

Proceso No 22830

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado Acta 021

Bogotá D.C., seis de abril de dos mil cinco.

Conoce la Corte del recurso de apelación interpuesto por la defensa de la procesada BEATRIZ DEL ROSARIO RIVERO MARTINEZ, ex-Juez Primera Penal Municipal de Cartagena, contra la sentencia del 29 de julio de 2.004, proferida por el Tribunal Superior de dicha ciudad, mediante la cual se la condenó a 48 meses de prisión, multa de 52 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal de prisión, y se le negó el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena por encontrarla responsable del delito de prevaricato por acción.

1. ANTECEDENTES

1. El 16 de enero de 2.001 la Fiscalía 4 delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena abrió de oficio instrucción penal contra la Dra. BEATRIZ RIVERO MARTINEZ, en razón de que en calidad de Juez Primera Penal Municipal de dicha ciudad, profirió el 10 de enero del mismo año un fallo de tutela que se cuestionó por su legalidad en el ámbito de la prensa local (Fol. 1 C-1).

1. El 19 de enero se le recepcionó indagatoria (Fol. 42 C-1).

1. El 29 de enero del mismo año se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de prevaricato por acción y favorecimiento al contrabando de servidor público (Fol. 145 C-1). La Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia confirmó la medida impuesta por el delito de prevaricato pero revocó en cuanto al favorecimiento al contrabando (Fol. 26 C-4).

1. El 9 de mayo de 2.001 se cerró la instrucción (Fol. 252 C-3) y el 7 de junio del mismo año se calificó el sumario precluyendo por el delito de favorecimiento al contrabando y acusando por el punible de prevaricato por acción (Fol. 407 C-3). La Fiscalía delegada ante la Corte confirmó la decisión el 1 de agosto de 2.001 (Fol. 3 C-5).

1. El 31 de agosto de 2.001, el Tribunal Superior de Cartagena avocó el conocimiento del asunto (Fol. 4 C-6). El 12 de febrero de 2.002 fue posible dar inicio a la audiencia de juicio (Fol. 194 C-6) y la culminó el 12 de agosto de dicho año (Fol. 311 C-7).

1. El 29 de julio de 2.004 el Tribunal profirió la sentencia que es materia de alzada ante la Corte (Fol. 725 C-10).

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal culminó la instancia, como ya se advirtió, condenando a la procesada como autora responsable del delito de prevaricato por acción.

Los hechos los narró así:

“La génesis del presente asunto se remonta a la presentación de una acción de tutela por parte del ciudadano EZZAT IBRAHIM AJRAN, a través de apoderado judicial (sic), contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, Administración Especial de Cartagena, jefe de División Fiscalización Aduanera Grupo de Infracción, el día 22 de diciembre de 2.000, en procura de protección de los derechos fundamentales al debido proceso y libertad económica del demandante, que se decía estaban siendo violados con ocasión de la incautación, en aguas territoriales, de tres embarcaciones denominadas CHUBASCO, NANI y NATALIA que se dirigían a Bahía Portete, procedentes de Honduras y Belice (sic) cargadas con mercancías varias, entre otras, textiles, cigarrillos y licores, operación que contó con el apoyo de la Armada Nacional y de la cual conocía la doctora BEATRIZ DEL ROSARIO RIVERO MATINEZ, en calidad de Juez Primero Penal Municipal de esta ciudad, siendo decidida mediante fallo de fecha 10 de enero de 2.001, disponiendo tutelar los derechos al debido proceso y libertad económica del accionante, y decretar en consecuencia la nulidad de lo actuado desde el momento de la aprehensión de la mercancía y el posterior trámite aduanero, así como la orden de decomiso no solo de la mercancía de las embarcaciones anotadas, sino además de las denominadas MARY C. y GLADIS” (Fol. 725 C-10).

Luego de consignar un detallado recorrido del proceso, lo mismo que un resumen de los alegatos planteados por los sujetos procesales en la audiencia pública, el a quo sostuvo en términos generales lo siguiente:

* Para la época de los hechos no se había producido una definición acerca de la constitucionalidad del Dcto. 1382 de 2.000, sobre la competencia en materia de tutelas, lo que permitía la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y siendo que la juez procesada aplicó tal criterio en otras tutelas, el avocamiento de la acción de tutela contra la DIAN no sería una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento legal vigente.

* La agencia marítima KARIME LTDA, estaba legitimada para interponer la acción no solo por las naves comprometidas sino también por la mercancía aprehendida.

Pero no ocurría lo mismo frente a la legitimación de ABDUL LATIF HAGG y BASAM SAID SAFADI, sobre las mercancías ubicadas en las motonaves GLADYS y MERCY, toda vez que no se anexó prueba sobre: el interés de su petición, las acciones u omisiones que les ocasionó agravio a sus derechos fundamentales ni de su carácter de propietarios o agentes marítimos.

La juez acusada, asegurando que no había discusión alguna sobre esa legitimidad, tomó medidas de protección respecto a esas mercancías. El art. 14 del Dcto. 2591 de 1.991 no obstante la informalidad de la tutela establece unos requisitos mínimos para instaurar la solicitud. Frente a ello fue abiertamente improcedente el amparo decretado.

Se suma a esto que ordenó la nulidad de lo actuado por la DIAN, la entrega de las mercancías, la salida de las embarcaciones y la exoneración del bodegaje.

* Cuando se trata de evitar perjuicios irremediables los efectos de la tutela son temporales, quedando la decisión definitiva supeditada a lo que decida el juez ordinario. La

juez, encontró que la vía de hecho se presentó por un defecto orgánico, sin embargo, se estableció que la DIAN sí tenía competencia para realizar un control y fiscalización sobre las naves y aprehender las mercancías, al tenor de los arts. 61 y 62 del Dcto. 1909 /1.992.

La actuación de la DIAN se apoyó en normas sustanciales y procesales (Dcto. 1851 /93, 1909 /92, 1800 /94 y 2274 /89 y en las Leyes 382 /97 y 488 /98).

Las naves NANI, CHUBASCO Y NATALIA llevaban textiles y manufacturas que sólo podían importarse a través de los lugares de arribo taxativamente anunciados. Los documentos de viaje no cumplían con las estipulaciones previas, no amparaban en su totalidad el conjunto de mercancías, algunas de éstas estaban consignadas a nombre de comerciantes no inscritos. Por todo ello se consideró que se trataba de una infracción aduanera.

Las naves tenían como destino un lugar no habilitado (Bahía Portete) al que estaban próximos a arribar; esto le daba competencia a la Aduana para actuar con respaldo legal y fáctico, por lo que su proceder no se podía calificar como caprichoso y arbitrario, luego no se lo podía tener como vía de hecho.

Las resoluciones en las que se señalaba la probable comisión de una infracción aduanera estaban sometidas a controversia jurídica, incluyendo la aplicación por favorabilidad del Dcto. 1197 de junio 29 de 2.000, pero ello era del resorte de la DIAN, pues los hechos ocurrieron en mayo de 2.000.

* Contra las decisiones administrativas procedía el recurso de reconsideración o la posibilidad de accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo tanto no era la tutela el escenario apropiado para debatir la legalidad y obtener la nulidad de las resoluciones, toda vez que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario.

Por excepción podría prosperar la tutela en caso de probarse un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable. El argumento de la juez de que el valor real de los textiles lesionaban los intereses económicos de los propietarios, y eso era de relevancia nacional por lo que era necesario restablecer el orden social justo, no tenía razón de ser, pues los hechos ocurrieron en mayo de 2.000, la tutela se presentó en diciembre de dicho año y el fallo se produjo en enero de 2.001.

La base hipotética del perjuicio, en cuanto a que las telas pasarían de moda, no era un argumento como para permitir la intromisión extraordinaria del juez en el trámite administrativo.

Si la tutela no procedía de manera provisional, menos aún procedía de manera definitiva, tal como lo hizo la procesada, desconociendo el art. 8 del Dcto. 2591 /91. La encartada, pasó por encima de la normatividad pertinente, reemplazando al funcionario natural.

* La libertad económica no se podía reconocer como un derecho fundamental ni protegerse por vía de tutela. La procesada lo señaló como conexo a la subsistencia de la familia, al interés social y al crecimiento de la economía. La protección que se dio en este aspecto fue abiertamente contraria a la ley

* El dolo fue protuberante frente a la discordancia entre lo que la juez hizo y lo que debía hacer y se puso de manifiesto en las amañadas argumentaciones a las que acudió, acogiendo las pretensiones de los accionantes casi textualmente. Fue más allá de lo pedido al decretar nulidades y disponer de las mercancías. Lo anterior no obstante haber sido profesora de derecho constitucional y juez con muchos años de experiencia.

* La expectativa de la sociedad en torno a que los asuntos sometidos a su estudio estarían conforme a derecho se vio defraudada, sufriendo el Estado consecuencias de incredulidad e ineficiencia.

* Pese a su formación jurídica, sus estudios de postgrado y su calidad docente, dirigió su actuar con absoluta libertad y con conocimiento de la ilicitud. La normatividad a aplicar no era ambigua, insuficiente u oscura. Existía abundante jurisprudencia unificada sobre que: por tutela no se podía exonerar del pago de bodegajes; no se podían proteger derechos que no eran fundamentales; no era viable tomar decisiones definitivas cuando estaba en trámite una vía ordinaria; y no prosperaba la protección de la acción de tutela a quienes no demostraban legitimidad para el amparo.

Dilucidada la responsabilidad, se pasó a analizar la pena a imponerse de conformidad con la norma penal anterior (Código de 1.980) y el actual (Ley 599 /2.000), encontrando que por la una u otra vía la pena a imponerse era de 48 meses de prisión. La multa se fijó de manera prudencial en 52 s.m.l.m.

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La defensa cuestionó la decisión del Tribunal, argumentado lo que se cita a continuación:

* El tipo de prevaricato no contiene solo un supuesto de hecho de naturaleza

descriptiva sino que involucra el concepto de dañosidad social de la conducta.

* El actuar doloso requiere un entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, lo cual no se dio.

* No se presentó antijuridicidad en la conducta, pues la ejecución del acto no tuvo ocurrencia. En público desacato el director de la DIAN no cumplió con el fallo de tutela.

* No puede estimarse que la defensa cierta de la providencia contentiva del supuesto prevaricato constituya evidencia del dolo.

* Si en gracia de discusión se vulneró la ley, eso no se hizo a sabiendas de que la conducta era contraria a la ley.

* De una suerte de responsabilidad objetiva no se puede extractar la certeza del dolo como pretende hacerlo el Tribunal.

* La falta de idoneidad del supuesto medio de defensa no puede ser solo un calificativo, pues así los amparos constitucionales serían todos improcedentes. El medio deber ser idóneo y eficaz.

* Al tutelar derechos fundamentales de los accionantes se pretendió retornar la situación hacia el debido proceso, esto es, hacia el momento de producirse el acto que lo vulneró: la aprehensión de las naves en el mar territorial.

Si las mercancías no eran de prohibida importación era ilegal la aprehensión, pues la DIAN no podía aplicar en el mar territorial normas que regían para aguas interiores o para el puerto.

El concepto emitido por la Oficina Jurídica de la DIAN (232 de 2.000) aunque posterior a la retención era el posicionamiento (sic) oficial de la entidad. De dicho concepto se desprendía que la incautación no se podía hacer en mar territorial y que lo procedente era escoltar las motonaves a aguas interiores para proceder al cumplimiento de las medidas cautelares.

La decisión de tutela fue por ello justa, pues protegiendo derechos fundamentales a un debido proceso y a la economía nacional ordenó que las mercancías salieran escoltadas hasta el punto de su intersección por la Armada Nacional.

* La decisión de tutela debía ser definitiva porque: se protegió el derecho al debido proceso; las decisiones adoptadas en un proceso viciado de inconstitucionalidad no son susceptibles de decisiones transitorias; ni bajo los estados de excepción pueden suspenderse las garantías constitucionales.

Aquí se debía incluir los derechos fundamentales de ABDUL LATIF HAGG y BASAM SAID SAFADI, pues se referenció que las motonaves GLADIS y MERCY habían sufrido también acción ilegal de la DIAN, por lo que era necesario aplicar el principio de igualdad.

* La DIAN se basó en una norma que no era aplicable, por eso existió un defecto sustantivo en su actuación, en cuanto tiene que ver con la aprehensión de las motonaves dentro del mar territorial.

* El defecto fáctico en que incurrió fue que la decisión de aprehensión no se apoyó en los medios probatorios existentes sino en una presunción de mala fe de los comerciantes, cuando la mercancía no había entrado a aguas interiores o al puerto, que era el presupuesto de la aprehensión.

* Se evidencia una controversia jurídica, y la juez lo que hizo fue optar por aplicar un serio concepto de la Oficina Jurídica, lo que derrumba la posibilidad de un prevaricato por omitir el análisis de un medio de prueba como la declaración del capitán de fragata CESAR NARVÁEZ ARCINIEGAS. Esta declaración corrobora la existencia de unos requisitos administrativos, no discutidos por la juez, pero que tenían operatividad dentro de un momento histórico diferente, es decir al ingresar a aguas interiores.

* Deben evaluarse los conceptos de mar territorial y paso inocente. La DIAN tenía la obligación de controlar las motonaves en mar territorial pero con límites legales: las mercancías de prohibida importación debían aprehenderse – de ésta naturaleza no se encontraron en las embarcaciones –, pero sobre las demás permitirle al medio de transporte su arribo al puerto de destino. La argucia de señalar una cercana distancia a la costa es falaz.

* No puede considerarse como prevaricato una interpretación legítima que el juez hace de la ley, más aún si tiene autonomía amparada en la buena fe.

* En la sentencia se sostuvo que el derecho a la libertad económica, derivado del derecho a la propiedad privada no existe en nuestra normatividad, vulnerando así el art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además el Dcto. 2150 de 1995, por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios, citó en sus considerandos el art. 333 de la Constitución Política, de donde se deriva que la libertad económica sí es un derecho fundamental.

Con fundamento en todo lo expuesto, solicitó a la Corte, absolver a la procesada.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

De conformidad con el art. 75, num. 3 del C. de P.P. (Ley 600 de 2.000) la Corte es competente para desatar los recursos de apelación de los procesos que conocen en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

1. Los límites de la apelación

Al tenor del art. 204 ibídem, la decisión del superior solo se puede extender a los

asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, por lo que la Corte se estará a los reparos formulados por el recurrente, a fin de establecer la validez o no de los mismos.

1. La comisión de la conducta

El impugnante centra toda su argumentación en sostener que su poderdante, al momento de proferir el fallo de tutela, no incurrió en la comisión de la conducta descrita en el tipo del prevaricato por acción¹, por lo que se hace menester identificar cuál fue el contenido del fallo para de ahí derivar si éste resultó “manifiestamente contrario a la ley”.

Esto no sin antes destacar que la Corte ha manifestado sobre el prevaricato:

Este delito, de acuerdo con su definición legal, se estructura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa.

La realización de la conducta, y por supuesto su trascendencia social y jurídica, encuentra comprobación, como viene en juzgarlo la Sala, “por medio del examen entre el mandato legal contenido en las disposiciones aplicables al caso y la decisión del funcionario, y, de igual manera a través de la acreditación de si éste, de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida”².

No basta para la estructuración de este delito, como también ha sido dicho, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente.³

1. El fallo de tutela

La decisión adoptada por la jueza, el 10 de enero de 2.001, dentro del trámite de tutela interpuesto por ZACARIAS SALÍ KHALIL en representación de EZZAT IBRAHIM AJRAM, ABDUL LATIF HAGG y BASAM SAID SAFADI contra la DIAN se concretó en: a) Tutelar los derechos al debido proceso y la libertad económica del accionante, negar los demás derechos solicitados (buen nombre, honra, trabajo, presunción de inocencia y dignidad humana); b) Declarar la nulidad de lo actuado por parte de la demandada, desde el momento de la aprehensión de las embarcaciones CHUBASCO, NATALIA, NANI, GLADIS y MERCY; c) Ordenar que en el término improrrogable de un día se entreguen al accionante las confecciones, textiles, manufacturas y cigarrillos aprehendidos y luego decomisados; d) Ordenar que las autoridades tomen las precauciones para que los productos salgan con rumbo al exterior y no entren al país productos no autorizados; y e) Exonerar al accionante del pago de bodegaje, lo que se le comunicaría a ALMAGRARIO Cartagena.

El Tribunal de conocimiento sostuvo en el fallo condenatorio que: no se podía tutelar el debido proceso, por que había una actuación administrativa en curso, donde los interesados podían ejercer sus derechos e interponer recursos, menos aún tutelar la libertad económica, pues éste no es un derecho fundamental; no se podía anular lo actuado, pues se trataba de una actuación que estaba amparada de legalidad, y que si algo

se tenía que anular debía hacerse a través de la jurisdicción contencioso administrativa; en consecuencia la mercancía no se podía entregar –y menos hacerlo de manera definitiva, cuando la tutela se había interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable-; la decisión de sacar la mercancía no era viable, pues la aprehensión se había hecho en el territorio colombiano, esto es, en aguas del mar territorial donde el Estado ejerce soberanía y la DIAN el control y vigilancia preventiva en materia de importaciones; la exoneración del pago de bodegaje no era viable, pues existían antecedentes jurisprudenciales acerca de que a través de tutela no se podían exonerar el pago en esas materias.

El recurrente, adujo todo lo contrario frente al fallo: que sí se podía tutelar el debido proceso, porque desde la aprehensión de la mercancía se había cometido una irregularidad que viciaba todo el procedimiento y que la libertad económica sí es un derecho fundamental según se desprende de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del contenido del Dcto. 2150 de 1.995; sí era viable anular todo lo actuado, pues por aplicación de la teoría del árbol ponzoñoso, todo estaba afectado de irregularidad, dado que se abordaron las naves en una zona dentro de la cual no era posible el control de la DIAN, pues ésta sólo podía actuar cuando las mismas arribaran al puerto, dado que antes de hacerlo podían perfectamente cambiar de rumbo o negociar los conocimientos de embarque, para otro destino; en consecuencia la mercancía tenía que devolverse, lo cual tenía que hacerse de manera definitiva pues el vicio del procedimiento adoptado así lo exigía; además dejar las cosas en su estado inicial, esto es, ubicar las mercancías en las aguas donde fueron aprehendidas para que a partir de ahí se dirigieran hacia el exterior; la exoneración del pago de bodegaje también procedía, pues la ilegal aprehensión había corrido por cuenta de la DIAN y no por culpa de los capitanes de las naves, quienes habían sido obligados a arribar a Cartagena.

Con estas posiciones encontradas, entra la Corte a revisar entonces los reparos formulados por el recurrente, bajo los siguientes temas: la legitimidad por activa en la

tutela; la legitimidad por pasiva; los derechos fundamentales tutelados; los alcances de la tutela como mecanismo transitorio; la existencia de una vía jurídica; el error judicial; el dolo en el prevaricato y la antijuridicidad.

1. La legitimidad por activa

El Dcto. 2591 de 2.001, reglamentario de la acción de tutela, en su art. 10 establece quienes están legitimados para interponer una acción de tutela: esto es, el directo afectado a nombre propio o a través de apoderado, u otra persona a nombre de él, pero siempre y cuando aquel no esté en condiciones de hacerlo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, es claro que los directos afectados no actuaron a nombre propio y tampoco le otorgaron poder a un abogado para actuar. Optaron, entonces por la tercera posibilidad, esto es, un tercero actuó a nombre de ellos lo cual no era viable, pues dentro del trámite de tutela no se estableció, al menos sobre dos de los interesados, que estaban en imposibilidad de actuar de manera directa.

Por otro lado, y dentro de éste punto, se observa que el escrito de tutela contenía una amplia explicación sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales del señor IBRAHIM AJRAM, en calidad de representante legal de la Agencia Marítima KARIME LTDA, sobre las naves fletadas por él para el transporte de la mercancía (CHUBASCO, NANI Y NATALIA), pero por ningún lado se observa una explicación sobre la afectación de derechos fundamentales de los otros dos representados (LATIF HAGG y SAID SAFADI), salvo la escueta mención de que : “Respetuosamente solicito al señor juez de tutela que el tratamiento solicitado anteriormente sea dado a los cigarrillos y confecciones que se transportaban en los barcos MERCY y GLADIS” (Fol. 23 anexo 11).

Tan cierta fue ésta limitación del escrito de tutela que el juzgado, el 22 de diciembre de

2.000, admitió la tutela anunciando que ZACARIAS SALÍ JHALIL representaba sólo a AZATT IBRAHIM AJRAM y que la DIAN debía enviar al despacho copia de todo lo relacionado con el procedimiento llevado a cabo sobre los buques CHUBASCO, NATALIA y NANI (Fol. 116 anexo 11) y en esos precisos términos se ofició a la accionada (Fol. 117 anexo 12) para que conteste la tutela demandada. No obstante esa inconsistencia notoria en la legitimación por pasiva, el juzgado que conoció la tutela, decidió de fondo el asunto, cobijando en su fallo a todos los que habían otorgado poder al ciudadano ZACARIAS SALÍ KHALIL.

La informalidad que se puede predicar del trámite de tutela no puede llegar al extremo de no saberse en concreto cómo y desde cuándo se le está afectando un derecho fundamental a una determinada persona, ni tampoco permitir que existiendo la posibilidad de obrar de manera directa, un tercero asuma el agenciamiento de derechos ajenos. En ninguna parte del decreto indicado se señalan tales posibilidades.

Luego, en este primer aspecto, la decisión de tutela se mostró contraria a la ley vigente.

1. La legitimidad por pasiva

Una de las peticiones concretas que hizo el accionante fue la de que se ordenara la exoneración del pago de bodegaje a la almacenadora ALMAGRARIO S.A. (Fol. 25 anexo 11).

No obstante esta clara petición, no se vinculó a la actuación a dicha empresa y sin embargo el fallo de tutela sí dispuso de manera estricta que se exoneraba del pago de bodegaje, el cual comprendía desde casi nueve meses atrás (recuérdese que la aprehensión de las naves se produjo en abril y mayo de 2.000).

Así se desbordó, sin lugar a dudas, el alcance inter partes de la tutela, pues no habiendo sido escuchada dentro del trámite correspondiente, ALMAGRARIO S.A. resultaba afectada de singular manera, sobre un bodegaje prolongado de gran cantidad de mercancía.

1. Los derechos fundamentales tutelados

Es claro que el debido proceso es un derecho fundamental nominado, pues aparece como tal en el Título II, capítulo I, art. 29 de la [Constitución Política](#).

Sin embargo la libertad económica, no aparece ni como derecho fundamental nominado, ni como innominado. En estricto sentido entonces, no es un derecho personalísimo, consustancial a la naturaleza humana – sin perjuicio de algunos derechos fundamentales de los cuales son titulares las personas jurídicas -, sino una garantía general que el Estado ofrece a los coasociados, a partir del texto del art. 333 Superior⁴

, ubicada en el Título XII, Del Régimen Económico y Hacienda Pública, Capítulo I, Disposiciones Generales, de la Carta.

De tal suerte que, si se tiene en cuenta que la acción de tutela sólo está prevista en el art. 86 ibídem para proteger derechos fundamentales, la libertad económica sólo podría ampararse a través de ésta vía constitucional cuando para el caso concreto estuviera en conexidad con un derecho fundamental. Y eso no se evidenció en el trámite fallado por la procesada.

En efecto, en el cuaderno contentivo del procedimiento constitucional adelantado por el Juzgado no se observa probado que el accionante, de manera real y concreta, hubiese

estado afectado en un derecho fundamental ligado estrechamente con la libertad económica. Y si eso no se probó, no se podía entonces amparar tal libertad.

He ahí una segunda decisión que estaba en contravía de la normatividad vigente.

Ya en cuanto atañe al debido proceso, la situación giró en torno a la comprensión del sitio geográfico en el que se inmovilizaron las naves y se aprehendió la mercancía. Para la jueza, haciendo eco del contenido vertido en el escrito de tutela, consideró que fue ilegal tal procedimiento, máxime si se tenía un Concepto de la Oficina Jurídica de la DIAN, que en su criterio indicaba que no se podía haber actuado como la entidad lo hizo.

Sin embargo se pasó por alto que ese concepto al que se aludió (232 del 7 de noviembre de 2.000 - Fol. 142, Anexo 11) se había expedido con posterioridad a la aprehensión, la cual como ya se ha manifestado ocurrió en abril y mayo de dicho año. Y, por otro lado, que tal concepto ya había sido objeto de análisis por parte de la misma DIAN, dentro de las decisiones que se habían adoptado en desarrollo del trámite administrativo seguido por cada embarcación y por cada mercancía (Resoluciones 3794 del 1 de diciembre de 2.000 sobre la embarcación NANI - Fol. 28 Anexo 11; 3800 del 4 de diciembre del mismo año, sobre la embarcación NATHALIA - Fol. 48 Anexo 11; 3797 del 1 del mismo mes y año, respecto a la embarcación CHUBASCO I - Fol. 89 Anexo 11) en las que se indicaba que por efectos del concepto en unos casos se reintegraban los términos a fin de continuar con el trámite aduanero y para otros eventos (telas y manufacturas) se procedía al decomiso, pues el alcance del documento emanado de la Oficina Jurídica no cubría la situación en la que fueron aprehendidas las otras mercancías.

En otros términos, en el fallo se pasó por alto que dentro de la vía gubernativa la DIAN ya estaba dando una respuesta concreta sobre lo ocurrido, previa consulta a la Oficina Jurídica en Bogotá y que para el momento en que se instauró la acción de amparo ya se habían

proferido actos administrativos que estaban revestidos de una presunción de legalidad (art. 66 del C.C.A.5).

Es más, la accionada le explicó al despacho constitucional de conocimiento que la División de Liquidación una vez estudiados los descargos presentados por los interesados decidió de fondo sobre las mercancías aprehendidas ordenado continuar el trámite aduanero de lo aprehendido en las motonaves CHUBASCO (Resolución 3796 del 1 de diciembre de 2.000) NATALIA (Resolución 3801 del 4 de diciembre de 2.000), GLADYS (Resolución 3721 del 24 de noviembre de 2.000), MARY C. (Resolución 3719 de la misma fecha anterior) y NANI (Resolución 37904 del 1 diciembre de 2.000) salvo en lo que tenía que ver con los textiles y manufacturas que las mismas transportaban, sobre las cuales decretó el decomiso en las resoluciones 3722, 3723, 3794, 3797 y 3800. Y agregó:

Para mayor claridad del señor juez (sic), la orden de continuar el trámite aduanero y la restitución de los términos, significa que NO HABÍA MÉRITO PARA EL DECOMISO DE LA MERCANCÍA POR DESVIRTUARSE LA CAUSAL DE APREHENSIÓN SOBRE ESTA MERCANCÍA.

No para el caso de los Textiles y sus manufacturas en donde PERSISTE LA CAUSAL DE APREHENSION DE LA MERCANCÍA no presentada por ingresar a través de lugar no habilitado, Decreto 1851 de 1993, Resolución 3475/98, Decreto 2274/89 y Decreto 1909 / (sic) art. 72; Textiles por la causal mercancía no presentada por estar destinada al ingreso por lugar no habilitado del territorio nacional. Decreto 1851 /93, Resolución 3475/98, Decreto 2274 /89 y Decreto 1909 /92, art. 72. (Fol. 128 Anexo 11) - mayúsculas fuera de texto para resaltar -.

Así las cosas, lo que a la señora jueza se le estaba anunciando era que desde aquella aprehensión efectuada durante el tercer y cuarto mes del año 2.000, al finalizar ésta anualidad, ya se había establecido que parte de la mercancía ameritaba el trámite aduanero normal y otra parte no.

Se reitera, para la época de la aprehensión no se había emitido el concepto en el cual fundó la jueza el indebido proceso. Por otro lado se había puesto de manifiesto que: primero, el operativo de control y vigilancia había sido autorizado en debida forma por la DIAN ; segundo, que las naves habían partido desde Panamá con destino preanunciado y prefijado, esto es, Bahía Portete, en la Guajira Colombiana; tercero, por dicho puerto no estaba habilitado el ingreso de textiles y manufacturas; y cuarto, la aprehensión se había efectuado dentro del mar territorial - menos de 12 millas náuticas -.

Resultaba entonces evidente que la DIAN, al momento del operativo, había estimado prudente y viable la aprehensión. Si después, durante el trámite administrativo, y con base en el precitado concepto, había concluido que sobre ciertas mercancías no era procedente el decomiso, eso garantizaba un debido proceso, pues luego de adelantarse las diligencias respectivas y escuchados a los interesados, se había pronunciado de fondo.

Ante tal situación, no era posible decretar la nulidad de lo actuado y retrotraer la actuación a un momento tan remoto, tal como se hizo en el fallo de tutela, si en el camino de la vía administrativa las decisiones ya se habían tomado.

Guardando las proporciones, es lo mismo que ocurre en la investigación penal, en el sentido de que una captura ilegal no da lugar a nulitar todo lo actuado, esto es, no habilita a impetrar semejante medida extrema ad portas del fallo o con posterioridad a éste. Lo que habilita es a hacer las peticiones del caso en procura de la libertad pero tan pronto se produzca la irregular aprehensión o incluso a interponer acción de habeas corpus. Pero ya adelantado el trámite respectivo, no hay lugar a retrotraer la actuación por tal proceder calificado como irregular.

Obsérvese que quienes se anunciaron como afectados ningún esfuerzo hicieron por buscar el amparo del debido proceso tan pronto se produjo lo que consideraban una

aprehensión ilegal, no, ellos se esperaron a que se dilucidara la actuación ante la DIAN, y solo cuando se enteraron de las decisiones que los afectaban decidieron optar por la tutela, como una vía alterna, en plena época de navidad del año 2.000, bajo una crítica férrea no al procedimiento de decomiso sino al procedimiento de aprehensión ocurrido muchos meses atrás.

Bastaban estos análisis concretos alrededor de la acción intentada, para poder concluir que ningún derecho al debido proceso se había afectado y que el amparo se buscaba tan solo por las decisiones adversas extendidas después del trámite administrativo.

1. Los alcances de la tutela como mecanismo transitorio

El objetivo de la tutela era un amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es decir, se centraba en lo previsto en el art. 8 del Dcto. 2591 de 1.991.

El perjuicio irremediable se lo puso de presente argumentando que las telas y manufacturas podían pasar de moda y deteriorarse.

Esto se vino a plantear, como se ha dejado plasmado, nueve meses después de la aprehensión. Antes ninguna preocupación se tenía sobre tal tópico.

Lo cierto es que, como lo advirtió el a quo, tal posibilidad de perjuicio era hipotética en el sentido que el cambio de moda no es absoluto para todos los textiles y prendas (que la DIAN considera manufacturas) y además era incierta en el tiempo, pues algunos colores, motivos y diseños podrían dejarse de usar en un tiempo corto, otros en cambio podrían prologarse hacia el futuro.

De tal suerte que, ante tal posible perjuicio éste no se podía considerar como cierto, inminente e irremediable. Sin embargo, la procesada sin mayores argumentos así lo consideró, haciendo una construcción argumentativa que se limitó a repetir lo expuesto por el accionante, cuando adujo en forma genérica: “efectivamente encontramos que evidentemente uno de los elementos que más pasan de moda son los textiles y manufacturas y por lo tanto es un hecho real la inminencia de ese daño” (Fol. 188 Anexo 11).

Lo curioso de la decisión es que encontrando esa inminencia del daño con esa sola argumentación, no se tuteló el derecho de manera transitoria, como se pedía, sino en forma definitiva y para fundamentar tal alcance se dijo: “es preciso prodigar una protección inmediata, que no puede ser transitoria en tanto que con la orden del Juez constitucional queda plenamente restablecida la pretensión” (Fol. 187 Anexo 11). Es decir se utilizó con ello una petición de principio: la decisión no es transitoria porque es definitiva.

Es que siguiendo la lógica de la procesada la entrega transitoria de la mercancía, lo que implicaba era que se devolviera lo decomisado y se guardara en otro sitio por parte del interesado, hasta tanto la DIAN concluyera el trámite administrativo, incluidos los recursos de ley. Lo que implicaba de todas maneras que las telas y manufacturas siguieran guardadas pasando de moda y deteriorándose, como lo admitió la jueza.

Como eso no podía ocurrir, por resultar incoherente, optó entonces, por cambiar el alcance de lo pedido, y dispuso que toda la mercancía saliera hacia el exterior, esto es, que se perdiera de manera definitiva, obligando en últimas a los propietarios a que buscaran otro mercado.

He ahí entonces, una tercera inconsistencia de la decisión, que iba en contravía de lo que el decreto en mención tiene previsto para los casos de perjuicio irremediable y tutela

con efectos transitorios⁶.

1. La existencia de una vía jurídica

Los desacuerdos interpretativos que tenían los afectados con las decisiones de la DIAN, eran susceptibles de ventilarse por otra vía expedita, tal como lo recalcó el Tribunal, e incluso de alguna manera lo aceptó también el tutelante cuando afirmó en su escrito de tutela: “Aun cuando dispongo de otros medios de defensa judicial para hacer valer mi derecho, y lo cual es mi intención lo antes posible ...” (Fol. 25 Anexo 11) .

Tal vía era el recurso de reconsideración, en vía gubernativa (el cual debía resolverse máximo en dos meses) y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en vía jurisdiccional – art- 85 del C.C.A. (la cual podía intentarse tan pronto se produjera la decisión del recurso o el silencio administrativo; incorporando, además en la demanda o en escrito separado una petición de suspensión provisional de los actos administrativos, la misma que debía resolverse de entrada al momento de admitirse la acción – art. 152 ibídem).

Los dos controles de los actos administrativos, tenían por objeto cuestionar su legalidad, buscar su revocación o anulación ante las instancias administrativas o judiciales competentes, previo estudio concienzudo y amplio de las situaciones controversiales, y, de igual manera, consolidar la indemnización por los perjuicios causados, en caso de prosperar las pretensiones.

Existiendo esos mecanismos idóneos, la tutela se utilizó para restarle eficacia a los actos amparados por el principio de legalidad y el fallo de la jueza, condescendiente con ello, tuteló en últimas lo que era materia de discusión y de dirimirse ante otras instancias, so pretexto de proteger un derecho fundamental, el debido proceso, cuya vulneración

no era evidente como ya se indicó, y un derecho económico que no resultaba susceptible de salvaguardarse por vía de tutela.

Así las cosas, la procesada en éste punto, volvió a pasar por alto el contenido del decreto anunciado (art. 6)7.

1. El error judicial

La acción de tutela es cierto implica que debe tramitarse en un tiempo muy breve (10 días) y que en muchas ocasiones implica para el juez adentrarse en temas muy específicos y técnicos que podrían ameritar mucho más tiempo para su cabal comprensión fáctica, probatoria y jurídica.

Por eso es que precisamente el análisis de la misma debe partir de la Constitución (en el sentido de si hay o no vulneración de un derecho fundamental que amerite el amparo) y ajustarse al trámite que se establece en el decreto reglamentario ya antes mencionado.

Así que la exigencia de que el juez constitucional tiene que ser un experto en todas las áreas del conocimiento no es absoluta, pues de lo que se trata es de verificar si derechos fundamentales se encuentran amenazados o vulnerados, mas no adentrarse en el conocimiento profundo de trámites especialísimos. De ahí la razón para que el análisis efectuado en esta providencia se haya centrado en la normatividad básica aplicable a la tutela (art. 86 Constitucional y Dcto. 2591 de 1991), para compararla con el trámite adoptado por el juez constitucional y con su fallo final.

Error desde luego que es humano, y por ello es que el juez, como ser falible que es, también puede incurrir en error dentro de sus funciones jurisdiccionales.

La procesada así lo admitió al menos en cuanto tiene que ver con el punto del olvido en que incurrió de no haber vinculado por pasiva a ALMAGRARIO; sin embargo, por lo que ha podido evidenciar en líneas anteriores la Corte, no solo se produjeron cinco errores visibles en el fallo, sino un verdadero desconocimiento de los más elementales conceptos que encierra la tutela como son: la legitimación por activa, la legitimación por pasiva, los derechos fundamentales tutelados, los alcances de la tutela como mecanismo transitorio y la existencia de otra vía judicial para reclamar los intereses que se estimaban afectados.

1. El dolo en el prevaricato

Descartado el mero error en el fallo de tutela, emerge claro que la procesada se apartó de la intención de acertar, aproximándose más bien a un manifiesto desconocimiento de las normas que regían la tutela.

La notoria contradicción con la norma debe observársela en el contexto de la providencia, en el sentido de identificar qué tan cerca o qué tan lejos se estuvo de aquella, sin perjuicio, desde luego, de respetar la interpretación autónoma de que goza el juez para tomar la decisión (art. 228 de la Constitución).

Pero esa autonomía no puede rayar en la independencia absoluta de la ley, esto es en el alejamiento total de su sentido pues entonces, se incurre en la arbitrariedad y en el capricho.

La procesada pregonó durante todo el proceso, e incluso dentro de las interceptaciones telefónicas que se ordenaron para identificar si había además incurrido en cohecho – situación que se descartó – que nunca tuvo intención de prevaricar, pero otra cosa es lo que se deduce de los argumentos que consignó en su fallo de tutela y de las decisiones que al final adoptó.

5.3.9 La antijuridicidad de la conducta

Argumentó también la defensa, que como el fallo no se cumplió, ninguna lesión se causó al bien jurídico tutelado.

Tal apreciación está muy alejada de la realidad, porque el daño a la administración pública, en este caso a la administración de justicia, no se podía derivar del cumplimiento o no del fallo, sino simple y llanamente de su expedición, toda vez que en cuanto se dio a conocer a los interesados, y en general a la luz pública, de inmediato causó perplejidad y una crítica real hacia su sentido y fundamento no se hizo esperar.

El tipo del prevaricato no exige como elemento estructural que la decisión, concepto o resolución que contiene la contrariedad con la ley se cumpla o no, basta y sobra con que se produzca y entre al mundo jurídico tan pronto se notifique, comunique o publique, pues a partir de ese momento la administración sufre un detrimento en su imagen y en los esenciales fines que siempre deben acompañarla (la consecución de un orden justo).

Se impartirá confirmación, entonces, a la sentencia objeto del recurso.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Superior de Cartagena en contra de BEATRIZ DEL ROSARIO RIVERO MARTINEZ.

1. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

(Impedido)

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Art. 149 C.P. /80, modificado por la Ley 190 /95, art. 28. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.

El art. 413 del C.P. /2.000 contiene similar texto, sólo que agregó que podría incurrirse en prevaricato también cuando se profiera un concepto, aumentó el máximo de la pena de multa a 200 s.ml.m. y fijó como pena de inhabilitación un monto oscilante entre los 5 y

los 8 años.

2 CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 18/03. Rad. 16262, M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

3 CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre de 2.004. Rad. 21543, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

4 ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

5 Art. 66.- Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo (...)

6 Art. 8.- La tutela como mecanismo transitorio. (...) el juez señalará expresamente en el sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción

instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste (...).

7 Art. 6- Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendido las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...).