

Bogotá, noviembre de 2021

SEÑOR

**JUEZ CONSTITUCIONAL (REPARTO)**

E. S. D.

**ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL**

**ACCIONANTE: MIGUEL ÁNGEL DEL RÍO MALO COMO ABOGADO**

**REPRESENTANTE DEL SEÑOR JORGE ENRIQUE ZAGARRA LÓPEZ**

**ACCIONADO: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ (SALA PENAL DE  
EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO)**

**MIGUEL ANGEL DEL RIO MALO**, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado de confianza del señor **JORGE ENRIQUE ZAGARRA LÓPEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.472.680 de la ciudad de Santa Marta, invocando el artículo **86 de la Constitución Política**, acudo ante su Despacho para instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** contra del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ (SALA PENAL DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO)**, con el objeto de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales que a continuación enuncio y los cuales se fundamentan en los siguientes hechos:

### **HECHOS**

1. El día 06 marzo de 2015, la Directora de la Fiscalía Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, designó a la Fiscalía 42 Especializada el conocimiento de la investigación de los bienes inmuebles relacionados en el informe de Policía Judicial DIRAN-GUID-29.25 No. 341 del 06 marzo de 2015, suscrito por el investigador Andrés Felipe Giraldo Álzate.



2. En dicho informe se da cuenta de un listado de personas, quienes se encuentran siendo investigadas por parte de la Fiscalía General de la Nación por presuntas conductas punibles relacionadas con el delito de narcotráfico, informando igualmente, de la captura de alguna de estas personas con fines de extradición, entre ellas, el señor José Élver Merchán Cortes, **Bernardo Luis Olarte Loaiza** y Cristian Gustavo Pérez Plazas, capturas efectuadas al interior de CUI 110016000009820150056.
3. Dentro del citado informe se establecía que las personas mencionadas operaban en la zona norte de Colombia, específicamente en el departamento de la Guajira, en donde acopiaban y luego embarcaban en lanchas rápidas grandes cantidades de cocaína hacia algunos países de Centroamérica, como punto de tránsito para enviar estupefacientes a los Estados Unidos.
4. El día 04 febrero de 2016, la Fiscalía 42 Especializada de Extinción del Derecho de Dominio emite resolución de medidas cautelares con suspensión del poder dispositivo (embargo y secuestro), respecto de tres inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria Nro. 080-42224, 210-43618 y 080-81261, las cuales se hicieron efectivas.
5. Posteriormente, el día 15 septiembre de 2016 la misma Fiscalía emitió REQUERIMIENTO de extinción del derecho de dominio sobre los bienes afectados con la mentada medida cautelar, ordenando remitir las diligencias a los Jueces Penales del Circuito Especializado de Dominio con sede en Barranquilla.



6. La anterior petición se encontraba fundada en las causales contempladas en los numerales 1 y 8 del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014.
7. El día 21 de octubre de 2016, se da inicio a la etapa de juicio ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Barranquilla.
8. Mediante providencia del 08 mayo de 2017, el Despacho Judicial emitió auto de nulidades y observaciones, ordenando en su parte resolutiva admitir a trámite el requerimiento presentado por la Fiscalía. De la misma forma se profirió el auto de la misma fecha en donde el señor Juez ordenó la práctica de algunas pruebas y se abstuvo de decretar otras solicitadas.
9. Una vez culminada la etapa probatoria, se dispuso mediante providencia del 10 agosto de 2017, correr traslado a los sujetos procesales e intervenientes con la finalidad de que presentaran sus alegatos de conclusión.
10. Dentro de los bienes que pretendían ser objeto de extinción del derecho de dominio, se encontraba el que aquí interesa relativo a bien inmueble de carácter rural con folio de matrícula inmobiliaria No. 080-4224, constitutivo de un Lote de terreno ubicado en la vereda Mendihuaca en el departamento de Magdalena y perteneciente al señor Jorge Enrique Zagarra López.
11. El día 14 de diciembre de 2018 se emite sentencia por parte del Juez de primera instancia, en donde decide: "**DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la extinción del derecho de dominio del Lote de Terreno – Vereda Mendihuaca, identificada con el folio de Matricula



*Inmobiliaria 080-4224 de Santa Marta y de propiedad del señor Jorge Enrique Zagarra López, según lo relacionado en la parte motiva."*

12. Es así como la Fiscalía 58 en apoyo a la Fiscalía 42 de Extinción de Dominio decide apelar la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Barranquilla, correspondiéndole el conocimiento del mismo al Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio); M.P. William Salamanca Daza.
13. En dicha impugnación, la Fiscalía 58 de Extinción de Dominio solicitó se declarara la extinción del derecho de dominio del bien inmueble con matricula inmobiliaria 080-4224, argumentando que existían inferencias lógico-razonables que permitían predicar la aplicación de la causal 1 de la Ley 1708 de 2014. Para la Fiscalía se presentaba al interior de la Sentencia de primera instancia un falso juicio por suposición toda vez que era dable dilucidar los elementos estructurales de la hipótesis fáctica extintiva de dominio sobre el mentado bien inmueble.
14. Para el ente persecutor el negocio jurídico celebrado entre el señor Jorge Zagarra y Bernardo Olarte tenía una alta probabilidad de ser simulado y se equivocaba al considerar como normal que una propiedad retornara a sus antiguos propietarios pasando por una persona solicitada en extradición.
15. Concluye la Fiscalía: "*Impetra que el fallado pretende implantar una especie de tarifa legal positiva y negativa, cuando lo que debe revisar son los parámetros de la buena fe exenta de culpa, esto es, que al momento de la celebración del negocio se establezca si la actuación del afectado superó las labores propias de informarse sobre la licitud*



y capacidad del enajenante, el cual NO debe pasar desapercibido, que, los indicios y las inferencias lógico razonables por deducción e inducción de los elementos de prueba a partir de las reglas de la experiencia, la sana crítica y la lógica son admisibles en este caso para predicar la pérdida del dominio.”

16. El día 26 febrero de 2021, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio, resolvió **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia del 14 diciembre de 2018 y en su lugar declarar la extinción del derecho de dominio del inmueble con Matricula Inmobiliaria 080-4224, a favor del Estado y en contra del señor Jorge Enrique Zagarra López.
17. En su numeral segundo, confirma en lo demás la sentencia de primera instancia, que declaró la NO extinción del derecho de dominio de los demás bienes inmuebles.

## DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al interior de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Barranquilla, se establecía que con relación al inmueble con el folio de matrícula inmobiliaria No. 080-4223 del señor Jorge Enrique Zagarra López:

*“(...) la Fiscalía realizó una precaria por no decir inexistente labor investigativa respecto de los bienes que se solicita se declare la extinción de dominio, nótese que a lo largo del requerimiento se hace mención una y otra vez al Indictmen (pliego acusatorio de los Estados Unidos), de fecha 15 diciembre de 2015, pretendiendo que este hecho por si solo sea suficiente para soportar las causales alegadas por la Fiscalía.”*



Tal como ocurrió, el señor Juez establece que una vez verificado el certificado de tradición que reposa en el expediente con relación al inmueble del señor Jorge Enrique Zagarra López, se denota un negocio jurídico de compraventa entre el señor Rafael Vicente Zagarra Campo y Bernardo Luis Olarte Loaiza, mediante la escritura 2604 del 30 diciembre de 2009.

Fecha para la cual, según lo establece la Fiscalía, el señor Bernardo Luis Olarte Loaiza ya se encontraba ejerciendo actuaciones delictivas, por lo que se podría concluir que efectivamente dicho bien fue adquirido con dineros ilícitos.

Para el señor Juez de primera instancia:

*“(...) debe recordarse que la presunción de buena fe permea las actuaciones de los afectados y terceros tal como lo señala el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 7 de la Ley 1708 de 2014, presunción que debe ser destruida por el ente acusador si desea que se acoja la solicitud de extinción de Derecho de Dominio sobre uno o varios bienes, esto último no se impone de manera caprichosa por el Juzgado, sino que atiende a disposiciones legales vigentes consagradas por ejemplo, en el inciso 2 del artículo 152, modificado por el artículo 47 de la Ley 1849 de 2019, solo por mencionar alguna de ellas.”*

Continua el señor Juez: *“En efecto, la norma en cita establece que el estado en cabeza de la Fiscalía tiene la obligación de investigar la existencia de alguna de las causales señaladas en la Ley para declarar la extinción del derecho de dominio, e igualmente, impone el deber al ente acusador de acreditar que el afectado no es titular de buena fe exenta de culpa y de otro lado, le da la posibilidad al afectado de desplegar todo el andamiaje defensivo del que disponga a efectos de demostrar la procedencia lícita, el incremento justificado de su*



patrimonio o cualquier otra dirección que corresponda con la causal que se le impute."

Por lo que para el Juez a quo, el hecho de que en el certificado de libertad y tradición se observe que mediante escritura pública No. 509 del 24 febrero de 2011, el señor Bernardo Luis Olarte Loaiza vendió el mentado bien en favor del señor Jorge Enrique Zagarra López, no es criterio para establecer, como pretende la Fiscalía en razón a la fecha de la compra del bien inmueble, que todos los negocios eraban viciados de ilicitud.

Por lo que no hubo un sustento probatorio por parte de la Fiscalía respecto a las condiciones en las que se celebró la compra y venta del bien, así como tampoco se tuvo en cuenta la calidad del tercero que adquirió el bien con relación a su actividad legal o ilegal o si carecía de los dineros para la compra del inmueble.

De la misma forma, al interior de la providencia de primera instancia se hace acopio de los documentos aportados por el señor Jorge Enrique Zagarra López, en donde se explica que en bien inmueble siempre ha estado en cabeza de su familia tal y como lo demuestra la línea de tradición del bien inmueble, de la misma forma indica que toda vez que se presentó una situación económica precaria, se vio en la necesidad de venderlo, pero con el objetivo de recuperarlo nuevamente e integrarlo a su patrimonio.

De la misma forma, se tomó en consideración por parte del A Quo el contrato de compraventa suscrito entre el señor Bernardo Luis Olarte Loaiza en favor del señor Jorge Enrique Zagarra López, con fecha del 01 marzo de 2010, en donde nuevamente el señor Zagarra López recobra la propiedad del bien, y estipula la forma de pago consistente en:



- El comprado cancela la suma de \$5.400.000 a la firma del contrato.
- El dinero restante, es decir, \$1.600.000, se pagaría con el dinero de las cesantías que desembolsó la empresa CI PRODECO (en donde laboraba el señor Jorge Enrique Zagarra López).

Lo anterior para un total de \$7.000.000 millones de pesos.

De la misma forma, reposa en el expediente y fue correctamente valorado por el señor Juez de primera instancia el documento contentivo de la solicitud por la empresa CI PRODECO a la Dirección Territorial de la Protección Social calendada el día 02 marzo de 2010, en donde dicha empresa solicitaba el retiro parcial de las cesantías pertenecientes al señor Zagarra López por la suma de \$1.600.000 con el objetivo de ser destinados a la compra de un lote.

Por lo cual, para el A Quo dichos documentos:

*“(...) corroboran la veracidad de los hechos narrados por el afectado y que dan al traste con la pretensión de la Fiscalía de extinguir el derecho de dominio de este bien, por cuanto el afectado demostró los recursos lícitos con los cuales fue adquirido el bien, además de la inexistencia del vínculo que la Fiscalía pretendía achacarle con el señor Bernardo Luis Olarte Loaiza.”*

En relación al criterio de buena fe exento de culpa, para el señor Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio, es inadmisible pretender que el señor Jorge Zagarra tuviera conocimiento de las conductas delictivas del señor Bernardo Luis Olarte Loaiza al momento de comprar el bien inmueble 24 febrero



de 2011, más cuando ello no era de conocimiento público, y si bien, según el Indictem (pliego acusatorio de los Estados Unidos), para el día 15 diciembre de 2014, ya el señor Olarte Loaiza ejercía actividades delictuales, dicho conocimiento llega a las autoridades colombianas competentes hasta el mes de febrero de 2015, tal como se aprecia en el informe No. 341/DIRAN-GRUIC-29.25 de marzo de 2015, por medio del cual se da inicio al trámite en Fiscalía.

Por lo que, resultaría irrazonable y desproporcional que el Estado colombiano exija al señor Jorge Enrique Zagarra el conocimiento de los hechos delictivos del señor Bernardo Luis Olarte Loaiza cuando ni siquiera las autoridades competentes conocían de dichas actividades delictivas, pues, como se menciona en la Sentencia de primera instancia: “(...) pues sobre este no reposaba orden de captura o investigación en curso que fuera aportada al expediente, queriendo decir con ello que solo hasta el mes de febrero del año 2015, tanto las autoridades así como las personas del común se dieron por enterados de las conductas punibles de este señor, no pudiéndose entonces pretender que el afectado tuviera conocimiento del actual delictivo del señor Bernardo Luis Olarte Loaiza desde antes de la aprehensión de este, cuando para el mismo Estado pasó desapercibido durante todos esos años.”

Entonces, una vez establecido este punto, para el señor Juez de primera instancia cobró relevancia el testimonio recepcionado al interior del proceso del señor Jorge Gutiérrez, quien de forma libre y espontánea manifestó que desde el año 2003 recibió las tierras por parte del señor Rafael Vicente Zagarra Campo y desde esa fecha la ha venido sembrando y cuidando. De la misma forma manifestó que durante los casi 14 años que ha trabajado las tierras nunca ha recibido órdenes por personas diferentes a la familia Zagarra, es



decir, su patrón directo fue el señor Rafael Zagarra hasta que murió y luego dicho puesto lo obtuvo el señor Jorge Zagarra.

De la misma forma, se tuvo en consideración el testimonio del señor Roberto Carlos Olarte de la Ossa, quien fungió como compañero del señor Jorge Enrique Zagarra y quien manifestó que sabía que el señor Rafael Zagarra le pidió al señor Bernardo Olarte un dinero para arreglar algunos problemas de carácter legal e inclusive, fue el mismo señor Olarte de la Ossa quien le llevó al señor Rafael Zagarra la suma de cinco o seis millones de pesos.

De los testimonios recolectados fue claro entonces para el señor Juez que, el señor Bernardo Luis Olarte Loaiza era conocido en dicha región como un comerciante dedicado a la venta de semovientes y otros bienes, así como al préstamo de dinero de forma ocasional, por lo cual el señor Rafael Zagarra acude a él para realizar el mencionado negocio jurídico.

Es así como ante la inexistente consolidación probatoria por parte de la Fiscalía 42 de Extinción de Dominio y la configuración de tercero de buena fe exento de culpa en cabeza del señor Jorge Enrique Zagarra López, permite desestimar la solicitud por parte del ente persecutor.

Es así como, previo a un llamado de atención a la Fiscalía 42 de Extinción de Dominio, el señor Juez resuelve **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la extinción del derecho de dominio del Lote de Terreno – Vereda Mendihuaca, identificada con el folio de Matricula Inmobiliaria 080-4224 de Santa Marta y de propiedad del señor Jorge Enrique Zagarra López, según lo relacionado en la parte motiva.



## DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Extinción de Dominio, realizó un recuento del testimonio del señor Jorge Zagarra, así:

- 1) Jorge Zagarra dice ser administrador público, sobrino de Rafael Vicente Zagarra Campo, último que adquirió el bien inmueble por partición.
- 2) El señor Jorge Zagarra López afirmó ser empleado de la empresa multinacional PRODECO y manifestó que adquirió el bien inmueble a través de un negocio de compraventa realizada con Bernardo Olarte, a quien conoció por intermedio de un amigo de la Universidad y sobrino de este último.
- 3) Que el inmueble lo pagó con el dinero de sus ahorros y la liquidación parcial de las cesantías, para lo cual presentó una promesa de compraventa y hasta el año siguiente efectuó el registro en la oficina correspondiente.
- 4) Aseveró que inicialmente su tío (Rafael Vicente Zagarra Campo), había gestionado un crédito con Bernardo Olarte con la condición de que, pagada la deuda, el inmueble volvería a la titularidad de la familia. Sin embargo, el mencionado predio no fue devuelto a su tío Rafael Zagarra, roda vez que tenía mucha edad, y no era de ninguna utilidad, pues de todas maneras sus bienes iban a ser trasladados a su nombre.
- 5) Afirmó posteriormente que adquirió el predio por \$7.000.000 y que, con la firma de la promesa de venta en marzo de 2010, le entregó una parte del dinero al vendedor Bernardo Olarte y el saldo restante se pagó con la entrega de la liquidación de las cesantías.



6) Al ser preguntado qué ganancia obtuvo Bernardo Olarte por el empréstito, contestó que el dinero había sido concedido en mutuo, con la condición de pagar el 5% de réditos mensuales, que sería pagados al momento final de cancelar la deuda total. Dijo conocer a María Nohemí Diaz Cuello, quien tenía una relación sentimental con Bernardo Olarte y a María Nohemí Cuello su progenitora.

El H. Tribunal de Bogotá, también establecer que logra evidenciar que al interior del expediente se puede encontrar:

A) Escritura pública no. 2604 del 30 diciembre de 2009, mediante el cual el señor Rafael Vicente Zagarra, vende y actualiza los linderos del área del terreno rural, a favor de Bernardo Olarte del inmueble con Matricula Inmobiliaria 080-42-24, sin que en ella se especifique ninguna condición o garantía.

Para el H. Tribunal, dicha prueba es reprochable toda vez que si bien Bernardo Olarte, exigió un respaldo por un prestamos de mutuo, lo más conveniente y fácil en un caso como ese, era registrar una hipoteca a título personal. Sin embargo, eligieron elaborar un contrato de compraventa que exigía la entrega real y material del bien inmueble por el valor de \$6.700.000, valor que para el Tribunal contradice las afirmaciones del señor Jorge Enrique Zagarra ante el Juzgado de Barranquilla.

Por lo anterior, resulta complicado para el H. Tribunal de Bogotá creer que toda vez que el dinero prestado por parte del señor Bernardo Olarte al señor Rafael Zagarra fue el 2009, y que no es sino hasta el 24 de febrero de 2009 que se compra nuevamente al prestamista el bien inmueble, que los intereses del 5% den como resultado en el transcurso de 14 meses la sima de \$2.000.000 pesos



colombianos adicionales. Por lo que para el decisorio de segunda instancia, dichas afirmaciones al no poder ser verificadas, toda vez que no se encuentran contenidas en un documento, son tachadas de falsas.

De la misma forma, el H. Tribunal considera superficialmente la solicitud de liquidación parcial de cesantías calendada el 02 marzo de 2010 por un valor de \$1.600.000 para la compra de un lote y una solicitud del 18 febrero de 2011 por el valor de \$2.200.000 que sería utilizados para la remodelación de la vivienda. Asimismo, se relaciona el certificado de trabajo expedido por la empresa Prodeco, mediante la cual constata que el señor Jorge Zagarra labora en la misma desde el día 19 marzo de 2009, con una asignación mensual de \$2.806.380, más 831.850 por recargos nocturnos.

Dentro de la valoración probatoria realizada por el H. Tribunal de Bogotá, también se hace mención del contrato de promesa de compraventa suscrita en el mes de marzo de 2010, mediante la cual se estipularía un precio de \$5.400.000 a la firma de la promesa de compraventa y \$1.600.000 con el producto de las cesantías. No obstante, para el H. Tribunal de Bogotá, si bien se presentó la solicitud de liquidación parcial de cesantías del día 02 marzo de 2010, NO se halló documento alguno que constatará el giro o pago de ese emolumento a favor del vendedor, por lo que no se pudo verificar si en efecto esa suma de dinero fue entregada al señor Bernardo Olarte por concepto de la compra del bien inmueble. Por lo que el Juez colegiado de segunda instancia reprocha que el señor Jorge Zagarra no pudo establecer, con un grado de certeza absoluto, que los recursos con los cuales compró el bien eran producto de sus actividades lícitas.



De la misma forma, reprocha el H. Tribunal de Bogotá que el pago de \$5.400.000 se haya realizado al momento de la suscripción de compraventa, sin que exista documento que acredite dicha transferencia, posteriormente, se generara un pago producto de las censarias el día 02 marzo de 2010 y solo once (11) meses después, es decir, hasta el 24 de febrero de 2011, se legalizara la compraventa mediante la escritura pública No. 509.

Por lo que resume el H. Tribunal de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio:

*“Si bien existe en el caudal probatorio documentos que demuestran el pago de salarios y solicitud de liquidación parcial de cesantías, no se encuentra evidencia alguna o explicación del origen del dinero utilizado para el pago del bien, pues como ya se expuso, no se localiza el desembolso de las cesantías, ni cómo fueron cancelados los salarios o el pago de los \$5.400.000, aunado a ello, la promesa de compraventa se firmó en el mismo año en el que Abelardo Olarte desarrollaba actividades ilícitas y ya le habían sido incautados varios envíos de estupefacientes a los Estados Unidos. No es comprensible para la Sala, que según la promesa de compraventa, Jorge Zagarra pagó la totalidad del bien inmueble, éste hubiera optado por elevar la escritura pública hasta el 24 febrero de 2011.”*

Por lo tanto, toda vez que para el H. Tribunal de Bogotá no se demostró de forma suficiente la fuente de los recursos del señor Jorge Zagarra, decide **REVOCAR** la decisión del juez de primera instancia y como consecuencia, declarar la extinción del derecho de dominio respecto del bien inmueble con M.I. 080-4224 de propiedad del señor Jorge Enrique Zagarra López. A favor del Estado.



## REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

Tal como lo ha manifestado la H. Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992, en donde se estudió la constitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, dicha Corporación fue enfática en aceptar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando estas se soportan en una actuación de hecho del funcionario judicial que la profirió inobservando los derechos fundamentales del afectado. En tal medida la H. Corte Constitucional manifestó en la Sentencia SU768/14;

*“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada impide para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, (...). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.*



De tal forma, muy activamente la jurisprudencia ha realizado un avance constitucional hacia los denominados “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”. Así en la Sentencia T-949 de 2003, se señaló lo siguiente;

*“Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales y de una interpretación sistemática de diversas disipaciones de la Constitución.*

En este desarrollo, se ha remplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior, “(...) toda vez que se busca armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado”.

En este punto entonces, la H. Corte Constitucional ha determinado dentro de su ejercicio jurisdiccional, que es obligación del operador jurídico respetar los precedentes y de guardar respeto y armonía entre su discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales previstos en la Constitución e incluso argumentar suficientemente cada una de sus decisiones y ponderar con claridad los derechos fundamentales que se encuentran en disputa.

Ante esto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar con convicción que existen ciertos



requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, que no son más que ciertos presupuestos cuyo cumplimiento es condicional para que el juez de tutela proceda a examinar si en el caso en concreto se presenta una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De esta forma la H. Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, cuyo objeto era el estudio de Constitucionalidad del artículo 185 de la ley 906 de 2004, determinó que la acción de tutela solo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos requisitos deben distinguirse entonces unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo constitucional una vez interpuesto.

Entre los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales la H. Corte identificó plenamente seis (6), cuyo extracto se aplicará al caso en concreto:

- 1) “Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Esto es, que 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 le corresponde definir a otras jurisdicciones”.

## **1. Derecho a la propiedad privada.**

El artículo 58 Constitucional establece que:

*“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”*



Normatividad Superior que ha sido entendida por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-189 de 2006, como:

*“(...) el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias.”*

La propiedad privada, entonces, le otorga facultades al dueño y señor de la cosa, consistentes en:

- i. Usar el bien según su destinación.
- ii. Gozar de dicho bien, es decir, habilitar al propietario para apropiarse de los frutos y productos que la cosa produce.
- iii. Disponer del bien; del cual se desprenden dos situaciones:  
(i) la actividad material que se traducen en habilitar al propietario para destruir, modificar o cambiar la cosa y (ii) la actividad jurídica que permite que el dueño enajene la misma.

Por lo que automáticamente es posible establecer que la propiedad es el derecho real por excelencia, el más completo que se puede tener sobre un objeto y el más amplio del derecho de señorío que se puede ejercer sobre una cosa. Por lo que los otros derechos realicen se deducen de la propiedad y, por lo tanto, son sus desmembraciones.

El derecho de propiedad ha tenido grandes cambios de acuerdo con la evolución de nuestra legislación, entendiéndose inicialmente como un derecho absoluto, concepto que fue suprimido gracias a la Corte Constitucional quien consideró que el derecho a la propiedad tenía unas limitaciones expresas en la



Constitución Política de 1991, toda vez que le es inherente una función social y ecológica.

De esta manera, la Constitución Política al garantizar el derecho a la propiedad privada, también lo sujeta a dichas limitaciones derivadas del interés público o función social, es decir, que lo convierte en un derecho económico y social a la vez. Y es conforme a los anteriores principios que se acepta la expropiación, la extinción de dominio y otras figuras jurídicas, mediante las cuales se protege el interés general y se cumplen los fines de utilidad pública promovidos por el Estado.

Sin embargo, dichos actos del poder público en virtud del cual se ordena la cesación del derecho de dominio en cabeza del titular, para radicarlo en cabeza del Estado tiene ciertas limitaciones fundamentadas en la ley y en la Constitución.

En relación con el asunto que aquí nos atañe, es decir, el de Extinción del Derecho de Dominio, es importante precisar que la mencionada figura jurídica consiste en la perdida, a favor del Estado, de los derechos patrimoniales, reales, principales o accesorios, sobre bienes de origen o destinación ilícita, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular. Es así como el Código de Extinción de Dominio (Ley 1708 DE 2014), la define, en su artículo 15, como:

*“Una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna.”*



Concepto que se diferencia de la “acción de extinción de dominio, entendía como:

*“Facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, con el propósito de obtener esa declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes provenientes de, o destinados a, actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social.”*

Actos del poder público consagrados en los artículos 34 y 58 de la Carta Política: el primero de ellos hace referencia al origen de los bienes y, el segundo, al uso de los mismos. Es así como la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-374 de 1997 ha señalado que:

*“(...) con la acción de Extinción de Dominio, en primer lugar, se traza límites materiales al proceso de adquisición de los bienes, y, en segundo lugar, otorga al Estado una herramienta judicial para hacer efectivo el postulado deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos.”*

A pesar de que la extinción de dominio tiene su génesis en la misma Constitución Política, dicha figura jurídica también está atada a principios y garantías fundamentales que buscan que el Estado a través de sus entidades públicas no generen afectación a derechos fundamentales.

Así, dentro de las normas rectoras que rigen la Extinción del Derecho de Dominio figura el de la propiedad, que funge como límite de esta figura jurídica respecto de toda propiedad lícita u obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente.



**“ARTÍCULO 3º. LEY 1708 DE 2014. DERECHO A LA PROPIEDAD.** La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente.”

La H. Corte Constitucional en su Sentencia C-133 de 2009, explica la manera como debe entenderse este derecho:

*“La propiedad privada ha sido un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho”.*

Para esta misma alta Corporación en Sentencia C-410 de 2015, respecto de la propiedad privada señaló que:

*“Es un derecho subjetivo que se tiene sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando se respeten sus inherentes funciones sociales y ecológicas, encaminadas al cumplimiento de deberes constitucionales estrechamente vinculados con la noción de Estado Social de Derecho.*

Así, ha entendido la Corte, que es necesario que el ordenamiento jurídico adopte límites al derecho a la propiedad privada, que permitan la consolidación de los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, enmarcadas en la consecución de las citadas funciones que encuentran su fundamento en la Carta.”



De la misma forma, la H. Corte Constitucional, al referirse al derecho de propiedad, mediante Sentencia 006 de 1993, manifestó que:

*“El papel de la Ley es el de asegurar y proteger la propiedad, coordinando adecuadamente las diferentes titularidades, con miras a evitar colisiones e interferencias. La Ley no se ocupa de definir destinaciones y finalidades de los bienes, ámbito decisional reservado exclusivamente a los propietarios. Fuera de la asignación de los derechos, los límites que ella establece, en todo caso de carácter excepcional, se consideran externos a esta especial modalidad de ejercicio de la libertad en que consiste la propiedad.*

*Lo anterior ha permitido a la doctrina construir un núcleo esencial de la propiedad como situación activa de poder abarcadora de todas las posibles ventajas derivadas del libre goce y disposición del bien, elementos que, en los términos de la definición legal, integran genéricamente el concepto de propiedad y que, dada su abstracción e indeterminación, remitan a una entelequia metafísica innata al hombre y anterior al Estado, que coloca la ordenamiento positivo ante la única alternativa de reconocerla o abjurar de la libertad y de la persona.”*

Por lo que es posible manifestar que la Constitución garantiza el derecho de propiedad adquirido de manera lícita y requiere del propietario la generación de riqueza lícita, basado en el trabajo honesto, ya que el ejercicio de este derecho demanda que se realice bajo postulados éticos y jurídicos, Actuar de manera contrario ocasiona daño a los ciudadanos y al Estado, deslegitimando la propiedad



adquirida y ejercida sin restricciones. Los límites al derecho de propiedad, impuestos por el legislador, deben consultar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual demanda un balance entre los intereses individuales y los de la sociedad, pues no se puede interferir el espacio que permite que las personas puedan ejercer su derecho y disponer libremente de sus bienes, dentro del marco jurídico que cuenta con protección Constitucional.

De la misma forma, expresa el Código de Extinción de Dominio en su artículo 4:

#### **"ARTÍCULO 4º. LEY 1708 DE 2014. GARANTÍAS E INTEGRACIÓN.**

En la aplicación de la presente ley, se garantizarán y protegerán los derechos reconocidos en la Constitución Política, así como en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que resulten compatibles con la naturaleza de la acción de extinción de dominio."

Principio que hace referencia a que, en el proceso de Extinción de Dominio, se deben proteger y garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. Además, se deben proteger aquellos derechos humanos que, aunque no estén en la Constitución, han sido reconocidos en los tratados y convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia (bloque de Constitucionalidad).

En este ámbito, el artículo 4 del Código de Extinción de Dominio, desarrolla legalmente le postulado del artículo 93 de la Constitución en el sentido que consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios



internacionales sobre derechos humanos, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana. Por los que los parámetros a seguir, respecto a la extinción de dominio no solo son los que se encuentran consagrados en la Constitución Policia sino los que se amplían mediante el bloque de Constitucionalidad.

De esta forma, queda absolutamente claro, que el hecho de suprimir el dominio que el señor Jorge Enrique Zagarra tenía sobre su bien inmueble, tiene una relevancia constitucional como quiera que fuera privado de su derecho a la propiedad. El hecho de determinar si dicha decisión a través de la figura jurídica mentada fue justificada y ajustada a derecho o no, será un aparte que se tratará con posterioridad. Por lo que en este punto, se intentaba demostrar únicamente la relevancia constitucional que tenía la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio.

Decisión que efectivamente trastocó asuntos de carácter Constitucional y de los cuales requiere generarse un pronunciamiento a través de Juez Constitucional como quiera que se presentó una vía de hecho en la decisión impartida en segunda instancia.

- 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”.

Criterio que jurisprudencialmente se han denominado como requisito de subsidiariedad, consistente en que la acción de



tutela funja como el mecanismo extremo o de última instancia. Así lo ha expresado la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-132 de 2018:

*“La naturaleza subsidiaria de la tutela pretende evitar que se soslayen los cauces ordinarios para la resolución de las controversias jurídicas, se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han utilizado oportunamente dichos medios, o sea una instancia adicional para reabrir debates concluidos.”*

En la aplicación al caso en concreto, es dado concluir que la acción de tutela que se invoca se presenta como el último mecanismo al que puede acceder el afectado del proceso y sentencia del trámite de Extinción del Derecho de Dominio.

La Sentencia en cuestión fue apelada conforme lo dispone el artículo 65 de la Ley 1708 de 2014, correspondiendo el conocimiento de segunda instancia al H. Tribunal de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio, quien como se relató previamente, revocó la decisión de primera instancia y extinguió el dominio sobre el bien inmueble. Es así como, sobre esa decisión de segunda instancia, tal y como lo expresa la misma providencia, no le procede ningún recurso adicional ante ningún otro organismo o superior, por lo que la acción de tutela contra providencia judicial en esta situación en concreto funge como la única medida que permitirá corregir las vías de hecho en las que incurrió el H. Tribunal de Bogotá.

- 3) “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”.



Como se relató al momento de justificar el requisito anterior, la providencia de segunda instancia solamente fue proferida hasta el día 26 febrero de la presente anualidad. Por lo que el término de interposición de esta acción de tutela a criterio de la defensa no ha superado márgenes de tiempo irrazonables, toda vez que su complejidad requería un estudio minucioso para exponer ante su señoría los apartes de forma clara y entendible. Conforme a esto, solicito su señoría considere procedente esta acción constitucional en lo relativo a este criterio general de procedibilidad.

- 4) “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”.

En relación con este requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe manifestarse que no se está alegando a su Señoría ningún defecto procedimental, toda vez que como se ha indicado con anterioridad, respecto a los aspectos formales o procedimentales no hay alegación alguna. Por lo que solamente cabe recordar que el efecto determinante de la providencia que se busca impugnar recae simplemente en la omisión e incorrecta valoración de los elementos materiales probatorios allegados al H. Tribunal de Bogotá por impugnación elevada por la Fiscalía General de la Nación y una errónea aplicación de la jurisprudencia existente y vinculante emitida por los órganos de cierre.



- 5) "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."

En este punto, se hará especial énfasis en como la valoración incorrecta de la prueba fue el presupuesto primario que generó la vulneración de los derechos a la PROPIEDAD PRIVADA y la DEBIDO PROCESO.

Hechas las anteriores salvedades y enfocándonos en el asunto objeto de esta acción de tutela, este representante considera que los hechos que generaron la vulneración de los derechos de los procesados se enfocan en ese desconocimiento por parte de los jueces de primera y segunda instancias de la valoración incorrecta de los elementos materiales probatorios que fueron allegados al proceso. Toda vez que tal como puede evidenciarse en las transliteraciones anexas a esta acción constitucional, este defensor mostró ante el Juez de Control de Garantías, las inconsistencias, falencias y contrariedades que presentaba en su mayoría los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía 07 Delegada ante el Tribunal de Bogotá. Y así mismo, aportó dentro del correspondiente proceso elementos de prueba que contaban con la suficiente convicción para desvirtuar la inferencia razonable de la comisión del delito.

En el caso en particular, el Juez del ad quo basó su providencia en medios de prueba que contenían ciertas irregularidades o en afirmaciones falsas por parte del ente acusador, que no contaban con ningún respaldo probatorio. Desconociendo así el



Juez 62 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento el objeto primordial de la prueba, es decir, por un lado relativa a la exigencia de inferencia razonable y por otro la relación del conocimiento que aportaba al proceso los medios de prueba.

De manera que, la falta de valoración de los elementos materiales probatorios allegados por la defensa de los procesados y la puesta en conocimiento de las irregularidades contenidas en los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, condujeron precisamente a la vulneración o inobservancia de la libertad personal y dignidad humana de los señores Yeferson Fabian Tocarruncho Parra y Wadith Miguel Velásquez García.

Será entonces en el aparte de causal específica de procedibilidad en donde se vendrá a exponer con rigurosidad los elementos de la prueba que el Juez 62 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, omitió estudiar o valoró de forma incorrecta. Sin embargo, consideramos pertinente indicar que tal fue el desconocimiento del Juez de primera instancia de las reglas relativas a la valoración de la prueba y su deber como garante de los derechos fundamentales, que en la argumentación de la providencia adoptada, el Juzgador infirió hechos que no habían sido alegados por el ente acusador a tal punto de agravar la situación de los procesados. Estos hechos serán tratados con mayor amplitud en el apartado de la causal específica de procedibilidad, no obstante, se menciona como una situación que permite comprender como el *ad quo* se



extralimitó en sus funciones y realizó afirmaciones que no se sustentaban en ningún elemento probatorio y mucho menos hechos que NO fueron alegados por el ente acusador.

No obstante, en cumplimiento de este criterio general de procedibilidad, se indica al señor juez que fue la omisión y valoración incorrecta por parte de los Jueces de primera y segunda instancia y la emisión de una providencia en contra de los procesados lo que produjo la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal y a la dignidad humana. Inobservancia que se ha venido extendiendo en el tiempo toda vez que a pesar de haber sometido la providencia ante un Juez de segunda instancia, este decidió confirmar la decisión del Juez anterior recalando los errores alegados en la argumentación del recurso por parte del defensor de los procesados.

Por último, en el aspecto relativo al deber de alegar dicha falencia ante el funcionario judicial correspondiente, se debe manifestar que ante el Juez 62 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se allegaron los elementos materiales probatorios que sustentaban las irregularidades contenidas en las pruebas aportadas al proceso por parte de la Fiscalía 07 Delegada ante el Tribunal, situación que como ya se expuso fue ignorada por el correspondiente Juez a tal punto de adicionar hechos NO mencionados por los interviene en el proceso que en general agravaban la situación de los procesados. Por otro lado, la defensa formal de los imputados procedió a realizar las mismas manifestaciones ante el Juez de segunda instancia, colocando de presente las extralimitaciones del Juez 62 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y los defectos que tenían los elementos materiales probatorios aportados por el



ente acusador, así como los medios de prueba que allegaba la defensa para demostrar la carencia de inferencia razonable de la comisión del ilícito. Argumentos que en su mayoría fueron ignorados por parte del Ad quem, obteniendo así una providencia confirmatoria que no se pronunció de manera relevante y con oportunidad d estudio sobre los hechos y elementos argumentados por la defensa de los procesados.

Por ello requerimos su Señoría tenga en cuenta que los hechos que generaron la vulneración reposan en la omisión o incorrecta valoración de los elementos materiales probatorios, así como en la extralimitación por parte del Juzgador de primera instancia y los derechos que con ellos se vieron vulnerados fue la libertad personal y dignidad humana de los señores Yeferson Fabian Tocarruncho Parra y Wadith Miguel Velásquez García. Por lo tanto, rogamos a usted considerar procedente esta acción de tutela en lo relativo a este criterio general de procedibilidad.

## 6. "Que no se trate de sentencias de tutela."

Frente a este punto, este representante NO tiene mayor argumentación toda vez que la naturaleza propia de la providencia objeto de esta acción constitucional NO es la de acción de tutela, sino un auto emitido por el H. Tribunal de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio, por lo que se le ruega a su Señoría declarar la procedencia de esta acción de tutela respecto de este requisito general de procedibilidad.



## CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

### 1) DEFECTO FÁCTICO

Tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia entre ellas la sentencia T-953/2006, T-599/09, T465/2011, T-041/18, en relación con la causal de procedibilidad defecto fáctico, la H. Corte ha señalado que éste se presenta cuando existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o, no se valora en su integridad el material probatorio. Es decir, el defecto fáctico según el desarrollo jurisprudencial surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

La Sentencia T-1065 de 2006 determinó que:

*“(...) Existe defecto fáctico por NO VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso en concreto resulta evidente que de haberse realizada su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido varía simultáneamente. También hay lugar al defecto fáctico por VALORACIÓN DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO cuando o bien el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva, dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una pruebas obtenida de manera ilícita”.*



Si bien su señoría, es pertinente aclarar que la jurisprudencia ha reconocido formalmente, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen que tienen los jueces al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica, la Corte Constitucional ha advertido que tal poder comporta un límite, debido a que este no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales, tal y como se presenta en esta situación en concreto.

De esta forma así menciona en la sentencia T-916 de 2008,

*“Al operador judicial le corresponde adoptar al momento de adelantar el estudio del material probatorio criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.*

Ahora, en relación al defecto fáctico propiamente dicho, se ha reconocido por la jurisprudencia que este puede comportar dos dimensiones; una positiva, relativa a cuando la autoridad jurisdiccional efectúa una valoración por completo equivocada, o fundamenta su decisión en una prueba NO apta para ello.

Tal como lo menciona la sentencia T-041 de 2018;

*“Esta dimensión implica la evaluación de errores en la apreciación del hecho o de la pruebas que se presentan cuando el juzgado se equivoca; (i) al fijar el contenido de la misma, porque la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica y hace que produzca efectos que objetivamente NO se establecen de ella; o (ii) porque*



al momento de otorgarle el mérito persuasivo a una prueba, el juez se aparta de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, NO aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria”.

Tal como lo menciona la misma sentencia, esas reglas de la sana crítica son aquellas reglas del correcto entendimiento humano. En ellas se interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el operador judicial pueda analizar la prueba allegada con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

Esta sana crítica hace parte de lo que conocemos como los sistemas de valoración de la prueba, entendido como aquellas directrices, que han sido dadas para efectos de orientar al Juez sobre cómo debe estimar estos elementos materiales probatorios, para efectos de formarse la certeza que requieren los hechos en que se basa la correspondiente decisión judicial. Ahora, particularmente, cuando nos referimos a la sana crítica, debemos hacer especial referencia a ese conjunto de reglas derivadas de ese sistema de valoración probatoria. Dichas reglas entonces NO son otra cosa que el análisis racional y lógico de la misma.

La segunda dimensión se reconoce como la negativa, configurándose esta cuando el operador judicial niega o VALORA la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración, y sin razón valedera da por NO probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las OMISIONES en la apreciación de pruebas



determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

En sentencia T-233 de 2007, se expuso que;

*“El juez, en el ejercicio de su facultad de valoración, deja de apreciar una prueba fundamental para la solución del proceso, ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio”.*

En el presente caso su señoría, la Sentencia de segunda instancia emitida por el H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio sobre la cual se presenta la presente acción de tutela, incurre en la causal específica de procedibilidad, DEFECTO FÁCTICO, toda vez que no solamente se omitió la valoración de ciertos elementos materiales probatorios allegados al Juez de Control de Garantías sino que adicionalmente se realizó por parte del operador judicial una valoración probatoria arbitraria, caprichosa e irracional, que desconoció los principios de la lógica y las máximas de la experiencia.

Tal como se mencionó su señoría, si bien es cierto, que los Jueces tienen amplias facultades para analizar y valorar el material probatorio o pruebas en cada caso en concreto, respetando así los principios de autonomía e independencia judicial. Sin embargo, tal poder debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender a los criterios de objetividad, racionalidad, legalidad, motivación, entre otros, respetando así lo establecido en la Constitución y la Ley. No obstante, tal como se presentó en los apartes señalados en esta acción de tutela, los márgenes de apreciación que tuvieron los H. Magistrados, deben ser entendidos



como una arbitrariedad judicial, configurando así en las providencias emitidas un defecto fáctico.

## ELEMENTOS ANALIZADOS DE FORMA ARBITRARIA POR EL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA PENAL DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO

### **1. Lo relativo al negocio jurídico celebrado entre el señor Bernardo Olarte y Jorge Enrique Zagarra.**

*“Valga reprochar que si bien Bernardo Olarte, exigió un respaldo por un préstamo de mutuo, lo más conveniente y fácil en un caso como este es, registrar una hipoteca a título personal; no obstante, eligieron elaborar una compraventa que elige la entrega real y material del inmueble por \$6.700.000.” (Sentencia de segunda instancia, folio 19)*

Inicialmente, se permitirá el suscrito de hacer mención del concepto de **autonomía**, entendida por la doctrina como el autogobierno, es decir, la posibilidad de dirigir la propia conducta, siendo en tal caso, el opositor de la heteronomía y, en particular, a la soberanía o poder de dar reglas a los demás, esto es, de ordenar la actividad ajena. Ello quiere decir que en el régimen de autonomía, se considera la posibilidad de la autodisposición, por lo que la sociedad y el derecho reconocen al sujeto una órbita personal, un poder dispositivo, un patrimonio y la manera de formarlo y desarrollarlo, a más de una esfera de intereses exquisitamente personales.

Es de este concepto del cual se desprende el de autonomía privada, conceptualizada por el estudioso del derecho, Fernando Hinestrosa como:



*“El aspecto de la autonomía privada de que aquí se trata es el relativo a los intereses, que se refiere a la posibilidad del particular de disponer de lo suyo: de los elementos integrantes de su patrimonio y de su actividad, de sus cosas y de su fuerza de trabajo, de sus relaciones de familia y, en cierta medida, de los bienes de su personalidad.*

(...)

*La autonomía puede entenderse en un sentido bastante próximo a su acepción etimológica: poder de darse a sí mismo normas, es la llamada autonomía normativa; así, el o los sujetos negociales, al disponer de sus intereses, estarían dictando normas, de menor alcance, pero tan pertenecientes al derecho objetivo como las leyes, al fin de cuentas, en ejercicio de un poder delegado.*

(...)

*En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, reconociéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos.*

(...)

*De todas formas, es evidente que, cuando los particulares celebran un negocio jurídico, alguien solo o un grupo de personas como unidad, o dos o más en concurso o contraposición, disponen de los suyo frente a los demás, lo que presupone que cada cual tiene intereses propios y poder de disposición de ellos, con reconocimiento social y también*



*jurídico, tanto de los intereses como de su disponibilidad por el titular."*

La cuestión con lo anteriormente mencionado relativo a la autonomía privada no consiste en tratar de definir cierto contrato, ni de determinar cuales son sus requisitos y cuales sus efectos, como quiera que el problema dogmático que aquí se presenta con la Sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá, es un desconocimiento de la autonomía privada que nos asiste a todos.

Cabe decir, que los particulares pueden disponer de sus intereses, como lo mencionaba el maestro Ricardo Hinestrosa, y dicha disposición está llamada a producir efecto respecto de su autor o autores, que, además de la mera vinculación que nace, se genera un resultado práctico y querido por alguno de ellos o por ambos. Por lo que corresponde únicamente a quienes se vinculan determinar la figura por la cual se pretende generar ese negocio jurídico y en tal medida, aplicar los ajustes negociales que los sujetos consideren pertinentes y que sean consecuentes con la Ley.

Así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-934 de 2013, al exponer que:

*"La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación."*



Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: *i)* celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; *ii)* determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; *iii)* crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquél.”

Por lo que para el suscripto es carente de cualquier forma de correcta apreciación del derecho, considerar viciado un acto jurídico porque al Magistrado Ponente no le parece “adecuada” la tipología de contrato que celebraron los señores Bernardo Olarte y Jorge Zagarra.

Es por ello, que dentro de la primera motivación alegada por el Juez colegiado de segunda instancia, se denota una absoluta valoración caprichosa y arbitraria que intenta obedecer a los criterios subjetivos que considera el señor Juez y que no obedece al esquema tan amplio de justificaciones que pueden presentarse en la decisión de celebrar determinado negocio jurídico.

Con lo anterior, quiero decir, que, las motivaciones que llevaron los susodichos a celebrar un contrato de compraventa y por el contrario no ejecutar una hipoteca a favor del acreedor, pueden ser tantas, que sería irresponsable



por parte del suscrito y más por el operador judicial, considerar una en específico, más cuando ello no se pretendió como objeto de debate al interior del trámite procesal ni fue alegado por la Fiscalía de Extinción de Dominio como argumento para aplicar la causal invocada.

Así, el señor Bernardo Olarte pudo conocer de diversas circunstancias para exigir como garantía el traslado a su patrimonio del bien inmueble, sea porque con ello en caso de incumplimiento podía evitar el trámite jurídico extenso y costoso a efectuar, sea porque necesitaba ampliar el margen de garantía debido a la edad del señor Rafael Zagarra. Como mencione anteriormente, entrar en esas especulaciones sería irresponsable y poco argumentativo.

Por lo que resulta poco proporcional, reprochar al señor Jorge Enrique Zagarra por circunstancias ajenas a su voluntad toda vez que él no tuvo interferencia en la celebración del negocio jurídico entre el señor Bernardo Olarte y su tío el señor Rafael Zagarra. Pero resulta aún más criticable que el señor Juez Colegiado de segunda instancia considere sospechoso y por ello argumentativo para aplicar la figura de extinción de dominio a un bien inmueble que fue objeto de un negocio jurídico amparado por la autonomía de la voluntad.

## **2. Asunto relativo a la inexactitud en la totalidad prestada el señor Rafael Zagarra y a la sumatoria del pago realizado al señor Bernardo Olarte como consecuencia del interés generado por los intereses.**

“Valor que también contradice las afirmaciones de Jorge Zagarra ante el Juzgado de Barranquilla, donde sostuvo:



primero, que el préstamo había sido por \$6.000.000, mientras la escritura pública registró un valor de \$6.700.000, aunado informo que Bernardo Olarte le cobró un interés del 5% mensual para pagar al momento de ser cancelado; porque por ello, al volver a comprar el predio, pagó un valor de \$7.000.000.

En gracia de discusión, y según las afirmaciones véase que Bernardo Olarte prestó el dinero a Rafael Zagarra en diciembre de 2009; mientras su sobrino Jorge Zagarra compró al “prestamista” mediante escritura pública 509 del 24 de febrero de 2011; es decir transcurrieron 14 meses, que de ser cierto el pago de intereses al 5%, son un poco más de \$2.000.000, sumado al valor capital, que al ser cotejado, no se compadece con el decir del afectado y menos con el valor expresado en la escritura pública de compraventa, afirmaciones que no lograron ser verificadas, toda vez que, no se encuentra documento alguno que confirme si en efecto se pactó el cobro y pago de un interés corriente, dejando en el aire el aludido préstamo, que dicen fue el que conllevó a Rafael Zagarra a escriturar el predio en favor de Olarte.” (**Sentencia de segunda instancia, folio 19**)

Análisis probatorio y conclusión que nuevamente se tornan reprochables y consistente en atentar en los derechos fundamentales del señor Jorge Enrique Zagarra López.

En nuestro ordenamiento jurídico se aplica una máxima del derecho relativa a que nadie está obligado a lo imposible, criterio mediante el cual, no se puede exigir más allá de lo razonable.

El desarrollo procesal de extinción de dominio ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de



Barranquilla, como se indicó en el recuento fáctico, se ejecutó durante el año 2017 y 2018. No obstante, las circunstancias de tiempo bajo la cual se celebra el contrato entre el señor Rafael Zagarra y Bernardo Olarte son durante el año 2011 y la compra nuevamente del mismo por parte del señor Jorge Zagarra se realiza en el año 2014.

Es por ello por lo que resulta cuestionable que un error aritmético de \$700.000 pesos colombianos sea óbice para establecer que el señor Jorge Zagarra falta a la verdad y mucho peor es por dicho ínfimo valor, suspender el derecho de dominio sobre el bien inmueble por considerarlo viciado, se repite, más sobre un negocio jurídico en el que inicialmente NO participó el señor Jorge Zagarra, sino su tío el señor Rafael Zagarra.

Con lo anterior se intenta decir que, pese a los esfuerzos del señor Jorge Enrique Zagarra López de demostrar la procedencia lícita de los dineros con los cuales adquirió el bien y que funge entonces como un tercero de buena fe exento de culpa, a juicio del Tribunal Superior de Bogotá, existen imprecisiones que generan dudas y que vician de forma automática el procedimiento.

Frente a ese aspecto, vale realizar dos manifestaciones: (i) El hecho de que el señor Jorge Zagarra errara en apenas unos números en su testimonio, que a vista de las posibles sumas de dinero que poseía el señor Bernardo Olarte, no puede constituirse como una prueba fundante de que sus dineros son de procedencia ilícita al igual que su actividad. Es así como el H. Tribunal Superior de Bogotá no considera en su valoración



probatoria que la memoria humana es variante dependiendo de cada persona y que muchas veces el paso del tiempo genera sobre ella el olvido de aspectos de la vida humana. En tal caso, el señor Jorge Enrique Zagarra rindió un testimonio de buena fe, sin previa preparación, toda vez que confiaba en que el Estado lo protegería de la actividad lícita realizada y erró en la suma de \$700.000 pesos que omitió respecto de un negocio que él no realizó. No puede ser ello el centro argumentativo para indicar entonces que el errar en lo que se considera un salario mínimo, deba ser prueba indiciaria grave en los actos financieros de una persona.

Adicional a ello, el H. Tribunal Superior de Bogotá considera que toda vez que la información otorgada por el señor Jorge Zagarra relativa al valor que pago para obtener el bien inmueble, no corresponde con la sumatoria real, si el señor Bernardo Olarte hubiese obtenido el 5% de interés por el préstamo efectuado durante 14 meses. En este sentido, para el Ad Quem, ello demuestra un vicio en el trámite realizado.

En este sentido, se pregunta el suscrito ¿la duda aplicable al caso en concreto fue favorable o desfavorable? La ley penal en su sentido amplio debe ser favorable en este caso al afectado. Así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-289 de 2012:

*“La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.*



Y si bien, el proceso de extinción de dominio es autónomo e independiente a la responsabilidad penal del procesado, ello no es óbice para la no aplicación de la favorabilidad a favor del perjudicado.

Un aspecto que a la luz del H. Tribunal Superior de Bogotá también genera un reproche, es que el valor pagado por el señor Jorge Zagarra al señor Bernardo Olarte NO es la sumatoria total de la deuda con intereses. Criterio que nuevamente al suscrito le parecen abusivos y carentes de un criterio objetivo en la valoración probatoria. Lo primero sea decir que dicho aspecto no fue objeto de debate al interior de la práctica probatoria en el proceso de extinción de dominio y lo segundo es respecto a que aquella duda no puede ser entonces aplicable de la forma más desfavorable al señor Zagarra López.

Las hipótesis que se pueden presentar en una situación como aquella son muchas, valga decir, la condonación de intereses, el pago en efectivo de los mismos, una posible novación, una remisión, entre otras. Sin embargo, el H. Tribunal, haciendo caso omiso a los parámetros constitucionales respecto al principio de favorabilidad que no excluye que deba aplicarse al proceso de extinción del derecho de dominio.

Reprochable es al H. Tribunal de Bogotá el hecho de que a pesar de las muchas hipótesis fácticas que se pudieron presentar para que el pago definitivo no generara el cobro de los intereses pactados o que el pago de dichos intereses se hubiese realizado de forma previa o hubieran sido



condonados, se acoge por parte del Ad Quem la posibilidad de que ello ocurre porque para su criterio existe un acto ilícito.

Es en razón a lo anterior, por lo que se considera que dicha valoración probatoria no solo resulta pretensiosa, sino que, adicionalmente, se extralimita a esa función o deber que les asiste a los jueces de realizar una valoración objetiva y conforme a derecho.

### **3. Respecto a la carencia de prueba al pago del dinero obtenido con ocasión a las cesantías del señor Jorge Zagarra.**

*“Dentro del haz probatorio se cuenta con copia de la promesa de venta suscrita en marzo de 2010, en la cual se estipuló que el precio pagado sería la suma de \$5.400.000 a la firma de la promesa de compraventa y \$1.600.000 con el producto de las cesantías; cláusula que al ser cotejada con la solicitud de liquidación parcial de cesantías del 02 de marzo de 2010, no se halló documento alguno que constate el giro o pago de este emolumento a favor del comprado o el vendedor, luego no se logró verificar si en efecto esta suma de dinero fue entrega a Bernardo Olarte por concepto de la compra del inmueble. Precíse que el punto de reproche es el origen del capital con el cual Jorge Zagarra pagó el bien, a quien le correspondía corroborar, con mayor grado de certeza que sus recursos son producto de actividades lícitas.”*

**(Sentencia de segunda instancia, folio 20)**

Criterio de valoración que adquiere para el suscrito mayor gravedad en la objetividad y sana critica que les asiste a los operadores judiciales.

Tal como lo afirmó el señor Juez de primera instancia, quedo absolutamente claro que el dinero solicitado por pago de



cesantías era para el pago del contrato de compraventa. No sólo porque así quedara determinado en la promesa de compraventa respecto del bien inmueble objeto de debate, sino porque así se hizo saber a la entidad de Fondos de Cesantías, criterio que como aparece plasmado al interior del documento de solicitud por parte de la empresa Prodeco, fue objeto de verificación por parte de la misma empresa en relación a su solicitud y aplicación de dichas ddivas.

Por lo tanto, resulta pretensioso por parte del H. Tribunal Superior de Bogotá, realizar tales exigencias relativos al pago que se generó con ocasión a la liquidación de las cesantías, sin tener en cuenta que dicho pago se realizó de forma física, esto es, se entregó el dinero en efectivo, entre otros motivos, porque no era un valor superior a dos salarios mínimos.

Es así como el Juez de segunda instancia incurre en el error de creer que la informalidad es sinónimo de ilicitud, cuando no existe una obligación perentoria en los negocios jurídicos de que los pagos de las obligaciones contraídas deban realizarse a través de entidades bancarias y mucho menos cuando el valor a cancelar es de \$1.600.000 pesos colombianos.

Nuevamente resulta arbitraria la valoración realizada por el señor Juez colegiado de segunda instancia y exige para ello actitudes o acciones a los que los ciudadanos no están obligados a realizar ni a ejecutar.

#### **4. Lo relativo al término amplio entre le pago del precio del contrato de compraventa y la suscripción de las escrituras.**



*“No es comprensible para la Sala, que según la promesa de compraventa, Jorge Zagarra pagó la totalidad del inmueble, éste hubiera optado por elevar la escritura pública hasta el 24 de febrero de 2011.”*

Último criterio o valoración que dedujo el H. Tribunal Superior de Bogotá y que incurre supuestos al parecer aislados del mundo real.

Dentro del causal probatorio aportado por el señor Jorge Enrique Zagarra, se encuentra la solicitud realizada el día 18 de febrero de 2011 al Fondo de Cesantías PORVENIR, en donde la empresa Prodeco autoriza el retiro parcial de las cesantías que existen a favor del señor Jorge Enrique Zagarra por la suma de \$2.200.000. Dadivas que fueron utilizadas posteriormente por el señor Zagarra López para el pago de los gastos notariales del bien inmueble.

Para ejecutar el hilo argumentativo que demuestra la valoración pretensiosa realizada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, cabe destacar que en Colombia, como es de conocimiento público, la compra de un bien inmueble genera gastos notariales que serán asumidos por las partes contratantes a menos de que exista estipulación en contrario.

En este caso, los gastos notariales fueron sufragados por el señor Jorge Enrique Zagarra, quien ante la falta de recursos para tramitar los gastos notariales de inmediato, tuvo que solicitar durante el año 2011, nuevamente el ahorro de sus cesantías y con ello generar los pagos correspondientes.



Es así que lo que para el H. Tribunal Superior de Bogotá es un acto de reproche, para el señor Jorge Enrique Zagarra fue simplemente un acto de utilizar los pocos recursos que tenía y con ello pagar los derechos notariales que le correspondían. Es así como resulta absurdo tratar de tachar dicho hecho como un acto que demuestra la irregularidad en la compraventa, cuando en Colombia, no han sido pocos los actos notariales que se ejecutan mucho después de comprado el bien inmueble, porque precisamente no se tienen los recursos para generar tales pagos.

Es de esta forma como dicho acto de elevar a escritura pública la compraventa hasta el día 24 de febrero de 2011, demuestra la carencia de recursos del señor Jorge Enrique Zagarra López y como el como se sufragaron estos gastos, es decir, mediante la liquidación parcial de cesantías durante el mismo mes de febrero del año 2018.

## 2) DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

La H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-459 de 2017 ha entendido la presente causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial como:

*“El desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.”*



Definición jurídica que debe ser apoyada por el concepto de precedente para un mejor entendimiento. Así, la misma Sentencia de la H. Corporación ha establecido que:

*“El precedente judicial ha sido definido por el Alto Tribunal Constitucional como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.*

Por lo que el desconocimiento del precedente judicial se configura cuando se evidencia un alejamiento de la jurisprudencia de forma autónoma. Para ello debe existir una línea jurisprudencial que constituya un derrotero a seguir y es conforme a ello que se estructura la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela.

Dicha causal, como fue objeto de fundamento por la H. Corte Constitucional, encuentra su sustento en la fuerza vinculante que existe para todos los operadores jurídicos, entre ellos los jueces, del precedente judicial. Es decir, se trata de materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima, mandatos que obligan a que los jueces tengan en cuenta las decisiones de las altas Corporaciones al decidir los asuntos sometidos a su competencia.

## **1. Desconocimiento del precedente judicial al interior del caso en concreto.**

Valga decir, que no han sido pocas las manifestaciones que ha realizado la H. Corte Suprema de Justicia Sala Penal y la H. Corte



Constitucional respecto a lo que debe entenderse como un tercero de buena fe exento de culpa.

Inicialmente cabe aclarar que la presunción de buena fe está consagrada en el artículo 83 de la Carta Política, así:

*“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

Y dicho mandato Constitucional se encuentra desarrollado en el artículo 7 del Código de Extinción de Dominio, que señala:

*“Se presume de buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.”*

Es así como la Buena Fe, funge como uno de los principios generales del derecho, el cual gobierna las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, y sirve de fundamento al ordenamiento jurídico, informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes colombiano. Así lo ha entendido la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-313 de 2004:

*“La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria normalmente ha producido en casos análogos.”*

Y continua la misma Corporación mediante Sentencia T-180A de 2010 afirmando que:



“El principio de buena fe como un imperativo de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña a la palabra comprometida, que se presumen en todas las actuaciones y se erige en pilar fundamental del sistema jurídico y que debe tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de las normas que integran el sistema jurídico”.

Criterio que a la luz del caso en concreto, fue casi que omisivo y carente en la Sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio.

Vale decir que la normatividad vigente protege a los afectados que hayan sido adquirentes de buena fe calificada exenta de dolo o culpa grave; a los acreedores hipotecarios y prendarios que han actuado de buena fe creadora de derechos, los cuales deben ser reconocidos en el trámite extintivo, siendo dichos negocios jurídicamente válidos, y no procede respecto de estos la extinción del derecho de dominio.

La buena fe cualificada, denominada así por tener efectos superiores, creadora de derechos o exenta de culpa; tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía. De esta manera, para los bienes adquiridos por cualquier modo traslaticio de dominio señaladas en la Ley, de procedencia ilícita o afectados por cualquiera de las causas señaladas por origen o uso ilícito en la norma, no sería viable la extinción de dominio respecto de terceros que actuaron bajo determinadas circunstancias con buena fe exenta de culpa, por esta amparados por el ordenamiento jurídico.



Los efectos de la buena fe cualificada comprenden a todas las personas que, de alguna manera, vean limitados sus derechos con el proceso y las medidas cautelares que le son propias.

La H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1007 de 20002, señala que la buena fe cualificada, requiere dos elementos:

*“Uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige solo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza.”*

(...)

*Es así que, si alguien adquiere un bien con todas las formalidades exigidas por la ley para adquirir la propiedad, y si ese bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita, en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero, si se actuó con buena fe exenta de culpa, dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio.”*

Para la valoración de la buena o mala fe, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de julio 04 de 1968, ha señalado que:

*“Se trata de una cuestión de hecho, fáctica que, a falta de una prueba directa como lo sería la confesión del agente, generalmente implica el examen de los indicios que deja su*



exteriorización, circunstancias estas que determinan la necesidad de atribuir esta cuestión al fuero discrecional de los Jueces de instancia..."

Por lo que la tarea de quebrantar la presunción de buena fe exenta de culpa es de la Fiscalía General de la Nación, y si esta no logra demostrar la mala fe, o el actuar con dolo o culpa grave, se debe tutelar el derecho de propiedad de quienes la hayan adquirido.

Y es precisamente en este punto donde se configura ese desconocimiento del precedente judicial relativo a que debe entenderse como la buena fe exenta de culpa y los criterios que la componen, de la siguiente forma:

**1. Valoración omisiva respecto del conocimiento que podía o no tener Jorge Zagarra respecto de las actividades ilícitas del señor Bernardo Olarte.**

Para el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio quedo absolutamente claro que el señor Jorge Enrique Zagarra López fungía como un tercero de buena fe exento de culpa respecto de los actos ilícitos y bienes obtenidos por el señor Bernardo Olarte. Expresa el A Quo:

*"De otro lado, tampoco resulta viable pretender que el señor JORGE ENRIQUE ZAGARRA LÓPEZ tuviera conocimiento de las conductas delictivas del señor BERNARDO LUIS OLARTE LOAIZA al momento de la compra del inmueble, pues ello no era de público conocimiento, ya que si bien es cierto que en el Indictmen (pliego acusatorio de los Estados Unidos), de fecha 15 diciembre de 2014, se establece por parte de las autoridades de Estados Unidos que el señor BERNARDO LUIS OLARTE LOAIZA comenzó su actividad delictual a partir del mes de enero del año 2008 en adelante, no es menos cierto que las autoridades colombianas tuvieron*



conocimiento de ello solo hasta el mes de Febrero del año 2015, tal como se aprecia en el informe No. 341/DIRAN-GRUIC.29.25 del 06 de marzo de 2015 por medio del cual se da inicio al trámite en Fiscalía.

En este mismo orden de ideas, se infiere razonablemente que para el Estado colombiano las actividades ilegales desplegadas por el señor BERNARDO LUIS OLARTE LOAIZA le eran desconocidas, pues sobre este no reposaba orden de captura o investigación en curso que fuera aportada al expediente, queriendo decir con ello que solo hasta el mes de febrero del año 2015 tanto las autoridades así como las personas del común se dieron por enterados de las conductas punibles de este señor, no pudiéndose entonces pretender que el afectado tuviera conocimiento del actuar delictivo del señor BERNARDO LUIS OLARTE LOAIZA desde antes de la aprehensión de este, cuando para el mismo Estado pasó desapercibido durante todos esos años.” **(Sentencia de primera instancia, folio 32 de 40)**

Valoración que es totalmente ajustada a la lógica y la razón, como quiera que la matemática en los períodos anuales estudiados por el Despacho Judicial y aportados por el mismo ente persecutor, impiden que se hable de un conocimiento de las actividades ilícitas del señor Bernardo Olarte por parte de la comunidad, cuando ni siquiera el Estado colombiano, con toda la fuerza jurisdiccional con la que cuenta conocía de ella.

Hecho probatorio que fue omitido por completo en la Sentencia de segunda instancia generando una decisión que desconoce el precedente judicial emanado de las altas Corte relativo a como debe evaluarse la actuación de la buena fe cualificada.

Como lo menciona la H. Corte Constitucional, la buena fe tiene un elemento subjetivo relativo a la conciencia de obrar con lealtad,



conciencia que quedó plenamente demostrada al interior del trámite procesal que se le imprimió al asunto. Así, el señor Jorge Zagarra dejó de forma clara cuales fueron las motivaciones que lo llevaron comprar nuevamente el bien inmueble objeto de litigio, de donde provenían dichos recursos y la forma en que conoció al señor Bernardo Olarte. Lo que genera un conocimiento absoluto en que la actuación del perjudicado fue totalmente transparente y obedecía a ese simple deseo de recuperar un bien inmueble que había pertenecido a su familia años atrás.

Pero, por otro lado, la buena fe cualificada contiene un elemento objetivo relativo a que el perjudicado conozca que el tradente realmente es el propietario del bien inmueble y que ha sido adquirido de forma legal. Situación que únicamente puede analizarse a la luz de la sana crítica y la objetiva, criterio del cual careció totalmente el H. Tribunal Superior de Bogotá.

Como se mencionó anteriormente, fue claro para el A quo que era imposible exigir al señor Jorge Zagarra que al momento de celebrar el negocio jurídico conociera de las actividades delictivas ejecutadas por Bernardo Olarte, cuando ni siquiera el mismo Estado colombiano conocía de ellas. Por lo que ese elemento objetivo de la buena fe exenta de culpa se limitaba a un conocimiento relativo a determinar si el bien inmueble realmente pertenecía al señor Olarte Loaiza.

Circunstancia jurídica que el señor Zagarra López conocía no solo conforme al negocio preexistente entre su tío y el señor Bernardo Olarte, sino por las verificaciones realizadas a través del certificado de libertad y tradición que en su momento expidió del bien inmueble.



Es esa la exigencia que se le podía hacer de diligencia al señor Jorge Enrique Zagarra y la que lo constituye como un tercero de buena fe exento de culpa, el cual debe proteger el Estado.

Jorge Zagarra no es un ente Fiscal o persecutor a favor del Estado para verificar si las personas con quien realiza negocios jurídicos incurren en actividades ilegales. Por lo que las exigencias que pretende realizar la Fiscalía carecen de sustento absoluto. Criterio que es totalmente reprochable al H. Tribunal Superior de Bogotá por cuando de forma abrupta decide simplemente omitir tal aspecto factico y probatorio y, por el contrario, sumergirse en aspecto nimios que atiende de forma desfavorable para el señor Zagarra López y con ello desconocer la calidad de tercero de buena fe exento de culpa que determina la jurisprudencia debe aplicarse a estos casos.

Es de esta forma como se configura la determinada causal específica de procedibilidad de acción de tutela contra providencia judicial, en tanto el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio, decidió, de forma abusiva, realizar caso omiso a los parámetros que ha establecido los Tribunales de cierre respecto de los terceros de buena fe exentos de culpa, sus requisitos y análisis en lo fáctico y por el contrario, atendiendo a otros criterios, aplicaron la figura jurídica de extinción de dominio respecto del señor Jorge Enrique Zagarra.

## DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-341 de 2014, ha entendido el debido proceso como:

*“La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incursio en una actuación judicial o*



administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, **a obtener decisiones motivadas**, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas."

No obstante, dicho concepto se ha ampliado mediante el denominado Bloque de Constitucionalidad, en donde a través de



la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha entendido e debido proceso como aquel derecho que busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta, con la finalidad de declarar el derecho material aplicable a case en concreto.

Así, dentro de las características que se aplica a este derecho, se encuentra el que la justicia se administre en forma cumplida y prontamente, que tiene que ver, por una parte, con el derecho a una sentencia justa y por la otra, con el desarrollo de la tesis de que la duración excesiva y no justificada de los procesos penales constituye una grave violación del derecho a una justicia pronta, de conformidad con los artículos 8, 7.4, 7.5 y 7.6 de la Convención Americana.

De tal forma que el debido proceso reclama que su conclusión por sentencia respete al menos ciertos principios vinculados a una verdadera administración de justicia, como por ejemplo, el principio “*pro sententia*”, derecho a la congruencia de la sentencia, principio de doble instancia, principio de cosa juzgada y el derecho a la eficacia material de la sentencia.

## FUNDAMENTO DE DERECHO

Fundamento esta acción en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y sus Decretos Reglamentarios 2591 y 306 de 1992.

## PRETENSIÓN



1. Se **TUTELE** el derecho al **DEBIDO PROCESO** que le asiste al señor **JORGE ENRIQUE ZAGARRA LÓPEZ** al interior del proceso de Extinción del Derecho de Dominio identificado con el radicado 080013120001201600013.
2. Se deje **SIN EFECTOS** la Sentencia de segunda instancia emitida el día 26 febrero de 2021 por el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio.

## PRUEBAS

Con la finalidad de corroborar los hechos en mención y las vías de hecho en las que incurrió el Juez colegiado de segunda instancia, solicito respetuosamente al Señor Juez se sirva de:

1. Solicitar al H. Tribunal Superior de Bogotá; Sala Penal de Extinción de Dominio, remita su Despacho la totalidad del expediente en donde se encuentran los testimonios y otras pruebas mencionadas al interior del cuerpo de la acción constitucional pero que no se encuentran en poder del suscrito ni del afectado.

Ruego al Señor Juez se sirva de tener en cuenta como fundamento de los hechos, las siguientes pruebas:

1. Sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Barranquilla el día 14 de diciembre de 2018.
2. Sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá; Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio el día 26 de febrero de 2021.
3. Oficio del 02 de marzo de 2021 dirigido a la Dirección Territorial de la Protección Social en donde se solicita autorización para el pago parcial de cesantías a favor del señor Jorge Enrique



Zagarra López por la suma de \$1.600.000, cuyo destino es la compra de un lote.

4. Oficio del 18 febrero de 2011, dirigido a la entidad Porvenir en donde se autoriza el retiro parcial de cesantías a favor del señor Jorge Enrique Zagarra López por la suma de \$2.200.000, destinado a la remodelación de vivienda.
5. Desprendible de pago del señor Jorge Enrique Zagarra López de los años 2009 y 2010.
6. Certificado del fondo de cesantías PORVENIR del día 15 de marzo de 2021, respecto del histórico de cesantías obtenido.
7. Extractos del banco BANCOLOMBIA respecto de la cuenta de ahorros no. 781-459912-92, perteneciente al señor Jorge Enrique Zagarra desde el 30.09.2009 hasta el 31.12.2009.
8. Extractos del banco BANCOLOMBIA respecto de la cuenta de ahorros no. 781-459912-92, perteneciente al señor Jorge Enrique Zagarra desde el 31.12.2009 hasta el 31.03.2010.
9. Solicitudes probatorias realizadas al Juez de primera instancia el día 07 diciembre de 2016 por el abogado Miguel Ángel del Río Malo.

## ANEXOS

1. Copia de los documentos relacionados en el acápite de pruebas.
2. Poder otorgado por el señor Jorge Enrique Zagarra López al abogado Miguel Ángel del Río Malo.

## CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 37 DEL DECRETO 2591/91:

### JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado ninguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos en



contra del **H. Tribunal de Bogotá; Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio.**

**NOTIFICACIONES**

**ACCIONANTE**

**MIGUEL ÁNGEL DEL RÍO MALO**

Correo Electrónico: [wadys@miguelangeldelrio.com](mailto:wadys@miguelangeldelrio.com)

Teléfono: 3187834430

**ACCIONADO**

**H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA PENAL DE EXTINCIÓN  
DEL DERECHO DE DOMINIO**

Correo electrónico:

[citasalaextinciontsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:citasalaextinciontsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Sin otro particular, me suscribo atentamente.



**MIGUEL ÁNGEL DEL RÍO MALO**

C.C. No. 72.302.395 de Barranquilla

T.P. No. 206.222 del C.S.J.

