela, que por relevancia constitucional de la temática, deberá poner las pautas que permitan garantizar los derechos de los afectados, no bajo una discusión legal, ni desplazándole competencia al Juez competentes, sino precisamente, ante vacíos legales, y omisiones de los Jueces de instancia, proceder a subsanar ese yerro, que si no se hiciera, llevaría a un quebranto indebido de derechos fundamentales, que por ahora, están orientados al debido proceso, administración de justicia e igualdad de trato, pero que si no se resuelve y cesa dicha afectación, invadirá a futuro más derechos como el del mínimo vital.

De tal suerte, que el Juez de tutela deberá valorar en el caso concreto si se encuentra en riesgo un derecho fundamental, como el peligro a que se genere un perjuicio irremediable.

En razón a lo expuesto el Tribunal de cierre Constitucional ha protegido derechos fundamentales de rango legal, cuando es necesaria su protección y por ello justifica la intervención del Juez de tutela.

A diferencia del proceso penal, que, frente a las medidas de detención preventiva, al interior del proceso, existen diferentes mecanismos, como lo son la revocatoria, o sustitución de la medida. Por su parte, en los procesos de extinción de dominio, sólo hay un mecanismo para debatir si esas medidas cautelares cumplen o no los presupuesto y fines para los cuales están diseñadas, siendo éste, el control de legalidad de las medidas cautelares.

Precisamente, es en dicho control, donde las partes afectadas, como en el caso objeto de estudio, los propietarios (quienes son terceros de buena fé), y cómo se pretendió probar para efectos del control de legalidad de la medida cautelar y, cuyo petitum, iba orientado a que las mismas eran desproporcionales, pues podían existir otras medidas menos lesivas que cumplían la misma finalidad, pues los propietarios del bien inmueble donde recae las cautelas, no son los investigados, ni tienen procesos ni antecedentes penales en su contra.

El control de legalidad, es el escenario propicio para dicho debate, los Jueces de instancia, rechazaron el control de la medida cautelar, sin tener en cuenta el debido proceso (pruebas

obrantes, y pruebas que se allegaron, legitimación en la causa), y la tutela judicial efectiva (pues no hubo respuesta en el petitum del control), por lo que será el Juez Constitucional el encargado de verificar que esas decisiones si hayan sido respetuosas de los derechos fundamentales, y no sólo ello, sino que con ellas no se dé vía a que más adelante existan vulneraciones a derechos fundamentales.

Dichos análisis constitucionales, sobre los procesos y trámites al interior de un proceso de extinción de dominio, tienen tanta relevancia constitucional, al punto, que la misma Corte Constitucional el 19 de agosto de 2020, mediante Sentencia C-327/20, cuestionó el hecho de que se le pida a un ciudadano que ha actuado de buena fe que se encargue de realizar averiguaciones profundas para establecer hechos que el propio Estado no ha identificado, para efectos de extinguir o no el dominio.

Si se hace una interpretación sistemática, lo mismo ocurriría, respecto a la protección que se tiene para mitigar los efectos de unas medidas cautelares, pero que el tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal de Segunda instancia, omitieron en su análisis, ocasionando vulneración a los derechos fundamentales del debido proceso, y la tutela judicial efectiva, y como si no bastara, dejando la puerta abierta a que en un futuro se causen perjuicios con ocasión a la desproporcionalidad de la medida cautelar. El Juez constitucional, deberá en consecuencia analizar esa vulneración de derechos, y no dejar al margen los que en un futuro se pueden llegar a occasionar por decisiones arbitrariamente injustas, pues dicho asunto, es de relevancia constitucional.

## **2. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable**

Vemos en el caso que nos ocupa que, la acción constitucional no se enmarca como una tercera instancia o como un mecanismo para remplazar los recursos ordinarios, que ya fueron accionados por la parte accionante, sino que supone el desconocimiento del derecho fundamental del debido proceso, y administración de justicia los cuales protege las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso, en el que se incluye el derecho a presentar y controvertir pruebas, el derecho a la defensa y el principio de legalidad entre otras.

El proceso de extinción de dominio, por su complejidad, e instancias, recuérdate hasta grado de consulta cuando resulta improcedente la extinción, lleva a que, por años, se discuta si procede o no la acción de extinción de dominio. Al interior del mismo, existe a favor de la Fiscalía , las medidas cautelares, sobre los bienes objeto de extinción, y precisamente frente a estas medidas, quienes se sienten afectados, como en el caso en concreto, tiene la vía procesal de acudir a un control de legalidad de las medidas cautelares, control que fue debidamente sustentado , y que actualmente goza de dos sentencias, ya en firmes, por lo que frente a ese control ya se agotó lo mecanismo de defensa que existe, pero cuyas decisiones, aún siguen quebrantando derechos fundamentales y principios constitucionales, como lo son el debido proceso, y la protección judicial efectiva e igualdad de trato, razón por la cual, es ahí donde se habilita la procedencia de la tutela.

Entonces, se tiene por un lado, un control de legalidad, frente a unas medidas cautelares; control que ya fue agotado, por lo que la única vía es la tutela como se está acudiendo dentro del término legal y cumpliendo el requisito de immediatez; y por otro lado, el mecanismo ordinario de defensa que es el proceso de extinción de dominio (circunstancia que no le atañe al Juez constitucional), puesto que no se está debatiendo, ni es el petitum de esta acción, la discusión en cuanto a la procedencia o no de la medida cautelar, ni de la

extinción de dominio, sino las decisiones judiciales, que llevaron a rechazar el control de legalidad, por no haberse valorado objetivamente las pruebas allegadas, que permitirían emitir una decisión distinta en protección de derechos fundamentales, y que de mantenerse la mismas incólumes, se estaría causando un perjuicio irremediable.

### **¿En el presente asunto se cumple el requisito de la inmediatez?**

Si bien el artículo 86 de la Carta Política establece que la tutela puede ser interpuesta en cualquier momento y lugar, se hace necesaria la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, siendo interpuesta la misma dentro de un término razonable y oportuno. Teniendo lo anterior en cuenta se puede establecer que la decisión de legalidad fue impartida el veintinueve (29) de septiembre del año dos mil veinte (2020), decisión que fue confirmada el veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021). De tal forma el mecanismo de defensa judicial no se convierte en un premio o recompensa para la negligencia de los actores, que en el caso particular no se presenta, ni tampoco en un factor de inseguridad jurídica. Maxime cuando esta demostrado que un proceso de extinción de dominio tiene una duración promedio superior a los 10 años.

### **¿Cuáles son los hechos que generaron la vulneración?**

Los hechos que generan dichas vulneraciones están resumidos en los siguientes aspectos fácticos desarrollados por las instancias, que originaron la vulneración al debido proceso y a la administración de justicia.

1. El despacho de primera instancia rechazó el control de legalidad respecto de los establecimientos de comercio elevado por el apoderado de Alejandro Zuluaga Álvarez, Leonor y Ricardo Zuluaga Aparicio, porque estos no son sus propietarios inscritos y el petente carece de poder para representarlos, por ello, no está legitimado para tal fin, olvidando que al incorporar el inmueble en el proceso de extinción, con el argumento de estar el establecimiento comercial en dicho bien legítima por activo al titular del derecho de dominio.

Lo que olvidó tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal, fue que precisamente el mismo nace, porque la medida cautelar no fue sobre **LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO** (error de apreciación fáctico por parte de los Jueces de instancia), sino que precisamente, fue más amplio, de allí que se alegara en su momento, la desproporcionalidad de la medida cautelar, que llegó a afectar tanto a locales comerciales, como a un apartamento dentro del bien inmueble, como a todo el bien inmueble en donde funcionaba el centro comercial, que representan una unidad patrimonial, distinta al establecimiento de comercio.

Por lo anterior se desprende, que mis representados como propietarios del bien inmueble, y quienes son directamente afectados con la medida cautelar (pues actualmente no tiene poder dispositivo sobre el mismo), están en su derecho (debido proceso), de acudir al control de legalidad de la medida cautelar, para que se valore, si la misma fue necesaria, razonable, y proporcional, y si aunado a ello, existieran elementos mínimos de que en todo el bien inmueble, se hacía destinación ilícita del mismo, pues de no cumplirse lo anterior, no procede la medida cautelar, aspectos que omitieron valorar tanto el Juzgado como el Tribunal, al tomar su decisión.

2. En segundo lugar, indicaron las instancias “*Como el apoderado de los involucrados expresó que solamente en 3 de los 45 establecimientos que conforman el Centro Comercial los funcionarios incautaron evidencias, para afirmar que las medidas impuestas no son necesarias, razonables ni proporcionales; el Despacho aclaró que las mismas recaen sobre los establecimientos en los que el 24 de agosto de 2018 incautaron equipos móviles hurtados y/o modificados, es decir “Fidocell”, “Luchocell 1” y “Tecno Comunicaciones Santi”, desarrolladas en el referido inmueble, más no en los locales físicos en donde ejercían la actividad comercial*”.

Lo que omitieron las instancias, fue que la medida cautelar no se hizo recaer sobre los establecimiento de comercio, sino sobre todo el bien inmueble, de ahí que claramente esté legitimados mis representado como propietarios y tal como lo establece el Código de Extinción de Dominio “como parte afectada”, acudir a este control, con sus pruebas, que permitan debatir, por qué, dicha medida cautelar se torna desproporcional, pero que no se pudo lograr, por apreciaciones erróneas de los hechos por parte de las instancias, llevando así a vulnerarle el debido proceso a mis representados; debido proceso, que incluye claramente, ser legitimados en la causa para exigir la protección de sus derechos, pero que por apreciaciones erróneas, llevaron no sólo a que estén vigentes unas medidas cautelares desproporcionales, sino adicional a ello, a que se esté vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, tutela judicial efectiva e igualdad de trato de mis representados.

3. Indicaron los jueces de instancias: *La Resolución que impuso las medidas individualizó tanto los inmuebles como los establecimientos de comercio intervenidos para ordenar su afectación con las cautelas, distinguiéndolas del lugar en donde funcionan, del registro de su razón social individual y como el apoderado de los propietarios del inmueble adujo la desproporcionalidad de las mismas, precisó que el bien es valorado como una unidad, en donde tres de los locales dieron una destinación ilegal al mismo, (sic) lo cual debilita el planteamiento del petente ya que para él la medida de secuestro es irrazonable sobre otros locales ajenos a la investigación y respecto de todo el inmueble. El A quo transcribió apartes de una decisión adoptada por la Sala de Extinción de Dominio, en la que se motiva que, si el inmueble no se somete a propiedad horizontal, con la consecuente división física, mal podría aplicarse la medida parcial y lo procedente es imponerla en la totalidad del mismo*

*El A quo precisó que si el inmueble no se somete a propiedad horizontal, con la consecuente división física, mal podría aplicarse la medida parcial y lo procedente es imponerla en la totalidad del inmueble; en efecto, ya la Sala se ha pronunciado al respecto, como bien lo citó el auto confutado, si físicamente el bien está subdividido en locales que arrienda para explotarlo lícitamente, pero éstos no han sido registrados en la oficina de instrumentos públicos, los afectados son los titulares del derecho real y tienen facultad de arrendar, hecho que no los exonera de sus deberes como propietarios, así designen a un tercero para tal fin.*

*Para que la tesis del censor sea aceptable, se requiere el cumplimiento de la solemnidad del artículo 1760 del Código Civil, es decir, que cada lugar se identifique individualmente con un número de matrícula. Esa ausencia de registro de cada unidad inmobiliaria en donde se desarrollan todos y cada uno de los establecimientos, deja sin fundamento el referido planteamiento, que pretende desconocer a sus procurados como los titulares que son y ello no es viable, porque implicaría omitir las normas que regulan los bienes sujetos a registro.*

Precisamente, respecto a esta última apreciación por parte del Juez de instancia, que cita las sentencias por parte del Tribunal, y que este último reafirma para rechazar el control de legalidad, es que supuestamente, para que no procediera la medida cautelar sobre todo el bien inmueble, no importaba si las presuntas actividades ilícitas, que dieron lugar a dicha acción de extinción, era sobre 3 establecimientos de comercio; sino que lo verdaderamente importante tanto para el Juzgado como para el Tribunal, era que existiera división material, para poder recaer la medida cautelar únicamente sobre ciertos lugares.

Dichos motivos, son los que confirman la necesidad e intervención del Juez de tutela, pues existe un perjuicio irremediable respecto a los derechos fundamentales de mis representados, como parte principalmente afectada, en cuanto en este momento, no tiene el poder dispositivo sobre bien inmueble, a pesar de que las investigaciones, iban dirigidas exclusivamente sobre 3 establecimientos de comercio. Cosa distinta, que dichos propietarios de los **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**, fueran los mismos propietarios de los locales comerciales y del bien inmueble donde reposan dichos locales.

Por un lado, se tiene una investigación de Fiscalía, y una decisión de registro y allanamiento dirigida a **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**, pero que desborda el actuar, al momento de secuestrar y embargar no solo los establecimientos, sino los locales, un apartamento y todo el bien inmueble. Y como si no bastara, tanto Juez de primera instancia, como el Tribunal en su segunda instancia, avalan dicho actuar (desproporcional), con la razón de que al no existir división material, así se debía proceder, siendo claramente una vulneración al debido proceso de mis representados, pues pareciera que no le permiten la defensa a la parte afectada (debido proceso), para poder argumentar el control de legalidad, pues si quiera no hubo valoración alguna de las pruebas allegadas, ni existió pronunciamiento de por qué esta medida cautelar si era proporcional, y aunado a ello, indican que mis representados no están legitimados para el ejercicio del control de legalidad, siendo decisiones que afectan derechos fundamentales de mis representados.

Por otro lado, en primer lugar, dichas decisiones imponen una carga a mis representados que jurídicamente no es posible (entiéndase la división material de los locales comerciales), para que solo procediera la medida cautelar sobre los 3 investigados, o específicamente sobre el único establecimiento comercial, en que se encontró algún elemento, del que pudiera predicarse la causal, pues jurídicamente, dicha división no es posible, por cuanto los dueños de los locales comerciales, son los mismos dueños del bien inmueble, pero no de los establecimientos comerciales, que son una unidad económica y patrimonial diferente.

En segundo lugar, cuando indican que no están legitimados, por no ser propietarios de los establecimientos de comercio. Es decir, para la afectación de la medida cautelar, si son legitimados pasivamente, pero para ejercer el control de legalidad sobre la medida cautelar, no están legitimados activamente, claramente siendo una irracional, afectación al debido proceso y al derecho a igualdad, administración de justicia, y tutela judicial efectiva. (Los locales comerciales son parte del inmueble, para proceder a la extinción, pero no lo son para admitir el control de legalidad).

4. Manifestó el Tribunal: *Las medidas cautelares son consecuencia jurídica de los hallazgos advertidos en sendos allanamientos adelantados en seis establecimientos de comercio que desarrollan su objeto social en el pluriculado inmueble (sic)<sup>3</sup>; ante la omisión de los titulares para dar al bien un uso acorde a la función social de la*

---

<sup>3</sup> Es evidente que los funcionarios judiciales, ni siquiera leyeron la diligencia de allanamiento porque habrían advertido, que solo uno de los establecimientos de comercio, en los cuales se encontró un hallazgo que ameritara la aplicación de la causal de extinción se encontraba en el inmueble, objeto de la medida.

*propiedad, la Fiscalía, a través de las medidas propende por finiquitar dichos actos ilícitos y evitar que sea enajenado. Como se observa, la investigación arrojó elementos probatorios que fueron suficientes para que el ente Fiscal determinara que el inmueble tiene un probable vínculo con la causal 5<sup>a</sup> del artículo 16 de la Ley 1708 de 201426 y no es posible obtener los fines de las cautelas decretadas en este trámite con otras menos lesivas.*

No hubo argumentación, por parte del Juzgado de primera instancia, y del Tribunal de segunda instancia, por qué no eran posible obtener los mismos fines de las cautelas, con otras menos lesivas, (Como seria la incautación del establecimiento comercial) cuando mis representados como propietarios del bien inmueble, no fueron ni están siendo investigados por ninguna actividad delictiva, actuando de manera diligente, al punto, de haber perdido la restitución del inmueble, con mucha antelación, a la realización de la diligencia que origina el proceso de extinción y precisamente, las pruebas allegadas, en el trámite del control de legalidad de la medida cautelar, iban orientadas, a probar la diligencia, y el buen obrar diligente de los propietarios, para efecto de desestimar el origen y fundamento que tiene precisamente las medidas cautelares en este caso.

Tampoco los propietarios hacían parte de un grupo delincuencial organizado, sino que los propietarios son personas diligentes, cuyo obrar siempre ha sido de buena fé, argumentos que fueron entendidos por las instancias, dirigidos oponerse a la extinción, pero que iban orientados a que era posible obtener los fines de las cautelas, con otras menos lesivas, debido a que los propietarios, nunca fueron aquiescentes con las presuntas actividades delictivas, ni fueron quienes estaban siendo investigados, tal como se pretendió probar para efectos del control de legalidad de la medida cautelar, pero fueron ,aspectos, que no tuvieron valoración, ni pronunciamiento por parte de los jueces de instancia, a efectos de tramitar el control de legalidad de las medidas cautelares, cuyo fin iba dirigido no a la oposición de la extinción (error de apreciación por parte de las instancias), sino a argumentar el control de legalidad de la medida cautelar. (Derecho al debido proceso y tutela judicial efectiva).

5. Indicó el Tribunal: *Ahora bien, el profesional del derecho se duele de que el Operador Judicial de primer grado no realizó el ejercicio de valoración de las pruebas que allegó a su solicitud; el proveído no podía valorarlos, porque como bien motivó, dichas probanzas deberán ser valoradas en el juicio y la sentencia.*

Según el Código de Extinción de Dominio, se indica que 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, es decir las establecidas en el artículo 111.

Es por lo anterior, que, para demostrar OBJETIVAMENTE esa circunstancia, la representación acudió a aportar pruebas al operador judicial, para tener claridad en el análisis de la solicitud, pero que nunca fueron apreciadas, ni valoradas por la primera instancia ni por la segunda. Lo precedente, teniendo su fundamento en este artículo, era que se permitiera la aportación de pruebas con fines para garantizar contradicción, y la causal para que opere el control de legalidad, y era el deber por parte de las instancias pronunciarse sobre las mismas, para efectos de emitir si verdaderamente existía pruebas de que en todo el bien inmueble había destinación ilícita y si era necesaria, razonable y proporcional la medida cautelar, aspectos omitidos por las dos instancias, que llevan a una afectación no sólo por la vigencia de las medidas cautelares, sino adicional al debido proceso y administración de justicia, por la omisión en que incurrieron.

6. Y en último lugar, el hecho que da lugar a la interposición de esta acción constitucional, es la afirmación por parte del Tribunal cuando indica: *Que las medidas afecten a quienes no comercializaban ilícitamente, es una proposición del apelante que carece de asidero jurídico, porque las medidas sólo involucraron a los lugares allanados en los que incautaron celulares hurtados, manipulados, alterados con daño informático y recepción, debido a que los comerciantes no demostraron su lícita tenencia y disfrutan el uso de los locales, en virtud de los contratos de arrendamiento que suscribieron. Los negocios que realizan lícitamente sus negocios, no fueron afectados con cautela alguna, por esa razón son ajenos a sus consecuencias.*

**NO SE DESCONOCÉ QUE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO TIENE CONTENIDO PATRIMONIAL Y POR CONSIGUIENTE PERSIGUE LOS BIENES**, pero tanto la Fiscalía, el Juzgado de primera instancia y el Tribunal, desconocen flagrantemente los derechos a que tienen lugar los propietarios de un bien inmueble, que funcionaba como centro comercial y que incorporaba a la vez locales comerciales y **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**.

Desconocieron las instancias, que las medidas cautelares no solo fueron respecto de los **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO** (como debieron haber operado), pues eran los lugares cuyos propietarios eran los investigados en el proceso penal, por presuntamente hurto , venta y compra de celulares hurtados, y que constituían la unidad económica y patrimonial causante o generadora de la causal que podría dar lugar a la extinción de dominio; sino que terminaron afectando, los derechos que tienen los propietarios sobre el bien inmueble, y que actualmente con ocasión a dos providencias que son objeto de esta acción constitucional, la vulneración derechos, trasciende de los derechos económicos, a los derechos fundamentales, dando lugar, a la necesidad de intervención del Juez Constitucional.

#### ¿Cuáles son los derechos vulnerados?

##### ➤ Derecho a la igualdad

El principio de igualdad impone la obligación al Estado de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin diferencia de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Así, mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente, el trato desigual está prohibido; lo cual, anuncia la salvedad de que el principio de igualdad no proscribe el trato diferenciado, sino que obliga a justificarlo de manera suficiente.

La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.

Este derecho fundamental, se ve afectado en los siguientes argumentos expuestos tanto por la primera como segunda instancia, con los siguientes argumentos:

El despacho de primera instancia rechazó el control de legalidad respecto de los seis establecimientos de comercio elevado por el apoderado de Alejandro Zuluaga Álvarez Leonor y Ricardo Zuluaga Aparicio, porque estos no son sus propietarios inscritos y el petente carece de poder para representarlos, por ello, no está legitimado para tal fin.

En segundo lugar, indicaron las instancias “*Como el apoderado de los involucrados expresó que solamente en 3 de los 45 establecimientos que conforman el Centro Comercial los funcionarios incautaron evidencias, para afirmar que las medidas impuestas no son necesarias, razonables ni proporcionales; el Despacho aclaró que las mismas recaen sobre los establecimientos en los que el 24 de agosto de 2018 incautaron equipos móviles hurtados y/o modificados, es decir “Fidocell”, “Luchocell 1” y “Tecno Comunicaciones Santi”, desarrolladas en el referido inmueble, más no en los locales físicos en donde ejercían la actividad comercial*”.

Lo que omitieron las instancias, fue que la medida cautelar no recayó sobre los **ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO**, sino sobre todo el bien inmueble, de ahí que claramente esté legitimados mis representados como propietarios y tal como lo establece el Código de Extinción de Dominio “como parte afectada”, acudir a este control, con sus pruebas, que permitan debatir, por qué, dicha medida cautelar se torna desproporcional, pero que no se pudo lograr, por apreciaciones erróneas de los hechos por parte de las instancias, llevando así a vulnerarle el debido proceso a mis representados; debido proceso, que incluye claramente, ser legitimados en la causa para exigir la protección de sus derechos, pero que por apreciaciones erróneas, llevaron no sólo a que estén vigentes unas medidas cautelares desproporcionales, sino adicional a ello, a que se esté vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, tutela judicial efectiva e igualdad de trato de mis representados.

Este se ve afectado, cuando el mismo Juzgado y Tribunal consideran que mis representados, no están legitimados para el control de legalidad de la medida cautelar, en vista de que la medida cautelar, recayó sobre los **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**, obviándose que los directamente afectados, son mis representados, debido a que son los titulares del bien inmueble afectado en su totalidad de la medida cautelar.

Por su parte el Tribunal indicó:

*“Que las medidas afecten a quienes no comercializaban ilícitamente, es una proposición del apelante que carece de asidero jurídico, porque las medidas sólo involucraron a los lugares allanados en los que incautaron celulares hurtados, manipulados, alterados con daño informático y recepción, debido a que los comerciantes no demostraron su lícita tenencia y disfrutan el uso de los locales, en virtud de los contratos de arrendamiento que suscribieron. Los negocios que realizan lícitamente sus negocios, no fueron afectados con cautela alguna, por esa razón son ajenos a sus consecuencias”. págs. 23,24*

Es decir, los anteriores argumentos, dan lugar a la afectación del derecho de igualdad, en cuanto, reconocen que para la afectación de la medida cautelar, si son legitimados pasivamente mis representados, pero para ejercer el control de legalidad sobre la medida cautelar, no están legitimados activamente.

El derecho de igualdad, no significa que este se agota, frente a otras personas y sus relaciones, sino también frente al trato que se le dé un mismo hecho, en los distintos escenarios, (acción-contradicción), por lo que si por un lado mis representados, son los directamente afectados con la medida cautelar, por otro lado, tiene derecho de igualdad , de controvertir lo que dio origen a dicha afectación.

No se puede mantener el argumento de las instancias, de que la medida cautelar, pese a recaer en contra de él bien inmueble de mis representados, ellos no están legitimados para exigir su protección, puesto que el derecho a la igualdad predica, que si la Fiscalía argumenta unas medidas cautelares, contra quien recae, tengan el derecho de controvertir los argumentos "flacos", esbozados por la Fiscalía, circunstancia que no fue tenida en cuenta por parte de las instancias, vulnerándose así el derecho fundamental a la igualdad.

Dentro de los principios y derechos que forman la base nuestro ordenamiento jurídico, , se encuentra el de la "**IGUALDAD PROCESAL**" en virtud del cual, toda persona tiene iguales oportunidades para ejercer sus derechos, debiendo recibir un tratamiento exactamente igual. Este se ve vulnerado, cuando se rechazó el control de legalidad por las instancias, en contra de mis representados, por lo que no se les permitió en igualdad de condiciones al de la Fiscalía, restarle mérito y controvertir las razones que dieron lugar a la imposición de la medida cautelar.

#### ➤ Debido proceso

Norma constitucional vulnerada:

Título II de los derechos, las garantías y los deberes, capítulo 1 de los derechos fundamentales: Artículo 29: El debido proceso. Esta garantía fundamental será analizada a continuación:

El constituyente de 1991 erigió en el artículo 29 superior el derrotero esencial al que debe someterse todo procedimiento judicial o administrativo que pretenda ajustarse a los postulados del denominado debido proceso. Así, señala la norma constitucional referida, en su tenor literal:

*"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."*

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido que la garantía al debido proceso supone que el estado se ajuste a las normas que prevé el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este derecho no solo es aplicable cuando se versa sobre actuaciones judiciales o administrativas, sino que también debe ser efectivo ante todo trámite que inicien las personas con el objetivo de ejercer sus derechos, sobre todo en procedimientos que comprenden el cumplimiento de las disposiciones, constitucionales, legales y reglamentarias.

En este punto, es importante realizar algunas precisiones relacionadas con las medidas cautelares expedidas en el proceso de extinción de dominio, y lo que se permite referente al debido proceso, para poder explicar, la vulneración al mismo en que incurrió tanto el Juzgado de primera instancia, como el Tribunal en la segunda, aclarando desde ya, que no se pretende suplir las funciones dadas con el mecanismo judicial efectivo, que sería el control de las medidas cautelares, sino poner de presente, e ilustrar al Juez constitucional, sobre las mismas, para que entienda, cuál fue el defecto que llevó a los Jueces de instancia a vulnerar el debido proceso.

Las medidas cautelares son herramientas procesales que procuran garantizar el cumplimiento de las sentencias y asegurar la justicia en el caso particular. En el proceso de extinción de dominio, estas instituciones pretenden materializar la declaratoria de ilegitimidad del título de propiedad que ha sido adquirido de forma espuria o que se tornó indigno, situación que adquiere certeza con la expedición de la sentencia. Sin embargo, la previsión y aplicación de las medidas cautelares apareja una interferencia de los derechos al debido proceso y de propiedad de los afectados, dado que sufren las condiciones negativas de los fallos, sin que éstos hubiesen sido proferidos. El legislador resolvió esa tensión de la siguiente forma:

Protege la tutela judicial efectiva del Estado con la ejecución de la protección precautelar, a la par que maximiza los derechos de defensa y del debido proceso de las personas que sufren las cautelas en el curso de un trámite judicial.

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

*"La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (Constitución Política art. 228). Y no podía ser de otra forma pues el Estado de derecho supone una pronta y cumplida justicia. Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultaran inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que 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"<sup>4</sup>*

En otras palabras, esta institución procura lograr el acceso efectivo e igual de todos los ciudadanos a la justicia, pues éste no puede ser meramente formal. Las personas poseen el derecho a que se consagren herramientas procesales que garanticen la eficacia de las

---

<sup>4</sup> Sentencias C-054 de 1997, C-255 de 1998 y C-925 de 1999.

decisiones judiciales. Entonces, las medidas cautelares hacen parte del mandato constitucional de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia. Por ello, esta materia hace parte de la libertad configurativa del legislador.

**Sin embargo, las cautelas jamás implican una sentencia condenatoria**, pues el juicio no ha concluido. Es más, no entrañan una determinación de la responsabilidad o de la ilegitimidad del título que exige el derecho de dominio sobre un bien. En Sentencia C-030 de 2006, se manifestó que las medidas cautelares que se dictaron frente a las acciones de una sociedad en el marco de del proceso de extinción de dominio jamás aparejan “*inhabilidades para los Administradores o Representantes Legales que resulten desplazados mientras se adelantan los respectivos*” trámites.

Ahora bien, **la protección precautelaría por importante que sea debe respetar el debido proceso del afectado**, de manera que éste es la contracara de las finalidades preventivas de las medidas cautelares. La amplitud configurativa que tiene el Congreso de la Republica está sujeta a límites, al punto que éste debe actuar cuidadosamente, al momento de consagrarias en el ordenamiento jurídico.

Se trata de una tensión de la tutela judicial efectiva frente a los derechos del demandado, dado que sufre algunas consecuencias de la sentencia, sin haber sido vencido en juicio. En ese escenario, el legislador debe tener en cuenta los **principios de razonabilidad y proporcionalidad** para regular las medidas cautelares en la ley, aspectos que no fueron tenidos en cuenta por la Fiscalía, ni el Juzgado ni el Tribunal en segunda instancia.

La colisión analizada se traslada y concreta al ámbito judicial. Aquí vuelven a debatirse sobre el orden de precedencia de los principios en tensión, pero en el horizonte de casos que apareja la aplicación de la ley, esto es, bajo circunstancias de tiempo, modo y lugar. De ahí que también se proyectan a los jueces las restricciones que tiene el legislador, como es el debido proceso y los principios de proporcionalidad al igual que razonabilidad. En Sentencia C-1025 de 2004, se advirtió que son válidas en términos constitucionales las medidas cautelares respecto de acciones, cuotas o partes de interés social de las que es titular una sociedad y que se dictan en el proceso de extinción de dominio. **Al respecto, agregó que las cautelas están sujetas a control judicial y deben asegurar el derecho al debido proceso del afectado**, circunstancias omitidas por parte de los Jueces de instancia.

Entonces, la consagración y el decreto de las medidas cautelares deben revisar y aplicar, de manera estricta y rigurosa, los requisitos fijados en la ley para su expedición, pues solo así se garantizará el derecho al debido proceso, regla que es aplicable de manera integral en el trámite de la acción reconocida en el artículo 34 Constitucional. De hecho, la autoridad sólo puede dictar dichas protecciones bajo los casos específicamente señalados en la ley. Aquí juega un especial papel los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese contexto, el artículo 87 del Código de Extinción de Dominio, modificado por el artículo 1º de la Ley 1849 de 2017, estableció las medidas cautelares en ese tipo de procesos. El legislador fue cuidadoso para evitar que la pretensión de la extinción de dominio se confundiera con las medidas cautelares, por ello determinó que estas últimas estaban sujetas a varias condiciones diferentes del pedido de fondo, a saber:

- i) Cumplir los presupuestos mínimos de fijación de la pretensión de extinción de dominio, pues la protección precautelar es una consecuencia lógica de ese acto.
- ii) Demostrar una de las causales de activación de las medidas cautelares, como es la probabilidad de que los bienes sean “ocultados, negociados, gravados,

- distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita".
- iii) Argumentar que éstas deben ser necesarias e indispensables para garantizar la observancia de una eventual sentencia, así como proporcionales y razonables.
  - iv) Adjuntar y poseer el respaldo probatorio.

En el proceso, por regla general, la medida cautelar que puede ser dictada es la suspensión del poder dispositivo de los bienes. No obstante, también se podrían decretar el embargo, el secuestro y la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**, o unidades de explotación económica (**artículo 88 del Código de Extinción de Dominio**). Bajo este régimen jurídico es posible proferir medidas cautelares que jamás implican el control físico de los bienes, o una medida cautelar específica sobre el establecimiento de comercio generador de la causal y los elementos que lo componen.

Es pertinente recordar que el Código de Extensión de Dominio regulado en la Ley 1704 de 2014 pretendió **maximizar el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción, porque el legislador deseaba reducir la posibilidad de que en ese proceso se cometieran errores judiciales**. La interferencia de los derechos a la propiedad y al debido proceso es amplia. Ante ese escenario, el Congreso de la República se propuso reconocer mecanismos que salvaguarden las garantías procedimentales, por ejemplo, el derecho de defensa opera en etapas previas al inicio formal del proceso de extinción.

Por ello, además de establecer un marco jurídico particular de procedencia de medidas cautelares, el artículo 111 del Código de Extinción de Dominio reconoció el control de legalidad de ese tipo de cautelas, el cual es ejercido por el juez de la materia a petición del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia. La autoridad judicial realiza una revisión integral que recae sobre aspectos formales y materiales, de modo que censuraría las situaciones que se enuncian a continuación:

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".*

La observancia de esos requisitos redonda en una garantía del derecho al debido proceso, de manera que el juez debe ser celoso en la verificación del cumplimiento de los mismos, circunstancias que no fueron motivadas en las sentencias de instancias, pues prácticamente estas por un error de apreciación, llevaron a concluir que las medidas cautelares recaían sólo sobre los **ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES**, y en consecuencia mis representados no estaban legitimados, afectado el debido proceso, derecho a la igualdad, a la administración de justicia .

En este punto toma relevancia la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el estudio de fondo de una medida cautelar, toda vez que impone la carga al Fiscal de argumentar y demostrar los supuestos de su configuración. Así mismo, coloca en el centro del control el análisis del medio, la finalidad que persigue y el **grado de interferencia** de los derechos que apareja la medida dictada. Ello significa que el medio que

interfiere más el derecho propiedad, esto es, la suspensión de la facultad de disponer, debe basarse en una **mayor carga de motivación** que en las otras medidas cautelares.

Por consiguiente, las medidas cautelares en los procesos de extinción de dominio son una forma de garantizar el cumplimiento de la sentencia y de proteger el bien, lo que se traduce en la materialización de una tutela judicial efectiva. Sin embargo, esa finalidad constitucional debe desarrollarse con el mayor respeto y diligencia en relación con el derecho al debido proceso en sus múltiples componentes -**defensa, contradicción, legalidad, así como los principios de razonabilidad y proporcionales**-. En efecto, el legislador está restringido por esas normas, al momento de regular las medidas cautelares. La misma sujeción tiene el Fiscal y el Juez, cuando emiten la decisión y la someten a control, respectivamente. Con los límites mencionados también **se armoniza esa medida con el derecho de propiedad**.

En concordancia con lo anterior el ente Juzgador  **OMITIÓ** la apreciación alguna de las pruebas que fueron allegadas para el control de legalidad de las medidas cautelares.

El material probatorio iba dirigido a esclarecer quienes eran los dueños del establecimiento, como de los locales y en última del bien inmueble, para de allí poder realizar la distinción que no realizó la fiscalía al solicitar la medida cautelar.

Las pruebas resultaban pertinentes en cuanto al control de legalidad, ya que en auto proferido por el Juzgado en sede de primera instancia, se estableció que los accionantes no tienen derecho a efectuar dicho control por lo cual en mismo fue rechazado de plano, incurriendo así en error el ente Juzgador, puesto que la afectación fue extendida hasta el propio bien inmueble y el apartamento de los accionantes, bienes estos, sobre los cuales no obra prueba alguna que se efectuara actividades ilícitas en estos lugares.

De tal suerte las pruebas aportadas, se orientaban a la oposición de la medida cautelar y como esta se tornaba ilegal, en cuanto abarcó espacios que, en las investigaciones, reportes y en los elementos de la fiscalía no obran como lugares usados para comisión de las conductas ilegales, pero que aun así fueron afectados con la medida cautelar. Siendo inexistente los elementos suficientes por parte de la fiscalía, que permitieran probar la causal frente a los bienes afectados y por lo tanto haberlos hechos partícipes de la medida cautelar.

De tal forma las autoridades competentes incurrieron en un defecto en su sentencia, que serán estudiados en el acápite siguientes, al carecer el Juez de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en que sustento la decisión, esto es la imposición de una medida cautelar, que además resulta desproporcionada, llevando a la vulneración al debido proceso, que permite legalmente, la restricción por parte de los afectados a esa medida cautelar.

Según lo expuesto se evidencia una arbitrariedad judicial, que de haber sido valoradas la pruebas oportunamente y legalmente aportadas, haberse reconocido como legitimados activamente mis representados se hubiese motivado la sentencia respecto a las causales que se alegaron para el control de legalidad, con la decisión tomada en cabeza de las autoridades judiciales habría sido diferente.

#### ➤ Derecho a la administración de justicia

El derecho a la administración de justicia también llamado **derecho a la tutela judicial efectiva** se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra especialmente en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, así como también en los artículos 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Cabe puntualizar que el fundamento del derecho a la protección judicial efectiva no sólo se encuentra en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política. También aparece consagrado en las normas de derecho internacional, concretamente, en los tratados y declaraciones de derechos que han sido suscritas y ratificadas por Colombia. Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos declara que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En igual medida, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

El acceso a la administración de justicia es un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y ejecución material. Si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador<sup>1</sup>.

En este sentido, el derecho a la administración de justicia no se entiende concluido con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que debe ser efectivo, por lo cual el mismo no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que: “(...) *la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*”

Por lo anterior, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, ha venido reconociendo que el derecho a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos, que se estudiará cada uno, y cómo, este se ha vulnerado al interior de las decisiones del Juzgado y Tribunal:

- (i) **El derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares.**

Este se ve afectado, cuando el mismo Juzgado y Tribunal consideran que mis representados, no están legitimados para el control de legalidad de la medida cautelar, en vista de que la medida cautelar, recayó sobre los **ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**, obviándose que los directamente afectados, son mis representados, debido a que son los titulares del bien inmueble afectado en su totalidad de la medida cautelar.

Por su parte el Tribunal indicó:

*"Que las medidas afecten a quienes no comercializaban ilícitamente, es una proposición del apelante que carece de asidero jurídico, porque las medidas sólo involucraron a los lugares allanados en los que incautaron celulares hurtados, manipulados, alterados con daño informático y recepción (sic, error de hecho), debido a que los comerciantes no demostraron su lícita tenencia y disfrutan el uso de los locales, en virtud de los contratos de arrendamiento que suscribieron. Los negocios que realizan lícitamente sus negocios, no fueron afectados con cautela alguna, (Sic, error de hecho) por esa razón son ajenos a sus consecuencias".*pág. 23,24. (*Ese es precisamente el problema, que se afectaron los negocios de las personas que no habían incurrido, en ilicitud alguna.*)

Precisamente, la afirmación que: "las medidas sólo involucraron a los lugares allanados en los que incautaron celulares hurtados", es la que esta representación avizora que llevó al Tribunal y Juzgado a rechazar el control de legalidad, y a indicar la ausencia de legitimización de mis representados al control de legalidad, siendo claramente vulnerador del derecho fundamental a la administración de justicia, pues no se le permitió a mis representados, obtener respuesta de fondo , por medio del control de legalidad, de por qué, esta medida era "proporcional", y por qué, no existió otra que afectara menos derechos a las partes de buena fe, a efectos de poder mantenerse una medida cautelar como en derecho corresponde, y no como actualmente están sustentadas. (¿consideraría entonces el despacho fiscal, conveniente extinguir el dominio de todo un centro comercial EJ. Unicentro, porque se encontrarán dos celulares en un establecimiento, o este entendimiento solo se aplica cuando se trata de un centro comercial y personas sin mayor poder dispositivo?)

- (ii) **El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos".**

Es precisamente, este control de legalidad, establecido en el artículo 111 Ss. de la ley 1708 de 2014, el mecanismo judicial, que se tiene , para que partes afectadas, como en este caso, mis representados como propietarios, terceros de buena fe, puedan argumentar, por qué, la medida se torna desproporcional; cuestión que se realizó en debida forma mediante escrito de control de legalidad de la medida cautelar, pero que encontró como respuesta, los autos del Juzgado Tercero de Extinción De Dominio, y del Tribunal Sala de Extinción de Dominio, que no se manifestaron, respecto a la proporcionalidad de la medida, sino que sus

decisiones se encaminaron a restarle mérito como legitimados por parte activa a mis representados, y como si no bastara, obviando valoración alguna a las pruebas aportadas omitiendo apreciación alguna, respecto a los hechos que dieron origen a la investigación, y la orden de registro y allanamiento, y en último lugar, imponiendo cargas jurídicas inexistentes, como lo son la inscripción de locales en la oficina de instrumentos públicos (cuando recuérdese, mis representados son los mismos propietarios de los bienes inmuebles y los locales comerciales).

Todas esas circunstancias, llevan a que si bien, legalmente existe el mecanismo judicial, para el control de las medidas cautelares, éste no fue efectivo y no cumplió su finalidad (no por capricho de la parte accionante), sino como se ha estudiado al interior de esta acción, por errores y omisiones de los falladores de primera y segunda instancia, que llevan a una vulneración del derecho fundamental a la administración de justicia a mis representados.

Es importante recordar, que procesos, como los de extinción de dominio, llevan años para que se profiera sentencia ejecutoriada, por lo que tener una decisión con los errores que tiene la del Juzgado y Tribunal, respectos a las medidas cautelares que estarían vigentes todo el proceso de extinción, sería llevar a una vulneración y perjuicio irremediable, de manera indefinida a mis representados, que por ahora se circunscribe al debido proceso, administración de justicia e igualdad de trato, pero que si permanece en el tiempo, podrá reflejar vulneraciones a derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital. El Juez Constitucional deberá no sólo hacer un análisis al presente, sino precisamente, al tratarse de una decisión que vulnera derechos fundamentales con ocasión a una medida cautelar, valorar estas mismas afectaciones al futuro.

**(iii) Contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez”.**

Una de las razones que llevó al Tribunal, para confirmar la decisión de primera instancia, fue que :

*“Ahora bien, el profesional del derecho se duele de que el Operador Judicial de primer grado no realizó el ejercicio de valoración de las pruebas que allegó a su solicitud; el proveído no podía valorarlos, porque como bien motivó, dichas probanzas deberán ser valoradas en el juicio y la sentencia”.*

Cometen dichos flagrantes errores las instancias, debido a que el mismo Código de Extinción de Dominio, se indica que 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, es decir las establecidas en el artículo 111. Es por lo anterior, que, para demostrar **OBJETIVAMENTE** esa circunstancia, la representación acudió a aportar pruebas al operador judicial, para tener claridad en el análisis de la solicitud, pero que nunca fueron apreciadas, ni valoradas por la primera instancia ni por la segunda.

Lo procedente, teniendo su fundamento en este artículo, era que se permitiera la aportación de pruebas con fines para garantizar contradicción, y la causal para que opere el control de legalidad, y era el deber por parte de las instancias pronunciarse sobre las mismas, para efectos de emitir si verdaderamente existía pruebas de que en todo el bien inmueble había destinación ilícita y si era necesaria, razonable y proporcional la medida cautelar, aspectos omitidos por las dos instancias, que llevan a una afectación no sólo por, la vigencia de las medidas cautelares, sino adicional al debido proceso y administración de justicia, por la omisión en que incurrieron.

**(iv) El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas.**

No existió una decisión de fondo, respecto al petitum, ya que la petición del control de la medida cautelar iba orientado bajo las causales 1 y 2, establecidas en el artículo 112 de la ley 1708 de 2014, que indican:

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

Visto esto, ni el Juzgado, como el Tribunal motivaron su decisión, respecto al por qué la medida fue proporcional, y segundo respecto a por qué no existieron otras medidas que fueron menos gravosas, y que pudieran cumplir con los fines previstos.

Es importante aclarar que la simple afirmación de una premisa, es decir “*esta medida si es proporcional*”, o “*la Fiscalía si cuenta con mínimos de juicio*”, por sí sola, no convierte en una motivación que cumpla este presupuesto de actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo, en torno a las pretensiones que han sido planteadas, puesto que si se acude al control judicial, precisamente se accede para que haya una decisión fundamentada, no sólo en afirmaciones abstractas, sino soportadas objetivamente, cuestiones que no se avizoran en las decisiones objeto de la acción.

**(v) El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.**

Si bien es cierto, al interior de la ley 1708 de 2014, existe el procedimiento de control de legalidad de la medida cautelar, este no resultó ser el efectivo, para la materialización de los derechos fundamentales de quienes fueron sus accionantes como propietarios, y claramente parte afectada en el proceso de extinción y con la medida cautelar, por lo que como bien lo ha dicho no sólo las altas Cortes Nacionales, sino la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo basta con la consagración de los mecanismos judiciales, sino que estos deben ir a la par, con su real y material efectivización, cuestión que no se manifestó en las decisiones por las cuales hoy se está acudiendo a la tutela.

**(vi) El derecho a que los procesos se desarrolle en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso**

En último lugar, el derecho a que los procesos se desarrolle en un término razonable. Si bien es cierto, no se alega, que la decisión sea respecto a una vulneración al plazo razonable, es menester, hacer la claridad, que esta decisión, de primera y segunda instancia, si puede llevar a un quebrante de derechos fundamentales por un plazo indefinido, pues si bien es cierto una cosa es lo que se debatió por medio del control de legalidad de la medida cautelar, otra cosa es, el proceso como tal, de extinción de dominio, las dos tienen relación en cuanto al plazo razonable, por lo siguiente.

Con las decisiones en firme, respecto al rechazo de control de legalidad, se tiene que existe actualmente un bien inmueble, en poder de la SAE, (quien tampoco da razón del manejo

del mismo, argumentando que es un contrato privado, en el cual mis representados no soy parte), de unos bienes inmuebles con medidas cautelares que impiden la disposición por parte de sus propietarios.

Por otro lado, se tiene un proceso de extinción de dominio, que como bien se sabe, para resolverse y obtener una sentencia en firme ejecutoriada, transcurren años desde que se avoca, y en caso de que no proceda al extinción de dominio, no termina el proceso ahí, pues se debe agotar la última instancia de grado jurisdiccional de consulta, que claramente no será resuelta dentro de un plazo razonable, y este lleva a que las medidas cautelares, vayan por el mismo término que el proceso de extinción de dominio, por lo que tener una decisión vigente, tal como la proferida por el Juzgado y Tribunal, es llevar a la vulneración de derechos fundamentales y perjuicio irremediable, por un plazo indefinido, que claramente llevaría a una vulneración de derechos que se mantenga por el tiempo. De ahí la necesidad y relevancia constitucional, de que este asunto sea resuelto hoy, por el Juez Constitucional.

#### ➤ Derecho humano a la propiedad

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17, respecto al derecho humano a la propiedad, manifiesta:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

De igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 21 indica:

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

El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los **derechos humanos** y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Por su parte, el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Al ver el ordenamiento jurídico colombiano, desde su Constitución Política y sentencias de la Honorable Corte Constitucional, la propiedad por sí, no es considerada un derecho fundamental. Ahora bien, esta representación es consiente que no está consagrada como tal, en la Constitución Política, pero como se pudo evidenciar, tanto en la Declaración d ellos

Derechos Humanos, como en la Convención Americana de Derechos Humanos, la propiedad si es considerada como un derecho humano.

Para entender si puede existir protección vía tutela, del derecho humano a la propiedad, es necesario entender la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos.

Los derechos fundamentales y los derechos humanos se diferencian, principalmente, en una cosa: el territorio de aplicación. Los derechos fundamentales están incluidos en la Constitución o carta de derechos de cada país; por su parte, los derechos humanos no tienen limitación territorial.

Los derechos humanos proceden del ámbito de la axiología, dado que los valores tienen su origen en la persona; su fundamento de hecho es la naturaleza “humana” de la persona. Este tipo de derechos no produce efectos jurídicos (s.s.), **salvo cuando son incluidos en el sistema jurídico positivo**. Se consideran como individuales, propios de la persona, innatos, imprescriptibles, irrenunciables, inviolables e inalienables. A los derechos humanos se atribuye las propiedades de interdependencia y complementariedad entre sí debido a que son considerados como **derechos universales**, en el sentido de que pertenecen a todos los individuos. La protección jurídica de los derechos humanos frente a los Estados se efectúa principalmente ante los organismos internacionales competentes que se encuentran regulados por el derecho internacional. Dado que su formulación es muy general, resultan ser vagos, lo cual dificulta su protección. El respeto de estos derechos no es coercible, sobre todo porque los organismos internacionales carecen de medios coactivos para hacer eficaces sus resoluciones, de modo que su eficacia radica más bien en su fuerza intimidatoria.

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran positivados en el sistema jurídico, de tal forma que su fundamento es la norma jurídica, por lo que su fuente es la voluntad de la autoridad competente para crear dichas normas. Producen efectos jurídicos, ya sean derechos u obligaciones e incluso derechos de acción, y tienen todas las consecuencias jurídicas que el sistema jurídico les atribuya. Existen a partir de su otorgamiento por el sistema jurídico, y son asegurados por los medios de control de su ejercicio que el mismo establece como garantía frente a los abusos por parte de la autoridad. Sus límites se encuentran en el propio derecho. Se configuran como derechos subjetivos públicos (individuales o colectivos), oponibles erga omnes, y operan en primera instancia como obligaciones de abstención por parte del Estado. Su formulación también es general, pero delimitada por las restricciones a su ejercicio que el derecho prevé y se refiere siempre a libertades o derechos específicos. Corresponde al derecho constitucional regular la protección de los derechos fundamentales y prever mecanismos especiales de protección

Conforme a la anterior explicación, se puede decir, que su diferencia es la positivización, y de acuerdo a ello, si bien, los derechos susceptibles de ser protegidos por vía de tutela, son los derechos fundamentales, nada impide, que por medio de la misma acción, se pueda solicitar la protección de un derecho humano, entre ellos el de la propiedad, que como bien se ha manifestado, está consagrado en tratados internacionales, sobre derechos humanos, por lo que debe garantizársele su protección de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

El artículo 58 de la Constitución Política, garantiza la propiedad privada y le asigna una función social, al que se le incorporó una función ecológica.

La Corte Constitucional se ha referido en reiterada jurisprudencia, respecto al derecho de propiedad y ha indicado que su connotación de fundamental no puede determinarse en todos los casos, sino que, en el caso concreto, el juez de tutela debe, bajo la óptica de los

principios, valores y derechos constitucionales, examinarlo. En la sentencia T-506 de 1992, esta Corporación expuso sobre el particular:

La propiedad es un derecho económico y social a la vez. En consecuencia, la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sin embargo, esto no significa que tal definición pueda hacerse de manera arbitraria.

A la hora de definir el carácter de derecho fundamental de la propiedad en un caso concreto, el juez de tutela debe tener como criterio de referencia a la Constitución misma y no simplemente al conjunto de normas inferiores que definen sus condiciones de validez. Esto significa que, en su interpretación, el juez de tutela debe mirar el caso concreto bajo la óptica de los principios, valores y derechos constitucionales, de tal manera que ellos sean respetados.

Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dicho, en otros términos, la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna. (M.P. Dr. Ciro Angarita Barón).

De conformidad a todo lo precedente, se tiene, que el derecho a la propiedad si puede llegar a ser considerado (no de manera abstracta), sino para el caso específico, un derecho fundamental, máxime cuando ya es por sí sólo considerado un derecho humano, para efectos de garantizar una órbita de derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido, que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de **leyes contrarias a su objeto y fin**, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Quiere decir ello, que si por un lado el ordenamiento jurídico colombiano tiene unas codificaciones (ley de extinción de dominio), proceso en donde se discute el origen y destinación de un bien o bienes; no por sí sólo, puede desconocer derechos fundamentales ni derechos humanos.

Como en el presente asunto, al interior del proceso de extinción de dominio, se solicitaron unas medidas cautelares de manera desproporcionalidad (sobre una totalidad de un bien inmueble, que afecta claramente los derechos de sus propietarios, personas de buena fe y como parte directamente afectada, tienen derechos a un debido proceso, a ser tratados

con igualdad, a una tutela judicial efectiva, a efectos de garantizársele el derecho humano a la propiedad; por lo que restringírsele la protección mediante el control de legalidad de la medida cautelar, el negársele a que se valoren las pruebas en dicha instancia, el omitirsele una decisión de fondo sobre el control de legalidad de la medida, claramente es una muestra de una vía de hecho, que deberá el Juez Constitucional valorar, para efectos de proteger los derechos fundamentales y el derecho humano en cuestión.

El Estado, no puede ser indiferente frente a los efectos que puede traer una norma, pues bien lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los disposiciones de la CADH, entre ellas (el derecho humano a la propiedad), no puede ser mermadas por aplicación de leyes (como cautelares al interior del proceso de extinción de dominio), que vayan en contra de su fin; y será el Juez Constitucional, quien deba ejercer una especie de control de convencionalidad sobre las normas internas y la convención.

Claramente unas cautelas, tan desproporcionales como las que obran en este proceso, y que por sustracción de material, van por el mismo término del proceso de extinción de dominio, llevaría a un perjuicio irremediable, y a una vulneración de derechos fundamentales y derechos humanos, con ocasión a la media cautelar, a las decisiones de instancia y como si no bastara, con vulneraciones de más derechos, como entre ellos (el mínimo vital), a consolidarse a futuro, de no corregirse desde ahora, dicho yerro cometido por las instancias.

## VI. REQUISITOS ESPECÍFICOS QUE SE CUMPLEN PARA LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992, declaró la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica. No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias podían desconocer derechos fundamentales, por lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó, una vía de hecho.

A partir de este precedente, la Corte ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, determinando progresivamente los defectos que configuran una vía de hecho. Por ejemplo, en la sentencia T-231 de 1994 la Corte dijo: "Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (**defecto sustantivo**), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (**defecto orgánico**), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (**defecto fáctico**), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (**defecto procedural**), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial". En casos posteriores, esta Corporación agregó otros tipos de defectos constitutivos de vías de hecho

Así las cosas, es claro que hay actuaciones u omisiones por parte de los Jueces, que convierten sus decisiones en una vía de hecho, como en el caso presente, por lo que se procederá a indicar, cuáles son los requisitos específicos (defectos), en que recayeron los Jueces de instancia, que convierten sus decisiones en arbitraria y vulneradora de derechos fundamentales, para que proceda la presentación de la acción constitucional.

## 1. Defecto procedimental absoluto.

El Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

La jurisprudencia constitucional ha identificado que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto procedimental bajo dos modalidades:

(a) el defecto procedimental absoluto ocurre cuando “*se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”*.

(b) El defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto, ocurre cuando la autoridad judicial “*(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia*”; es decir, el funcionario judicial incurre en esta causal cuando “*(i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) porque aplica rigurosamente el derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales*”.

En relación con el defecto procedimental absoluto –relevante para el asunto que se estudia–, la Corte ha establecido que “*este defecto requiere, además, que se trate de un error de procedimiento grave y trascendente, valga decir, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo, y que esta deficiencia no pueda imputarse ni directa ni indirectamente a la persona que alega la vulneración al derecho a un debido proceso*”. Del mismo modo, la Corte ha precisado que cuando se alega que el juez omitió etapas procedimentales esenciales que vulneraron el derecho a la defensa y contradicción de alguna de las partes, debe analizarse la defensa técnica “*para advertir el impacto que tiene pretermitir etapas procesales, en desmedro de las garantías fundamentales de los sujetos del proceso, como son: (i) la garantía de ejercer el derecho a una defensa técnica, que implica la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado cuando sea necesario, la posibilidad de contradecir las pruebas y de presentar y solicitar las que se requieran para sustentar la postura de la parte; (ii) la garantía de que se comunique la iniciación del proceso y se permita participar en él; y (iii) la garantía de que se notificará todas las providencias del juez que, de acuerdo con la ley, deben ser notificadas*

En cuanto al caso en concreto, se puede evidenciar dicho defecto, tanto en la decisión tomada en primera instancia, como en la segunda, en cuanto no permitieron, el derecho de contradicción, para alegar la desproporcionalidad y la no existencia de elementos que permitieran deducir que todo el bien inmueble era utilizado para destinación ilícita.

El artículo 111 del Código de Extinción de Dominio reconoció el control de legalidad de ese tipo de cautelas, el cual es ejercido por el juez de la materia a petición del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia. La autoridad judicial realiza una revisión integral que recae sobre aspectos formales y materiales, de modo que censuraría las situaciones que se enuncian en el enunciado artículo.

Esta representación, en el escrito de control de legalidad de las medidas cautelares, alegó las siguientes causales:

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

Frente a esas dos causales, fue orientado el escrito, precisamente para que el Juez, se pronunciara de fondo frente a ellas.

Las cautelas están sujetas a control judicial y deben asegurar el derecho al debido proceso del afectado, circunstancias omitidas por parte de los Jueces de instancia.

Entonces, la consagración y el decreto de las medidas cautelares deben revisar y aplicar, de manera estricta y rigurosa, los requisitos fijados en la ley para su expedición, pues solo así se garantizará el derecho al debido proceso, regla que es aplicable de manera integral en el trámite de la acción reconocida en el artículo 34 Constitucional. De hecho, la autoridad sólo puede dictar dichas protecciones bajo los casos específicamente señalados en la ley. Aquí juega un especial papel los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Cometen dichos flagrantes errores las instancias, debido a el mismo Código de Extinción de Dominio, se indica que 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, es decir las establecidas en el artículo 111. Es por lo anterior, que, para demostrar OBJETIVAMENTE esa circunstancia, la representación acudió a aportar pruebas al operador judicial, para tener claridad en el análisis de la solicitud, pero que nunca fueron apreciadas, ni valoradas por la primera instancia ni por la segunda.

Lo procedente, teniendo su fundamento en este artículo, era que se permitiera la aportación de pruebas con fines para garantizar contradicción, y la causal para que opere el control de legalidad, y era el deber por parte de las instancias pronunciarse sobre las mismas, para efectos de emitir si verdaderamente existía pruebas de que en todo el bien inmueble había destinación ilícita y si era necesaria, razonable y proporcional la medida cautelar, aspectos omitidos por las dos instancias, que llevan a una afectación no sólo por, la vigencia de las medidas cautelares), sino adicional al debido proceso y administración de justicia, por la omisión en que incurrieron.

Tampoco se desarrolló de fondo, por parte de las instancias, el motivo para el cual está diseñado el control de legalidad de las medidas cautelares, como su nombre lo indica, se acude precisamente ante el Juez, para que haga un control de legalidad, frente a los aspectos que llevaron al decreto de las medidas cautelares, no haciendo simplemente afirmaciones abstractas, y como si fuera una presunción de acierto, darle dicho mérito a los argumentos esbozados por parte de la Fiscalía; sino que como lo indica el Código de extinción de dominio, se haga un análisis, que permita determinar si las medidas están o no acorde a derecho, permitiendo una valoración del contradictorio, por parte de quien se siente afectado con las medidas cautelares, como en derecho y proceso corresponde, circunstancias procesales, omitidas por las dos instancias.

## **2. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.**

De acuerdo como lo ha establecido la Corte Constitucional:

*"Defecto fáctico: se configura cuando la providencia judicial es el resultado de un proceso en el que (i) dejaron de practicarse pruebas determinantes para dirimir el conflicto, o que (ii) habiendo sido decretadas y practicadas, no fueron apreciadas por el juez bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, o que (iii) carecen de aptitud o de legalidad, bien sea por su inconducencia, impertinencia o porque fueron recaudadas de forma inapropiada."<sup>5</sup>*

Complementario a lo anterior, de acuerdo con los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales podemos encontrar que en el caso que nos atañe, se puede calificar la actuación del Juez, como del Tribunal, como una vía de hecho por defecto factico, ya que se produjo un error indiscutible en la valoración de las pruebas que resultaron definitivas para la respectiva decisión judicial, teniendo de tal suerte un efecto directo y contundente sobre la decisión que fue impugnada.

Esta causal a su vez se encuentra enmarcado a un defecto factico omisivo, en el que, si bien se aportaron pruebas, se omitió la valoración de las mismas generando la violación del derecho a la defensa y del debido proceso.

Que como bien lo ha establecido la Corte Constitucional el concepto de providencia judicial en el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. Por ello la procedencia de la acción de tutela es excepcional y solo ocurre:

- i) Cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los **derechos fundamentales de las partes** que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida.
- ii) Cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados.
- iii) Cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En el primer caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y presentarse al menos una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.

En relación con o anterior el Juez omitió la valoración de las pruebas aportadas por los accionantes para el control de legalidad de la medida cautelar, existiendo un error factico de carácter negativo, en razón a la omisión del Juez, que tuvo incidencia en el sentido de la decisión que profirió el ente Juzgador en relación al control de legalidad de la medida cautelar que aquí nos ocupa.

Indicó el Tribunal: *Ahora bien, el profesional del derecho se duele de que el Operador Judicial de primer grado no realizó el ejercicio de valoración de las pruebas que allegó a su solicitud; el proveído no podía valorarlos, porque como bien motivó, dichas probanzas deberán ser valoradas en el juicio y la sentencia.*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-015/18.

Según el Código de Extinción de Dominio, se indica que 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, es decir las establecidas en el artículo 111.

Es por lo anterior, que, para demostrar **OBJETIVAMENTE** esa circunstancia, la representación acudió a aportar pruebas al operador judicial, para tener claridad en el análisis de la solicitud, pero que nunca fueron apreciadas, ni valoradas por la primera instancia ni por la segunda. Lo precedente, teniendo su fundamento en este artículo, era que se permitiera la aportación de pruebas con fines para garantizar contradicción, y la causal para que opere el control de legalidad, y era el deber por parte de las instancias pronunciarse sobre las mismas, para efectos de emitir si verdaderamente existía pruebas de que en todo el bien inmueble había destinación ilícita y si era necesaria, razonable y proporcional la medida cautelar, aspectos omitidos por las dos instancias, que llevan a una afectación no sólo por la vigencia de las medidas cautelares, sino adicional al debido proceso y administración de justicia, por la omisión en que incurrieron.

Afirmó el Tribunal: *Que las medidas afecten a quienes no comercializaban ilícitamente, es una proposición del apelante que carece de asidero jurídico, porque las medidas sólo involucraron a los lugares allanados en los que incautaron celulares hurtados, manipulados, alterados con daño informático y recepción, debido a que los comerciantes no demostraron su lícita tenencia y disfrutan el uso de los locales, en virtud de los contratos de arrendamiento que suscribieron. Los negocios que realizan lícitamente sus negocios, no fueron afectados con cautela alguna, por esa razón son ajenos a sus consecuencias.*

Al parecer, tanto la Fiscalía, el Juzgado de primera instancia y el Tribunal, desconocen flagrantemente los derechos a que tienen lugar los propietarios de un bien inmueble, que funcionaba como centro comercial y que incorporaba a la vez locales comerciales y establecimientos de comercio.

Desconocieron las instancias, que las medidas cautelares no solo fueron respecto de los establecimientos de comercio (como debieron haber operado), pues eran los lugares cuyos propietarios eran los investigados en el proceso penal, por presuntamente hurto, venta y compra de celulares hurtados; sino que terminaron afectando, los derechos que tienen los propietarios sobre el bien inmueble, y que actualmente con ocasión a dos providencias que son objeto de esta acción constitucional, la vulneración derechos, trasciende de los derechos económicos, a los derechos fundamentales, dando lugar, a la necesidad de intervención del Juez Constitucional, por estar frente a un defecto fáctico.

### **3. Defecto material o sustantivo.**

Existe un defecto sustantivo en la decisión judicial cuando la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (ii) es inconstitucional, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a las autoridades judiciales, se produce (iv) un grave error en la interpretación de la norma, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes o cuando la decisión

judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución. Igualmente se considera defecto sustantivo (v) el hecho que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; o (vi) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer el mínimo razonable de argumentación que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia; entre otros. Cuando la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales sin atender unos requisitos mínimos, demostrando que la decisión tomada variaría si hubiera atendido a la jurisprudencia, se puede aducir que el fallo carece de suficiente sustentación o justificación, lo que constituye una vulneración del debido proceso y la igualdad.

Conforme a lo anterior, frente a las decisiones so pretexto de rechazar el control de legalidad sobre la medida cautelar, indicaron:

*"En ese orden, tampoco son de recibo las manifestaciones del abogado en cuanto a la desproporcionalidad de las cautelas, las cuales, están causando perjuicios a sus agenciados como propietarios del inmueble, pero también afectando derechos de terceros de buena fe, pues, como bien fue precisado por el máximo Tribunal de cierre de esta Jurisdicción en proveido también de revisión de control de legalidad-, aun cuando un predio este subdividido internamente en locales como ocurre en el presente caso), y que la aprehensión de mercaderías al parecer de origen dudoso haya acaecido en apenas uno solo de estos, ello no condiciona ni restringe su afectación como un todo, por cuanto, lo que se investiga es la destinación ilegal que se le dio al inmueble como tal, y "(...), porque lo cierto es que se trata de una única unidad registrada exclusivamente con una matrícula inmobiliaria. Pag 10.*

*Así mismo, en cuanto a la medida de secuestro resulta irrazonable frente aquellos establecimientos comerciales que nunca estuvieron incursos en la investigación, al igual que sobre todo el inmueble propiedad de sus agenciados, es preciso que este Despacho replique la cita jurisprudencial expuesta por la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá -justamente en otro auto de control de legalidad-, para precisar el alcance y los efectos de este instrumento cautelar [el secuestro] cuando recae sobre predios divididos de facto, como ocurre en el presente caso, donde los propietarios inscritos, sin acudir a la Curaduría Urbana respectiva, des englobaron el primer piso de su bien en 45 locales comerciales, veamos:*

*Por último, sería del caso delimitar el secuestro solamente al terreno que ocupa "Telemít", si no fuera porque la afectada, única propietaria, omitió someter a propiedad horizontal el inmueble conforme a derecho, de modo que al tratarse de un bien al que no se le ha practicado la división física, la medida no puede adoptarse parcialmente, por el contrario, apropiado es imponerla sobre su totalidad 10*

*Así las cosas, resulta razonable y proporcional que la diligencia de secuestro se haya practicado a todo el inmueble que alberga a s establecimientos de comercio FIDOCELL, LUCHOCELL I y TECNO COMUNICACIONES SANTI, en los cuales, como ya se dijo, fueron incautados equipos celulares reportados como hurtados en la lista negativa de la página www.imeicolombia.com".*

En igual sentido el Tribunal, indicó:

*"El A quo precisó que si el inmueble no se somete a propiedad horizontal, con la consecuente división física, mal podría aplicarse la medida parcial y lo procedente*

*es imponerla en la totalidad del inmueble; 22 en efecto, ya la Sala se ha pronunciado al respecto, como bien lo citó el auto confutado, si físicamente el bien está subdividido en locales que arrienda para explotarlo lícitamente, pero éstos no han sido registrados en la oficina de instrumentos públicos 23 los afectados son los titulares del derecho real y tienen facultad de arrendar, hecho que no los exonera de sus deberes como propietarios, así designen a un tercero para tal fin. Para que la tesis del censor sea aceptable, se requiere el cumplimiento de la solemnidad del artículo 1760 del Código Civil, 24 es decir, que cada lugar se identifique individualmente con un número de matrícula. Esa ausencia de registro de cada unidad inmobiliaria en donde se desarrollan todos y cada uno de los establecimientos, deja sin fundamento el referido planteamiento, que pretende desconocer a sus procurados como los titulares que son y ello no es viable, porque implicaría omitir las normas que regulan los bienes sujetos a registro".*

Conforme a las citas, que fueron de pronunciamiento por parte del Juzgado de primera instancia, y del Tribunal de segunda instancia, la razón por la cual, la medida pese a recaer en todo el bien inmueble (que como bien lo demostró la fiscalía, no era en todo el bien, sino en unos establecimientos de comercio donde presuntamente de destinaban ilícitamente), no fue desproporcional según los fallos accionados, obedeció a que como lo locales no tenían división jurídica, y su correspondiente inscripción en la oficina de registro e instrumentos públicos, por ende debía recaer en todo el bien inmueble. Igualmente, frente al apartamento que nunca fue descrito por parte de la Fiscalía a efectos de solicitar el embargo y secuestro.

Las razón por parte de los accionados, respecto a que la inscripción de cada local es la *conditio sine qua non*, para que no proceda el embargo de todo el bien inmueble, claramente se convierte en una carga que se manifiesta en un defecto material o sustantivo, porque dicha exigencia contenido no tiene conexidad material con los presupuestos del caso, dando lugar a un grave error en la interpretación de la norma, y en consecuencia una vulneración de derechos de mis representados, por lo que dicha situación toma relevancia constitucional, y deberá ser el Juez constitucional que analice para efectos de que se profiera una nueva decisión, respetando las garantías mínimas del debido proceso, en el entendido que la acción debió dirigirse contra el establecimiento comercial unidad económica y patrimonial, generadora de la causal del inicio de la extinción y no sobre la totalidad de los establecimientos comerciales, locales comerciales, e inmueble en su integridad, resultando evidentemente irracional, excesiva y exagerada la medida.

El artículo 4 de la ley 1579 DE 2012, Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones, indica cuales son los actos, títulos y documentos sujetos a registro.

*a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles;*

*b) Las escrituras públicas, providencias judiciales, arbitrales o administrativas que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones y la caducidad administrativa en los casos de ley;*

*c) Los testamentos abiertos y cerrados, así como su revocatoria o reforma de conformidad con la ley.*

**PARÁGRAFO 1o.** *Las actas de conciliación en las que se acuerde enajenar, limitar, gravar o desafectar derechos reales sobre inmuebles se cumplirá y perfeccionará por escritura pública debidamente registrada conforme a la solemnidad consagrada en el Código Civil Escritura Pública que será suscrita por el Conciliador y las partes conciliadoras y en la que se protocolizará la respectiva acta y los comprobantes fiscales para efecto del cobro de los derechos notariales y registrales.*

**PARÁGRAFO 2o.** *El Gobierno Nacional reglamentará el Registro Central de Testamentos cuyo procedimiento e inscripciones corresponde a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.*

Como se puede evidenciar, en ningún artículo de la citada ley, se establece que los locales comerciales, al interior de un bien inmueble, deben tener una inscripción y registro en la oficina de registro e instrumentos públicos, por lo que el argumento por parte del Juzgado y del Tribunal, es manifiestamente arbitrario, configurando un defecto sustantivo, en cuanto se decidió con base en normas inexistentes que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; Siendo que por el contrario estaban claramente definidos los establecimientos comerciales, los cuales si constituyen una unidad económica y patrimonial independiente del inmueble.

## VII. PETICIÓN.

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al Señor Juez que:

**PRIMERO:** Se declare que el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de Dominio y el Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala de Extinción de Dominio ha vulnerado el derecho constitucional fundamental al debido proceso, tutela judicial efectiva e igualdad, consagrados en los artículos 13, 29 de la Carta Política en los autos emitidos de fechas veintinueve (29) de septiembre del año dos mil veinte (2020) y veintitrés (23) de julio del año en calenda.

**SEGUNDO:** Que, como consecuencia de lo anterior, se deje sin valor ni efecto las providencias accionadas, y se orden, que se proceda a proferir una, como en derecho corresponde y de acuerdo a los argumentos esbozados en esta acción.

## VIII. MEDIOS DE PRUEBAS.

Las que se aportan:

1. Decisión emitida por el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá D.C., de fecha veintinueve (29) de septiembre del año dos mil veinte (2020).
2. Decisión de recurso de apelación de fecha veintitrés (23) de julio del año en calenda.

## IX. JURAMENTO

En concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 bajo la gravedad del juramento se manifiesta que no se ha presentado otra tutela respecto de los mismos hechos y derechos ante otra autoridad.

## X. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificación, el accionante recibirá a través de alguno de los siguientes medios:

- **Correos Electrónicos:**
- **Direcciones:**

Para efectos de notificación, el apoderado recibirá a través de alguno de los siguientes medios:

- **Correo Electrónico:** [idrobo@idroboasociados.com](mailto:idrobo@idroboasociados.com)
- **Dirección:** Cra. 5 Nº 26B-59 Torres del Parque.

Los accionados reciben notificaciones a través de los siguientes medios:

- **Correos Electrónicos:** [secsedtribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsedtribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)
- **Correos Electrónicos:** [j03esextdombt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03esextdombt@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Del señor Juez,



Luis Said Idrobo Gómez.  
C.C. 14.229.555 expedida en Ibagué.  
T.P. 48.653 C.S.J.