

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

STP227-2019

Radicación n° 101955

Acta 07.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO

1. Decide la Sala la impugnación interpuesta por el ciudadano JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, quien actúa a través de apoderado especial, frente al fallo proferido el 7 de noviembre de 2018, por la Sala de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que denegó la dispensa constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción, presuntamente vulnerados por la Fiscalía Treinta y Cuatro Especializada adscrita a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Lavado de Activos, trámite que se hizo extensivo a la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Extinción del Derecho de Dominio de la capital del país, así como también a las partes y demás intervinientes en la causa con la radicación n° 4421 E.D.

II. ANTECEDENTES

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

2. Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo y las pretensiones de la parte demandante, fueron reseñados por el A-quo constitucional, de la forma como sigue:

«Se dice que dentro del proceso 4421 ED se encuentra cautelado el patrimonio del actor, merced de la resolución de inicio de 15 de mayo de 2008; en su momento, el tutelante solicitó ser escuchado en declaración juramentada; fue por ello que el 10 de mayo de 2010 el despacho instructor accedió a lo pedido por ser conducente y pertinente. Como el afectado se encontraba privado de la libertad fuera del país, se efectuaría la comisión del caso, para lo que correspondiera. Esto se hizo a través del exhorto 538, diligenciado por la dependencia correspondiente.

El Director de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, remitió con oficio DAI 005873 al Cónsul General de Colombia en Miami el documento 538, para que se prestase la asistencia judicial del caso, y Ortiz Pinilla fuera escuchado en la prisión Federal Detention Center del Distrito Sur de la Florida previo cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 266, 267 y 269 de la Ley 600 de 2000.

La bancada del afectado iteró lo solicitado y por ello, el Fiscal 34 ED (sic) reiteró la orden de practicar la prueba, y libró el exhorto 603 de 26 de julio de 2011; a través de la carta rogatoria 691 de 25 de octubre de 2011 se pidió a la Autoridad Judicial de los Estados Unidos de América, que auxiliara la prueba decretada. Fue por ello que el 24 de enero de 2012, un Agente Especial se reunió con el tutelante en el Centro Correccional del Condado de Adams y realizó la entrevista sin los presupuestos y amonestaciones de los artículos 266, 267 y 269 de la Ley 600 de 2000 como fuera dispuesto por la autoridad judicial.

Posteriormente, el 29 de diciembre de 2014, la Fiscalía dispuso cerrar el periodo (sic) probatorio y ordenó los traslados del caso para alegatos de conclusión, desatendiendo que la prueba decretada el 10 de mayo de 2010, no se había surtido con acatamiento de los

artículos 266, 267 y 269, ibídem, vigentes para la época en que fue decretada.

Ello llevó a pedir en memoriales de 23 y 27 de agosto de 2018 dentro de la actuación ordinaria, i.) que se escuchara a Ortiz Pinilla en declaración juramentada y ii.) que se decretara la nulidad de lo actuado, a partir de la resolución que cerró la etapa probatoria, por violación al debido proceso, por inexistencia de la prueba decretada en la resolución de 10 de mayo de 2010.

El 16 de octubre de 2018, no se accedió a la petición de ser escuchado en declaración jurada, ni a la nulidad planteada, pues el apoderado del afectado, podrá solicitar las dos cuestiones ante el juez de conocimiento.

Considera el libelista que ello constituye una afrenta al debido proceso porque no se cumplió a cabalidad lo prescrito en el sentido de que lo que se realizó fue una entrevista, cuando lo que debió hacerse era una declaración juramentada con el lleno de los requisitos; como ello no fue así, la entrevista es ineficaz e inexistente, porque lo que se ordenó era una declaración bajo juramento; en consecuencia se violan los derechos de defensa y contradicción.

Con la demanda se pretende la tutela de los derechos a un debido proceso, defensa y contradicción y que como consecuencia de ello, se le ordene a la Fiscalía 34 ED (sic), que dentro del término de ejecutoria del fallo constitucional se fije fecha y hora para la declaración juramentada de José María Ortiz Pinilla, como se dispuso en la resolución de 10 de mayo de 2010.

III. DEL FALLO RECURRIDO

3. Examinados los medios de convicción disponibles, la Sala de Extinción del Derecho de

Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió negar, por improcedente, la dispensa de los derechos fundamentales reclamados por el apoderado especial de JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, al no vislumbrarse ningún defecto que torne procedente el amparo solicitado, toda vez que:

(i) Durante el trámite de la etapa de investigación surtida por el ente persecutor, el demandante tuvo a su alcance la oportunidad de activar los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico para atacar la decisión del 26 de diciembre de 2014, a través de la cual la Fiscalía Treinta y Cuatro Especializada adscrita a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Lavado de Activos, dispuso el cierre del periodo probatorio de la causa extintiva; escenario idóneo donde el interesado pudo formular las argumentaciones que pretende hacer valer mediante este mecanismo, para la salvaguarda de sus intereses.

(ii) Entre la fecha en que se dictó la determinación que el tutelante aspira a dejar sin efectos (26 de diciembre de 2014) y la promoción del presente accionamiento (29 de octubre de 2018) trascurrieron cerca de cuatro (4) años, lapso que para el Tribunal A-quo resulta irrazonable para demandar en sede constitucional.

(iii) En la fase de juzgamiento del proceso extintivo que cursa en contra de JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, el mismo cuenta con la posibilidad de postular su criterio a través de los instrumentos jurídicos allí dispuestos.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

4. Fue presentada por el apoderado especial del interesado, quien además de reiterar los argumentos que nutrieron el libelo introductorio, indicó lo siguiente:

4.1. Si bien dentro del período instructivo el actor fue asistido por otra profesional del derecho, a su juicio, careció de una adecuada defensa técnica, en tanto la otrora abogada «nunca presentó ningún reparo ni hizo uso de los recursos contenidos en la extinta ley de extinción del derecho de dominio (...) que permitiera demostrar la procedencia lícita de los bienes [materia del proceso]»; lo cual repercutió en que no se objetaran las decisiones de la Fiscalía.

4.2. No es posible dar aplicación al principio de inmediatez en el presente asunto, por cuanto la irregularidad demandada solo fue conocida hasta el 23 de agosto de 2018, situación que se adecúa a los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T-038/2017.

V. CONSIDERACIONES

5. De conformidad con la preceptiva del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Corporación para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en condición de superior funcional de la Sala de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

6. La Sala confirmará el fallo emitido por el A-quo, bajo las consideraciones que a continuación se exponen:

7. La jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de esta acción constitucional, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias – administrativas o jurisdiccionales – y sólo ante la ausencia de dichos senderos o cuando las mismas no son idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la misma.

8. En efecto, el carácter residual de estos asuntos impone al tutelante desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los recursos de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías constitucionales.

9. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existe el medio judicial de defensa, y la parte demandante deja de acudir a él y, además, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de lograr la guarda de un derecho superior (CC T-480-2011).

10. En estas circunstancias, el reclamo tuitivo no puede hacerse valer, ni siquiera como mecanismo transitorio de amparo, pues, tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de herramientas administrativas o judiciales, en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración fundamental y a la diligencia del interesado para hacer uso oportuno de los mismos.

11. En el caso «sub examine», la petición de amparo formulada por el apoderado especial de JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, se orienta a reprochar la resolución del 29 de diciembre de 2014, proferida por la Fiscalía Treinta y Cuatro Especializada adscrita a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Lavado de Activos, mediante la cual dispuso finiquitar el período probatorio dentro del proceso de extinción de dominio que cursa en su contra.

Ello en razón a que, en su criterio, la diligencia de declaración juramentada rendida por el actor el 24 de enero de 2012, en el Centro Correccional del Condado de Adams (Estados Unidos de América), se practicó «sin los presupuestos y amonestaciones que señalan los artículos 266, 267 y 269 del C.P.P.»

12. En tal contexto, observa la Sala que la parte demandante incumplió la condición de procedibilidad de este mecanismo: emplear los instrumentos ordinarios de reposición y/o apelación, para la protección de sus intereses, contra la referida resolución.

13. Lo anterior, en consideración a que, sin justificación alguna, el libelista dejó de activar los aludidos medios de defensa que tenía a su alcance, que resultaban idóneos en aras de refutar la decisión atacada y obtener por esa vía el estudio de fondo de su postulación; máxime cuando la Corte Constitucional en sentencia C-740-2003, declaró la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 793 de 2002 (que rige el trámite de extinción de dominio en que fueron afectados los bienes de JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA), salvo la expresión «Ninguna decisión adoptada por el fiscal es susceptibles de recursos»; al considerar que, por tratarse «de decisiones que tocan (...) aspectos sustanciales del proceso (...), debe permitirse la posibilidad de que sean revisadas por el superior jerárquico de quien tomó la decisión».

14. Por intermedio de dichos instrumentos, que se ofrecían adecuados, pudo el tutelante propiciar un pronunciamiento al interior del cauce natural del diligenciamiento, sin que sea procedente que se proponga por este sendero para lograr lo deseado. (CC T-480-2011).

15. Así las cosas, el interesado, ahora no puede valerse de su comportamiento procesal, para acudir de manera directa a esta herramienta y desconocer las vías legales idóneas para ello, máxime cuando feneció el término para interponer los señalados instrumentos de impugnación, pues la determinación cuestionada ha cobrado firmeza.

16. Igualmente, observa la Sala que la reclamación constitucional tampoco satisface el presupuesto de inmediatez, pues el presente libelo fue promovido el 29 de octubre de 2018; y la resolución que pretende censurar el actor, data del 29 de diciembre de 2014; sin que se vislumbre una justificación válida que lo habilite a demandar en esta sede después de casi 4 años, por cuanto, no puede perderse de vista que se está ante una presunta afectación de derechos fundamentales, lo que implicaría reclamar de manera oportuna su salvaguarda.

17. Lo precedente sugiere que JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, al parecer no ha requerido una protección constitucional de manera urgente e inmediata, debido a que de ser apremiante su situación, hubiese procurado una solución con mayor premura.

18. Se enfatiza en que no es desproporcionada la circunstancia de adjudicarle al demandante la carga de acudir al juez constitucional oportunamente, porque, además de no tratarse de un sujeto de especial protección, el desconocimiento de la ley no es excusa válida para desatender asuntos de carácter personal (artículo 9º del Código Civil).

19. Por otra parte, referente a la afirmación del libelista, consistente en que la primigenia abogada de confianza que fue designada por JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, durante el trámite de la causa extintiva que cursó en su contra, no procuró su defensa técnica en debida forma; debe recordarse que tal situación debe postularse inicialmente dentro del trámite de extinción de dominio; y para que se configure este vicio no es suficiente argumentar lo que se dejó de hacer (sentido negativo de la defensa) por parte del representante del implicado, sino que se requiere, además, indicar y demostrar que ello no obedeció, en primer lugar, a una táctica autónomamente escogida por el profesional respectivo y, en segundo término, y consonante con lo anterior, que otra hubiera sido su suerte a partir de una maniobra específica más activa (sentido positivo de la defensa)¹.

18. Frente al particular, la jurisprudencia de esta Sala Decisión, en la sentencia CSJ STP, 27 May. 2008, Rad. 36903, reiterada recientemente en decisión CSJ STP18394-2017, 7 Nov. 2017, expuso lo siguiente:

«En el presente caso el fallo objeto de impugnación merece ser confirmado, pues como ahí se dijo, la demanda se quedó corta en la prueba de trascendencia de la supuesta falta de defensa técnica que en ella se planteó. Recuerda la Sala que cuando se habla de probar la trascendencia de este vicio, lo que se propone es la observancia objetiva del proceso penal, las pruebas practicadas, las providencias que en su curso se dictaron, para, a partir de tales elementos ónticos y concretos, establecer que mediante la ejecución de un acto de defensa especial o una estrategia defensiva diferente, otra hubiese sido la suerte del encartado. Ahora bien, esa tarea está a cargo del demandante. Recordemos que la decisión judicial en firme, constituye una expresión de la judicatura que se presume legal y acertada, razón

por lo cual, quien denuncia lo contrario, debe probarlo.

En conclusión, el demandante incurrió en profundas deficiencias al momento de plantear su demanda, pues se conformó sólo con denunciar la falta de defensa técnica desde una óptica pasiva, omitiendo demostrar qué consecuencias tendría otra estrategia defensiva ejecutada activamente». (Resaltado de la Sala).

19. Por ende, no puede desconocerse la estrategia defensiva que pueda asumirse en cada caso concreto bajo las circunstancias especiales que lo rodeen, razón por la cual, además de denunciarse las omisiones de la anterior profesional del derecho, necesariamente debía demostrarse la trascendencia o incidencia que tal conducta tuvo en la decisión final o cómo una actitud distinta implicaría, desde luego, una suerte también diferente para el interesado, lo cual no efectuó la parte accionante.

20. Ahora bien, si el memorialista estaba inconforme con la labor desplegada por su primigenia apoderada de confianza, bien podía contratar los servicios de otro profesional o, en su defecto, solicitar a la Defensoría del Pueblo, con el propósito de que se le asignara uno adscrito al sistema de defensoría pública para que le prestara la asesoría correspondiente.

21. Finalmente, acorde con lo establecido en el artículo 152 de la Ley 793 de 2002, el ciudadano JOSÉ MARÍA ORTIZ PINILLA, aun cuenta con la posibilidad de realizar su postulación nulitativa durante la etapa de juzgamiento de la acción de extinción de dominio; sin que sea posible dilucidarla a través de este dispositivo tutelar, toda vez que, en atención a su naturaleza residual y subsidiaria, el mismo no se traduce en un instrumento alternativo, supletorio o paralelo de la actividad jurisdiccional de administrar justicia, sino como un mecanismo al que sólo se puede acudir cuando se han agotado todas las posibilidades dentro del proceso correspondiente, sin que se hubiese logrado subsanar el agravio de la garantía constitucional. (CSJ STP1591-2017, 9 Feb. 2017, Rad. 89916).

22. Según lo indicado, se confirmará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 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 el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ SP, 27 May. 2008, Radicación n°. 36903, reiterado, entre otros pronunciamientos, en CSJ STP5530-2018, 26 Abr. 2018, Radicación n° 98137.

2 Ley 793 de 2002. (...) «Artículo 15. De las nulidades. Cualquiera nulidad que aleguen las partes, será considerada en la resolución de procedencia o improcedencia, o en la sentencia de primera o segunda instancia. No habrá ninguna

nulidad de previo pronunciamiento».