

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

STP9718-2018

Radicación n.º 99377

Acta 250

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Olga Lucía Pesca Sandoval y Juan David Bernal Pesca, a través de apoderada judicial, frente al fallo emitido el 19 de junio de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la tutela interpuesta contra la Fiscalía 23 Especializada de Extinción de Dominio de esta ciudad, Sociedad de Activos Especiales y el Grupo Interno de Trabajo de Extinción de Dominio del Ministerio de Justicia, por la presunta vulneración de su derecho al debido proceso.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

Se relata que la Fiscalía 23 ED [sic], se encuentra a cargo del sumario 11514, las diligencias vienen avanzando al punto que el 7 de diciembre de 2012 se inició la acción de extinción que afecta a los aquí quejosos.

Dentro de las determinaciones adoptadas por la instructora, se restringieron con medidas cautelares los siguientes bienes: i.) De la Productora y Comercializadora de Sales Minerales PROSAMIN, el apartamento 101 del edificio Carol Melisa PH, ubicado en la carrera 36 No. 12 - 34 de Duitama, Boyacá; ii.) De Juan David, Dan el Fernando Pesca y Olga Lucía Pesca Sandoval, la bodega de la calle 1a No. 1 A- 71 en la Ciudadela Industrial en Duitama, Boyacá y iii.) De la Productora y Comercializadora de Sales Minerales Limitada (Prosanin SL), la casa de habitación de la calle 16 No. 5 - 32.

Durante la materialización de las restricciones, la otrora Dirección Nacional de Estupefacientes, por intermedio de uno de sus agentes permitió que los aquí demandantes siguieran en el goce y disfrute de esa fortuna, "...con el mismo ánimo de señor y dueño", entre tanto se resolvía la situación de fondo.

A través de representante judicial en la sede ordinaria, Juan Bernal y Olga Pesca, se opusieron a la acción, allegando las pruebas que pretenden hacer valer. Desde entonces, afirman, han transcurrido 6 años, y la Fiscalía sigue en fase de pruebas, afectándoles el derecho a la propiedad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, porque se les ha negado la oportunidad de probar el origen inmaculado del peculio.

[...]

El 10 de abril del corriente, por conducto de apoderado judicial, los libelistas aportaron a la Fiscalía un memorial solicitando que se les permitiera permanecer en los inmuebles donde habitan y laboran, mientras que se adelanta el proceso; aún cuando dicen tener diferentes medios de convicción que soportan ese clamor, la instructora simplemente corrió traslado de la súplica a la SAE, pero esta no ha respondido y sólo recaba en que el desalojo se encuentra programado para finales del mes.

Se insiste en que los afectados se encuentran en estado de indefensión, porque a pesar de haber acudido dentro de los términos ante la autoridad, la actuación no avanza, como

tampoco se levante las cautelas que ya llevan 5 años y 6 meses, sin que la Fiscalía haya abierto la etapa probatoria bajo el supuesto de la complejidad del caso; por ello se afirma que el medio de defensa previsto por el legislador no ha sido idóneo porque el proceso no ha avanzado.

Mientras tanto, la SAE no ha tomado en cuenta las solicitudes hechas recientemente, porfiando en la realización de la diligencia de entrega sin analizar que la misma ley permite dejar los inmuebles solicitados en depósito provisional a título gratuito. Es por eso que la intervención del juez constitucional torna indispensable.

En adelante la tutela se ocupó de argumentar en torno a la procedencia de la demanda por morosidad judicial, máxime cuando lo que se pide es que los afectados continúen trabajando en los inmuebles descritos, tomando en consideración aspectos subjetivos de sus personalidades y labores, mientras ejercen, el derecho a probar la procedencia de su patrimonio.

Pese al reconocimiento de que la acción de extinción es constitucional y legítima, ello no autoriza a la Fiscalía a desconocer las garantías de debido proceso y acceso a la jurisdicción; adicionalmente, la imposición de cautelas debe ser una decisión razonable y ponderada.

En el artículo 92-4 del CED, el legislador ha establecido el depósito provisional de los bienes objeto de medidas cautelares, y que las situaciones relacionadas con aquél, estarían en cabeza de la SAE, sin embargo, se expone, que la norma no impide que sea la autoridad que impone la cautela quien pueda limitar sus efectos, más aún, si se tiene en cuenta el considerable lapso que se ha tardado la entidad en el adelantamiento de las pesquisas, sin habersele dado la oportunidad a la parte con la carga, de probar la legitimidad de su patrimonio.

No se trata de que con la tutela se esté solicitando un control de legalidad sobre las

medidas, ni mucho menos se que se decreta una improcedencia extraordinaria, y por eso la súplica planteada en la tutela tiene posibilidades de prosperidad.

Como lo que se propone es la existencia de una dilación injustificada, porque la Fiscalía 23 no ha sido diligente en la actuación y por ello se configura la violación de los derechos cuyo amparo se ruega¹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá consideró que el pedimento de los actores no resulta acorde con el principio de inmediatez, ya que solo hasta ahora cuando se pretende su materialización de las medidas cautelares con la comunicación de desalojo es que acudieron a esta vía, cuando bien lo pudieron hacer desde su mismo decreto el 7 de diciembre de 2012.

Concluyó que el proceso de extinción de dominio se ha excedido más allá de lo razonable, y por eso hizo un llamado de atención a la funcionaria de la Fiscalía, y la instó para que culmine con celeridad la instrucción.

Sostuvo que no se configuran las condiciones para proteger el derecho al trabajo, porque no se acreditó la legitimidad en la causa por activa para demandar a nombre de las otras personas que laboran en los inmuebles, y; porque la solicitud no se acompasa con las previsiones señaladas por la Corte Constitucional [Sentencias CC SU-519, 1997 y T-014, 1992].

Finalmente, resolvió amparar el derecho de petición de los actores, porque dentro del trámite no se logró establecer que frente al requerimiento elevado ante la Fiscalía por éstos para que se efectuara el depósito a título gratuito de los bienes sobre los cuales recayeron las medidas, del que luego se corrió traslado a la SAE, hayan remitido la respuesta que en derecho corresponda, y consecuencia ordenó:

«[...] el Representante Legal de la entidad, resolverá la solicitud contenida en el oficio 20185400041661 del 19 de abril de 2018, se le remitió la Fiscalía 23 Especializada; para el efecto se confiere el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas a partir del recibo de la notificación de esta decisión».

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionante sostuvo que el principio de inmediatez debe ser considerado en sentido concreto.

Así mismo, la acción de tutela procede por la inoperancia del ente instructor en el asunto encomendado, pues lleva más de cinco años en la misma etapa sin que exista razón alguna que justifique tal tardanza, situación que no les ha permitido ejercer el derecho de probar el origen lícito de sus propiedades y la inexistencia de nexo causal con la investigación penal, viéndose Olga Pesca en la necesidad de buscar una vivienda y lugar de trabajo en otro lugar.

CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

Conforme al escrito de impugnación corresponde a la Sala determinar si las accionadas vulneraron los derechos de los actores, ante la supuesta mora y falta de actividad en la que, al parecer, han incurrido dentro de la acción de extinción de dominio a cargo de la Fiscalía 23 Especializada.

2. Si la actuación penal no ha finalizado, la tutela se torna improcedente

2.1. El amparo fue consagrado como un procedimiento preferente y sumario, destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean amenazados o vulnerados

por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro mecanismo de defensa o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede como mecanismo transitorio.

No tiene carácter alternativo. Es inviable cuando el interesado dispone de otra vía de defensa judicial, pues no fue concebido para sustituir a los jueces ordinarios, ni como medio supletorio de los procedimientos señalados en las normas procesales.

Mientras el proceso se encuentre en curso, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar, al interior del trámite, el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela.

Así las cosas, uno de los presupuestos de procedibilidad consiste justamente en que se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial².

2.2. La Ley 793 de 2002, derogada por la Ley 1708 de 2014, desarrolla la acción de extinción de dominio, consagrada directamente por el artículo 34 de la Constitución Política, y fija las reglas de procedimiento, dentro de las cuales existe una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse el mencionado trámite y en la que pueden decretarse medidas cautelares, para posteriormente culminar con la decisión sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y, según el caso, la remisión de lo actuado al juez competente.

Cuando el Estado ejerce esa acción, en manera alguna se exonera del deber de practicar las pruebas orientadas a acreditar las causales que dan lugar a ella, ni del deber constitucional de garantizar el derecho de contradicción a quienes se reputan propietarios de los bienes y los terceros de buena fe, según el caso.

Una vez iniciada la acción, la persona afectada tiene el derecho de oponerse a la pretensión

gubernamental y, para que prospere, debe desvirtuar la fundada inferencia estatal, valiéndose para ello de los elementos de juicio idóneos para imputar el dominio ejecutado sobre tales bienes al servicio de actividades lícitas.

Por lo tanto, es claro que el juez de tutela no puede desplazar a la jurisdicción ordinaria en el cumplimiento propio de sus funciones, pues mientras el proceso esté en curso, cualquier solicitud de protección de garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario. De lo contrario, todas las decisiones provisionales que se tomaran en el transcurso de la actuación de extinción de dominio estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

Ciertamente, teniendo en cuenta que el proceso de extinción de dominio identificado con el n.º 11514 E.D. se encuentra en la etapa inicial, es evidente que este asunto tendrá que ser resuelto por el fiscal que conoce el asunto y de manera definitiva por el juzgado de conocimiento en la sentencia, como quiera que la medida de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo de los bienes de los accionantes –de naturaleza preventiva– simplemente impide la disposición inmediata de aquéllos, pero en manera alguna implica, per se, su pérdida definitiva, pues es nítido que en caso de demostrarse la procedencia lícita del bien, el mismo será entregado a su legítimo propietario.

2.3. Ahora bien, la Ley 1708 de 2014, que entró en vigencia el 20 de julio siguiente, «por medio de la cual se expidió el Código de Extinción de Dominio», derogó expresamente las Leyes 793 y 785 de 2002, la 1330 de 2009 y las demás que las hubiesen modificado o adicionado o resulten contrarias o incompatibles (art. 218). Del mismo modo, advirtió que «sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, y los artículos 9 y 10 de la Ley 785 de 2002, seguirán vigentes».

En esa línea, expuso la Sala de Casación Penal en providencia CSJ AP1890 – 2015 que:

[...] el aludido régimen de transición [de las leyes 785 y 793 de 2002] solamente está referido a las causales de extinción de dominio legalmente contempladas al dictarse la resolución de inicio, y no comprende las restantes instituciones sustanciales o procesales contenidas en las diferentes normas que han regulado el tema. En consecuencia, en la actualidad la ley vigente –y aplicable al sub examine– es la 1708 de 2014, salvo por las excepciones a las que se ha hecho referencia, dentro de las cuales no se encuentran las disposiciones atributivas de competencia”.

Esa postura fue refrendada por la Corte, entre otros, en autos CSJ AP4553-2015; CSJ AP983-2016; CSJ AP7025-2016; y CSJ AP8455-2016.

Bajo tales condiciones, es claro que en la actualidad, la Ley 1708 de 2014 es aplicable a todos los asuntos relacionados con la extinción del derecho de dominio y la única excepción a tal regla, hace referencia a la aplicación de las causales contenidas en las normatividades anteriores.

Teniendo en cuenta que los accionantes tienen los derechos que le son reconocidos por el artículo 13 ejúsdem y aunque el decreto de las medidas cautelares de embargo y secuestro no es susceptible de recursos, sí es posible solicitar el control de legalidad de la misma, en los términos establecidos por los artículos 111 y siguientes de la normatividad precitada, así:

ARTÍCULO 111. CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal

General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.

ARTÍCULO 112. FINALIDAD Y ALCANCE DEL CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES. El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.
2. Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.
3. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada.
4. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas.

ARTÍCULO 113. PROCEDIMIENTO PARA EL CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES. El afectado que solicite el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente a alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo anterior. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal General de la Nación o su delegado, este remitirá copia de la carpeta al juez competente que por reparto corresponda. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y surtirá traslado

común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días.

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

De allí que, para la Sala no es posible estudiar de fondo lo debatido, ya que se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de los jueces naturales y sobre el cual existen otros medios de defensa aptos para garantizar la protección de que se trata, con lo cual deviene improcedente la tutela solicitada.

2.4. De otro lado, esta Sala de Decisión ha señalado que frente a la hipotética mora en que pueda incurrir un funcionario judicial, existen otras vías judiciales eficaces que desplazan la acción de tutela.

El numeral 7º del artículo 99 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), prevé como causal de impedimento el hecho consistente en “Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada”.

El artículo 60 ejúsdem prevé que si un servidor de la justicia no se declara impedido cuando concurre un motivo para ello, cualquiera de las partes puede recusarlo.

Si lo anterior es así, resulta indiscutible que los libelistas tienen la posibilidad de abogar por la protección de sus derechos fundamentales al interior del proceso cuestionado, como es, acudir al trámite de la recusación.

Además, se puede dirigir al juez disciplinario del funcionario (Consejo Seccional o Superior de la Judicatura) y formular la correspondiente queja, por ejemplo, por infracción a los artículos 34-2, 35-7, 35-8, 48-62 y 50 de la Ley 734 de 2002 -Código Único Disciplinario-,

con el fin de que sean tomadas las medidas establecidas en esa legislación.

2.5. Finalmente, resulta pertinente recordar que la Corte Constitucional ha establecido los requisitos que se deben cumplir para que el perjuicio irremediable permita la intervención inmediata del juez de tutela, definición que se ha reiterado en varios pronunciamientos, entre ellos, en la sentencia CC T-823-1999, en la cual dijo:

[...] Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio. [Subrayas fuera del texto].

En tales condiciones, se advierte que la tutela de forma transitoria no está llamada a prosperar, ya que los accionantes no demostraron los supuestos de hecho necesarios con base en los cuales pueda inferirse razonablemente la existencia de un perjuicio irremediable, máxime cuando, se insiste, existen los mecanismos de defensa aptos para exigir el respeto de sus derechos fundamentales.

Por las anteriores consideraciones, se ratificará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 94 a 97, cuaderno del Tribunal.

2 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.